

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

REPÚBLICA DEL ECUADOR

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADOS DEL ESTADO

Maestría en Derecho con mención en Estudios Judiciales

TEMA:

**VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL A CAUSA DE
LA CRIMINALIZACIÓN DE LA TENENCIA DE DROGAS ILEGALES, PARA
EL CONSUMO PERSONAL**

Autora: Jenniffer Angélica Velásquez Moreira

Director: Alex Valle

Quito, febrero 2018



No.045- 2019.

ACTA DE GRADO

En el Distrito Metropolitano de Quito, hoy a los quince días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, **JENNIFFER ANGÉLICA VELÁSQUEZ MOREIRA**, portadora del número de cédula: 1722242607, **EGRESADA DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES (2017-2019)**, se presentó a la exposición y defensa oral de su Artículo Científico, con el tema: **"VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL A CAUSA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA TENENCIA DE DROGAS ILEGALES, PARA EL CONSUMO PERSONAL"**, dando así cumplimiento al requisito, previo a la obtención del título de **MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES**.

Habiendo obtenido las siguientes notas:

Promedio Académico:	9.33
Artículo Científico Escrito:	8.62
Defensa Oral Artículo Científico:	9.70

Nota Final Promedio: 9.24

En consecuencia, **JENNIFFER ANGÉLICA VELÁSQUEZ MOREIRA**, se ha hecho acreedora al título mencionado.

Para constancia firman:

Mgs. Viviane Monteiro.

PRESIDENTE Y MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Dra. Natalia Mora.

MIEMBRO

Abg. Ximena Carvajal Chiriboga.

DIRECTORA DE SECRETARÍA GENERAL

De conformidad con la facultad prevista en el estatuto del IAEN CERTIFICO que la presente es fiel copia del original.



Fojas 1/1

Fecha 15 MAR 2019

Secretaría General

AUTORÍA

Yo, Jenniffer Angélica Velásquez Moreira, Abogada, con cédula de ciudadanía 1722242607, declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en el presente trabajo; así como, los procedimientos y herramientas utilizadas en la investigación, son de absoluta responsabilidad del autor del trabajo de titulación. Asimismo, me acojo a los reglamentos internos de la universidad correspondientes a los temas de honestidad académica.

Quito, febrero de 2018

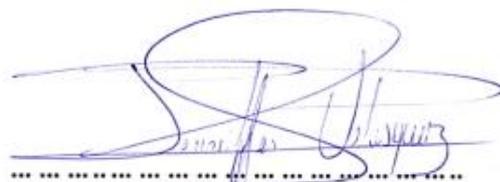


Jenniffer Angélica Velásquez Moreira
CC. 1722242607

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

Autorizo al Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) la publicación de este trabajo de titulación, de su bibliografía y anexos, como artículo en publicaciones para lectura seleccionada o fuente de investigación, siempre dando a conocer el nombre del autor y respetando la propiedad intelectual del mismo.

Quito, febrero de 2018

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Jennifer Angélica Velásquez Moreira', is written over a horizontal dotted line.

Jennifer Angélica Velásquez Moreira
CC. 1722242607

RESUMEN

El consumo y uso de drogas, datan de las primeras culturas del planeta, quienes las consumían en un contexto espiritual, ritualístico y medicinal, para luego con el surgimiento del Cristianismo iniciar un reproche moral. Siendo la llamada “guerra contra las drogas” iniciada por E.E.U.U, el punto de partida para la represión y criminalización del tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

En el caso Ecuatoriano la primera norma sobre drogas, inicia con un reproche moral, para posterior llegar a sancionarse el tráfico de sustancias con penas de reclusión de hasta dieciséis años (año 1987). Para llegar hasta la Constitución de Montecristi (2008), que establece una garantía normativa que prohíbe la criminalización a los consumidores de drogas, en cuya base el CONSEP emite la Resolución 001-CD-2013, que fija las cantidades máximas para el porte y consumo personal de alcaloides, siendo aquí donde se inicia un análisis de la dosis personal que un farmacodependiente puede tener para su consumo y que a criterio de varios de los tratadistas que se citan en la investigación, no puede estandarizarse, siendo que la cantidad de consumo depende de varios factores, como son: el grado de toxicidad de la sustancia administrada y las características individuales de cada consumidor.

En esta línea y realizando un análisis del elemento de lesividad de la conducta en caso de tenencia o posesión de sustancias para consumo personal, se verifica que la acción realizada por el sujeto activo de la infracción (consumidor) no vulnera el bien jurídico protegido por el Código Orgánico Integral Penal, que en caso del tráfico de sustancias es la salud pública. Así también se establece que, es la finalidad de la tenencia de sustancias la que constituye una conducta penalmente relevante, y si es finalidad no es el tráfico, sino el consumo, no es susceptible de sanción penal.

PALABRAS CLAVES: Consumo personal, sustancias psicotrópicas, farmacodependencia, drogas, criminalización, sustancias catalogas sujetas a fiscalización, adicciones, despenalización.

ABSTRAC

The consumption and use of drugs, date from the first cultures of the planet, who consumed them in a spiritual, ritualistic and medicinal context, and then with the emergence of Christianity to initiate a moral reproach. Being the so-called "war on drugs" initiated by E.E.U.U, the starting point for the repression and criminalization of trafficking in psychotropic and narcotic substances.

In the Ecuadorian case, the first norm on drugs begins with a moral reproach, in order to later sanction the trafficking of substances with imprisonment sentences of up to sixteen years (year 1987). To reach the Constitution of Montecristi (2008), which establishes a normative guarantee that prohibits the criminalization of drug users, on the basis of which CONSEP issues Resolution 001-CD-2013, which sets the maximum amounts for carrying and consumption staff of alkaloids, being here where an analysis of the personal dose that a drug addict may have for consumption begins and that, in the opinion of several of the authors mentioned in the research, can not be standardized, since the amount of consumption depends of several factors, such as: the degree of toxicity of the substance administered and the individual characteristics of each consumer.

In this line and carrying out an analysis of the element of lesivity of the conduct in case of possession or possession of substances for personal consumption, it is verified that the action taken by the active subject of the infringement (consumer) does not violate the legal right protected by the law. Organic Comprehensive Criminal Code, which in the case of substance trafficking is public health. It also establishes that it is the purpose of the possession of substances that constitutes a criminally relevant conduct, and if the purpose is not trafficking, but consumption, it is not subject to criminal sanctions.

KEY WORDS: Personal consumption, psychotropic substances, drug dependence, drugs, criminalization, catalog substances subject to control, addictions, decriminalization.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CONTENIDOS	7
1. INTRODUCCIÓN	5
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONSUMO DE DROGAS.....	9
3. HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE DROGAS EN ECUADOR	13
3.1. TABLA DE CANTIDADES MÁXIMA ADMISIBLES PARA EL CONSUMO PERSONAL	17
4. PRINCIPALES CONSIDERACIONES SOBRE EL CONSUMO DE DROGAS.	15
4.2. CONSUMO INMEDIATO Y MEDIATO Y SUS FACTORES INDIVIDUALES.....	18
5. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOS CONSUMIDORES DE DROGAS, A CAUSA DE LO DISPUESTO EN LA RESOLUCIÓN 001-CONSEP-CD-2013.....	20
6. LA LESIVIDAD EN EL TIPO PENAL DEL ART. 220 COIP- TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN.....	23
7. CONCLUSIONES	25
8. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	27

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de Montecristi del 2008, elevó a estándar constitucional la prohibición de criminalizar el consumo de drogas, planteándolo desde un enfoque de salud pública y no desde la perspectiva penal, reconociendo los diferentes niveles de consumo (ocasionales, habituales y problemáticos) y prohibiendo la vulneración de derechos constitucionales de los consumidores.

