



Universidad Internacional SEK

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo de titulación para la obtención del Título de
Máster en Derecho Procesal y Litigación Oral

Título: Los problemas en la diferenciación entre microtráficoante y
consumidor de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en la aplicación
de la tabla y su reforma.

Autor: Daniel Alejandro Garrido Montero.

Fecha de Entrega: 08 de mayo del 2018

Declaración Juramentada

Yo Daniel Alejandro Garrido Montero, con cédula de ciudadanía No. 171611319-4 declaro bajo juramento que el trabajo aquí presentado es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional, y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo a la Universidad Internacional SEK, Ecuador, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente

Nombre del autor: Daniel Alejandro Garrido Montero.

CC. 171611319-4.

Dedicatoria

Dedico la presente Disertación a mi padre Iván y madre Lucía por su incondicional apoyo y aliento, a mis tíos y tías por su candor y cariño; a mis primos menores para que sepan que cada gran esfuerzo conlleva una gran satisfacción.

ÍNDICE

Introducción

CAPITULO I: LA TEORIA DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	1
1. Precisión del Concepto del Derecho Penal del Enemigo.....	1
1.1. Esencia del Enemigo.....	1
1.2. El derecho Penal del Enemigo en la Historia de América Latina.....	3
1.3. Descomposición de Ciudadanos como Enemigos.....	5
1.4. Características.....	8
1.4.1. Derecho Penal Simbólico.....	8
1.4.2. Punitivismo.....	9
1.4.3. Tercera Velocidad del Ordenamiento Jurídico Penal.....	10
1.5. Derecho Penal del Enemigo - Divergencias en función de la pena.....	12
1.6. Derecho Penal del Enemigo o Derecho Penal de Autor.....	13
2. Aplicación del Derecho Penal Objetivo a los delitos del tráfico de sustancias ilícitas.....	13
2.1. El pensamiento de Hegel: Precursor del Derecho Penal Objetivo.....	14
2.2. Hacia la teoría del Derecho Penal Objetivo.....	16
2.2.1. Componentes del Derecho Penal Objetivo.....	16
2.2.2. La Causalidad en el Derecho Penal Objetivo.....	20
2.2.3. Críticas a la postura clásica del Derecho Penal Objetivo.....	23
 CAPITULO II: ESTATUS ACTUAL DEL REGIMEN DE PROHIBICIÓN Y LEGALIZACIÓN EN EL AMBITO INTERNACIONAL.....	 26
3. Historia de la Prohibición.....	27
3.1. Ser Humano y Drogas.....	27
3.1.1. La Antigüedad.....	28
3.1.2. Institucionalización de la Prohibición.....	29
3.1.3. Historia de la Prohibición Mundial.....	29
3.1.4. Consecuencias de la Prohibición.....	32
3.1.5. Informe de las Naciones Unidas sobre la Guerras Contra las Drogas 2017.....	33
4. Proyectos de Legalización a nivel Internacional.....	35
4.1. Suiza.....	36
4.1.1. Antecedentes Normativos.....	36
4.1.2. Las casas de Consumo Controlado.....	37
4.2. Inglaterra.....	39
4.3. Ámsterdam.....	40
4.4. España.....	41
4.5. Colorado Estados Unidos.....	43
4.6. Uruguay.....	46
5. Normativa Ecuatoriana sobre posesión tenencia y expendio de sustancias sujetas a Fiscalización.....	47

5.1. Evolución del tipo penal en los delitos de tenencia, posesión y tráfico en el Ecuador.....	50
5.2. Críticas al régimen normativo de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas o Ley 108.....	53
5.3. Tratamiento de los Delitos relacionados con Drogas en el Ecuador.....	55
 CAPITULO III: TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO ENTRE CONSUMIDORES Y MICROTRAFICANTES CONFORME A LA NORMATIVA NACIONAL.....	57
6. Despenalización del Consumo personal por parte de la Corte Constitucional Colombiana.....	59
6.1. Derecho a la Salud.....	59
6.2. Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad / Autonomía Personal.....	60
6.3. La Educación como Obligación Estatal.....	61
6.4. Tratamiento Médico.....	61
7. Normativa aplicable a la pena por tenencia en el Ecuador.....	62
7.1. Tratamiento Jurisprudencial del delito de Tráfico y Tenencia de Drogas.....	68
7.2. Estudios del Precedente Jurisprudencial No. 12-2015.....	72
7.2.1. Principio de Proporcionalidad.....	76
7.2.2. Intervención Penal Mínima.....	78
7.2.3. Principio de Lesividad.....	79
8. Estadísticas Sobre delito de Tenencia y Micro tráfico en Ecuador.....	81
 CONCLUSIONES.....	88
RECOMENDACIONES.....	90
 BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCIÓN

En la actualidad con la aplicación de la tabla propuesta por el CONSEP, en el registro oficial No. 628 del lunes 16 de noviembre del 2015, sobre la tenencia de sustancias estupefacientes y con la finalidad de aplicar las penas por el cometimiento de esta infracción, en la coyuntura actual existe una confusión entre el concepto de micro traficante con el consumidor habitual de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ya que dentro de la legislación actual no se encuentran establecidos criterios claros para su separación.

El presente estudio además intentará determinar si los juzgadores en aplicación del artículo 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, emiten penas arbitrarias y draconianas en contra de los drogodependientes y drogadictos, contraviniendo de manera directa el mandato constitucional contenido en el artículo 364 enunciado en su texto que indica que las adicciones son un problema de salud pública, motivo por el cual a sus afectados no se los podrá victimizar. Buscando determinar si los derechos de las personas que han sido catalogadas por el examen psicosomático como consumidoras de sustancias ilícitas sujetas a fiscalización, poseen un estatus de enemigos dentro de la normativa lo que fomenta el abuso de esos sujetos en la aplicación del Derecho Penal ecuatoriano.

Plateándonos así la siguiente inquietud, ¿Será la legalización controlada de sustancias estupefacientes y psicotrópicas una posible solución para evitar la afectación a los derechos de los consumidores? Determinándose de esta manera si la aplicación de la tabla propuesta por el CONSEP podría ser considerada como un medio idóneo que sustente la política pública antidrogas.

Se analizará si esta tabla constituye un medio de vulneración de derechos para los drogodependientes o drogadictos, en base a la teoría propuesta por Gunther Jakobs sobre el Derecho Penal del Enemigo, se determinará si la normativa penal posee estos elementos analizando la configuración del delito de tenencia y fallos que complementan su aplicación.

El presente estudio se realiza con la finalidad de realizar un acercamiento teórico a una política completamente contraria a la criminalización del consumidor, podrá facilitar el estudio y la implementación de un sistema procesal más equitativo, al momento de encontrarnos con un consumidor de sustancias ilícitas.

Esto daría a los interesados en el tema una visión más humana sobre la problemática del consumo de drogas en el país, en vez de utilizar la misma con fines políticos, y de aceptación social, basada en una errónea concepción de un sistema aparentemente garantista con el usuario.

La presente investigación será producto del estudio de doctrina tanto nacional como internacional sobre el tema, revisando en primer lugar lo establecido en normativa y doctrina internacional de países con políticas públicas de uso de drogas más liberal en comparación con el actual régimen procesal, llegándose a determinar si conviene que este enfoque se mantenga dentro de la legislación penal ecuatoriana.

Una vez realizada una búsqueda del tema podemos intuir que en la actualidad, en el Ecuador no se han realizado estudios sobre este tema desatendiendo la problemática anteriormente enunciada.

Así analizaremos el siguiente marco conceptual

Derecho Penal Mínimo: Luigi Ferrajoli afirma que la justificación del derecho penal de sostenerse en una premisa de prevención doblemente negativa: como medio de protección social para evitar que se cometan más delitos; y (más importante aún) como herramienta de protección de los sujetos frente al poder punitivo estatal. En este sentido, polemiza con los abolicionistas, en cuanto sostiene que hacer desaparecer el Derecho penal puede provocar mayores males que aquellos que se pretende reparar, particularmente en épocas – como las que vivimos actualmente –, en que el derecho penal liberal se encuentra en crisis, y en que lo que se impone son justamente medidas que tienden a negar el derecho penal de garantías, optando por otros mecanismos informales de control social, más restrictivos aún de las libertades individuales.

Derecho Penal del Enemigo: conforme lo establecido por Jakobs se establece que se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas

Microtráfico: En base a la legislación interna del país se podría determinar que el microtráfico, es aquel sujeto que realiza el tráfico de sustancias que se encuentran sujetas a control estatal, suele portar las mismas en una calle o algún recinto público para venta o distribución inmediata a los consumidores de la misma.

La propuesta de investigación del presente tema se basará en la confrontación por la escuela Contractualista siendo esta una corriente moderna de filosofía política y del derecho, que piensa el origen de la sociedad y del Estado como un contrato original entre humanos, por el cual se acepta una limitación de las libertades a cambio de leyes que garanticen la perpetuación y ciertas ventajas del cuerpo social.

Se debe tomar en cuenta que esta no se podría configurar como una teoría única sino que abarca muchas disciplinas dentro de su planteamiento, esto explica la vigencia de este postulado, y la aceptación del mismo así es como Rousseau establece la existencia de un contrato social mismo que define de la siguiente manera:

(...) Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino así mismo y quede tan libre como antes (Rousseau, 1921, Pág. 46)

Así expuesta la definición del contrato social se puede entender que todas aquellas personas que se encuentre transgrediendo dicho contrato o acuerdo social lo estaría rompiendo, en este sentido se debe tener en cuenta que no se estaría manteniendo la igualdad de obligaciones que la teoría Contractualista establece, por ese motivo quien no respeta a las mismas no será considerado ciudadano.

Aceptándose una renuncia tacita al estatus de ciudadano sembrado en este sentido las bases para crear lo que se llamará el *Derecho del Enemigo*, quitándole de esta manera su estatus de ciudadano, creando así una desigualdad y teniendo en cuenta que estos se pueden considerar como sujetos de amplia peligrosidad continuando con una acepción propuesta por Fichte:

(...) quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos. (Cancio, 2003, pág. 27)

Desconociendo la calidad de ciudadanos, que poseen los presuntos infractores y creando la base para el concepto del derecho penal del Enemigo, como adelantamiento de la punibilidad es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico - penal, favoreciendo la existencia de penas desproporcionadas relativizando determinadas garantías procesales(Jakobs & Cancio, 2003)

En este sentido me permito indicar que la problemática actual recae dentro de la aplicación de la tabla de consumo de drogas, debería ser examinado en base a la teoría del Derecho penal Objetivo Planteado por Jakobs estableciendo que este se compone de comportamientos en los que se puede observar defectos en las características.

Se observara además los planteamientos establecidos por el doctrinario Roxin en la que se niega la imputación mediante la afirmación de que dicha conducta no crea un riesgo mensurable de lesión de un bien jurídico, estableciendo además “aclararse como tiene que obtenerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado para que pueda imputarse a un sujeto del delito determinado como su acción” (Roxin, 1970, Pág. 5). Buscando determinar de esta manera como la actual tabla de consumo de drogas, puede afectar los derechos de los consumidores y microtráficoantes, en relación a la imposición de pena otorgada a grandes narcotraficantes.

Una vez explicado este particular se abordara en el primer capítulo de esta disertación, las teorías del doctrinario Thomas Hobbes, quien ha creado los antecedentes tanto filosóficos y políticos del Estado absolutista; su influencia en la teoría del Derecho Penal del Enemigo y las características que lo conforman.

Dentro del segundo capítulo se puede encontrar el marco jurídico internacional propuesto por los países hegemónicos que conforman la Organización de Naciones Unidas; la historia de la prohibición, además de los distintos modelos de legalización que han aplicado ciertos países, como un medio de control acertado en contra del narcotráfico.

Por último en el tercer capítulo abordaremos un estudio tanto normativo como jurisprudencial de la aplicación del artículo 220 en su numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal en el sistema judicial ecuatoriano, así como las estadísticas que han proporcionado las entidades que apoyan la lucha contra el tráfico de narcóticos en Ecuador.

La propuesta realizada alrededor de estos tres capítulos se ha desarrollado en base a la aplicación del método hipotético deductivo, que consiste en formular teorizaciones generalizables en el establecimiento de condiciones iniciales relevantes que constituyen una premisa básica para la construcción de teorías y aplicarlas directamente sobre las políticas públicas, utilizándose un enfoque

cualitativo en base al estudio de los consumidores de drogas y sus diferencias con los microtráficoantes en el ordenamiento jurídico actual.

CAPITULO I

LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Con la finalidad de realizar un estudio integro de la problemática que existe en el país al momento de juzgar a los consumidores y microtráficos de sustancias fiscalizadas, debemos tomar en cuenta dos teorías, en primer lugar se estudiara lo concerniente al Derecho Penal del Enemigo, en segundo plano además haremos una revisión de la teoría del Derecho Penal Objetivo

1. Precisión del Concepto del Derecho Penal del Enemigo

1.1. Esencia del Enemigo

El concepto de enemigo proviene del Derecho Romano siendo el doctrinario que más desarrolla esta idea Carl Smith quien establece que el:

(...) estado absoluto el enemigo no es cualquier sujeto infractor. Sino el otro, el extranjero y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que, en el caso extremo sean posibles con el conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero descomprendido y por eso imparcial. (Zaffaroni, 2006, Pág. 6)

Este concepto ha evolucionado desde la propuesta inicial realizada en el Derecho Romano, esta se asemeja sobremanera al concepto del *hostis*, que era comprendido como un extranjero, motivo por el cual era considerado como un posible enemigo, este carecía de derechos en absoluto en vista de la peligrosidad que irradiaba. Poseyendo este concepto una sub clasificación:

1. *Hostis alienígena*.- este aplica en medida reducida ya que en una medida escasa, pero el sujeto afectado por esta estaba siendo protegido por el *jusgentium* (se mantenía sobre el criterio de una posible peligrosidad ejercida por parte de este sujeto).
2. *Hostis judicatio*: este era calificado así por las actuaciones del senado dado en ocasiones extraordinarias, en la que un ciudadano por su existencia amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, en esta medida se lo declara como enemigo público.

El *hostis* en la actualidad no ha desaparecido, si bien fue utilizado mayormente en la Alemania nazi, ha perdurado en el tiempo siendo así que en la actualidad nos encontramos en la necesidad de contenerlo, así el ordenamiento jurídico crea estrictas medidas de necesidad. Generando esta un estado de guerra entre la política propuesta por el Estado y el Derecho, la inclusión de este concepto en el Derecho Penal, en la actualidad se encuentra en discusión por parte de los doctrinarios.

1.2.El Derecho Penal del Enemigo en la historia de América Latina

La aplicación del Derecho en América del Sur ha iniciado mediante la colonización de una potencia mundial, en este caso España, quien tuvo un gran desarrollo económico en la época de la revolución mercantil en vista de la expansión de su imperio hacia América del Sur que resultó ser una fuente importante de ingresos económicos.

Así se puede observar que el marco legal de sus actuaciones, se encuentra enfocado en base a una fuerte jerarquización de los miembros que conforman su sociedad, teniendo este muchos rasgos parecidos a la estructura de una organización militar dándole a su aplicación del derecho penal la característica de:

(...) la usurpación del puesto del damnificado o víctima por parte del señor (poder público), degradando a la persona lesionada o víctima a la condición de puro dato para la criminalización. Los paliativos que hoy se ensayan para no victimizar por segunda vez no logran disimular la esencia confiscatoria de la víctima que caracteriza al poder punitivo y menos aún pueden alcanzar su cancelación. (Zaffaroni, 2006, Pág. 10)

Característica que proporciona al poder público una gran capacidad de decisión en los conflictos abriendo paso así al exitoso genocidio de indígenas y posterior clasificación de los mismos como esclavos o siervos, en este sentido se permite a esta la creación del capitalismo moderno. Cabe recalcar que en aquel entonces no se podía discutir sobre la existencia del término ciudadanía, ya que este concepto como tal no existía en aquella época, ya que el estatus que era ocupado con por los subditos, existiendo de esta manera un círculo muy reducido de aquellos que fueran considerados como beneficiados.