Art. 364.- Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacentes 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. (Const., 2008, art. 364).

Para el año 2017 el Ministerio de Justicia, reportó que una de cada tres personas recluidas en las 34 cárceles del país enfrenta procesos por drogas, esto es 9087 privados de libertad (Lagla, 2017). A la luz de estas cifras resulta importante conocer si la justicia en el Ecuador criminaliza o no el consumo de estas sustancias, y si quienes se encuentran privados de la libertad por causas de drogas son traficantes, expendedores o farmacodependientes.

La garantía normativa constitucional que protege al consumidor, se ha visto vulnerada por la resolución emitida por el CONSEP (Resolución 001-CONSEP-CD-2013) y ratificada por la Secretaria Técnica de drogas (año 2015), sobre las cantidades máximas admisibles para la tenencia de drogas para el consumo personal.

Esta resolución establece un límite al porte o tenencia de sustancias estupefacentes o psicotrópicas de un consumidor, dejando a un lado las necesidades individuales del adicto, su grado de adicción y sus condiciones biofisiológicas, basándose en un consumo inmediato y no mediato razonable.

La aplicación restrictiva de esta resolución y la no observancia a la norma constitucional habría dado lugar a que varios farmacodependientes sean sancionados por la ley penal, siendo así que la justicia se tornaría severa frente a las víctimas (consumidores) y frágil frente a los grandes imperios de narcotraficantes y expendedores.

Por lo antes expuesto esta investigación analizará la adecuada interpretación jurisdiccional respecto a la garantía normativa Constitucional de no criminalización del consumo, interpretación que permitirá que el juez ejerza su calidad de garante frente a las personas con problemas de adicciones. Además esta investigación reflexiona sobre un enfoque menos punitivo a la problemática de drogas en nuestro país, evitando así una interpretación restrictiva en base a una resolución de la materia.

En el presente trabajo se realizará una investigación interdisciplinar enfocada a visualizar la realidad de los consumidores de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, ante la Ley penal y la normativa vigente en tema de drogas, desde el punto de vista constitucional y de derechos humanos, con un enfoque cualitativo, enriqueciéndolo interdisciplinariamente mediante los modos: histórico jurídico, normativo-jurídico y jurisprudencial. Utilizando el iusmaterialismo como método de investigación científica, siendo que el Derecho es ciencia viva. Las técnicas de obtención de datos que utilizaré son: documental bibliográfica y la filología documental. Los diseños a utilizar son: fenomenológico, narrativo, investigación acción y etnográfico clásico. Con un paradigma materialista crítico.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONSUMO DE DROGAS

El consumo y uso de drogas inicia con la vida y desarrollo de las primeras culturas del planeta, en esta primera etapa, el uso de determinadas plantas se lo hacía con fines medicinales o para realizar rituales. Los cazadores-recolectores consumían determinadas plantas que contenían sustancias psicotrópicas, las cuales eran utilizadas como mecanismos para alcanzar experiencias enteógenas en contextos espirituales y ritualísticos; es decir, sustancias vegetales que al ser ingeridas provocaban estados modificados de conciencia y consiguientemente los consumidores alcanzaban comunicación con los dioses. (Téllez y Bedoya, 2015: 101).

Habrían sido los chamanes de Siberia, los pioneros en el uso de hongos alucinógenos, y en cuanto a las primeras plantaciones de adormidera, estas se ubicaron en el sur de España y Grecia, en el noroeste de África, en Egipto y en Mesopotamia, respecto al Cannabis sus cultivos serían originarios de China, hacia el 4000 a. C. (Escohotado, 1994: 5).

Jeroglíficos egipcios mencionan al jugo extraído del opio, recomendándolo como analgésico y calmante, de acuerdo al famoso papiro de Ebers, uno de sus usos era evitar fuertes gritos de los bebés, y en la Obra La Odisea de Homero, se la menciona como algo que “hace olvidar cualquier pena” (Escohotado, 1994: 5). En el siglo I, un tratado chino de medicina, afirmaba que el cáñamo tomado en exceso, hacía ver monstruos, pero su uso a tiempo prolongado, podía comunicar con los espíritus y alivianar el cuerpo. (*ibid*).

El cultivo y empleo de cáñamo en India, Mesopotamia, Europa Occidental, datan de los siglos IX Y VII a. C., donde creían que esta agilizaba la mente, otorgando larga vida y deseos sexuales potenciados, era usada para la meditación, y para tratamientos para oftalmia, fiebre, insomnio, tos seca y disentería. (Escohotado, 1994: 6).

Respecto a América, se han encontrado indicios y representaciones artísticas del uso de plantas visionarias desde el siglo X a.C. En Guatemala, Perú y México, se encontraron esculturas en piedra talladas en forma de hongos y peyote. Los arbustos de coca son originarios de los Andes, y desde el siglo III a.C. existen esculturas de rostros con hinchazón en las mejillas, debido a la masticación de sus hojas, utilizado como estimulante y generador de energía, lo que permitía comer menos y trabajar más. Constituyéndose desde un inicio en fármacos profanos, que como lo refiere Escohotado, el acomodado lo usaba por gusto y el pobre por necesidad. (Escohotado, 1994: 9).

Hipócrates, fue quien introdujo el término *pharmakon*, similar al concepto de “droga adecuada”, es así que el documento *Corpus hippocraticum*, la define como sustancias que actúan enfriando, calentando, secando, humedeciendo, contrayendo y relajando, excitando o haciendo dormir, es su naturaleza curar y su abuso amenaza también la vida. Radicando lo esencial en la proporción entre dosis activa y dosis letal. (Escohotado, 1994: 9).

Teofrasto, discípulo directo de Aristóteles, autor del primer tratado de botánica conocido, al hablar de la datura metel (una de las solanáceas más activas), refiere lo siguiente:

Se administra una dracma si el paciente debe tan solo animarse y pensar bien de si mismo; el doble si debe delirar y sufrir alucinaciones; el triple si ha de quedar permanentemente loco; se administrará una dosis cuádruple si debe morir (Hist. Plant., IX, 11, 6)

Los griegos percibieron también el fenómeno que hoy se conoce como tolerancia, viendo un mecanismo de auto inmunización, que a decir de Teofrasto, algunas drogas son tóxicas debido a la falta de familiaridad, indicando que la familiaridad o consumo habitual les quita su veneno, ya que dejan de intoxicarse, cuando el cuerpo y su constitución las ha aceptado y prevalece sobre ellas (Hist. Plant., IX, 17, 2).

Actualmente el alucinógeno blando más consumido sigue siendo el cannabis, pero ningún otro tuvo tanta importancia en el movimiento de la contracultura de los sesenta del siglo pasado como el ácido lisérgico, que es el nombre con el cual se denomina el núcleo común de todos los alcaloides presentes en el cornezuelo de centeno o *Claviceps purpurea* (Corrêa, 2007:5).

El uso de la coca como estimulante en América es tan antiguo como el uso del alcohol, del opio y del cannabis en el viejo continente y Asia. Se estima que las hojas de coca ya eran mascadas en la región andina desde aproximadamente 5.000 a.C. (Pascual, 2002:9). La planta de la coca (*Erythroxylum coca*) crecía al principio de manera silvestre pero empezó a ser cultivada, en el siglo X a.C., por los indios Chibcha de Colombia, que después la difundieron hacia el sur. En la cultura Inca era usada como planta sagrada en rituales, para hacer regalos especiales o como medicamento (Conyer, 2001:219).

En los tiempos actuales las drogas sintéticas o de diseño son el nuevo desafío para las autoridades de represión del mercado de drogas, pues en general son de fácil fabricación y circulación, lo que favorece su difusión ilegal. Además, están desvinculadas de rituales religiosos como ocurría en la antigüedad con los alucinógenos naturales. (Corrêa, 2007).

Una de estas nuevas drogas sintéticas son las anfetaminas, estimulantes que aumentan los niveles de actividad motriz y cognitiva, refuerzan la vigilia, el estado de alerta y la atención y, a menudo, tienen potencial euforizante. La anfetamina es un derivado químico de la efedrina, sintetizado por primera vez en 1887 por el químico rumano L. Edeleano, quien llamó al compuesto fenilisopropilamina. El uso médico experimental de las anfetaminas comenzó en los años 1920, siendo esta utilizada por militares para incrementar la alerta y disminuir la fatiga (Robledo, 2008).

Fue el período que va de 1945 a 1974 que se introdujo el uso de nuevas sustancias de la mano de médicos europeos y estadounidenses, seguido por un rápido desarrollo del tráfico ilícito y abuso generalizado de fármacos (Ball, Chien y Graff, 1975: 109-113). Es por ello que en ese período las sustancias psicoactivas comenzaron a ser identificadas como el peor escenario de la modernidad. (Corrêa, 2007).

A nivel mundial a inicios del Siglo XIX (año 1908), y como consecuencia tardía de las “guerras del opio”, desarrollado en el siglo XVIII entre Estados Unidos y China, se origina una alianza mundial contra el consumo del opio, iniciada por el Presidente de Estados Unidos Theodore Roosevelt, como consecuencia de su uso por parte de las Tropas norteamericanas en Filipinas (Barriga, 1993: 13). Luego de este hecho, para el año 1971, el Presidente de E.E.U.U Richard Nixon, declaró la llamada “guerra contra las drogas” y para inicios del siglo XX, se dieron una serie de políticas antidrogas, propiciando la represión y criminalización.

Con el abuso indiscriminado de las drogas para fines hedonistas a fines del siglo XIX, y debido a sus negativas consecuencias, se inició a nivel mundial una persecución más intensa al nuevo fenómeno. Según Escotado la movilización internacional prohibicionista ganó fuerza en Estados Unidos también a principios del siglo pasado. Preocupado por el gran número de adictos a las preparaciones opiáceas y a la morfina, el Congreso americano creó un Comité para estudiar el problema. Sus conclusiones llevaron a los sectores conservadores y moralistas a encabezar una legislación represiva respecto al tema. (Escotado, 1986: 26).

A pesar de que el consumo de numerosas sustancias psicoactivas es ilegal, su uso se ha extendido a casi todo el mundo. Actualmente, en cada país existen diversas políticas que regulan o prohíben su comercialización y consumo, basadas en las diversas formas en las cuales se entiende esta problemática (Reuter y Trautmann, 2009). Pudiendo establecer que las políticas de la “guerra contra las drogas” ha fracasado, tanto en salud como en seguridad, esto por cuanto la demanda de sustancias ilícitas ha aumentado y las mafias han corrompido hasta las instituciones.

3. HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE DROGAS EN ECUADOR

Realizando una mirada a la historia de la legislación sobre drogas en nuestro país, tenemos en primer lugar a la Ley de Control del Opio de 1916, que constituyó un enjuiciamiento moral hacia el consumo, producto del paradigma prohibicionista propiciadas por Estados Unidos en 1908 (Ley de Control del Opio, 1916). En la década siguiente, la legislación amplió su reproche no solo al opio, sino a otras sustancias, incluyendo la amapola y la coca, denominadas en ese tiempo como las “plantas del mal” mediante la Ley sobre Importación, Venta y Uso del Opio y sus Derivados y de los Preparados de la Morfina y de la Cocaína, de 1924 (Ley sobre Importación, Venta y Uso del Opio y sus Derivados y de los Preparados de la Morfina y de la Cocaína, 1924).

Para el año de 1958, Ecuador ya contaba con la Ley Sobre el Tráfico de Materias Primas, Drogas y Preparados Estupefacientes (R.O. 940), en la cual se determinaba que el juzgamiento de estas infracciones era sustanciado y juzgado por autoridades sanitarias, y se caracterizaba por introducir el término tráfico, del cual se desprende el verbo rector para la represión de las drogas. Reformada en los años 1959 y 1963. (R.O. 82)

A través del reproche al “tráfico” la legislación de drogas adquiere un tinte penal, inducido por la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (Convención Única sobre Estupefacientes, 1961), a la cual Ecuador se adhirió en 1964, estableciendo a las infracciones sobre estupefacientes como graves, incluyendo a la lista de sustancias peligrosas a la marihuana y la coca, resaltando la necesidad a proteger a la salud pública, y de castigar y reprimir el tráfico.

Es frente a este escenario prohibicionista y castigador que se promulga la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes de 1970 (R.O. 139), la cual reprime y castiga el tráfico con pena privativa de libertad de 8 a 12 años. Cuatro años después y con más fuerza se promulga la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1974 (R.O. 278), influenciada por el conocido Convenio Sobre Sustancias Estupefacientes adoptado en Viena el 21 de febrero de 1971, reiterando el carácter de gravedad de estas infracciones, e incorporando el ámbito de educación, tratamiento y rehabilitación en el tema de drogas.

Este instrumento internacional ya señalaba en su parte pertinente: artículo 1, letra b, lo siguiente:

b) no obstante, cuando las personas que hagan uso de sustancias psicotrópicas, hayan cometido esos delitos, las Partes podrán, en vez de declararlos culpables o de sancionarlos penalmente, o demás de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, pos tratamiento, rehabilitación y readaptación social. (...) (Convenio Sobre Sustancias Estupeficientes, 1971, art. 1).

En 1987 se crea la nueva Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupeficientes y Sustancias Psicotrópicas, en la cual se equiparan las penas correspondientes a tráfico de sustancias, con las penas de homicidio, siendo ahora sancionado con pena de reclusión de 12 a 16 años, penas claramente desproporcionales y violatorias de los derechos humanos de los poseedores de sustancias, entre ellos los consumidores.

Llega ahora el tiempo de referirnos al instrumento internacional en materia de drogas, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas de 1988, con la cual surgió en Ecuador la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas de 1990 (Ley 108, 1990), la cual mantuvo la severidad de las penas de 12 a 16 años de reclusión, teniendo como finalidad la seguridad del Estado, contradiciendo sus principales postulados respecto a promover la prevención, mitigar el consumo y proteger la salud pública. Siendo que en los hechos se operativizó la represión.

Para el año 1997 el Tribunal Constitucional del Ecuador dictó la Resolución 119-1-97, señalando respecto a las penas por tenencia de sustancias para uso personal lo siguiente: “esta norma legal (Ley 108, Art. 65), no comprende a los narco dependientes o consumidores que hubieren sido capturados en posesión de sustancias estupeficientes o psicotrópicas, destinadas para su propio consumo”. (Suplemento del Registro Oficial 222, del 24 de diciembre de 1997)

En la misma línea la Corte Suprema de Justicia determinó que: “...las resoluciones judiciales tienen que adoptarse por caso y cada juez exigirá el peritaje de los médicos legistas de la Procuraduría General del Estado en armonía con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 65 antes referido...”.(Corte Nacional de Justicia, 2012)

Siguiendo la línea del tiempo del desarrollo histórico jurídico de la normativa en tema de drogas en Ecuador, tenemos a la Constitución de la República del Ecuador del 2008, mediante la cual se establece la garantía normativa de no criminalización al consumo de drogas (Const. Art 364), bajo este marco constitucional, para el año 2014 se promulga el Código Orgánico Integral Penal (COIP), estableciendo en el inciso final del artículo 220, lo siguiente: “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, art. 220)

Es en este contexto, bajo la necesidad de efectivizar la garantía normativa constitucional de no criminalización del consumo, que en el año 2013 se promulga la Resolución 001-CONSEP-CD-2013, mediante la cual se crea la tabla de cantidades máximas admisibles para el consumo personal, como guía para las juezas y jueces en procesos penales de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tabla que será analizada en los capítulos.