El uso del control penal diferenciado se mantuvo pero se atenúa cuando llega la Revolución Industrial, solo que una vez instaurada la nueva hegemonía por parte de los industriales y comerciantes se reafirma la dualidad de los tratos penales, tratando de esta

manera reducir el poder punitivo, ya que este era visto como una de las principales armas de dominación.

De esta forma se observa claramente que la independencia de los estados colonizados busca sancionar las constituciones o códigos penales liberales y peligrosistas, siendo así que:

(...) La pena de muerte se redujo a los criminales graves (asesinos) y a los disidentes (la comuna de París, por ejemplo), al matarlos seguían dejando de ser problema. las dificultades -como hemos señalado- se manifiestan en cuanto a los molestos, cuyo número aumentó con la concentración urbana, siendo necesario domesticarlos para la producción industrial y neutralizar a los residentes. (Zaffaroni, 2006, Pág. 15)

Si bien la prisión reemplazó a la pena de muerte esta se convierte en la columna vertebral del sistema penal, era una verdadera pena de muerte por azar en la metrópolis, al igual que la pena de deportación, esta última se volvió insostenible en vista a la profesionalización de los ejércitos y a la introducción de la navegación a vapor.

Continuando la evolución de esta se ha visto que en la etapa colonial el Derecho tomó tintes proteccionistas y nacionalistas, y el protagonismo políticos de varios sectores antes excluidos, como los criollos empiezan a desatar el odio de varias oligarquias y a sus ideólogos, lo que promueve la adopción de ideologías marxistas, esto posteriormente fomentaría la intervención de los Estados Unidos.

Los regímenes militaristas que aparecieron en América Latina poseen vestigios populistas, la vislumbración del enemigo en estos no solo abarca la existencia de grupos minoritarios disidentes, sino que también la generación de dirigentes actuales y potenciales. Siendo así utilizada de manera residual la pena de muerte aunque al contrario se ha observado la reclusión perpetua en mayor medida.

(...) En cuanto a disidentes, implementaron dos formas de ejercicio del poder punitivo traducidas en un desdoblamiento del sistema penal paralelo que los eliminaba mediante detenciones administrativas ilimitadas (invocando estados de sitio, de emergencia o de guerra que duraban años) y un sistema penal subterráneo que procedía a la eliminación directa por muerte y desaparición forzada, sin proceso legal alguno. (Zaffaroni, 2006, Pág. 17)

Así es como empieza la presión norteamericana para declarar la guerra contra las drogas inicia y es impuesta a los gobiernos para que la vinculen con la seguridad nacional, así es como empieza a tomarse en cuenta al traficante como un agente que pretende debilitar la sociedad occidental, y al joven que fumaba marihuana se lo empieza a tomar en cuenta como un subversivo.

1.3.Descomposición de ciudadanos como Enemigos

Al existir delincuentes que transgredan el ordenamiento jurídico establecido, un Estado de derechos puede optar por tratarlos de dos maneras, la primera consiste básicamente en determinar que estos sujetos han cometido un error o se los puede determinar como individuos a los que hay que impedir mediante coacción para evitar que estos destruyan el contrato social que intrínsecamente han firmado.

En este sentido se ha podido determinar que la construcción de la personalidad es irreal, ya que la calidad que se les atribuye como personas a los infractores depende de manera directa del tratamiento que estén dispuestos a otorgarles el ordenamiento jurídico del país al que pertenecen. Como lo expresa el doctrinario Cancio Meliá se puede determinar:

(...) Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar a ser tratado aun como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulnera el derecho a la seguridad de las demás personas.(Meliá, 2003, pág. 47)

Teoría que justifica la diferenciación y la existencia del Derecho Penal del Enemigo, estableciendo de esta manera como delitos el peligro que un enemigo puede llegar a ocasionar y no lo que el autor ha realizado en transgresión a una norma, so pretexto de que por la calidad que a este se le atribuye; ya estaría contraviniendo la seguridad pública.

Es así que las contravenciones en contra de la *seguridad pública* se establecen en base a la punición de actos preparatorios, siendo esta una de sus más grandes críticas ya que básicamente se estaría tipificando actos preparatorios mas no actos, que se expresan directamente en hechos futuros. Fundamentándose esta en la nueva teoría de la *acción no culpable*, misma que propone un concepto novedoso, convirtiéndose está en una evolución al concepto inicial de la existencia de un delito como un acto que puede ser debidamente imputado conforme la propuesta presentada por la escuela Hegeliana del Derecho.

El concepto antes mencionado consiste en determinar lo establecido por el doctrinario Günther Jakobs:

(...) la ventaja de un concepto de acción (...) reside en que la acción no se determina por sus aspectos externos (movimiento real o resultado) sino por su relación de sentido con la normalo que quiere decir para la acción delictiva. Lo grave no es el suceso externo, sino la actitud del autor ante la norma (ósea, ante el ordenamiento general puesta de manifiesto). (Jakobs, 1997, pág. 158)

Mismas que poseen una concepción completamente diferente a la aplicada por la legislación Ecuatoriana, misma que corresponde más a la teoría de la acción como suceso externamente peligroso conforme a lo establecido por Mezger:

Injusto es la oposición al Derecho como norma de valoración, modificándolo de un estado de valorado jurídicamente o realización de un estado jurídicamente desvalorado, y no alteración jurídicamente desvalorada de un estado. El delito es antijurídico porque genera anti juridicidad. (Jakobs, 1997, pág. 160)

Es así que los países cuyas legislaciones promueven el uso del Derecho del Enemigo existe como supuesto de la existencia de un delito se basa en el monopolio de la violencia a favor del Estado y esta se encuentra sometida al autor, también antes de su hecho, conforme lo estipulado por Kant, que indica que el Estado comunitario legal la autoridad tiene poder tanto sobre el autor como sobre la víctima.

Un ejemplo de lo antes mencionado es la técnica del *völkisch* que tuvo su apogeo en la Alemania nazi, que se caracteriza por alimentar y reforzar los peores perjuicios para estimular públicamente la identificación del enemigo buscando:

(...)se trataba de una racionalización para justificar un régimen político que ejercita un poder represivo ilimitado, habilitado por leyes aberrante o, directamente, sin ninguna duda habilitación legal, pero que, con o sin cita de Schmitt y con mayor o menor elaboración, acudía al recurso que siempre se ha usado para legitimar el poder punitivo ilimitado en cualquier emergencia: la alucinación de la guerra. (Zaffaroni, 2006, Pág. 20.)

En este sentido se debe tener en cuenta la existencia del Derecho Penal del ciudadano como un concepto en el que la pena es consecuencia de la contradicción entre los actos del sujeto que subsume sus actuaciones a la tipicidad de la norma. Por el contrario el Derecho Penal de Enemigo busca la eliminación de un peligro para la sociedad, lo que ocasiona un desbalance al momento de que el juzgador emita una pena como consecuencia del ilícito.

Una vez establecida esta diferencia, podemos iniciar con el pensamiento establecido por el tratadista Ferrajoli una de las principales consecuencias de hacer esta diferenciación en los delitos que puedan ser establecidos por el sistema como posibles enemigos estatales:

(...) La característica diferencial del poder punitivo es la confiscación del conflicto, ósea, la usurpación del puesto del damnificado o víctima por parte del señor (poder público), degradando a la persona lesionada o víctima a la condición de puro dato para la criminalización. Los paliativos que hoy se ensayan para no victimizar por segunda vez no logran disimular la esencia confiscatoria de la víctima que caracteriza al poder punitivo y menos aún pueden alcanzar su cancelación. (Zaffaroni, 2006, Pág 10)

1.4. Características

Con la finalidad de obtener un concepto bien definido se debe tener en cuenta las características principales de la política criminal practicada en los últimos años estas se han caracterizado por una expansión del Derecho Penal, expresándose en la aparición de nuevas figuras delictivas, nuevos sectores de regulación y reforma de tipos penales ya existentes en el ordenamiento jurídico nacional.

Estableciendo de esta manera dentro de nuestro ordenamiento jurídico un abanico de normas penales que poseen un conjunto de tipos penales que vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos que “criminalicen el estado previo a bienes jurídicos”, estableciendo sanciones desproporcionadamente altas. Esta política se sustenta en tres pilares fundamentales que han afectado la legislación ecuatoriana:

1.4.1.Derecho penal simbólico

Podríamos indicar que un significado acertado sería el siguiente:

(...) aquella criminalización desproporcionada y oportunista, en muchos casos abiertamente pensada para no tener aplicación práctica, que se aparta de los fines tradicionales de la pena empleada a la sanción penal como un medio para transmitir a la población señales que den cuenta de la existencia de una autoridad estatal fuerte y decidida a reaccionar con firmeza en contra de aquellos actos reprobados por las mayorías (Ripolles, 2002. Pág. 63)

El derecho penal se caracteriza por no tomar en cuenta la naturaleza real y las vivencias de aquellas personas que se ven sometidas a la persecución penal del sujeto pasivo de la acción penal cayéndose en la generalización que establece que con la pena se infringe un daño concreto, remitiéndose en este sentido a una teoría que determina que el delito posee esta calidad en base a una calificación por parte de la sociedad.

Cuando se aplica el Derecho Penal simbólico se puede observar que estos presupuestos hacen referencia a determinados agentes políticos y estos solo buscan establecer una impresión tranquilizadora de un legislador, como ejemplo se puede concebir a tipos penales que criminalizan meros actos. Convirtiéndose este en una expresión previa del Derecho Penal del Enemigo.

Es así como el Derecho Penal Simbólico establece su principal fortaleza en la parte comunicativa de la norma, basándose en la construcción de una brecha entre los autores de las conductas criminalizadas y el resto de la sociedad, estas necesitan del Punitivismo para poder coexistir de una manera simbiótica.

1.4.2.Punitivismo

Una clara consecuencia del Derecho Penal Simbólico reside en la creación de procesos que promuevan, la efectiva aplicación de las normas penales o el endurecimiento de las penas promulgadas por estas. Fomentado en este sentido la reaparición del clima punitivista dentro de la legislación penal satisfaciendo así los ofrecimientos populistas que se encuentran en las campañas políticas de los oferentes de turno.

Estableciéndose en este sentido que estos fenómenos al contrario de ser divergentes siempre terminan teniendo una relación conjunta, siendo así que:

(...)Tan solo identifica la especial importancia otorgada por el legislador al aspecto de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercado-técnicas de conservación del poder político.(Melía, 2003, pág. 78)

Buscando en este sentido crear una falsa identidad social mediante la deshumanización de los sujetos pasivos de la relación jurídico penal siendo estos desiguales a las personas que conforman el Estado.

1.4.3. Tercera Velocidad del Ordenamiento Jurídico Penal

Con la finalidad de delimitar un concepto para este término, utilizare las características propuestas por el Profesor Günther Jakobs con la finalidad de instrumentalizar su política Jurídico - Criminal señala las características del Derecho Penal del Enemigo:

1. Adelantamiento de la Punibilidad: Esto significa que las normas antes descritas tienen como punto de referencia la realización de hechos futuros y no hechos pasados.
2. Excesiva Punibilidad: Las penas propuestas por el legislador son extremadamente duras.
3. Garantías Procesales: se relativiza en este sentido ciertas garantías procesales o incluso se las suprime

Por otro lado Silva Sánchez propone un concepto diferente al antes establecido en el que señala que el Derecho Penal actual se desenvuelve en dos velocidades siendo la primera de estas el sector del Ordenamiento Jurídico que impone penas privativas de la libertad misma en la que se aplican de manera tajante los principios procesales clásicos del Derecho Penal.

Su segunda velocidad se constituye por las infracciones en la que se establecen como consecuencias del comportamiento atípico de los ciudadanos, se imponen de penas pecuniarias o privativas de derechos, Esta se caracteriza por proteger a los nuevos derechos mismos sobre los que recaen penas muchos más laxas.

Contemplando en este sentido como una tercera velocidad, el Derecho Penal del Enemigo ya que este (Melía, 2003) "impone penas privativas de libertad, a pesar de su presencia, la flexibilización de principios políticos - criminales y las reglas de imputación"(Pág. 83).

Siendo así necesario recalcar que si las dos teorías pueden ser consideradas como válidas, estas se caracterizan sobre todo por la existencia de una reacción de combate en el que el Estado confronta a individuos peligrosos, y que posee como medida de seguridad, la imposición de un descuidado proceso judicial, en el que se inobservan ciertas garantías básicas.

Se debe puntualizar que el Derecho del Enemigo afecta directamente asujetos que por su eminente peligrosidad pueden ser catalogados como enemigos, desde una concepción tradicional - bélica, lo que sataniza al agente enfrente de la sociedad lo que obliga a que el sistema cree reacciones punitivas dentro de su ordenamiento jurídico penal.

En consecuencia a lo antes enunciado se puede determinar que este tipo de tipificación no se encuentra ligada a la realización de un determinado hecho, concurriendo en este sentido a otros elementos para que se caracterice al autor como un enemigo dentro de la legislación de su actuación. Creando así un sistema de tipificación sui generis para la aplicación del mismo.

1.5. Derecho Penal del Enemigo -Divergencias en función de la pena.

En este sentido podemos observar la existencia de una presión social por parte de la Sociedad que exige se inobserve la condición que posee el infractor de persona, lo que genera una pre concepción del infractor a la norma, esto fomenta la creación de una construcción social que no se encuentra relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas, que supuestamente afectan a la salud pública de los ecuatorianos

Se debe recalcar que en la realidad los delitos prescritos en el artículo 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal no poseen esa especial peligrosidad terminal para la sociedad, como se puede evidenciar en el caso de la existencia de las mafias de las drogas, ya que estas lesionan en manera numéricamente menor los bienes jurídicos de las personas que afecta, evidenciándose este en el principio de auto determinación de la personalidad que poseen los consumidores de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

En este sentido se ha podido establecer que esta construcción del enemigo se ha fomentado en la sociedad en vista de que los delitos quebrantan configuraciones sociales estimadas como esenciales, mismas que se consideran especialmente vulnerables. Es por este particular, que su asidero se caracteriza por la escasa fundamentación axiológica y poca efectividad en las políticas estatales en contra del consumo de drogas.

Estableciéndose así que el Derecho Penal del Enemigo posee una perspectiva diferente a la planteada por los principios de seguridad jurídica, tipicidad y derecho objetivo, esta concepción a la vez afecta al concepto de la imputabilidad.

1.6.Derecho Penal del Enemigo o Derecho Penal de Autor

Conforme a lo mencionado en acápite anteriores se ha llegado a determinar que el Derecho Penal del Enemigo vulnera, el principio que dictamina que el Derecho Penal debe ser objetivo y enfocado a actos realizados:

(...) se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídica – penal por menos pensamientos, es decir, como rechazo a un Derecho penal orientado con base en la actitud interna del autor.
(Melía, 2003, pág. 101)

Quedando así claro que en la época actual, los pensamientos íntimos de un sujeto procesal pueden encasillarse dentro de la esfera de su intimidad, ya que las acciones de los hechos típicos no solo se pueden supeditar a los impulsos neuronales creando en este sentido la aplicación del Derecho Penal de autor.

Produciéndose de esta manera además una deformación en la función de la pena, ya que afecta la estructura de la misma, anticipa las barreras de punición y este se centra en los sujetos más no en la definición del hecho.

2. Aplicación del Derecho Penal Objetivo a los delitos del tráfico de sustancias ilícitas

Es menester establecer como antecedente, para entender la postura planteada por el Derecho Penal Objetivo el pensamiento de Georg Wilhelm Friedrich Hegel el destacado filósofo alemán considerado como representante de la cumbre del movimiento del idealismo filosófico, precursor del movimiento socialista, que propone además el establecimiento de la doctrina sobre el materialismo histórico de Karl Marx.

En este sentido se hemos procedido a realizar un pequeño resumen de su obra, según lo establecido en el libro Hegel: Lo real y lo racional escrito por Víctor Gómez Pin, expresada por la editorial digital Titivillus

2.1. El pensamiento de Hegel: Precursor del Derecho Penal Objetivo

Teniendo como uno de sus principales aportes la creación de una nueva forma de dialéctica y de creación de las ciencias, propone en este sentido la existencia de dos componentes al momento de crear ciencia, la existencia de una tesis que encuentra al momento de ser demostrada la contraposición de una antítesis formulando así que la síntesis es la única manera de formulación de ciencia.

Propone además que el estado es el estado último del desarrollo del espíritu objetivo, el espíritu individual que es afectado por varias pasiones, es parte libre de la necesidad absoluta que posee el ser humano de ser la libertad que conlleva ser un ciudadano, esto se expresa en base al reconocimiento de derechos y luego con la moralidad una moralidad social. Estableciendo de esta manera a este valor como uno de los principales.

El Estado es el cuerpo social perfecto de la idea, y en este momento del proceso es Dios mismo. El Estado, estudiado en sí mismo, pone a nuestra consideración la ley constitucional. En relación con otros estados, desarrolla la ley internacional; y en su curso general a través de las vicisitudes de la historia pasa a través de lo que Hegel llama «dialéctica de la Historia»

Así es como la norma constitucional se configura como una construcción social que fundamenta la existencia del estado, cada uno de estos estados posee algo parecido a un espíritu que es lo que lo empuja al auto mejoramiento continuo, este crecimiento solo puede lograrse mediante la guerra con otros estados en base a una auto depuración, así el desarrollo de los estados es racional y florece con el conflicto real.

En este sentido una de las principales formas de conocimiento se gesta a través de la experiencia, aprendiendo de nuestros errores, llegando así a crear un estado constitucional lleno de ciudadanos libres que se configura en un gobierno racional y objetivo que se complementa con el ideal de libertad e igualdad. Teoría que se configura así en uno de los más grandes aportes del Hegelianismo.

La dialéctica hegeliana, se puede considerar como otro aporte significativo de este filósofo, postulando así su aplicación con el axioma de que el conocimiento en sí está conformado de tres componentes, el primero nace con la "tesis", el segundo con la "antítesis" resultando este en una "síntesis".

Los principales detractores del hegelianismo establecen que este sentó las bases para la creación de los estados totalitarios, sin embargo su aporte con la nueva dialéctica y pensamiento lógico es innegable al momento de estudiar la filosofía occidental y la lógica mundial. La base de este pensamiento sentara el inicio de la teoría del Derecho

Penal Objetivo convirtiéndose este en un imperativo dentro del estudio de la incidencia de las políticas públicas para prevención del uso de drogas, en la implantación de un ordenamiento penal extremadamente legalista y prohibicionista.

2.2 Hacia la teoría del Derecho Penal Objetivo

La breve exposición que pondremos a disposición de los lectores ha sido un extracto de varias lecturas, conteniendo esta principalmente los criterios expuestos por Ghunter Jakobs en su tratado Derecho Penal Fundamentos y Teoría de la Imputación, además se ha revisado los Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva propuestos por Manuel Cancio Meliá, Marcelo Ferrante y Marcelo A Sancinetti, que establece:

2.2.1 Componentes del Derecho Penal Objetivo.

El juicio de imputación jurídico - penal, basa su existencia en un componente meramente objetivo, del cometimiento de un ilícito, que consiste en la conducta que realiza el sujeto activo de la infracción siendo así el componente subjetivo de la misma la calificación de ilícito que posee una determinada acción (esta determinación es un agente externo a las representaciones del Autor).

Delimitado los campos de aplicación antes descritos podemos encontrar que el tipo subjetivo no se concibe con independencia del objetivo, sino que estos conceptualmente dependen el uno del otro, permitiendo así que la acción solamente pueda ser imputable

si el acto realizado por el infractor incurre dentro del principio de culpabilidad, actuando este con dolo o con las circunstancias que integran el tipo objetivo de la ley penal.

De esta manera podemos observar que por imputación objetiva podemos entender lo que establece el doctrinario Manuel Cancio Meliá (Cancio Meliá, Ferrante, & Sancinetti, 1998) *“un conjunto de principios y reglas sistemáticos – o cuya sistematicidad se pretende lograr – mediante los que se normativizan las descripciones típicas puramente causales”* (pág. 17), esto se produce en vista de que gracias a la aparición del dolo y la imprudencia como elementos centrales del ilícito se puede observar que el agigantamiento del tipo no se encuentra vigente en la actualidad.

Al respecto podemos encontrar como ejemplo, utilizado para explicar la existencia de la imputación objetiva, el famoso caso de la tormenta planteado por el tratadista Roxin en el que envía a su sobrino al bosque, frente a una tormenta que se avecina con la esperanza de que la caída de un rayo le de muerte; al respecto el tratadista niega la imputación señalando dicha conducta por la falta de elementos que generen un riesgo directo no generan la posibilidad de lesionar un bien jurídico.

Sin embargo, si se reforma el caso de tal manera en la que el rayo caiga frecuentemente en determinado lugar, bajo la incidencia de ciertas circunstancias físicas determinadas, y se produjese la muerte de la víctima, nos veremos en la necesidad de atender un delito de homicidio como lo ha señalado el tratadista Claus Roxin (Roxin, 1976) *“aquí el*

autor ha creado un riesgo de muerte estadísticamente relevante, y este riesgo también es realizado en el resultado. En esta flexión de los hechos se debe, por o tanto aceptar una acción de homicidio” (pág. 5).

Expuesto este punto de vista, el tratadista Struensee objeta señalando:

La previsión del curso causal típico requiere para ser dolo, de una adecuada concreción. Esté no consiste en una representación cualquiera sino en una representación fundada acerca del lugar al que el autor envía a la víctima es un lugar peligroso “El vago e insustancial pronóstico del curso causal no es suficiente para el dolo” (Cancio Meliá, Ferrante, & Sancinetti, 1998, pág. 18)

Estableciendo de esta manera que el infractor deberá poseer el conocimiento de un curso causal, suficientemente sustentado por la minuciosidad de las circunstancias que en el concurren, si el autor actúa en desconocimiento de estas circunstancias, nos encontramos ante un *error de tipo* así la solución no depende del dolo; sino de una manera mediata, dependiendo así de una definición de lo que puede ser el dolo.

Pudiendo señalar que el conocimiento mínimo del dolo es una parte fundamental para determinar el grado de imputación de los sujetos activos. Así la competencia provendría de la definición del dolo, que posea la sociedad al momento de interpretar la tipología de un delito.

Esta interpretación nos obliga a entender que la causalidad es en parte determinante dentro de la presente postura doctrinaria, lo que amplía de manera mayúscula la capacidad punitiva de un delito de acción, como es el caso de los delitos de porte y

tenencia de sustancias estupefacientes y psicotropicas, lo que permitiría que este tenga como base el uso de un correcto juicio racional para su juzgamiento.

Impidiendo así que existan juicios basados en la subjetividad del imputado, peor aun en una norma objetiva. Con la finalidad de no extender la formula de razonamiento a puntos extremos, como diria Ghünter Jakobs:

Un comportamiento en el que aparece un defecto cognitivo de esas características [se refiere de modo expreso al supuesto en el que el autor desconoce los efectos que genera, mas puede extenderse a todo el universo de supuestos, conocido como error de tipo] No ofrece un patrón valido en una sociedad que trata a la realidad de modo racional, no puede tener carácter ejemplar. (Cancio Meliá, Ferrante, & Sancinetti, 1998, pág. 20)

Esto implica que los juicios propios de la teoría de la imputación objetiva se basan en juicios normativos que imponen los rasgos constitutivos de la sociedad, necesitando de esta manera que el tipo penal sea establecido de manera clara desde el comienzo de su concepción en el legislativo, una redacción clara, que determine de manera puntal la conducta a la que se debe subsumir la actuación del procesado para considerar que su actuación fue dolosa o imprudente.

Criterio al que se apega de manera explicita el pensador David Hume al momento de tratar el tema, y motivo por el que este plantamiento además es atacado por sus retractores quienes lo catalogarían como un recordatorio de la falacia naturalista, planteada por el pensador, ya que todo planteamiento causal evitable y que posee un resultado carente de valor, se constituya como una conducta con un resultado sin valor.

En este sentido podemos observar que las causalidades ocasionarían que la sociedad se paralizara, motivo por el cual como dice Jakobs, el derecho permite como garantía que solamente determinadas posiciones en el contexto del ilícito, deban ser cumplidas por parte del infractor, lo que se traduciría en una tipificación mas específica, a la acción del verbo rector.

Criterio que ataca tratadista Wesel indicando, que previo a la realización de un tipo penal podemos encontrar a los trabajos preparatorios de la imputación objetiva lo que obliga a la perspectiva social funcional a la extracción de un significado del tipo penal, defendiendo la facultad del juzgador para que interprete el tipo penal, validando así la aplicación de criterios de valoración sociales dentro de los fallos judiciales.

2.2.2 La Causalidad en el Derecho Penal Objetivo

La presente clasificación ha sido un aporte realizado por el tratadista Marcello Ferrante, quien propone dentro de su interpretación el criterio expuesto por Günther Jakobs, quien explica cuáles son las implicaciones de aceptar la existencia de causalidades dentro de los delitos que no podrían ser conocidos como delitos ex post.

Se debe considerar como un presupuesto esencial en la consecución del Derecho Penal Objetivo, el conocimiento de riesgos para generar un criterio de valor que servirá al

momento llegar a un fallo jurisprudencial, concientizando que la vida social de cualquier sujeto, entraña una cantidad de riesgos que pueden ser previsibles como imprevisibles.

Los actos antes mencionados no necesariamente pueden desencadenar en un ilícito, ya que existen la posibilidad de que aparezcan ciertos *riesgos permitidos* en el devenir de las interacciones de los sujetos que conforma acción la típica, aquí podemos valorar la conducta de las personas que interactuaron en la producción de un resultado. Creando así una manera de individualizar la responsabilidad que puedan poseer los miembros de un grupo de infractores.

Una vez que hayamos realizado este proceso mental, sin haber determinado de manera clara el grado de participación de agentes que realizan este delito, podemos utilizar la teoría del *principio de confianza*. para despejar las dudas, este busca corregir acciones que se asemejen al tipo penal que se llevan a cabo de manera lícita, ya que no todos los participantes del ilícito a veces conocen el hecho que se llevará a cabo.

Eliminando de esta manera de la ecuación aquella parte de la relación penal que actúe conforme a la normativa vigente, siendo excluido del criterio de culpabilidad antes realizado, exonerándole la calidad de copartícipe a la persona que participa dentro de los hechos causales en caso del posterior cometimiento de un acto ilícito.

En caso de que concurren muchos sujetos dentro de un mismo acto delictivo, se reduciría el favorecimiento causal al verdadero autor del hecho ilícito, como lo señala el tratadista Jescheck (Jescheck, 1993) *"La razón del castigo de la participación radica en que el partícipe da lugar a una acción típica y antijurídica provocando el dolo respecto al hecho, o auxiliando a aquélla mediante el consejo o de forma material"*(pág. 64)

Una vez que esta teoría ha llegado al punto máximo de contradicción Jakobs nos propone utilizar la *prohibición de regreso* esta trata de explicar el fundamento de lo ilícito al intervenir en un hecho ajeno, trasgrediendo la *teoría de la participación* que tiene como punto de partida un hecho ilícito, solventando así que uno de los interactuadores empiece su participación partiendo de un hecho lícito a uno ilícito .

Como las teorías que hemos expuesto con anterioridad, esta llega a tener una salvedad, ya que no se ha planteado estándares precisos para su ejecución, Sin embargo ha sido fructífera cuando nos encontramos con casos en los que el partícipe realiza una prestación estereotipada que socialmente puede catalogarse como adecuada, al respecto Jakobs señala (Cancio Meliá, Ferrante, & Sancinetti, 1998) *"Una sociedad que esta necesitada de que se ofrezcan prestaciones estereotipadas, mas aun, que requieren en general la existencia de condiciones estereotipadas del comportamiento social no puede renunciar a una prohibición de regreso"* (pág. 30)

Así encontramos además el caso de los *delitos con víctimas individuales*, estos se caracterizan por la existencia de participación del agraviado con su sola presencia, en la postulación de competencia por parte del ejecutor, dicha presencia carga con la responsabilidad del riesgo ya sea total o parcial de la acción ilícita postulado como un potencial infractor confluendo para producción de la *lesión al bien jurídico* protegido. Afectado no solo la conducta incorrecta del autor y los partícipes, sino también la de la víctima.

2.2.3 Críticas a la postura clásica del Derecho Penal Objetivo

Se han planteado a lo largo de este subcapítulo una cantidad abrumadora de teorías sobre la causalidad, pero hasta este momento hemos postergado, el aspecto más discutido sobre el Derecho Penal Objetivo; ya que no se ha podido determinar en la actualidad si dentro de los delitos de resultado se puede aplicar la imputación objetiva del delito al infractor, un ejemplo claro de esto lo podemos encontrar en los delitos de tenencia, porte y tráfico de sustancias estupefacientes.

Al respecto, y teniendo en cuenta que se ha ejecutado la acción contemplada dentro del tipo penal, se deberá verificar si esta lesiona un bien jurídico protegido (la salud pública en nuestro caso), con la finalidad de determinar que este se encuentre ligado a un comportamiento ejecutado por el infractor, incurriendo de esta manera en un riesgo desaprobado.

Siendo en nuestro caso necesario para la concreción del ilícito que se contempla en el numeral uno del artículo 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, que el tenedor, poseedor y vendedor de la sustancia sujeta a fiscalización tenga conocimiento de dos particularidades. Primero que esta cometiendo un acto considerado como ilícito, además deberá tener en cuenta que el riesgo que esta puede causar, se verá modificado como consecuencia de cualquier interacción.

Así se puede establecer que el cumplimiento del primer requisito se configura con la consumación del presupuesto legal establecido en la tipología del ilícito, siendo este la venta, la tenencia, posesión y venta de una determinada sustancia, la concreción del segundo es la desgracia que le pueda ocurrir a la víctima salvo el caso en el que puedan ocurrir otro tipo de riesgos desaprobados que culminarían en la misma alternativa.

Buscando así una adecuada comprensión de estructuras propias de la sociedad lo que en este caso conlleva un especial nivel de complejidad, ya que la construcción normativa propuesta en el artículo 220 numeral 1 del Código antes mencionado posee en su construcción trece verbos rectores, los que amplían el rango de aplicación de la misma, aumentando de esta manera en número de las causalidades que deberán adecuarse a la teoría de la imputación objetiva.

Esto genera el fraccionamiento del riesgo, al menos en ciertos casos particulares, se podría aplicar la doctrina de la *elevación del riesgo*, misma que nos lleva a la negación de un riesgo omnipresente, cayendo de este modo en el principio *versari in re illicita* causando que el infractor no solo responda por el mal realizado; sino de cualquier hecho

que acontezca y que no sea parte del nexo causal. Esto en desmedro de los derechos fundamentales del accionante del ilícito, con estos antecedentes Cerneletti establece:

El resto del juicio -esto es, lo propio de la imputación de resultados - depende del modo en que la orientación con base a normas jurídicas se lleva a cabo en la sociedad. En la práctica dogmática ello se traduce en una compleja casuística de supuestos de riesgo concurrentes, según la cual, por ejemplo, quien sobre condiciona un resultado no responde por consumación, tampoco quien sólo varía circunstancias acompañantes del riesgo que provoca la lesión. (Cerneletti & Sancinetti, 1997, pág. 211)

Lo que nos obliga a utilizar una perspectiva posterior al hecho causado, ya que este presupone que las causas y la intervención de una pluralidad de condiciones en las que debe distinguirse como causa un riesgo desaprobado, en este sentido Sancinetti establece:

Que las reglas propias de la imputación de resultados "pueden tener importancia para determinar ya los límites del dolo, en aquellos casos en que el autor reconoce, antes de desprenderse de su decisión de acción, la existencia de alguna circunstancia que eliminará "objetivamente" la posibilidad de que se realice el riesgo". (Cerneletti & Sancinetti, 1997, pág. 99)

Necesitando así tener un infractor tan conciente que este al tanto de todas las implicaciones que existan alrededor de la conducta ilícita que decide ejercer, para poder ser cotemplado como culpable, desvirtuado así la alarma social. Señalando así que las reglas de la imputación objetiva son todas en sí la consecución de un juicio ex post

CAPÍTULO II

ESTATUS ACTUAL DEL REGIMEN DE PROHIBICION Y LEGALIZACION EN EL AMBITO INTERNACIONAL

Con la finalidad de ubicarnos en la actual visión que posee el Estado central sobre el régimen de prohibición de drogas, es necesario rastrear la historia de la prohibición y su evolución, ya que ésta gesta el marco legal internacional en la que los estados signatarios de la Organización de Naciones Unidas deben basar sus políticas estatales y normas con la finalidad de terminar con el azote de las drogas.