Para finalizar en el año 2015, tenemos a la vigente Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, destacando que en estas últimas normas, al nacer bajo el nuevo marco Constitucional, propensan la prevención, la rehabilitación, la protección a la salud pública y se reconoce ya a los farmacodependientes. A continuación un cuadro en el cual se resume el desarrollo normativo en materia de drogas:

Cuadro Nro. 1

DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE DROGAS EN EL ECUADOR

1916	Ley de control del Opio
1924	Ley sobre importación, venta y uso del opio y sus derivados y de los preparados de la morfina y de la cocaína.
1958	Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes.
1970	Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes.
1974	Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.
1987	Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.
1990	Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. (Ley 108)
2015	Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización.

Fuente: Paladines, J. (2016). *En busca de la prevención perdida: Reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador. Friedrich-Ebert Stiftung (FES) Ecuador.* Elaboración propia.

Como se puede apreciar en el cuadro anterior, y del el análisis precedente, en aproximadamente 100 años de vida republicana en el Ecuador, hemos tenido ocho leyes que han regulado la tenencia y posesión de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, iniciando con medidas no punitivas, pecuniarias y luego gracias al discurso prohibicionista de guerra contra las drogas, se llegó a reprimir hasta con 16 años de reclusión.

3.1 TABLA DE CANTIDADES MÁXIMAS ADMISIBLES PARA EL CONSUMO PERSONAL

A pesar de que el estándar constitucional del 2008 estableció claramente la prohibición de criminalización a farmacodependientes, los órganos judiciales se oponían a aplicarlo, siendo necesario reforzarlo a través de políticas públicas, y es ahí cuando el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y psicotrópicas CONSEP, mediante resolución 001-CD-2013, fija las cantidades máximas para el porte y consumo personal de alcaloides en el Ecuador, sin que con ello, deje de ser punible el tráfico de sustancias en cantidades por debajo de los umbrales, así como tampoco se pretendió negar las situaciones de uso o consumo por encima de ellos.(Paladines,2016)

La tabla de cantidades máximas admisibles se basó en un informe técnico de toxicidad, estudios psicológicos, biológicos y otros necesarios sobre la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo personal, y fue elaborado por el Ministerio de Salud, acogido por las Secretarías de Educación, de Justicia, del Interior y de Relaciones Exteriores.(CONSEP, 001-CD, 2013)

El espíritu de esta resolución habría sido efectivizar la garantía normativa establecida en el Art. 364 de nuestra Constitución, mediante el cual se prohíbe la criminalización del consumo de drogas, al considerarlo como un problema de salud pública. Esto tratando de dar un parámetro técnico a los jueces, puesto que anteriormente se sancionaba a todo aquel que tenía o poseía sustancias ilícitas, sin considerar la cantidad y la condición de adicto. (Entrevista Dr. Diego García, 2013)

La fijación de cantidades máximas admisibles para el consumo, constituyen 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. (Paladines, 2016). A continuación podemos observar los límites para la tenencia.

Cuadro Nro. Dos

TABLA DE CANTIDADES MÁXIMAS ADMISIBLES PARA CONSUMO Y TENENCIA

RESOLUCION 001-CONSEP-CD-2013		
SUSTANCIA	PESO NETO	
MARIHUANA	10	GRAMOS
PASTA BASE DE COCAÍNA	2	GRAMOS
CLOROHIDRATO DE COCAÍNA	1	GRAMOS
HEROÍNA	0.1	GRAMOS
METIENDIOXIMETANFETAMINA (ÉXTASIS)	0.015	GRAMOS
ANFETAMINAS	0.040	GRAMOS

Fuente: Resolución 001-CONSEP-CD-2013. Elaboración propia

En base a la tabla expuesta, es pertinente conocer algunas de las cantidades permitidas para el uso de marihuana en otros países: España 40 gramos, Estados Unidos 28.45 gramos (en trece Estados), Colombia 20 gramos, Australia entre 15 y 50 gramos, Finlandia 15 gramos, Paraguay 5 gramos, México 5 gramos, entre otros (Jelsma, 2009:5). A nivel mundial Portugal y Uruguay, son los países que se destacan en mantener los umbrales más altos para la tenencia o porte de cannabis, en Portugal se permite un consumo de hasta diez días, de acuerdo a la consideración de la Comisión de Disuasión (Domoslawsky, 2012:31 y 56), mientras que en Uruguay, el umbral se encuentra determinado en la legislación que permite la regulación del mercado del cannabis, esto es de 40 gramos por mes, de acuerdo al control que realiza el Instituto de Regulación y Control del Cannabis. (Garat, 2015)

De la misma manera es pertinente indicar que existen países que se encuentran al otro extremo respecto a la tolerancia al tema de consumo de drogas entre ellos se encuentran países como Arabia Saudita, China, Indonesia, Malasia, Irán y de forma más reciente Filipinas, los cuales tienen fuertes sanciones e incluso contemplan penas de muerte por delitos relacionados con porte y consumo de pequeñas dosis. (Calderón, 2018)

Finalmente, conociendo las cantidades permitidas para tenencia de marihuana en otros países, y siendo en nuestro país la cantidad permitida 10 gramos, podemos concluir que es necesaria la implementación de un sistema que evalúe, regule y controle el consumo de drogas, previo a una represión ineficaz y violatoria a los derechos humanos de los consumidores.

4. PRINCIPALES CONSIDERACIONES SOBRE EL CONSUMO DE DROGAS

En materia de consumo de drogas, uno de los elementos importantes a considerar es la llamada “dosis personal”. El concepto de dosis, desde el punto de vista de la toxicología, se entiende como la cantidad de una sustancia a la cual un organismo vivo es expuesto o le es administrada en un periodo de tiempo determinado. Esta dosis se deduce a partir de la relación con el peso o el índice de masa corporal (IMC) del individuo. Usualmente, la dosis se relaciona con la cantidad total de una sustancia absorbida por un organismo mediante una vía específica de exposición o administración. (Téllez y Bedoya, 2015:6,7)

En resumen, se puede concluir que teniendo en cuenta las anteriores definiciones sobre dosis, el grado de toxicidad y la gravedad causadas por una sustancia o un medicamento sobre un individuo son inherentes a las propiedades toxicológicas de la sustancia y a las características individuales de la persona. De igual manera, la cantidad administrada se encuentra en relación directa con el peso del individuo y actúa en función de una unidad de tiempo. (Téllez y Bedoya, 2015:7)

Respecto de la dependencia, esta se caracteriza por el consumo repetido, compulsivo e incontrolable de una o varias drogas, cuya consecuencia es la distorsión del funcionamiento normal del individuo y de su entorno familiar, académico, laboral y de convivencia social. Se podría afirmar que en esta situación "el individuo no consume por el placer de vivir, sino que vive para consumir". (Téllez y Bedoya, 2015:16).

La evidencia médica ha demostrado que el consumo de sustancias psicoactivas, ya sean legales o ilegales, es potencialmente tóxico y adictivo. Por ejemplo, el alcohol, la sustancia psicoactiva legal más consumida en el mundo, afecta prácticamente todos los órganos del cuerpo tanto en forma aguda como en forma crónica. Esta sustancia está

considerada y clasificada como cancerígena; así ha sido comprobado en humanos al asociarse con diversos tipos de cáncer. (Téllez y Bedoya, 2015:19)

Por su lado, la marihuana es la sustancia psicoactiva ilegal de mayor consumo en el mundo. Su consumo adictivo ha sido asociado particularmente con alteraciones neuropsicológicas en adolescentes, déficit inmunológico y un alto riesgo de desarrollar alteraciones mentales psicóticas a cualquier edad. (Téllez y Bedoya, 2015:24-25)

La heroína, por su parte es considerada como una de las sustancias con mayor potencial adictivo. Su uso, al ser realizado por vía inyectada, está relacionado con contaminación de las jeringas por uso compartido y la consiguiente aparición de enfermedades como hepatitis C e infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). Adicionalmente, se incluye como una complicación frecuente la aparición del síndrome de abstinencia en hijos recién nacidos de madres consumidoras de heroína. La sobredosis de esta sustancia puede ocasionar muerte por depresión respiratoria o coma en el individuo. Igualmente, su consumo adictivo produce deficiencias inmunológicas severas con mayor susceptibilidad en individuos que padecen infecciones. (Téllez y Bedoya, 2015:30,31).

El consumo de ácido lisérgico (LSD) se asocia con alteraciones psicodislépticas y modificaciones de funciones psicológicas como: la percepción subjetiva del tiempo, el umbral emocional frente a los estímulos externos, y la organización del pensamiento, lo que provoca profusión de ideas desorganizadas seguida de incapacidad para trasladarlas al lenguaje verbal. Adicionalmente, la evidencia científica ha mostrado que el LSD es capaz de generar tanto tolerancia como dependencia psíquica y afecta la esfera visual. (Téllez y Bedoya, 2015:30,31)

Las denominadas "drogas sintéticas", son las sustancias que presentan un mayor incremento de consumo en el mundo, especialmente en la población joven. Los análogos de las anfetaminas, como por ejemplo, la metilendioximetanfetamina (éxtasis) y la metanfetamina (MA), han sido relacionados con toxicidad cardiaca, cerebrovascular y potencialmente la muerte. (Téllez y Bedoya, 2015:32,33)

En lo que concierne a la planta de coca, el consumo de sus derivados (clorhidrato de cocaína, pasta base de coca, *crack* y basuco) se asocia con alteraciones cardiovasculares

severas, aumento en la tasa de intentos de suicidio y cuadros de hemorragia intracerebral. Cuando es consumida en forma de basuco o *crack*, son frecuentes las alteraciones broncorrespiratorias debido a la gran cantidad de contaminantes (keroseno, ácido sulfúrico) que estas presentaciones contienen y al método de uso, es decir fumado. (Téllez y Bedoya, 2015:26-27).

Me voy a referir de manera especial a la cocaína, por cuanto en una de las sustancias estupefacientes más consumidas y de mayor adicción en nuestro entorno, siendo que proporciona al usuario efectos estimulantes y sensación de autoconfianza, clasificada como una “ego droga”, ya que la persona experimente sensación de locuacidad y de rapidez de pensamiento, y con el paso del tiempo se puede tornar en irritabilidad y agresividad. El efecto dura de treinta a noventa minutos máximo, y el usuario puede experimentar al final un efecto displacentero de pérdida de confianza, miedo y ansiedad, lo cual lo hace exigir una nueva dosis. (Goldstein, 2009:6-38)

La pasta base de cocaína es una droga altamente peligrosa ya que su precio es bajo (en Ecuador el costo fluctúa entre 1 a 2 dólares el gramo), y su farmacocinética (proceso que atraviesa el fármaco en el organismo, desde su administración hasta su eliminación del cuerpo), es de rápida absorción, pues se elimina aproximadamente en cinco minutos. Y es precisamente, las drogas con mayor capacidad adictiva las se eliminan con mayor rapidez. (Del Bosque, et al., 2014)

En el consumo de cocaína, se activan mecanismos neurobiológicos que incluyen la facilitación de la biodisponibilidad de dopamina en el sistema de la motivación-recompensa, interfiriendo con el transportador de serotonina (SERT), el de dopamina (DAT) y el de norepinefrina (NET), en este orden de potencia. (Koob, 2016). Los efectos dependen de la sensibilidad individual y de la dosis, la cual se relaciona con la vía de administración y la pureza del producto, que por lo menos en 40% de los casos es impuro, encontrándose adulterada con talco, maicena o azúcar. También es adulterada con procaína o con anfetaminas. (Del Bosque, et al., 2014)

Como dato importante, debo indicar que diversos estudios han confirmado la elevada prevalencia de antecedentes de trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH) en sujetos con dependencia y/o abuso de cocaína, por cuanto el dichas personas existe un hipo funcionamiento dopaminérgico, demostrándose una reducción de

la dopamina extracelular, que al consumo de la sustancia psicotrópica, aumenta y genera placer al usuario. (Del Bosque, et al., 2014)

Jairo Alfonso Téllez Mosquera y Juan Camilo Bedoya Chavarriaga, en su artículo en la Revista Persona y Bioética, *Dosis Personal de drogas: inconsistencias técnico-científicas en la legislación y la jurisprudencia colombiana*, realizan precisiones técnicas acerca de los términos dosis y dosis personal, indicando que el grado de toxicidad y la gravedad causadas por una sustancia sobre una persona son inherentes a las propiedades toxicológicas de las sustancias y las características individuales de la misma. (Téllez y Bedoya, 2015:104)

Citando que: “(...) Aunque se le permite al enfermo usar la droga que “mitiga su dolor”, no se le brindan mecanismos legales para obtenerla, por lo cual se le impulsa a formar parte de la cadena productiva del narcotráfico.” (Téllez y Bedoya, 2015: 105).

Finalmente se debe establecer que la evidencia médico-científica comprueba que todas las sustancias psicoactivas conocidas son potencialmente tóxicas para los consumidores sin importar la edad; es decir, niños, adolescentes y adultos pueden ser afectados por ellas. De igual manera, producen repercusiones de forma indirecta cuando son consumidas por una mujer en periodo de gestación, generando efectos adversos en el feto y en el recién nacido. (Téllez y Bedoya, 2015:26-27)

Sin embargo es imprescindible conocer que los múltiples efectos sobre la salud de los usuarios, señalan la necesidad de que el tratamiento, además de integrar la atención a problemas derivados del consumo de drogas, siga un modelo integral que permita atender la salud física, mental y social de los usuarios, con lo cual se evitaría su criminalización.

4.2 CONSUMO INMEDIATO Y MEDIATO Y SUS FACTORES INDIVIDUALES

Respecto al consumo mediato o inmediato es importante identificar las tres categorías de uso o consumo, que son: ocasional (uso), habitual (abuso) y problemático (adicción o dependencia). (Paladines, 2016). El consumo ocasional es el que se lo realiza de forma social o en grupo, y en frecuencia casual; mientras que el consumo habitual se da de

manera individual y regularmente, pudiendo terminar en consumo problemático o adicción. (Sierra, 2012: 98-100)

La ineficacia de la aplicación de la tabla de cantidades máximas admisibles para el consumo personal en nuestro país, se basa en la inmediatez del consumo de dichas sustancias, así como la generalización de todos los individuos como uno solo, sin considerar el aprovisionamiento de sustancias ilícitas al que muchos consumidores necesariamente recurren.

El consumo inmediato, al cual materialmente se refiere la tabla de cantidades máximas admisibles de sustancias, se refiere a la cantidad que una persona puede portar para su consumo personal en las subsiguientes horas. En este contexto no se considera que un farmacodependiente, en la mayoría de ocasiones, no adquiera una sola dosis de consumo, sino como es lógico, se abastece y adquiere varias dosis. Este abastecimiento puede ser para un consumo semanal o incluso mensual de las sustancias ilícitas, ya que las sustancias estupefacientes y psicotrópicas no se pueden conseguir en cada esquina o en cada tienda como un insumo más, sino que al ser una sustancia prohibida, como todo lo prohibido, se vuelve una acción difícil y peligrosa el conseguirla.