A continuación se enunciarán los orígenes de la prohibición desde sus inicios en Estados Unidos y su posicionamiento a nivel global a través de la hegemonía que este país gana tras la derrota de la Alemania nazi en la Segunda Guerra Mundial, ésta ha sido

aceptada y aplicada en la mayoría de sus estados miembros existiendo ciertas excepciones, mismas que han propuesto sistemas alternativos a la prohibición, siendo estos vistos como experimentos sociales.

3.Historia de la Prohibición

3.1.Ser humano y Drogas

A continuación y con la finalidad de delimitar el uso de drogas a nivel histórico en la humanidad, se procederá a realizar una reseña del uso de éstas en la sociedad, estableciéndose los momentos históricos en los que se inicia la lucha contra las drogas tomándose en cuenta las principales consecuencias que ha ocasionado en la vida moderna.

Al inicio de la humanidad cuando la sociedad estaba constituida de manera precaria, el suministro y consumo de drogas no era penalizado, es más estas eran utilizadas libremente por el hombre siendo algunas de las más dañinas en la actualidad consideradas como productos estrellas de las principales farmacéuticas, anunciándose su existencia por los medios de comunicación o de publicidad como es el caso de la heroína producto estrella de Bayer a finales del siglo XIX que anteriormente se utilizaba para tratar afecciones pulmonares como la bronquitis.

Se debe tomar en cuenta que la relación entre el ser humano y las drogas desde tiempos inmemoriales ha sido una constante en la sociedad, ya sean utilizados como medios farmacéuticos, con fines religiosos o simplemente por medios recreativos. Hasta la época moderna en la que se ha instaurado un régimen de total prohibición y penalización.

Es por ese motivo que en la actualidad podemos observar la incidencia de la DEA en la política tanto interna como externa de los Estados Unidos, fomentando de esta manera la imposición de la prohibición en países menos desarrollados o catalogados como países productores de sustancias psicotrópicas.

3.1.1.La Antigüedad

En un inicio el consumo de drogas era libre en Mesopotamia, Grecia, Roma y China el mayor ejemplo de esto se encuentra enunciado en el Código de Hamurabi (siglo XVIII A.C) mismo que penaba duramente a los dueños de tabernas o casa de bebidas, castigando a quienes rebajaban el vino con agua con la pena de ahogamiento. (Cabeza, 2012)

Ya desde este momento existía una evidente búsqueda por parte del Estado de realizar un control de calidad sobre las sustancias expandidas a los consumidores, este ejemplo se complementa con lo sucedido en Roma, donde el uso del opio no era perseguido ni penado. En este caso se evidenciaba que la República de Roma controlaba el uso del opio, mediante la *LexCornelia*, misma que se encargaba de regular el precio de esta sustancia, afectando de manera directa su comercialización y sentando las bases para establecer un régimen de permisión con intervención estatal. (Cabeza, 2012)

A raíz de la aceptación de la Cristiandad como religión oficial dentro del imperio Romano, el emperador Caracalla prohíbe el consumo de sustancias estupefacientes, posteriormente declara que la posesión de libros y de fórmulas químicas es un crimen en contra de la salud pública, ya que el uso de las mismas no era congruente con el fin evangelizador de la cristiandad. (Cabeza, 2012)

En contraposición a la teoría evangelizadora se puede encontrar el propuesto por Paracelso, que utiliza la palabra *phármakon* que se refiere a que toda sustancia química puede ser considerada como un remedio o un veneno a la vez, desarrollando así Escohotado la siguiente afirmación "para el mundo pagano el aturdimiento no está ni se podrá localizar en droga alguna, sino única y exclusivamente en sus usuarios, no hay drogas mejores y peores, sino maneras juiciosas y maneras insensatas de consumirlas".(Cabeza, 2012, págs. 29-30)

3.1.2.Institucionalización de la Prohibición

De esta manera se inicia dentro de Estados Unidos una cruzada, que al principio abarca los límites jurisdiccionales de su territorio y que posteriormente se extenderá fuera de su frontera, teniendo como antecedentes criterios racistas de pensamiento, enfocados al desprestigio de los afroamericanos, mexicanos y chinos que migraron al país, dejando de lado su aplicación por motivos de salud pública.

Evidenciándose que la política de la prohibición se fundamenta más en motivos económicos, ya que esto afecta el mercado de las farmacéuticas, en vista de que el giro del negocio consiste en mantener una exclusividad sobre los nuevos medicamentos que estas manufacturan, relegando el papel de la medicina ancestral por motivos políticos.

3.1.3.Historia de la Prohibición mundial

El primer intento por parte de la política estado unidense de realizar la prohibición del uso de drogas a nivel mundial, se producen en la Reunión De Shanghái de 1909, que buscaba la prohibición del comercio del opio esta sería infructífera convirtiéndose en ese entonces en un fracaso rotundo por la falta de interés que evidenciaron los países que la conformaron.(Cabeza, 2012)

Nuevamente los Estados Unidos proponen su política en la Conferencia de la Haya de 1911, por iniciativa de su representante Edward Hoover, quien plantea la prohibición como un experimento social llegando está a tener resultados no tan alentadores. Configurándose esta iniciativa en una decepción para el partido prohibicionista. (Cabeza, 2012)

En vista de que no se ha cumplido las expectativas propuestas por parte de la comunidad internacional, E.E.U.U crea la *Ley Harrison* en 1914 como un medio para controlar las drogas dentro de las fronteras Estadounidense puntualmente el opio, misma que se caracteriza por solicitar un registro de compra y venta de esta sustancia para fines médicos, criminalizando su posesión. (Cabeza, 2012)

Cuerpo legal que se volvería inviable en primer lugar por que nace en contraposición a la Constitución, en segundo lugar por la liberalidad que otorgaba a los galenos para recetar opiodes y en tercer lugar porque su medio de control recae en los funcionarios del Departamento del tesoro, quienes carecían de facultades punitivas en relación a la policía. (Cabeza, 2012)

Aprovechándose de la hegemonía que mantenía Estados Unidos como uno de los miembros principales de los aliados, y culminada la Primera Guerra Mundial en 1919, se procede a firmar el Tratado de Versalles, en el que se incorpora las prohibiciones propuestas en la antes mencionada Conferencia de la Haya, confiándose de esta manera a la Sociedad de Naciones (actualmente Naciones Unidas) en su artículo 23: “Los miembros de la Sociedad confiarán a la Sociedad la Inspección general de la ejecución de los acuerdos relativos a la trata de mujeres y de niños y al tráfico del opio y demás drogas perjudiciales”(Cabeza, 2012, pág. 38).

La prohibición se amplía a partir del Convenio de Ginebra instaurado en 1925 donde se proclaman mayores controles para la heroína y uso recreativo del cáñamo, volviendo a ampliar su campo de acción en los Convenios correspondientes a los años 1931 y 1936, creando en este sentido los tres pilares sobre los que se fundamenta la prohibición:

1. Creación de un sistema de cálculo de las necesidades médicas y científicas de cada país (evitando cualquiera tipo de uso alejado del medicinal e investigativo).
2. Instauración de un *sistema de fiscalización* por parte de cada país miembro, con la finalidad de evitar el desvío de las sustancias sujetas a control para fines no médicos.
3. Se obliga a los países miembros a cumplir con ciertos parámetros al momento de redactar las conductas típicas sobre el tráfico de sustancias estupefacientes, misma que se caracterizan por incluir dentro de su construcción verbos rectores como:
 1. Fabricación
 2. Extracción.
 3. Oferta.
 4. Posesión.
 5. Venta.
 6. Transporte.
 7. Importación y exportación.

Posteriormente la Naciones Unidas, a través de la Convención Única de Nueva York sobre estupefacientes de 1961, el Convenio de Viena sobre sustancias Psicotrópicas de 1971, y Convención de Viena de 1988 realiza la contra al tráfico ilícito de

estupefacientes y sustancias psicotrópicas amplían el campo de aplicación de la prohibición.

Cabe señalar que los cuerpos legales antes mencionados no penan la tenencia de drogas para el consumo o el consumo en sí mismo, esta prerrogativa se delega a cada uno de los Estados dignatarios de estos convenios, en base a su criterio.

3.1.4. Consecuencias de la prohibición

En la actualidad lo que se concibe como el *problema de la droga*, ha provocado un sin número de consecuencias nefastas para los estados que acogen la prohibición como un medio de control siendo las principales:

1. Aumento de la problemática social y sanitaria a razón del consumo abusivo de sustancias estupefacientes.
2. La expansión del crimen organizado dedicado al tráfico de sustancias sujetas a fiscalización y lavado de activos.
3. La generación de una corrupción institucionalizada, en base a las ganancias ilícitas y su infiltración en el medio económico y político de los estados que la aplican.
4. La creación de métodos de persecución de dudosa constitucionalidad.

Elementos idénticos aquejan a la sociedad ecuatoriana, evidenciándose de manera clara la creación de métodos de persecución lesivos a derechos de los sujetos activos de la relación jurídica penal evidenciándose esta de manera clara en la legislación penal, como en el medio de juzgamiento que utilizan los jueces de flagrancias para juzgar a los contraventores de la norma.

3.1.5. Informe de las Naciones Unidas sobre la Guerras Contra las Drogas 2017

De manera anual las Naciones Unidas rinden cuentas sobre el estado en el que se encuentra la "lucha contra las drogas", buscando que la sociedad se concientice sobre el avance que su gestión ha ocasionado a nivel mundial, esta medición de impacto servirá para que los Estados miembros puedan basar sus políticas públicas en los ejes principales que abarcan la política de la *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*.

En este sentido establece que "los opioides siguen siendo las sustancias que acarrearán las peores consecuencias sanitarias relacionadas con el consumo de drogas razón por la cual la prevención y el tratamiento de la dependencia de opioides no dejan de ser una prioridad "(Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2017, pág. 27)

Pese a la existencia de estas aseveraciones, el informe indica que se deberán aumentar las campañas para prevención de consumo y extender en este sentido los esfuerzos por parte de los estados, para que aumenten los programas para el tratamiento de trastornos relacionado con el consumo de drogas, en vista de la dificultad que poseen los usuarios actuales para acceder al servicio de la rehabilitación y reinserción de personas adictas siendo así que solo una de seis personas lo consigue. (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2017)

Proponiéndose de esta manera como un medio óptimo para evitar la morbilidad en las muertes de usuario la extensión del uso de naloxona y tratamiento psicosocial a largo plazo, mismo que se cuestiona ya que la solución no sería simplemente que se distribuya el medicamento de manera indiscriminada, sino que a nuestro parecer se debería controlar de mejor manera la expedición de analgésicos en a base de opioides como el Vicodín.

La aplicación de sistemas correctivos o de rehabilitación debe darse como un medio de control ex post, estos deben ser adecuados, e inclusivos sobre todo para los grupos minoritarios ya que estos deben tener medios especiales de prevención y tratamiento. Estos métodos deben ser además implementados dentro de los centros penitenciarios en vista de la existencia de un consumo exagerado de drogas y el creciente número de infectados de VIH y hepatitis C, en este sentido la ONU se pronuncia estableciendo:

La intensificación de nuestro esfuerzo para eliminar el VIH y el SIDA. Los nuevos casos de infección por el VIH en los consumidores de drogas por inyección ascendieron de 114.000 a 152.000 en 2015, es decir, se registro un aumento de 33%(Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2017, pág. 28)

Tomando en cuenta estos resultados, se propone que a aquellos infractores por la posesión, adquisición o el cultivo para el uso personal se les aplique medidas sustitutivas al encarcelamiento con la finalidad de que a los consumidores de drogas se les permita la atención de medidas sustitutivas al encarcelamiento, imponiendo una pena como una respuesta eficaz de la justicia penal, que sea correspondiente a los derechos humanos y política eficaz para prevenir la propagación de enfermedades infecciosas. (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2017)

La ONU a su vez indica que en la actualidad se deberá tener en cuenta las repercusiones a largo plazo que vayan a tener las nuevas políticas sobre regulación del cannabis, implementadas en países como Uruguay y algunos estados que conforman la Unión Americana, recomendando en este sentido que se establezcan sistemas para observar de manera periódica la repercusiones de estas medidas en la sección salud y justicia penal de los países que las hayan propuesto.(Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2017)

Se propone además mantener mucho más control sobre aquellos medicamentos que utilicen como principio activo los componentes que ofrece el cannabis, ya que estos deben responder a los principios de seguridad, calidad y eficacia, propone la

flexibilización normativa para facilitar el acceso de los usuarios a los fármacos hechos a base de opioides, como un medio de control social. (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2017)

Es menester en este sentido ampliar de manera exponencial la capacidad de las técnicas forenses, para detectar el creciente número de drogas de diseño, que han aumentado su presencia en el mercado negro, por su peligrosidad ya que los consumidores de las mismas ignoran su contenido, este ejemplo puede palparse de manera precisa en el caso de la droga Hache presente en el Ecuador.

Enaltece la lucha antidrogas ya que el frenar la misma, será un golpe a la economía de la delincuencia organizada puesto que representan alrededor de un tercio o un quinto de sus ganancias, fomentando la disminución de este método de financiamiento, así se mantiene lo propuesto en los Objetivos de Desarrollo Sostenible planteado por la política antidrogas internacional.

4. Proyectos de legalización a nivel internacional

Podemos observar que en este apartado se proponen varios métodos alternativos a nivel de legislación internacional para combatir el consumo de drogas, las propuestas que se enunciarán dentro de este apartado se alejan de las propuestas planteadas por la ratificación de instrumentos internacionales de la ONU, en cuanto al tratamiento y penalización de sustancia estupefacientes y psicotrópicas.

Esto nos permitirá estudiar las razones jurídicas y sociales por las que necesitamos un cambio dentro de la política que se ha propuesto la Secretaria Técnica de Drogas, con el cambio de valores mínimos de porte que señala la reformada tabla de consumo de sustancias estupefacientes, estableciendo así la postura adoptada por el Ecuador y las

posturas propuestas por países tanto del primer mundo como por la región Andina. Las propuestas han sido recopiladas por Emilio Ruchansky en su libro *Un Mundo con Drogas*.

4.1.Suiza

Suiza propone la creación de Casa de Consumo Controladas para la asistencia de aquellos pacientes con drogodependencia a sustancias sujetas a control, los casos más observados son aquellos que conllevan la administración de opiáceos y sus derivados, en vista de la complejidad que conlleva la rehabilitación en el uso de estas drogas, se ha propuesto un cambio a la normativa eliminando así un sistema prohibicionista y recurriendo a la reducción de daños no deseados derivados del consumo de drogas duras.

4.1.1. Antecedentes normativos

Aplicados los tratados internacionales que se han mencionado en acápite anteriores en materia de drogas dentro del territorio suizo y en conjunción a la necesidad que promulga la ONU de mantener Uniformidad entre la legislación penal interna como externa, el parlamento suizo promulga una ley de corte abstencionista, con la finalidad de frenar las nuevas maneras de abuso de drogas. (Ruchansky, 2015)

Esta norma restringe el uso médico de la metadona, lo que afectará el tratamiento de las personas con adicción a la heroína, manteniendo de esta manera la penalización por adquirir o conservar estas sustancias, además se encarga de agregar al esquema punitivo el consumo o posesión de dosis personales con penas administrativas o con internamiento forzado a los usuarios de drogas. (Ruchansky, 2015)

Esto último fue muy discutido; era contradictorio que la ley reconociera que los usuarios pudieran tener una enfermedad y al mismo tiempo ser castigados por ello. El endurecimiento penal fue entonces la primera respuesta al uso extendido del cannabis, el alcoholismo y la aparición de la heroína en el mercado negro durante la década de los años sesenta.(Ruchansky, 2015, pág. 56)

En base a encuesta realizada por Hurtado Pozo en el sistema de salud pública uruguayo, ha determinado que en 1979 existen 5700 casos de drogodependencia, y que en 1985 esa cifra había aumentado a 9500, esta alza va de la mano con el aumento de incidencia de enfermedades asociadas al uso de agentes inyectables como son el VIH y la Hepatitis C. siendo así que la represión estatal ocasionó un sin número de resultados inesperados, como la marginalidad de los consumidores.(Ruchansky, 2015)

Esto genera dentro de los ciudadanos Suizos una gran empatía hacia los consumidores, por el precario estado en el que sobreviven a su adicción y empieza la iniciativa de crear Casas de Consumo Controlado para los adictos, este servicio sería aceptado y legalmente plasmado dentro de un cuerpo legal. (Ruchansky, 2015)

4.1.2. Las casas de consumo controlado

Se debe tomar en cuenta que Suiza penaliza la tenencia de drogas en la vía pública, mediante una multa de 100 francos, cabe señalar que la propuesta de este país se plasma en la existencia de cuatro pilares fundamentales:

1. Prevención del Uso de drogas,
2. Tratamiento de las personas que tengan dependencia,
3. Reducción de Daños no deseados derivados del consumo, y;
4. Represión del crimen organizado.