En relación al entorno ecuatoriano, cabe indicar que si bien se le permite al consumidor tener una cantidad determinada de sustancias ilícitas, destinadas a su uso o consumo inmediato, es, para conseguir esa dosis, pone en peligro su libertad personal, y otros derechos que se encuentran en relación directa con ese bien jurídico. Destacando que la dosis personal permitida en nuestro país, corresponde a un consumo inmediato y no mediato razonable, por lo que los dependientes deben abastecerse para atenuar el peligro que constituye conseguir la droga para su adicción.

Además se debe considerar que una persona adicta no tiene control de su dosis de consumo, y con el pasar de los meses y años, su cuerpo necesita dosis más altas de droga, sin que la persona pueda asimilar o conocer la cantidad que se le permite tener en su poder. Es en este punto, que la acción de adquirir y tener la sustancia es más peligrosa, puesto que el consumidor queda frágil y débil ante la justicia y el poder punitivo del estado.

Finalmente cabe resaltar que cada persona consumidora es un ser diferente, tanto biológica, física y psicológicamente, siendo esto, es imposible poder estandarizar una

cantidad límite de consumo para todos, sin analizar estos factores, que como ya lo leímos en líneas anteriores son determinantes para establecer la cantidad que cada individuo puede consumir como dosis personal. En el caso ecuatoriano esta estandarización de las personas consumidores ha tomado fuerza con la tabla de cantidades máximas admisibles, sin que se analice individualmente las precisiones técnicas antes indicadas.

5. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOS CONSUMIDORES DE DROGAS, A CAUSA DE LO DISPUESTO EN LA RESOLUCIÓN 001-CONSEP-CD-2013

El derecho fundamental a la libertad personal, es un derecho civil consagrado en Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art.7), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 1,2,3), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 9 y 10), mediante el cual se plantea un gran abanico de protección a todos los ciudadanos del mundo. Siendo los operadores de justicia los garantes, bajo todo riesgo de vulneración o arbitrariedad.

Podemos citar varios postulados sobre la libertad individual, sin embargo en relación con el consumo de drogas, se destacan las siguientes: una concepción de la libertad como licencia o autorización, una visión relativista de la autonomía individual y la obligación del Estado de proteger al individuo de sus propias acciones asumiendo la regulación de la vida privada. Tratándose de argumentos paternalistas, donde el estado interfiere en la autonomía de la persona consumidora y la castiga, para proteger al resto de la sociedad.

En términos de Santiago Nino (1989), esta concepción paternalista de libertad, es un argumento perfeccionista - legalista, en el cual la autodegradación moral, los daños físicos y psíquicos, individuales y sociales que el consumo de drogas genera, constituye una razón suficiente para que el derecho interfiera en ese consumo, induciendo a los hombres a adoptar modelos de conducta digna, incluso contraviniendo derechos fundamentales como la libertad. (Nino, 1989)

Algunos autores como MacCoun, Reuter y Nadelman, sostienen que la condición de ilicitud de las sustancias como efecto de la prohibición tiene un efecto criminógeno, al penalizar a millones de personas que consumen drogas, generar condiciones para la

formación de empresas criminales e inflar los costos de los estupefacientes, estimulando a los usuarios a cometer delitos para sostener su adicción. (MacCoun y Reuter, 2001: 3-31; Nadelman, 1988). De acuerdo con esta perspectiva, la implementación de políticas de drogas es, en sí misma, una variable explicativa de los altos niveles de violencia y delitos.

Para el Antropólogo Social Pablo Ortúzar, en su artículo Drogas y Libertad, los tratadistas Fischer y Covarrubias defienden que la llamada “guerra contra las drogas” no constituye la única opción disponible para enfrentar esta realidad, ni la más eficiente y nos recuerdan que existen drogas legales consumidas regularmente, por lo que defienden la legalización general, lo cual a su criterio es saltarse demasiados pasos y demasiadas consideraciones que son de una enorme importancia, como analizar la realidad de los consumidores e ir al origen de este problema social, y en los que la libertad humana, especialmente la de los más vulnerables, entre otros muchos bienes, se encuentra inevitablemente comprometida. (Ortúzar, 2017)

A continuación se citan varios procesos judiciales, en los cuales se pueden observar la dinámica de interpretación de los jueces, tanto garantistas como restrictivas de los derechos de los farmacodependientes, entre estos y como fundamental derecho a la libertad personal.

Cuadro Nro. Tres

RESOLUCIONES EN CASO DE TENENCIA Y PORTE DE SUSTANCIAS PARA CONSUMO PERSONAL.

JUDICATURA	NRO. DE CAUSA	CANTIDAD Y SUSTANCIA	RESOLUCION
TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE ZAMORA CHINCHIPE.	CAUSA 0034-2011	1 gramos de pasta base de cocaína	Sentencia de 12 años.
TRIBUNAL SEGUNDO DE	CAUSA 0074-2012	200 gramos de marihuana.	Se ratifica la

GARANTÍAS PENALES DEL CARCHI.				inocencia.
UNIDAD JUDICIAL PENAL QUITUMBE, PICHINCHA, QUITO.	CAUSA 17283-2018-01854		Tenencia o posesión de 42.70 gramos de marihuana.	Sentencia de 2 años
UNIDAD JUDICIAL PENAL SUCRE, PICHINCHA, QUITO.	CAUSA 17282-2016-04834		Tenencia o posesión de 2.45 gramos de cocaína.	Sentencia de 2 años
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA	1092-2012-P-LBP		10.1 gramos de cocaína.	Se ratifica la inocencia

Fuente: Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe, 0034-2011. Tribunal Segundo De Garantías Penales del Carchi, 0074-2012. Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes Quitumbe, 17283-2018-01854, Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes Quito, 17282-2016-04834. Corte Nacional De Justicia No 1092-2012-P-LBP. Elaboración propia.

Entre los casos presentados en la tabla permito analizar el caso de Edson Fernando Cevallos, un hombre de 45 años de edad, que fue aprehendido por portar 2.45 gramos de cocaína, fue procesado y posteriormente sentenciado por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización establecido en el artículo 220, numeral 1, literal b) del Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014, art. 220), a dos años de privación de la libertad, a pesar de habersele realizado exámenes químicos y la pericia psicosomática que determinaron su farmacodependencia, y sin probarse tráfico o comercialización de la sustancia, en el presente proceso el juez de la causa, fundamentó su sentencia condenatoria en base a la Resolución del CONSEP, ya que la misma determina como cantidad máxima permitida para el consumo personal la cantidad de 2 gramos de pasta base de cocaína.(Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes Quito, 17282-2016-04834, 2016).

Finalmente, los consumidores sentenciados sufren no solo por la privación de su libertad, sino por los derechos que subsidiariamente se les afecta como el derecho al

trabajo, a la familia, a la vivienda, a la salud, al libre desarrollo de su personalidad, entre otros. Así también sufren en desprecio social, producto de la criminalización a los consumidores por parte de una sociedad castigadora, que piensa que la drogadicción o farmacodependencia son los causantes de otras conductas reprochables dentro de una comunidad, sin entender que la farmacodependencia o drogadicción son el resultado de una sociedad en crisis, los consumidores entonces son el resultado, y no la causa. (Paladines, 2013: 9)

6. LA LESIVIDAD EN EL TIPO PENAL DEL ART. 220 COIP- TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN

Para que una conducta sea penalmente relevante, debe lesionar o poner en peligro, un bien jurídico protegido por la ley penal, que a su vez es un derecho consagrado en la Constitución de la República, dicho esto es necesario aclarar que el bien jurídico que se pretende proteger debe necesariamente ser un bien jurídico ajeno.

El párrafo anterior nos lleva a un análisis de la lesividad en el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas, sujetas a fiscalización. Sobre la vulneración del principio de lesividad y el bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, los siguientes autores establecen:

El autor uruguayo Diego Camaño Viera, con su artículo: *“Legislación antidrogas: ¿Una amenaza para el estado de derecho?”*, analiza históricamente la legislación antidrogas, la vulneración del principio de lesividad, la inversión de la carga de la prueba, y la salud pública como bien jurídico protegido en materia de consumo de sustancias, citando a varios autores como Carlos González, 2001; Saavedra y Del Olmo, 1991; Ibáñez, 1994; entre otros. (Camaño, 2004).

El jurista Alemán Nestler Cornelius, en su publicación, *“La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes en la insostenible situación del derecho penal”*, establece con claridad la diferencia entre un delito de peligro (como sería el porte de armas o explosivos), frente a una conducta inofensiva (como es el caso de tenencia o porte de estupefacientes). (Nestler, 2000).

En el primer caso, la conducta puede ser lesiva, por la puesta en peligro de un bien jurídico, y la punición estaría justificada, sin embargo en el caso de los estupefacientes, se estaría vulnerando el principio de lesividad, por la falta de potencialidad ofensiva en la tenencia de drogas ilícitas para el consumo personal. (Nestler, 2000).

El tratadista Edgardo Alberto Donna citando a Hirsch, define a los delitos de peligro como: “Las prescripciones penales- para cuya realización no es necesaria ninguna lesión al bien jurídico, sino es suficiente la dirección hacia una situación de peligro o simplemente alcanzar con obrar arriesgadamente hacia su conclusión.” (Donna, 2008) Entonces, lo que resulta fundamental en esta clase de delitos (tráfico de drogas) es el determinar si la conducta típica del sujeto activo, entraña una situación de peligro o de riesgo hacia el bien jurídico colectivo protegido, que en nuestra legislación es la salud pública (Corte Nacional de Justicia, C-491/12, 2012).

Lo antes referido lleva a determinar que para que exista la certeza de que se ha comprobado conforme a derecho el delito de tenencia y posesión ilícita de estupefacientes que se traduzca en una sentencia condenatoria, es trascendental que en el proceso penal se determine que las sustancias prohibidas encontradas en posesión o tenencia del procesado estaban destinadas a la comercialización, distribución, venta, en fin al verdadero tráfico, pues es en estas circunstancias donde el bien jurídico protegido entra en riesgo o peligro, y por ende se perfecciona el delito antes mencionado.

Es pertinente en este punto del análisis citar a la Corte Constitucional Colombiana, a fin de enriquecer esta investigación con el desarrollo jurisprudencial, que le caracteriza respecto a la lesividad en casos de tenencia para el consumo. La sentencia C-491/12 C.C.C., es clara en indicar que se debe diferenciar entre las conductas constitutivas de narcotráfico y el porte de sustancias para el consumo personal, ya que este último comportamiento no reviste idoneidad para afectar los bienes jurídicos protegidos por la norma fundamental, y determinados en los códigos penales, como son: salud pública, seguridad pública y el orden económico y social. (Corte Constitucional Colombiana, C-491/12, 2012).

El porte o tenencia de sustancias estupefaciente para el consumo, se trata de una conducta que no trasciende el ámbito personal del individuo, y menos aún lesiona un bien jurídico ajeno, protegido por la norma Constitucional, en estos términos se fundamenta la sentencia C-491/12 de la Corte Constitucional Colombiana (2012):

Cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas) está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger. (Corte Constitucional Colombiana, C-491/12, 2012).

En el caso ecuatoriano, La Corte Nacional De Justicia, también se ha pronunciado respecto de la lesión del bien jurídico, en procesos de tenencia de drogas para consumo personal. Así mediante resolución No 1092-2012-P-LBP, determina:

De manera que la tenencia o posesión de sustancia ilícitas, cuando se comprobare la dependencia del tenedor o poseedor a estas sustancias, y que efectivamente la cantidad encontrada en su poder estaba destinada para su consumo personal e inmediato, no es susceptible de sanción penal. (Corte Nacional de Justicia, No 1092-2012-P-LBP, 2012).

Finalmente, la misma Corte Nacional de Justicia, establece que en caso de determinarse que la persona acusada es consumidora, no se pone en riesgo o en peligro el bien jurídico protegido, al no existir un efecto nocivo para la salud pública, pues es obvio que dicho consumo perjudica exclusivamente a la salud de la persona consumidora, por lo tanto, mal podría sancionarse penalmente dicha actuación; tanto más que la decisión personal de consumir sustancias prohibidas ha sido tomada por el sujeto activo consumidor de manera libre y voluntaria, en ejercicio pleno de su libertad y autonomía como ser humano, situación que debe ser tratada como un problema de salud de la persona individual. (Corte Nacional de Justicia, 1092-2012-P-LBP, 2012)

7. CONCLUSIONES

Como se observa de la presente investigación, el consumo de drogas es una práctica muy antigua, pero el contexto, la frecuencia, los motivos y formas en que son consumidas han cambiado mucho. Por otro lado, la lucha contra la droga no es tan antigua y los resultados de las estrategias empleadas son todavía dudosos. Cabrá al futuro decir que camino debe ser recorrido. (Corrêa, 2011).

Luego de realizar un recorrido histórico de la legislación de drogas en el Ecuador, se puede establecer que en aproximadamente 100 años de vida republicana en el Ecuador, hemos tenido ocho leyes que han regulado la tenencia y posesión de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, iniciando con medidas no punitivas, pecuniarias y luego gracias al discurso prohibicionista de guerra contra las drogas, se llegó a reprimir hasta con 16 años de reclusión.

En el análisis de la Resolución 001-CONSEP-CD-2013, mediante la cual se fijó las cantidades máximas admisibles para el porte y consumo personal de alcaloides en el Ecuador, se pudo determinar, que estas medidas técnico-políticas no gozan 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 personal, y no considera un consumo mediato razonable.

La evidencia médico-científica ha demostrado que el consumo de sustancias psicoactivas, ya sean legales o ilegales, es potencialmente tóxico y adictivo, y que grado de toxicidad y la gravedad causadas por una sustancia o un medicamento sobre un individuo son inherentes a las propiedades toxicológicas de la sustancia y a las características físicas, biológicas y psíquicas de cada individuo.

Resulta importante indicar que aunque el Estado le permite al drogodependiente, usar la droga, no se le brindan mecanismos legales para obtenerla, por lo cual se le impulsa a formar parte de la cadena productiva del narcotráfico, y a su vez al no considerarse un abastecimiento de sustancias para el consumo personal, el usuario queda frágil y débil ante la justicia y el poder punitivo del estado, llegando a menudo a perder su libertad.

Por las consideraciones realizadas respecto a la lesividad en el porte o tenencia de sustancias estupefacientes cuyo fin es el consumo personal, se ha podido establecer que esta conducta no trasciende el ámbito personal del individuo, y no lesiona el bien jurídico protegido por la norma Constitucional, que en este caso es la salud pública. Con lo que resulta que nos encontramos frente a una conducta en la que no se cumple la categoría dogmática de la antijuridicidad, por ende la misma no debe ser sancionada en el ámbito penal.