Misma que fue aprobada por el voto popular en dos consultas populares una en 1997 y otra en 2008, donde el pueblo Suizo acepta la existencia de salas de consumo controlado para adictos y drogo dependientes en su texto el segundo artículo señala que los integrantes de una casa de consumo deberán utilizar sus nombres y guardar sus modales. Obligando a mantener un registro de los asistentes de este servicio que principalmente son los usuarios de drogas duras, como la heroína y el *speedball*¹. (Ruchansky, 2015)

Esto tiene la finalidad de mantener cierto tipo de control en el caso de que exista el cometimiento de un delito flagrante (micro tráfico o consumo de las drogas fuera del espacio asignado), no implica necesariamente que sea obligación del equipo administrativo de la casa de consumo controlado la entrega de los pacientes.

Dentro del artículo cuarto del acuerdo antes mencionado podemos encontrar que se encuentra penalizada la venta de los estupefacientes dentro de las casas de asistencia, su sanción en este sentido es más administrativa ya que conlleva a la prohibición de acceso a los usuarios de este servicio, además en base al artículo quinto de este cuerpo legal se determina que el tiempo de uso de patio (lugar de uso de la droga que consuma el usuario) debe ser reducido y controlado ya que se debe permitir a la mayor cantidad de usuarios aprovechar la dosis que van a administrarse, en el que se contempla además el procedimiento adecuado que debe realizar el personal en el caso de que se produzca un cuadro de sobredosis. (Ruchansky, 2015)

Siendo así restrictivo el uso de la fuerza pública ya que en caso de que exista violencia dentro del centro, primero se deberá agotar las fuerzas del personal interno del centro de consumo, solo en caso de que esta se vuelva incontrolable se podrá acudir a las autoridades policiales para ejercer la fuerza y restaurar el orden dentro del centro de consumo controlado. (Ruchansky, 2015)

¹Argot popular utilizado para describir una mezcla de heroína y cocaína que se realiza dentro de una misma jeringuilla para posteriormente ser inyectada mediante vía intravenosa.

4.2. Inglaterra

Se empieza a regular la venta de opioides en el Reino Unido a través de la Ley de Farmacias de 1868, en la que se indicaba que el uso de fármacos con esta base activa serán recetados bajo la supervisión de un profesional de la salud, ante este particular debemos tener en cuenta que las clases medias y altas consumían opio y cannabis dejando así a la clase trabajadora con el uso de preparados a base de opio, láudano y una mezcla de cloroformo con morfina. (Ruchansky, 2015)

En vista de esta problemática social Malcom Delavigne miembro civil de la liga de control del opio, propone la aplicación de la política penal prohibicionista estadounidense, extendiendo así sus controles y prohibiciones, so pretexto de que se avecinaba una epidemia del consumo. Esta medida ocasionaría la queja de varios detractores a la medida mismos que ya necesitaban de la droga para su normal funcionamiento. (Ruchansky, 2015)

Esta dicotomía de criterios se ve fundamentada en la aplicación de medidas norteamericanas para combatir la adicción en la que se plantea que uno de los mejores métodos consiste en la abstinencia total y directa de las sustancias y toma como un medio normal el sufrimiento del paciente al retirársele el consumo de esta droga, en contra posición se puede encontrar lo estipulado por el informe Rolleston que define a la adicción como:

El comportamiento de quienes –sin necesitar alivio físico –consumen drogas hasta el punto de no poder dejarlas porque la abstinencia conlleva “síntomas concretos de sufrimiento y desorden mental y físico”. Según se subraya, esta dependencia debe considerarse como la manifestación de una enfermedad y no como “una mera forma de indulgencia viciosa” (Ruchansky, 2015, pág. 73)

Este informe facultaría el llamado modelo inglés sobre el tratamiento de adicciones que perduraría hasta 1968, en el que los médicos eran los encargados de suministrar estupefacientes a sus pacientes, en base a la epidemia del uso de estos, el gobierno central decide plantear una ruptura con los médicos y propone políticas represivas. (Ruchansky, 2015)

4.3.Ámsterdam

Este país es un pionero en implementar su política de legalización de cannabis motivo por el cual esta deberá ser detenidamente revisada, en vista de la aparición de los Coffe Shop &Compromise, dos comisiones que formaban parte del congreso conocidas como Hulsman en 1969 y Baan en 1972, analizaron el consumo del cannabis como un fenómeno cultural.

Como resultado se emite un informe encabezado por el jurista Louk Hulsman quien es uno de los principales promulgadores de la despenalización, establece:

Si optamos por el derecho penal como recurso central para enfrentar el uso de drogas, la elección es inadecuada y por lo tanto también extremadamente peligrosa. Una y otra vez se volverá evidente cómo nos quedamos cortos de recursos y por esto aquellos que fomentan el castigo abogarán por el aumento de cuerpos policiales hasta que lleguen a ampliarse cien veces su tamaño actual. Esto provocará una polarización entre las diferentes muestras de la sociedad y puede derivar en un incremento de la violencia. (Ruchansky, 2015, pág. 96)

Así es como establece el prominente jurista dentro de sus afirmaciones, que no deberían ser considerados como actos punibles, la realización de acciones que vayan en contra de los conceptos de vida que poseen las personas que detentan el poder dentro de un estado. De esta manera se fomenta el pensamiento escolástico del derecho dentro de un orden jurídico garantista y laico ya que estos comportamientos serían castigados en base a preceptos morales.

Con este planteamiento las casa de distribución que existían a mediados de los años setenta fueron aceptadas por parte de la ministra de salud Irene Vorrick quien ya tenían claro que la marihuana no era una *Gateway drug* (puerta de entrada) a las drogas duras, esta puerta era abierta cuando las personas consumían hachís y estas recurrían a vendedores callejos que ofrecían drogas duras.(Ruchansky, 2015)

Con esta base se ha determinado por parte de los órganos jurisdiccionales que el consumo de sustancias estupefacientes no afecta el principio de oportunidad del derecho penal, mismo que ha sido definido por que dice "consiste en que la fiscalía, que tiene el monopolio de la acción, no necesita promoverla en todos los casos en los que existe motivo para ello sino, que puede ponderar si la promoción de la acción es oportuna". (Naucke, 2006, p. 213)

Permitiéndose de esta manera que los consumidores de cannabis puedan tener una posesión de máximo treinta gramos de esta sustancia.

4.4. España

En España nos encontramos con uno de los métodos de legalización para consumo de cannabis más innovadores que se ha realizado en la actualidad, este se caracteriza por la existencia de jurisprudencia, y un modelo asociativo de casas de cultivo que expiden esta sustancia; estos centros operan bajo el nombre de la Asociación Ramón Santos para estudios del Cannabis - ARSEC. (Ruchansky, 2015)

Este organismos sin fines de lucro, poseían cuatro objetivos principales este consistía en informar a los miembros que los conformaban sobre los usos médico, científico y legal; estudiar e investigar esta temática y representar y defender a socios que los conforman. En la actualidad estos modelos asociativos funcionan al margen de la legalidad ya que

en la actualidad se encuentran otorgando un servicio de cultivo colectivo. (Ruchansky, 2015)

El fundamento legal de estas asociaciones nos indica, si está permitido el consumo personal y la tenencia de drogas para ese fin, por simple lógica el auto cultivo se interpretaría como una acción preparatoria siempre y cuando esta se vea orientada al consumo personal de los actores, al respecto el Tribunal Supremo se pronuncia en base a jurisprudencia en interpretación del código penal 1973. (Ruchansky, 2015)

Otro de los principios jurisprudenciales en los que se sustentan estos medios de cultivo se base en la audiencia de Tarragona de 1997, donde se considera al cultivo cerrado para socios que se han declarado como consumidores, no implica un peligro de trascendencia hacia terceros. Con el pasar de los años la doctrina que permite el auto consumo de cannabis ha ido consolidándose a este se le atribuye el nombre de la doctrina Muñoz - Soto.(Ruchansky, 2015)

Se debe recalcar que el régimen jurídico sobre el control de estupefacientes en España se rige principalmente en base al principio de legalidad de las normas, ante la aplicación mecanicista de la norma nos encontramos en la actualidad con la existencia de un marco normativo basado principalmente en la recolección de sentencias sobre la aplicación. Se establece así como supuesto para su funcionamiento del consumo compartido los siguientes:

1. La posesión del estupefaciente deberá ser a nombre de terceras personas, en base a un sistema parecido a un fideicomiso mismo que actuará en base a la contribución de los miembros.
2. La distribución de sustancias para personas adictas y no adictas.
3. Que el intercambio se realice dentro de la institución o entre personas mayores de edad (21 años), que han sido referidas.

Así es como se puede justificar que al estar la venta cerrada dentro de un grupo determinado de individuos se estaría generando un daño personal que no estaría llegando a ser de carácter público, en este sentido se determina que la posesión e intercambio de sustancias ínfimas de este compuesto psicoactivo cancelan las propiedades de difusión sobre todo si estas se encuentran debidamente controladas y son consumidas de manera responsable. Al momento de realizar la siembra esta se da en base a la sumatoria de plantas que se le permiten tener a cada uno de sus miembros.

4.5. Colorado, Estados Unidos

Se debe destacar que el caso de Colorado es uno de los más progresistas de legalización de marihuana que se ha podido encontrar dentro del territorio de Estados Unidos, en vista de que este fue uno de los estados pioneros al momento de separar sus criterios legales de los del gobierno federal, lo que al igual que en el caso de España genera ciertos vacíos legales que fomentaran la existencia de criterios distintos al momento de justificar la venta libre de sustancias estupefacientes.

Con la finalidad de aprobar la legalización de la venta de marihuana, se ha procedido a realizar la enmienda número 74 de la Constitución norteamericana y esta posee como preámbulo la existencia de tres objetivos, el primero consiste en hacer un uso eficaz del cuerpo policial, como segundo punto se busca conseguir ingresos para fines públicos finalizando así con la búsqueda del respeto a las libertades individuales. (Ruchansky, 2015)

Se regula la manufactura y cultivo de la plantación de cáñamo con fines industriales, proporcionando así a los consumidores la capacidad de cultivar hasta máximo seis plantas mismas de las cuales hasta tres pueden estar en estado de floración, esto nos permite un máximo de dos cosechas del producto vegetal al año con estos controles el

estado de california exige a los expendedores de dicha sustancia la homologación de cepas y búsqueda de proporcionar un producto de calidad.(Ruchansky, 2015)

En si se solicita que se restrinja en la mayor medida de lo posible el uso de la publicidad por parte de los locales dedicados a la venta del cannabis, con la finalidad de mantener el derecho a la privacidad de los pacientes, se ha indicado a los dueños de estos locales que simplemente se verifique que los compradores tengan más de 21 años de edad, sin embargo no se le pedirán ni se registraran sus datos personales. (Ruchansky, 2015)

Como se ha mencionado anteriormente los centros de expendio de marihuana medicinal como recreativa se encuentran dentro de un estado de ilegalidad en vista de los contradictorios fallos judiciales expedidos por la Suprema Corte de Justicia como lo establecido en el caso Gonzales Vs Raich en California el año 2006, aquí se determinan que las leyes federales priman sobre las leyes estatales, aunque no las invaliden.(Ruchansky, 2015)

El caso antes enunciado habla sobre el *Compassionate Use Act.* de 1996, la teoría de la donación piadosa en español, en aplicación del acta de sustancias controladas, en la que se permite la tenencia y el auto cultivo de plantas por parte de pacientes que hayan sido favorecidos por parte de un medico acreditado, en este caso Raich tenía un tumor cerebral inoperable, constantes ataques de epilepsia y dolor crónico. (Gonzales Vs.Raich, 2005)

Así es como allanan su casa agentes federales de la DEA, confiscando sus plantas, procediendo conforme al procedimiento es decir realizar un informe pericial determinando que el procesado es un consumidor del estupefaciente, posteriormente se realiza la incautación y destrucción de la evidencia, en base a la prohibición impuesta a nivel federal, entrando estas en colisión con la normativa de colorado. Estableciendo que las leyes federales prevalecen a las leyes nacionales.(Gonzales Vs.Raich, 2005)

La falta de estudios y de tecnicidad en interpretación del tipo penal, empieza a generar fallos contradictorios por parte de la máxima autoridad de la función judicial, existiendo en este sentido varios fallos que puedan corroborar que la tenencia de plantas de marihuana que no han llegado a su etapa de floración, no puede considerarse un ilícito aun así la corte ha determinado que las plantas halladas serán procesadas y destruidas.

Con la finalidad de mantener un control por parte del estado, este ha normado de manera extensa la creación de establecimientos para el expendio de Marihuana, ya que estos deberán exponer la cantidad de componentes activos que posee tanto de CBD como de THC, además de contener indicaciones de dejar fuera del alcance de los niños. La máxima dosis a portarse será de una libra estamos hablando de alrededor de 28 gramos. (Ruchansky, 2015)

Dentro de las medidas impuestas por el gobierno para la venta de licencias, ha solventado requisitos que se podrían considerar como una gran inversión ya que sus condiciones en ocasiones llegan a ser prohibitivas, por ejemplo exige la integración vertical, término acuñado para la persona que posea el dispensario, además deberá ser dueña del cultivo al que pertenece. (Ruchansky, 2015)

Este requisito deberá cumplirse dentro del término de noventa días, mismo en los que podrás cultivar y tener la flor de planta cannabis en un porcentaje de 30 plantas floradas a 70 plantas en estado de vegetación lo que serviría como seguro para el negocio en caso de que se arruine la cosecha. Es necesario recalcar que del producto de las ventas del local el estado recibe un treinta por ciento en impuestos, mismos que serán invertidos dentro del sistema educativo público. (Ruchansky, 2015)

4.6.Uruguay

El régimen Uruguayo es muy particular ya que antes de proceder a un régimen de legalización que ha sido aprobada el 10 de diciembre del 2013, su legislación penal permitía la tenencia y el consumo de la marihuana, la jurisprudencia no contemplaba a la siembra de la planta como un acto preparatorio al consumo, facultando de esta manera la penalización de la siembra, así aunque el consumidor pueda consumir libremente la sustancia debe recurrir ámbitos peligrosos para sustentar su consumo mismo que le pueden servir para conocer drogas más fuertes y adictivas.

Esto permite al juzgador determinar la pena del consumidor en base a su sana crítica (reglas de la lógica, psicología judicial y la experiencia), siendo para esta determinante la convicción moral que posea el juzgador, la que facultaba que se obtengan sentencias desproporcionadas a la tenencia que los procesados incurrieran, vulnerando así tanto el consumo como la siembra y confundiendo el auto cultivo con el narcomenudeo de sustancias estupefacientes. Esto sumado a medios de la explotación, abuso físico y psicológico de los usuarios por parte de reconocidos centros de rehabilitación como Remar imposibilita una correcta reinserción de los consumidores a la sociedad. (Ruchansky, 2015)

Una vez revisadas estas incongruencias, los partidos políticos de tinte socialista y un conjunto de movimientos activistas, que propugnaron la legalización como un medio para evitar la problemática asociada al consumo de drogas ilegales este proyecto en un principio contempla un sistema parecido al de los dispensarios de colorado solo que en este la persona si registraría sus datos con la finalidad de mantener el control sobre los consumidores, estos sitios de expedición se asociarían de manera parecida al proyecto español y su uso no podría ser realizado por extranjeros además la marihuana será cultivada por parte del estado y esta será expendida en las farmacias.(Ruchansky, 2015)

Con esta breve presentación de alternativas a la aplicación del Derecho penal del enemigo, dentro del régimen penal en nuestro ordenamiento jurídico aplicable, propendiendo la salida de este régimen que solamente genera violencia, ya que había en cierta manera una puerta de salida más humana y fácil para los consumidores, evitando así la satanización del consumo.