Luego del análisis realizado, se puede determinar que el sistema penal ecuatoriano en lugar de demostrar el tráfico, revierte la carga de la prueba sobre el consumo, a las personas detenidas por tenencia o posesión de sustancias, bajo discretos juicios de

valor, realizados en un peritaje, y bajo el imperativo de aplicar la tabla de umbrales para el consumo, lo cual claramente vulnera el principio de presunción de inocencia, el debido proceso y finalmente el derecho a la libertad personal de los consumidores.

Como conclusión resulta indispensable que el Estado Ecuatoriano realice las acciones pertinentes para garantizar este filtro al poder punitivo del estado, que se ejerce en contra de los adictos y consumidores de sustancias estupefacientes. Además es el estado, a través de los operadores de justicia, el obligado a garantizar la no criminalización a los farmacodependientes conforme la garantía normativa establecida en el Art. 364 de la Constitución de la República, actuación estatal que debe ser integral y efectiva, en pro de los derechos humanos de los farmacodependientes.

8. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. Ball, John; Graff, H. y Kimberly Chien, (1975), Changing World Patterns of Drug Abuse, 1945- 1974. *International Journal of Clinical Pharmacology*. Vol. 12, núm. 1-2, julio, (pp. 109-113).
2. Conyer Tapia, Roberto. (2001), La cocaína, origen, botánica e historia, *Las adicciones: dimensión, impacto y perspectivas, Manual Moderno*, México, p. 219.
3. Corrêa de Carvalho JT. Historia de las drogas y de la guerra de su difusión. [Sitio en internet] Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/200712-123355956848.html> Consultado el: 30 de octubre de 2008.
4. Donna, E. A., & de la Fuente, J. (2008). *Derecho penal: parte especial*. Rubinzal-Culzoni Editores.
5. Domsloslowsky, Artur. (2012). Políticas sobre drogas en Portugal: beneficios de la descriminalización del consumo de drogas: Open Society Fundation: Budapest.

6. Del Bosque, J., et al. (2014). Salud Mental. “La cocaína: consumo y consecuencias”. N.5. Vol. 37. 381-389. Recuperado el 23/07/2018 de <http://www.scielo.org.mx/pdf/sm/v37n5/v37n5a4.pdf>.
7. Del Olmo, R. (1997). Las drogas y sus discursos. En *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. (pp. 141-158). Depalma.
8. Escohotado, Antonio, (1986) La creación del problema, en Revista Española de investigaciones sociológicas, nº 34, abril-junio de 1986, p. 26.
9. Escohotado, Antonio (1996). La antigüedad remota. En *Historia elemental de las drogas*, Anagrama, Barcelona, p. 16.
10. Ferrajoli, Luigi. (1997). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta. Madrid.
11. Jelsma, Martin. (2009). Innovaciones legislativas en políticas de drogas: iniciativa latinoamericana sobre drogas y democracia. TNI:Ámsterdam.
12. Koob JF, Le Moal M. (2006). Neurobiology of addiction. Academic Press, San Diego.
13. Nestler, Cornelius. (2000). La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes en la insostenible situación del derecho penal, Editorial Comares, Granada.
14. Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Astrea.
15. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2016).
16. García, F. Á. P., Rocañín, J. C. F., & Forneiro, J. C. (2004). *¿Hay vida después de... las drogas?: manual de primeros auxilios para entender las adicciones*. Arán Ediciones.

17. Goldstein RA, DesLauriers C, Burda AM. (2009), Cocaine: history, social implications, and toxicity: a review. *Dis Mon.*; 55(1):6-38.
18. Paladines, J. V. (2012), *La (Des)Proporcionalidad de la Ley y la Justicia Antidrogas en Ecuador*”, Cuadernos Defensoriales No. 1. Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, Quito: Defensoría Pública del Ecuador.
19. Paladines, J.V. (2013). *El Equilibrio Perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador.
20. Paladines, J. V. (2015). Duros contra los débiles y débiles contra los duros: la lección no aprendida. *Reforma a las leyes de drogas en América Latina*.
21. Paladines, J. (2016). “Guerra contra las drogas”: Oportunidades regionales bajo la continuidad del paradigma conservador. *Estado & comunes*, 2(3).
22. Paladines, J. (2016). En busca de la prevención perdida: Reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador. *Friedrich-Ebert Stiftung (FES) Ecuador*.
23. Pascual Pastor, F. (2002), Aproximación histórica de la Cocaína. De la Coca a la Cocaína, *Revista del Encuentro nacional para profesionales. Cocaína*. Aranjuez, p. 9.
24. Pontón, D., y Rivera, F. (2013). Microtráfico y criminalidad en Quito.
25. Prieto, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Editorial Trotta. España.
26. Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, Editorial Trotta. España.
27. Puentes, M. (2005). *Detrás de la droga: Raíces espirituales, culturales, sociales, familiares, psicológicas y orgánicas de la problemática de la drogadicción*. Lugar Editorial. Argentina.

28. Reuter, Peter y Franz Trautmann. (2009). A Report in Global Illicit Drug Markets 1998-2007. Bruselas, European Commission.
29. Robledo, P. (2008). Las anfetaminas. *Trastornos adictivos*, 10(3), 166-174.
30. Sáenz, M. (2013). Algunas Reflexiones Psicosociales sobre la farmacodependencia., Editorial de la Universidad de Costa Rica. s.f.
31. Sierra, Natalia, (2012). *Drogas y Universidad*. CONSEP y Editorial El Conejo: Quito.
32. Téllez y Bedoya (2015). Dosis personal de drogas: inconsistencias técnico-científicas en la legislación y la jurisprudencia colombiana. *Revista persona y bioética*.19(1): Colombia.
33. Viera, D. C. (2004). Legislación anti-drogas:¿ una amenaza para el Estado de Derecho?. *Revista de derecho penal*, (14), 79-96.
34. Youngers, Coletta (2013). “Prólogo”. En Paladines, Jorge. *El Equilibrio Perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador.

REFERENCIAS LEGALES

35. Código Orgánico de La Función Judicial. Registro Oficial No. 544, 9 de marzo de 2009.
36. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014.
37. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.
38. Fedotov, Y. (2016). World Drug Report 2016 By United Nations Office on Drugs and Crime: 2016ISBN: 978-92-1-148286-7. *New York*. Recuperado a partir de <https://goo.gl/6yYQHD>.
39. Reglamento Ley Prevención Integral Fenómeno Socio Económico Drogas, Decreto Ejecutivo 951. Registro Oficial No. 717, 22 de marzo de 2016.
40. Resolución No. 001-CONSEP-CD-2015. Registro Oficial, Segundo Suplemento No. 586, 14 de septiembre de 2015.

41. Ley Orgánica de Prevención Integral Fenómeno Socio Económico Drogas. Registro Oficial No. 615, 26 de octubre de 2015.
42. Reglamentos de la Ley Orgánica de Prevención Integral Fenómeno Socio Económico Drogas. Registro Oficial No. 615, 26 de octubre de 2015.
43. Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Paris: Resolución 217 A (III).
44. Organización de los Estados Americanos. (1969). *Pacto San José de Costa Rica*. Costa Rica: adoptado el 7 al 22 de noviembre de 1969.
45. Corte Constitucional de la República de Colombia, (1994), Sentencia C-221/94.
46. Corte Constitucional de la República de Colombia, (2012), Sentencia C-491/12.
47. Corte Nacional de Justicia de Ecuador, (2012), Sentencia No 1092-2012-P-LBP.
48. Lagla, Alfredo (2017). “El doble de presos por drogas en 15 meses, reformas incidieron en el incremento”. *El Comercio*, julio 16, Seguridad.
49. Rosana Alvarado, Ministra de Justicia, *El Comercio*, Quito, 10 de julio del 2018.