5. Normativa Ecuatoriana sobre posesión tenencia y expendio de sustancias sujetas a Fiscalización.

Se debe tomar en cuenta que la política antidrogas propuesta por nuestro país se basa en la tipificación que se ha manejado a lo largo del tiempo, acoplándose a lo largo de la historia a los convenios internacionales de los que hemos sido signatarios, siendo supprincipal influencia la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, el Convenio de Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de sustancias estupefacientes de 1988.

Hasta la fecha nuestro país ha creado las normas que enunciamos a continuación para mantener el control sobre las sustancias sujetas a fiscalización:

1. Ley de control del Opio de 1916;
2. Ley sobre importación, venta y uso del opio y sus derivados y de los preparados de morfina y de la cocaína de 1924;
3. Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes de 1958;
4. La Ley de Control fiscalización del tráfico de Estupefacientes de 1970;

5. La ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1974;
6. Ley de Control y Fiscalización del tráfico de Estupefacientes y Psicotrópicas de 1987:
7. Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990;
8. Ley Orgánica de Prevención Integral al Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización de 2015.

Estos cuerpos normativos se han caracterizado por la progresiva ampliación en el catálogo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, además del aumento en las penas impuestas a estas desde 1916 hasta 1924, ampliando su campo de acción a la coca, la amapola, la morfina, el opio y la cocaína; acrecentando dicho control a mediados de siglo a sus precursores químicos y materias primas como se puede evidenciar en el Código de 1958, que introduce el término “tráfico” como verbo rector en la legislación Ecuatoriana.

La presión ejercida por agentes internacionales a partir de 1961 fomenta la creación de normas antidrogas, que replantean la política antidrogas adoptada en años anteriores por el estado Ecuatoriano, agravando los esquemas del castigo, imponiendo penas desproporcionales, como la represión de ocho a doce años de reclusión que se aplicará en el caso de delitos de tráfico, tenencia y posesión de sustancias sujetas a fiscalización.

Sin embargo es necesario destacar que la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1974, posee como avance la

diferenciación en el tratamiento de la penalidad que poseen el tráfico de las demás sustancias sujetas a fiscalización , con la comercialización de la marihuana, misma que posee un enfoque especial y atenuado.

Al contrario de lo sucedido a finales del gobierno de León Febres Cordero Rivadeneira, quien promueve la existencia de políticas públicas que propugnaban cero tolerancia y excesiva penalización en la tenencia, posesión y tráfico de cualquier tipo de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, llegando este a equiparar la pena otorgada a estos con la del delito de homicidio aplicándose sanción equivalente a la privación de libertad de 12 a 16 años plasmando esto en el cuerpo legal emitido el 27 de enero de 1987.

Con la emisión del Convenio de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas promulgada en 1988 y en el continuo afán de homogenizar nuestra legislación con los tratados internacionales podemos evidenciar la existencia del encarnizamiento por parte de las autoridades hacia los consumidores y microtráficoantes. Creando así la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990 más conocida como la Ley 108.

5.1.Evolución del tipo penal en los delitos de tenencia, posesión y tráfico en el Ecuador

Con los antecedentes antes expuestos podemos evidenciar que el endurecimiento de las penas ha sido una constante que perdura en la política antidrogas en el Ecuador, con la finalidad de facilitar este estudio me permitiré transcribir las normas atinentes a la

penalización de la tenencia, posesión y tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas de los cuerpos normativos Ecuatorianos en base a la siguiente tabla:

Cuadro No.1

Aumento Histórico de la Pena para el tráfico de drogas en el Ecuador	
Ley Sobre Importación, Venta y Uso de Opio y sus derivados y de los preparados de la morfina y de la Cocaína (16 de Octubre de 1924):	
<i>Delito</i>	<i>Pena</i>
Art.10.- Las personas que fueren sorprendidas ejerciendo el comercio ilegal de artículos a que se refiere esta Ley	Multa de quinientos a dos mil sucres y prisión de uno a tres meses y los artículos, además serán decomisados
Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes (21 de enero 1958)	
<i>Delito</i>	<i>Pena</i>
Art. 34.- La persona que fuera sorprendida ejerciendo el tráfico de los productos a que se refiere esta Ley.	Será reprimido por las autoridades sanitarias con multa de un mil a cincuenta mil sucres y prisión de cuatro a ocho años . Si la persona es médico, odontólogo o farmacéutico, será privado del ejercicio profesional por tres años.
Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes (23 de noviembre de 1970)	
<i>Delito</i>	<i>Pena</i>

Art. 30.C.- Quienes trafiquen ilícitamente con estupefacientes o con drogas psicotrópicas mencionadas en los anexos de la presente Ley. Se entenderá por tráfico ilícito toda transacción comercial tenencia o entrega a cualquier título, de los mencionados estupefacientes o drogas, hechas en contravención a los preceptos contenidos en esta Ley.	Reclusión de ocho a doce años y multa de diez mil; cincuenta mil sucres.
Ley de control y fiscalización del tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (27 de enero de 1987)	
Delito	Pena
Art. 33.C.- Traficaren ilícitamente con estupefacientes o sustancias psicotrópicas mencionadas en la lista No. 1 de la parte II del anexo de la presente Ley. Se entenderá por tráfico ilícito toda transacción comercial, tenencia o entrega, a cualquier título, de los medicamentos estupefacientes o drogas hechas en contravención a los preceptos contenidos en esta Ley.	Serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años y multa de cincuenta a cien mil sucres.
Ley de control y Fiscalización del tráfico de Estupefacientes y Sustancias	
<i>Delito</i>	<i>Pena</i>
Art. 15.- Agregar al Art. 30); los que traficaren con marihuana	Reclusión de ocho a doce años y multa de diez mil; cincuenta mil sucres.
Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108) (17 de septiembre de 1990)	
<i>Delito</i>	<i>Pena</i>

Art. 60.- Quienes compren, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten, o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópica y otras sujetas a fiscalización. Se entenderá por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras sujetas a fiscalización toda transacción mercantilo toda entrega, a cualquier título, de dichas sustancias, realizada en contravención a los preceptos de esta Ley.	Serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.
--	--

Fuente: Lexis S.A y Paladines (2012: 37-39)

5.2 Críticas al régimen normativo de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas o Ley 108

Como se ha podido observar dentro de la evolución histórica en la legislación nacional, y su influencia en la política antidrogas estatal, se evidencia la existencia de un continuo endurecimiento de las penas, e irracional inaplicación del principio de congruencia, en el juzgamiento de los delitos de tenencia, posesión y tráfico de sustancias sujetas a fiscalización. Situación que afecta tanto a los consumidores y microtráficoantes que forman parte del eslabón más bajo dentro de la asociación ilícita que propugna el narcotráfico.

Mostrando claramente una postura en pos de la creación de una “guerra contra las drogas”, ya que considera que el consumo de dichas sustancias se configura como un

flagelo para la sociedad, afectando así a la salud pública en este sentido el tratadista Jorge Paladines señala:

(...) La promesa de la prevención fue trastocada bajo un esquema excesivamente punitivo, convirtiendo a la ley en una de las principales herramientas de trabajo para las agencias de seguridad, la administración de justicia penal y el servicio penitenciario. Además de develar una filosofía prohibicionista, los artículos de la Ley 108 desarrollaron un verdadero programa para la guerra, desatando en sus normas espacio de abstención y tolerancia cero hacia el consumo de drogas de uso ilícito. (Paladines, 2016, pág. 13)

Así es como la presente ley se conforma de siete artículos en los que se redactan sus objetivos principales y el ámbito de aplicación que posee, nueve artículos que crean una institucionalidad orgánica del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes sentando las bases para la creación de este organismo, además crea diez artículos en los que se establece de manera muy vaga y abstracta la política de prevención.

Posee además veinte artículos para el control administrativo de las sustancias sujetas a fiscalización, cuarenta y cinco artículos dedicados al establecimiento de infracciones, penas y procedimientos penales, regulando por ultimo en veinte y tres artículos procedimientos penales de excepción evidenciándose la *politización* de la política pública anticonsumo de drogas, la que en base al concepto proporcionado por Raúl Zaffaroni señala que esta es:

(...) el proceso de selección, entrenamiento y acondicionamiento institucional al que se somete al personal de operadores de las agencias policiales. Las agencias policiales latinoamericanas, en los segmentos a los que incumbe la peor parte del control a su cargo, seleccionan a los operadores en los mismos sectores sociales en que tienen mayor incidencia las selecciones criminalizante y victimizante. Es tradicional en la región que los presupuestos de esas agencias sean abultados, pero que se descuide la parte correspondiente a salarios y a gastos operativos de nivel más modesto, como resultados de sus organizaciones corporativas, verticalizadas y autoritarias, en que se imponen las decisiones de cúpula y se impide toda discusión interna razonable sobre

la distribución de recursos. El resultado es que los gastos deben ser solventados con recaudación ilícita llevada a cabo por sus operadores. (Zaffaroni, 2002, pág. 16)

Se toma de esta manera al consumo y venta de drogas como un problema de seguridad pública, en vista de las formas de actuar que posee la delincuencia organizada, alimentando de esta manera el imaginario colectivo con continuos ataques de prensa que solamente se enfocan en exponer la violencia y acciones delictivas, como un medio para reafirmar el trabajo realizado por la policía antinarcóticos.

Esto busca a la larga que la ciudadanía busque como medio de solución al problema, la presión política a los legisladores, con la finalidad de que estos cambien el enfoque penal de la legislación, eliminándose por arte de magia este así llamado flagelo para la sociedad. Solución que en realidad no posee ni sustento técnico ni legal, ya que el endurecimiento de penas no elimina el riesgo de uso de sustancias sujetas a fiscalización, encareciendo así su venta y acrecentando el número de drogas más baratas e inseguras.

5.3.Tratamiento de los Delitos relacionados con Drogas en el Ecuador

Tomando en cuenta las particularidades antes descritas se ha encontrado que los delitos sobre drogas en el Ecuador, poseen ciertas características que se mantienen en la actualidad, pese a evidenciarse constantes reformas en la legislación sobre control de sustancias sujetas a fiscalización manteniendo así sus principales elementos constitutivos dentro de la cadena de custodia y presentación de pruebas por parte de fiscalía.

En primer lugar la presencia del personal policial antinarcóticos se evidencia dentro del proceso penal mediante la existencia del *parte policial*, mismo que posee un peso determinante al momento en el que el juzgador emita un criterio sobre la flagrancia del delito y sobre la etapa de juzgamiento de la misma, lo que le proporciona una fortaleza probatoria exagerada invirtiendo así toda la carga de la prueba haciendo al poseedor, tenedor, consumidor o traficante.

La característica antes descrita y el hecho de que las pruebas materiales sean destruidas después de su incautación, lo constituye como un único medio probatorio, esto aumento en manera significativa la posibilidad de ser condenado dentro de un proceso de investigación por tenencia, posesión o tráfico de sustancias sujetas a fiscalización esto se suma además al fenómeno que a continuación se evidencia por Jorge Paladines.

(...) El peso de la actividad policial también se caracteriza por el simplismo de la imputación. Históricamente se ha creído que el simple hecho de “tener” o “poseer” drogas de uso ilícito convierte a cualquier sospechoso en narcotraficante. Aquello es contradictorio con uno de los principios universales del derecho penal sustantivo, el que prohíbe todo tipo de responsabilidad objetiva.(Paladines, 2016, pág. 21)

Generándose así graves problemas de interpretación entre el estatus de consumidor, tenedor, poseedor y traficante lo que facilita que en la mayoría de infractores que han sido detenidos bajo la figura de “tenencia” o “posesión” de drogas, generan *falsos positivos* como microtráficoantes al momento de presentarse ante la justicia siendo estos en realidad consumidores. Esto continúa en las interpretaciones de los tipos penales que se encuentran redactados en el Art 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal.

Así podemos observar que la cantidad de sustancia sujeta a fiscalización y los exámenes médicos que se realizan al infractor para determinar su nivel de adicción al químico

decomisado al momento de realizarse la infracción, se configuran en factores que eliminan la carga de la prueba por parte del estado para sustentar la comparecencia del infractor como traficante, eliminando así la posibilidad de convencer al juez de que el detenido por la policía en caso de tenencia o posesión sea considerado como consumidor. Aumentando la posibilidad de que este reciba medidas cautelares personales como la prisión preventiva.

CAPITULO III

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO ENTRE CONSUMIDORES Y MICROTRAFICANTES CONFORME A LA NORMATIVA NACIONAL

El presente capítulo abordará la problemática existente en el sistema judicial ecuatoriano sobre el tratamiento de consumidores y microtráficoantes, las violaciones que puedan existir al debido proceso dentro de su juzgamiento, la incidencia del así llamado Derecho Penal del Enemigo en las recomendaciones realizadas a través de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito mismas que se encuentran reflejadas en nuestra legislación penal; siendo ratificadas dentro de los convenios internacionales que se describieron en la historia de la Prohibición planteada en el capítulo anterior.

Con esta finalidad se han realizado tanto estudios de la jurisprudencia de casación y de tercera instancia establecidos en el País (antigua Corte Suprema de Justicia), mismos que serán comparados con la Sentencia No. C-221 94 de 05 mayo de 1994, dictada por parte de la Corte Constitucional de Colombia, que declara la inconstitucionalidad de la normativa penal contemplada dentro de los artículos 51² y 87³ de la Ley 30 de 1986 enfocada al consumo de drogas.

En vista de que la sentencia emitida por parte de la Corte Constitucional Colombiana acepta la existencia de una dosis de consumo personal que no pueda ser considerada como punible dentro de un ordenamiento jurídico, esto se puede considerar como un

²ARTICULO 51. El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta Ley, incurrirá en las siguientes sanciones:

a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes ala comisión del primero.

c) El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.

La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de éste, a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva sección al de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.

El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente

³ARTICULO 87. Las personas que, sin haber cometido ninguna de las infracciones descritas en este estatuto, estén afectadas por el consumo de drogas que producen dependencia, serán enviadas a losestablecimientos señalados en los artículos 4o. y 5o. del decreto 1136 de 1.970, de acuerdo con el procedimiento señalado por este Decreto

gran avance en materia de reconocimiento de derechos hacia los que son consumidores de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

6.Despenalización del consumo personal por parte de la Corte Constitucional Colombiana.

Este fallo reconoce la existencia de vulneración de derechos en los que ha incurrido la legislación colombiana en los artículo 51 y 87 de la ley 30 de 1986, impidiendo así que se vuelvan a promulgar normas de contenido similar, cumpliendo así con la solicitud realizada por Alexandre Sochanmandou, en el proceso de inconstitucionalidad de la norma propuesto a este cuerpo colegiado.

Esta sentencia topa varios puntos de vista en el plano constitucional sobre la legalización del porte estupefacientes para consumo personal, mismo que han sido divididos por los principios y normas constitucionales que han sido vulneradas y que ha estimado necesarios para su aclaración; expuesto lo antes mencionado nos permitimos realizar un resumen del instrumento legal que ha sido puesto en su conocimiento.

6.1. Derechos a la salud

Esta sala considera que cada persona es libre de decidir sobre su propia vida, por lo tanto "Cada quien es libre de decidor si es o no el caso de recuperar su salud" (Despenalización del Consumo de la Dosis Personal, 1994, Pág 2), en este caso cada individuo está en la capacidad de escoger si consume drogas o si las deja ya que tienen conocimiento de que estas son peligrosas para su salud, sobre este particular la corte posee un planteamiento muy interesante el que establece que se debe tomar como antecedente; el hecho de que en la actualidad se ha despenalizado como delito la tentativa de homicidio en el ordenamiento jurídico colombiano.

Estableciendo así una postura progresista sobre el alcance de la voluntad humana, al momento de tomar una decisión sobre mi propia vida, este concepto contraviene la pre concepción que tiene las religiones en general sobre precautelar la vida en aras de la protección de un alma; misma que pertenecería a un ente supremo yendo está en contra de la necesidad que posee cada ser vivo de perpetuar su existencia; negando así el amor de Dios al negarse amor a ellos mismos.

Principal argumento esgrimido en los votos salvados propuestos por los miembros de la Corte Constitucional que no se encontraban de acuerdo con el fallo, se puede además observar que el resto de los criterios propuestos por los miembros de esta corte, son extremadamente escolásticos y conservadores llegando inclusive a citar a filósofos como Platón, al mismo Smith y Hobbes.

6.2.Derecho al libre desarrollo de la Personalidad / Autonomía Personal

Establece en este sentido la corte que además se deberá tomar en cuenta que las únicas limitaciones a derechos que han sido reconocidos a nivel constitucional, deberían constar en la Carta Magna y no en textos legales de inferior jerarquía, con esta reflexión procede a continuación con una explicación de la Autonomía Personal:

Consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él un rumbo. Si la persona se le reconoce a esa autonomía, no puede limitárselas sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena(Despenalización del Consumo de la Dosis Personal , 1994, págs. 2, 3)

Evidenciándose de esta manera un entendimiento mucho mayor al que poseemos en nuestro sistema legal, sobre la interpretación de la libertad personal, aceptando que el aumento de la punibilidad en los tipos penales que corresponde a la

tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, no afecta el aumento del índice de consumo en las sociedades.

6.3. La Educación como Obligación Estatal

Establece que el único aporte que puede realizar el Estado a la sociedad consiste en proporcionar a los sujetos que la conforman, educación para que estos puedan tomar aquellas decisiones que les sean más beneficiosas, con la finalidad de lograr un determinado objetivo conforme lo establecido por Corte Constitucional Colombiana que señala:

(...) se trata de que cada persona elija su forma de vida responsable, y para lograr este objetivo, es preciso remover el obstáculo mayor y definitivo: la ignorancia.
(Despenalización del Consumo de la Dosis Personal , 1994, Pág. 4)

6.4.Tratamiento Médico

Dentro de este acápite la Corte Constitucional colombiana, observa que dentro de su norma se ha establecido, que en caso de que el supuesto infractor no sea imputado como culpable, este deberá ser llevado a tratamiento médico o en caso de no encontrarlo se los dejará al cuidado y custodia de sus familiares; encontrándonos en este caso con una doble infracción, ya que la persona que no haya cometido un acto calificado como delito no puede purgar una pena que no le ha sido asignado por el ordenamiento jurídico y en todo caso esta violaría la voluntad de la persona detenida según lo establece este órgano de control constitucional:

(...) Una persona que no ha cometido ninguna infracción penal - como lo establece este mismo artículo - sea obligada a recibir tratamiento médico contra una "enfermedad" de la que no quiere cuidarse, es abiertamente atentatorio de la libertad y de la autonomía consagradas en el artículo 16, como "libre desarrollo de la personalidad"
(Despenalización del Consumo de la Dosis Personal , 1994, pág. 4)

7. Normativa aplicable a la pena por tenencia en el Ecuador

El presente estudio se conforma de una revisión pormenorizado de las sentencias emitidas por parte de la Corte Nacional de Justicia, sobre la materia de producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas como sujetas a fiscalización, conforme establece la sección segunda del Código Orgánico Integral Penal en su artículo 220 en el numeral 1) y sus literales a), b) y c) que señala:

(...)1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancia estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contenga, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

- a) Mínima escala de dos a seis meses.
- b) Mediana escala de uno a tres años.
- c) Alta escala de cinco a siete años.
- d) Gran escala de diez a trece años. (Ecuador, 2014)

Tomando en cuenta la manera en la que ha sido redactada la norma se puede observar que el acto típico, se encuentra descrito con varios verbos rectores el problema reside en que eso exacerba la capacidad de punibilidad eliminando así la existencia de actos preparatorios para el cometimiento del ilícito.

Esto además dificultaría la existencia en la diferenciación entre consumidor de drogas y micro traficante ya que se consideraría que cualquier persona que incurra en los actos descritos en el tipo penal, realiza actos punibles violando la norma remitiéndonos directamente a la tabla de consumo que ha emitido la Secretaría Técnica de Prevención Integral de Drogas, en la que se establece la escala de consumo para determinar la punibilidad que se adoptara en la sentencia.

En el gobierno del ex mandatario Rafael Vicente Correa Delgado da los primeros síntomas de mejora al momento de revisar la política prohibicionista propugnada por la Ley 108, esto empieza con la expedición del *Indulto a las “mulas” del narcotráfico* el cuatro de julio del 2008, con apoyo de la Asamblea Nacional, se procede con la liberación de 2223 personas condenadas bajo la represión legal de la que eran víctima en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Lo que humanizo en cierta manera el tratamiento a los condenados por delitos de narcotráfico, ya que se tomó en cuenta los daños colaterales asociados a su juzgamiento y el dolor que se proporcionó a aquellos *falsos positivos* que podrían considerarse como consumidores y no ser catalogados como microtráficoante. Dejándose así de afectar a los grupos más vulnerables que forman parte de la sociedad, en este caso en concreto mujeres y adictos, que conformaban en aquel entonces un 38% de la población en hacinamiento dentro del sistema carcelario.

Tres meses después de instrumentalizarse el presente indulto entra en vigencia la Constitución de la República del Ecuador aprobada por la Asamblea Constituyente en el año 2008, lo que sentaría las bases para la aplicación de sistema de control de drogas más humano y real, tomando así en cuenta el Artículo 364 de la Constitución que prohíbe la criminalización de los consumidores.

Esto implica que la política pública de drogas debería manejarse en base a tres supuestos:

- i. Las drogas deberán asumirse desde un enfoque de salud pública clausurando el paradigma penal.
- ii. Se debe reconocer la existencia de niveles de consumo en los adictos existiendo así consumo bajo, ocasional, habitual y problemático.
- iii. No se deberá criminalizar a los usuarios.

En este sentido el CONSEP creó la tabla de umbrales para diferenciar tenencia y posesión de drogas de uso ilícito mediante la Resolución 001-CONCEP-CO-2013 que establece:

Umbrales para la tenencia o posesión de drogas de uso ilícito.	
Substancia	Umbral en gramos
Marihuana	10 gramos
Pasta Base de Cocaína	2 gramos
Clorhidrato de Cocaína	1 gramo
Heroína	0,01 gramos
MDA	0,15 gramos
MDMA	0,15 gramos
Anfetaminas	0,040 gramos

Fuente: Resolución 001-CONCEP-CO-2013

El cuadro antes descrito se configura como un mensaje a las agencia de control judicial para emitir criterios menos represivos y legalistas al momento de fijar penas en delitos de tenencia o posesión, sin embargo el intento es vano ya que la redacción del mismo no es clara y se sujeta a interpretaciones por parte de los juzgadores, además los umbrales propuesto no se pueden considerar como medidas técnico-políticas ya que en ocasiones no gozan de respaldo científico; ya que no existe a ciencia cierta un umbral técnico que

determiné cual sería la cantidad estimada para un consumo personal. Este umbral ha sido tomado en base a experiencias de otros países.

Es además necesario recalcar que la creación de Código Orgánico Integral Penal pese a tener un enfoque diferente al Código Penal y Código de Procedimiento Penal implica un cambio de paradigma ya que estos poseían un enfoque prohibicionista, y los nuevos cuerpos legales fomentan la constitucionalización de los tipos penales, la diferenciación entre autores y partícipes, la búsqueda de proporcionalidad de la pena, el establecimiento de cuatro bandas o tipos de tráfico, la clasificación de género y peso de las sustancias.

Sin embargo los alcances hechos hasta el momento terminan siendo inútiles, como resultado de las continuas reformas que el ejecutivo ha solicitado a la Resolución No. 002-CONSEP-CD-2014, mismo que se plasma de la siguiente manera:

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
Escala (gramos) Peso neto	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	1	>0	50	>0	50	>0	300
Mediana escala	>1	5	>50	500	>50	2.000	>300	2.000
Alta escala	>5	20	>500	2.000	>2.000	5.000	>2.000	10.000
Gran escala	>20		>2.000		>5.000		>10.000	

Fuente: Resolución 002-CONSEP-CD-2014

SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS						
Escala (gramos)	Anfetaminas		Metilendioxifenetilamína (MDA)		Éxtasis (MDMA)	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	2,5	>0	2,5	>0	0,090
Mediana escala	>0,25	5,0	>2,5	5,0	>0,090	2,5
Alta escala	>5,0	12,5	>5,0	12,5	>2,5	12,5
Gran escala	>12,5		>12,5		>12,5	

Fuente: Resolución 002-CONSEP-CD-2014

Esta propuesta generó un proceso de descarcerización aplicando el principio de favorabilidad o de ley posterior más benigna, favoreciendo en este sentido a 2148 personas quienes recobraron la libertad en 64 cárceles a nivel nacional, demostrándose de esta manera que la mayoría de personas condenadas por drogas fueron arrestadas por cantidades menores.

Así es como el lunes 14 de septiembre del año 2015 en base a presiones de sectores políticos y sociales se decide realizar una primera reforma a la tabla en la que los umbrales antes mencionados, disminuyendo las cantidades en gramos de ciertas sustancias sujetas a fiscalización para endurecer la aplicación de penas, esta medida es ratificada en Resolución 002-CONSEP-CD-2015 el 16 noviembre 2015 conforme consta en la tabla que adjunto:

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
Escala (gramos) Peso neto	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	0,1	>0	2	>0	1	>0	20
Mediana escala	>0,1	>0,2	>2	50	>1	50	>20	300
Alta escala	>0,2	20	>50	2.000	>50	5.000	>300	10.000
Gran escala	>20		>2.000		>5.000		>10.000	

SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS						
Escala (gramos)	Anfetaminas		Metilendioxifenetilamina (MDA)		Éxtasis (MDMA)	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	0,090	>0	0,090	>0	0,090
Mediana escala	>0,090	2,5	>0,090	2,5	>0,090	2,5
Alta escala	>2,5	12,5	>2,5	12,5	>2,5	12,5
Gran escala	>12,5		>12,5		>12,5	

Fuente: Resolución 002-CONSEP-CD-2015 reforma 16 noviembre 2015

El acortamiento de las brechas afecta directamente a los juzgadores al momento de determinar la diferencia entre consumidores con traficantes, ahondándose así dificultad para determinar una diferencia entre consumidores y microtráficoantes, esta primera hasta el momento no ha sido conceptualizada. Se elimina además el principio de proporcionalidad de la pena y aumenta el poder punitivo del estado en contra del pequeño traficante con estas medidas.

Esto faculta al juzgador a incurrir en un elevado grado de imprecisión al momento de interpretar la tabla ya que se creía que estos umbrales servirían para proteger a los

consumidores del sistema penal, esto sumado a la aparición de la droga H y la alarma general que esta creo gracias a la intervención de los medios de comunicación mismos que sobredimensionan la gravedad del problema, fomentando la existencia de una respuesta política a víspera a la apertura de un proceso electoral.

Proporcionándose el cambio en las tablas para sancionar el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas fomenta la existencia de tres consecuencias según Jorge Vicente Paladines:

i) es más tenue la frontera entre microtráfico y consumo; ii) por que los pequeños expendedores pertenecen a estratos económicos vulnerables; y, iii) porque todos los microtráficos o expendedores son reemplazables o fungibles, olvidando lo que dice Roberto Saviano “los hombre son medios. Y los medios obsoletos deben ser reemplazados” (Paladines, 2016, pág. 42)

7.1.Tratamiento Jurisprudencial del delito de tráfico y tenencia de Drogas

Para que el estudio de este capítulo llegue a las conclusiones propuestas, se debe tener en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado al delito de tenencia y tráfico de estupefacientes en el Ecuador, luego de una revisión extensa sobre los fallos jurisprudenciales, hemos visto que la imposición de penas impuestas serían extremadamente duras, como la del caso de la Causa 0034-2011, Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe, misma en la que por la posesión de un gramo de marihuana el infractor tuvo una pena de 12 años.

Hay que señalar que dentro de los casos existentes, tanto aquellos que se encuentran dentro del marco de aplicación de la Constitución del 2008 como aquellos que hacen alusión a las Cartas Magnas antes aprobadas, poseen criterios de juzgamiento comunes basados en la apreciación del tipo delictivo que se promulgo tanto en el Código Penal

como en el Código Orgánico Integral Penal y que en la actualidad se encuentra tipificado en el artículo 220 numeral 1.

Así se plasma como uno de los principales criterios emitidos por la Corte Suprema de Justicia, en la serie 16 de la Gaceta Judicial No. 1 del 26 de julio de 1993 en la que establece como criterio para diferenciar el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, el establecido por el tratadista Ortalán indicando así:

(...) toda infracción se compone de dos elementos básicos: el hecho considerado en sí mismo, es decir la materialidad de la infracción y la responsabilidad del agente, o sea la moralidad del acto; que en el presente caso, tráfico de estupefacientes, la materia del delito es la sustancia aprehendida y que está sujeta al régimen de control y fiscalización previsto en la Ley; de este modo el cuerpo del delito o evento material de la infracción encuéntrase fehacientemente acreditado en el reconocimiento judicial, análisis de laboratorio e informes periciales de la droga que fue incautada por INTERPOL.

El juzgador en este caso establece como hecho principal para la comisión de este ilícito la tenencia de la sustancia que se fiscalizará, siendo así necesario para su validez que este se encuentre debidamente tratado por el órgano ejecutivo competente, ya que se necesita tener una medida clara de la sustancia que ha sido parte de una infracción al igual que su composición química acompañada de un análisis de laboratorio psicosomático en el que se determine el grado de adicción del infractor, conforme a lo establecido por la Corte Nacional De Justicia en la sentencia No 65-03 de 16 de marzo del 2004 en la que señala:

(...) la legislación ecuatoriana no ha señalado la cantidad de droga que se considera como consumo, a diferencia de otras legislaciones que han señalado hasta cinco gramos alguna, y hasta diez gramos otras, la ley respectiva a dejado a criterio del juzgador la consideración sobre la cantidad y este, uniformemente, tomando el criterio de los médicos legistas, se han concretado en que dosis superiores para el uso inmediato y personal hasta la cantidad de cinco gramos, una cantidad superior para consumo y se enmarca en la punición. (2004, pág. 2)

En la actualidad este margen de discrecionalidad se encuentra delimitado por la tabla que ha sido emitida por la Secretaría Técnica de Prevención Integral de Drogas, sin

tomar en cuenta los preceptos establecidos en la Constitución, y la necesidad de establecer un gramaje mínimo con la finalidad de obtener una diferenciación tanto conceptual como material del estatus de consumidor con el de Microtraficante.

Al ser punible la tenencia de cualquier sustancia, se puede entender que el legislador aplicará el principio de la sana crítica al momento de establecer la calidad del procesado como consumidor de sustancias estupefacientes, lo que a nivel probatorio es comprobado mediante una prueba psicosomática, operando esta calificación en los precedentes jurisprudenciales como un atenuante al delito más no con la naturaleza de rehabilitación social principio que debería aplicarse no solo a la legislación sino en general a la política pública estatal en base al artículo 11 de la Constitución, que emana el principio de irradiación Constitucional. En consonancia la delimitación del delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas podemos observar que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado indicando en el expediente de casación No. 224 de 24 de enero del 2006:

(...) en las infracciones de narcotráfico, la clandestinidad y el fraude son características del acto típico, sin que sea preciso el uso posterior de la droga, que la tenencia ilegal de droga consiste en poseer ilícitamente la droga sin autorización lo que constituye una infracción de peligro abstracto.(2006, pág. 2)

La Corte Suprema ha aceptado dentro de la presente jurisprudencia que el acto contenido en la norma, ósea la tenencia, consiste en un acto preparatorio reprimido como un delito autónomo⁴, configurándose este en una presunción de culpabilidad hacia el infractor quien puede estar utilizando drogas suaves, como por ejemplo la marihuana con fines medicinales, para lo que ha decidido optar por el auto cultivo.

⁴Un delito autónomo se puede definir como aquel que tiene lugar por sí solo cerrando así la posibilidad de que exista un delito anterior o precedente para su consecución.

Al contrario de lo sucedido en ordenamientos jurídicos internacionales, el Estado ecuatoriano no tiene algún fallo judicial o alguna norma expresa que se pueda aplicar en estos casos, recurriendo así a la punibilidad excesiva por parte del Estado, mismo que es apoyado por los medios de comunicación⁵ quienes satanizan de manera indirecta al consumidor al momento de presentar casos de micro tráfico como un delito que representa un azote para la sociedad.

A este fenómeno se le puede sumar la predisposición del Estado a ver a cualquier sujeto que se encuentre inmerso en el mundo de las drogas, para considerarlo como un enemigo, en apoyo a este estatus se ha optado por aplicar así el Derecho Penal del Enemigo este se configura con cada una de las características que se ha mencionado en el primer capítulo de este estudio.

El adelantamiento del peligro, la distinción del sujeto y la desproporcionalidad de las penas propuestas por el juzgador característica del Derecho Penal del Enemigo que se hace evidente en la sentencia de la serie 16 en la Gaceta Judicial 8 publicada el 16 de mayo de 1997 emitida por parte de la Corte Superior de Justicia que determina los

5

El Comercio . (05 de abril de 2014). *El Comercio* . Recuperado el 04 de Enero de 2018, de <http://www.lcomercio.com/actualidad/seguridad/nueva-tabla-diferenciara-al-adicto.html>

El Telégrafo. (05 de marzo de 2017). *el telégrafo*. Recuperado el 04 de enero de 2018, de <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/la-tabla-de-porte-de-drogas-es-una-herramienta-de-la-justicia>

El Telegrafo. (18 de junio de 2013). *La nueva tabla para consumo de drogas es una guía para jueces*. Recuperado el 04 de enero de 2017, de eltelegrafo: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/la-nueva-tabla-para-consumo-de-drogas-es-una-guia-para-jueces>

El Universo. (2015 de Septiembre de 10). *El Universo*. Recuperado el 2018 de enero de 04, de <https://www.eluniverso.com/noticias/2015/09/10/nota/5116070/consep-presenta-nueva-tabla-sancion-droga>

Paladines, J. V. (07 de marzo de 2017). *Rebelión*. Recuperado el 04 de enero de 2018, de <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=223759>

elementos más significativos que se pueden encontrar dentro de estos dos verbos rectores:

La tenencia o posesión injustificada de los prenombrados fármacos no se admite como excusa o disculpa aunque sea para uso personal la tenencia o posesión ilegal de estupefacientes consiste en la relación entre la droga y la persona que la retiene en su voluntad. La clandestinidad y el fraude son característicos del delito de tenencia o posesión ilegal de la Droga estupefaciente. El acto típico se consuma al efectuarse la acción respectiva, en forma clandestina o fraudulenta, sin que sea preciso el uso personal ulterior de la droga. El dolo genérico se integra por el conocimiento, o porque a sabiendas conoce que es droga, y por la voluntad y conciencia de elaborarla, distribuirá, venderla o suministrarla de manera clandestina o fraudulenta. En el delito de tenencia o posesión ilícita de drogas estupefacientes se encuentra reunidos los elementos constitutivos del mismo, por lo siguiente: 1) El elemento subjetivo que se descompone en dos partes: a) El ánimo o dolo de mantener la droga en su poder y b) la finalidad de conservar dicha droga. 2) el elemento objetivo está dado por la droga que consta como evidencia física. (1997, pág. 2)

Este precepto judicial hasta la fecha es válido y aplicado por parte de los juzgadores, en la actualidad se utiliza este criterio para establecer los elementos constitutivos del tipo penal. De los mismos se puede observar de manera clara la existencia de los tres elementos que figuran en el Derecho Penal del Enemigo como son el Derecho Penal subjetivo, la punibilidad de actos preparatorios y la tercera velocidad del Derecho Penal.

7.2. Estudio del Precedente Jurisprudencial No. 12-2015

Mediante Registro Oficial No. 592 del martes 22 de septiembre de 2015, se publica la sentencia explicativa creada como precedente jurisprudencial No. 12-2015, que establece la forma en la que se deberá hacer el cálculo de los años que se impondrán a los sujetos que hayan incurrido dentro del tipo penal de tenencia y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.

Esta sentencia tiene una amplia fundamentación, se debe tener en cuenta que esta tabla ha sido modificada de manera constante, sus cambios radican principalmente en los cantidades de porte de sustancias estupefacientes, con esta finalidad promulga cumplir

lo estipulado en la convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en su artículo señala 3.4.a) apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso.

Además recoge fallos jurisprudenciales como la sentencia No. 001-12-SNC-CC de 05 de enero del 2012, dentro del caso No. 0023-09-CN en el que la Corte Constitucional en transición se pronuncia sobre el delito de Narcotráfico, recalando que en vista al nivel de afectación que este ocasiona en la sociedad y por sus connotaciones jurídicas a nivel internacional este deberá ser reconocido como un delito de *lesa humanidad*⁶ amparando así sus actuaciones en el numeral 7 del artículo 83 de la constitución.

Sobre esta reflexión nos permitimos indicar que si bien el delito de microtráfico es una forma de distribución que se encuentra contemplada dentro de la organización de los carteles encargados de la venta de sustancias estupefacientes, estos responden a políticas de comercialización, impuestas por superiores jerárquicos dentro de la organización delictiva.

En la gran mayoría de ocasiones los expendedores de estos estupefacientes suelen ser adictos a una o más de las sustancias que expenden, esto es un factor determinante al momento de establecer una pena por parte del juzgador, sin embargo se ha dejado de lado el estatus que poseen los consumidores de sustancias estupefacientes quienes se

⁶Según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es todo aquel acto tipificado como asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, la desaparición forzada de personas, el crimen de apartheid u otro acto inhumano de carácter similar que cause intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque

ven afectados por el hecho de tener que seguir un proceso judicial con la sola necesidad de determinar el nivel de adicción que estos poseen a una determinada sustancia.

En base a la conformación de la tabla propuesta por la Secretaria Técnica de Prevención Integral de Drogas y tomando en cuenta la tipificación del delito de tenencia al igual que sus elementos constitutivos podemos observar una flagrante violación al artículo 364 de la Constitución, sin mencionar además que iría en contra del artículo 20 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 que hace alusión a la política del control de daños en la que establece:

El Estado promoverá un modelo de intervención que incluya estrategias en áreas de prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación e inclusión social, que tenga como finalidad disminuir los efectos nocivos del uso y consumo de drogas, y los riesgos y daños asociados, a nivel individual, familiar y comunitario.

Las acciones de reducción de riesgos y daños contarán con información técnica oportuna que promueva una educación sanitaria adecuada.(Ecuador, 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)

De esta manera la rehabilitación e inclusión social que debería ofertar el Estado, se encuentra opacada por la política represiva del estado que responde a intereses internacionales, que a fin de cuentas fomenta el crecimiento de dicha industria, en vista de que esta gana la mayoría de los réditos por el transporte de la sustancia más que por la elaboración de la mismas.

En este sentido la prohibición fomenta el crecimiento de un mercado ilícito que intenta por todos los medios posibles satisfacer la creciente demanda de estupefacientes creadas por los usuarios, la falta de prohibición de las mismas provoca que los narcotraficantes en la actualidad crean drogas de diseño nuevas más nocivas y baratas que las drogas prohibidas por el ordenamiento jurídico.

Siendo las sustancias que enunciaré a continuación ejemplo de lo antes descrito la droga conocida como Hache, las metanfetaminas, el krokodil y el M.D.T estupefacientes que han ganado una gran popularidad en los últimos meses gracias a los medios de comunicación, esto ha obligado a nuestras autoridades nacionales plantearse la política en base a la cero tolerancia a las drogas. Haciéndose evidente la alarma social que causa el tráfico de sustancias estupefacientes.

Esto fomenta a que los juzgadores endurezcan su postura hacia la tenencia ilícita de drogas, estos factores sociales han influenciado en la decisión propuesta por la Corte, ya que se han pronunciado indicando los siguientes medios de interpretación de la tabla propuesta por la Secretaría Técnica de Prevención Integral de Drogas.

En primer lugar la tabla será aplicable al momento en el que se ha cometido el ilícito, ya que como se ha mencionado con anterioridad, se han realizado varias reformas a este acuerdo mismo que al ser emitido por un órgano de la función ejecutiva, dentro de la figura de un Acuerdo Ministerial se vuelve más mutable a los antojos políticos del gobierno de turno.

En segundo lugar establece:

(...) Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, **será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad;** pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal. La negrilla me pertenece (Precedente Jurisprudencial aplicación del Art. 220.1, 2015)

Lo contradictorio de este fallo consiste en que los antecedentes jurisprudenciales presentados como antecedentes, poseen un tinte mucho más liberal que el expresado

como resolución por parte de los juzgadores, es más detenido su análisis en la exposición de principios constitucionales, aventurándose a enunciar como una de sus principales fuentes al principio de proporcionalidad de la pena sobre el que cita a Ramiro Ávila Santamaría señalando:

(...) Hay dos principios que materializan la proporcionalidad penal y el constitucionalismo: el principio de intervención mínima del estado y el principio de lesividad. Por el principio de intervención mínima se entiende que sólo los bienes jurídicos trascendentales se protegerán penalmente, y estos bienes normalmente se encuentran recogidos en la Constitución. Por el principio de lesividad, sólo los conflictos más graves e imprescindibles serán tipos penales y el daño que produce el delito debe ser real, verificable y evaluable empíricamente. De lo contrario, desde la Constitución, el derecho penal se tornará arbitrario. (Precedente Jurisprudencial aplicación del Art. 220.1, 2015)

Es evidente la distorsión que posee el fallo ya que este doctrinario se caracteriza por ser considerado como un neo constitucionalista reformista, que apoya la teoría de la intervención mínima del derecho penal, por ende se procederá a realizar una exposición de los principios sobre los que se basa la sentencia en su sustentación con la finalidad de determinar las incongruencias al fallo realizado, lo que afectaría a los medios en los que se computa la pena.

7.2.1. Principio de Proporcionalidad

Conforme a una publicación realizada por Ivonne Yénisse Rojas sobre “La Proporcionalidad de las Penas” se ha podido establecer que la proporcionalidad de las penas ha sido una excepción recurrente en los delitos de tenencia y micro tráfico de drogas, por este motivo nos hemos visto en la necesidad de explicarlos, este concepto es un producto de la evolución histórica del derecho, para limitar al *Ius Puniedi*, se encuentra expresado en nuestra Carta Magna.

Este principio busca regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persiguiendo la “intervención mínima” del

Estado expresándose en el ámbito penal regentando a las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las personas; es decir, se aplica en el momento en el que se crea la norma por los legisladores, cuando es aplicada por los jueces y opera también en la fase de ejecución de las penas. En sentido amplio este exige que las medidas restrictivas de derechos se encuentren previstas en ley y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos en un ordenamiento jurídico de derechos y justicia

Se generan en este sentido dos tipos de exigencias unas extrínsecas y unas intrínsecas, las extrínsecas son aquellas consideradas como externas al contenido de las medidas en el que las judicaturas pueden proporcionar y la fundamentación a los fallos judiciales que estas emiten; por otro lado las exigencias intrínsecas son aquellas que atinen al contenido de la actuación estatal. Y están constituidas por tres criterios distintos que actúan de forma escalonada en el ámbito del Derecho Penal: el criterio de idoneidad, el criterio de necesidad y el criterio de proporcionalidad en sentido estricto.

Delimitado el campo de acción constitucional de este principio, podemos realizar un análisis del mismo dentro del campo de aplicación penal, planteándose así que la pena que establezca el juzgador por la infracción penal cometida deberá ser proporcional a la importancia social del hecho, evitándose la aplicación de pena o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación a la prevención del delito teniendo esta que ser:

1. Pena proporcional al delito.
2. La importancia de la infracción se realizará en base a la importancia social que genere el hecho.

De esta manera nos encontramos con la dificultad que acarrear determinar la importancia social que genera el hecho, ya que si bien el narcotráfico ha sido popularizado a nivel global como un azote para la humanidad, y se ha instaurado en

muchos regímenes jurídicos como un delito de lesa humanidad; hemos de ser conscientes y tener en cuenta que la expansión del mismo es consecuencia de una política represiva propuesta por entidades internacionales que tienen fines propios en la demostración de su hegemonía tanto política como económica.

Tomaríamos de esta manera el ejemplo propugnado por parte de prohibición que se realizó al alcohol a inicios del siglo XX por parte del partido conservador en Estados Unidos, y sus nefastos efectos tanto a nivel de salud pública como económicos y las secuelas que produjo, como el incremento de la criminalidad y crecimiento exponencial de creación de sustancias para satisfacer el mercado de consumidores.

7.2.2. Intervención Penal Mínima

El principio de intervención mínima en el derecho penal es una consecuencia del principio de proporcionalidad y este posee dos significados conforme a la tesis de Paola Vivanco Murillo maestrante en Derecho Penal por parte de la universidad Andina Simón Bolívar que señala que en primer lugar esta implica que las sanciones se limitarán lo más posible a un círculo de lo indispensable, estas por consiguiente buscarán incluso la tolerancia de ilícitos menores, lo que es un absurdo cuando se puede observar dentro de las políticas públicas sobre la tenencia de sustancias estupefacientes se evidencia un adelantamiento de la punibilidad del hecho ya que sus actos preparatorios se convierten en un tipo penal punible.

Teniendo así como características principales la descriminalización de conductas tipificadas que con el paso del tiempo podrían ser consideradas como irrelevantes en base al detenimiento de su significación social, conforme se ha expuesto en el segundo capítulo del trabajo se ha podido observar que en Ámsterdam la aplicación del derecho penal mínimo como una expresión del principio de proporcionalidad para justificar su política de legalización de la tenencia y consumo de marihuana en locales como Coffe Shops.

Es más la intervención mínima del derecho penal se produce en base al convencimiento del legislador, de que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que solo se utilizará cuando no exista más remedio, lo que no sucede en este caso ha evidenciado un endurecimiento de las penas ya que cada vez el concepto de porte mínimo de sustancias estupefacientes ha ido reduciéndose, lo que causaría un incremento en la imposición de la pena del consumidor que posea bajo su poder varias sustancias.

Atentando de esta manera contra uno de los principales derechos que en la actualidad defienden los estado constitucional de derechos y justicia, la libertad de los individuos y peor teniendo en cuenta la calidad especial que estos poseen al momento de ser considerados como personas adictas, ya que se supone que estos no deberían ser victimizados por tener un estado de vulnerabilidad.

En la actualidad se ha aceptado por parte de varios ordenamientos jurídicos, la venta de drogas suaves como la marihuana, en vista del poco nivel de afectación que esta planta ocasiona en los usuarios, el más claro ejemplo es la legalización tanto medica como recreacional que opera dentro del estado de Colorado experimento que ha dado satisfactorios resultados a nivel económico (mayores réditos para el área de educación) y social (baja del índice de criminalidad).

7.2.3.Principio de Lesividad

Dentro de este catálogo de principios penales aplicables se podría enunciar el principio de lesividad que es tratado de manera muy somera por parte de la Corte, especificamos que el delito de posesión de drogas se considera un delito de peligro abstracto, mismo que conforme el tratadista Cerezo Mir es aquel delito que “no se presume ni con una presunción *iuris tantum* ni *uiris et de jure* la existencia de un peligro para el bien jurídico”(José, 2002, pág. 741).

Esto implica que la inexistencia de un bien jurídico determinado en este caso, ha propendido a la creación de una normativa en función al *ratio legis*, evidenciándose así que la sociedad no es quien establece como lesivo el consumo de sustancias estupefacientes y si esta lo hace es por culpa de la desinformación que ha sido compartida sobre el tema, evidenciándose la inexistencia de daños contradiciendo el criterio del doctrinario Raúl Zaffaroni “Para seleccionar a una persona de manera criminalizante debe requerirse, pues, mínimamente que haya llevado a cabo una acción y que está sea efectivamente conflictiva por su lesividad o potencial” (Zaffaroni, 2005, pág. 225).

Así se puede observar de manera clara que la punibilidad de estos delitos conlleva la aplicación del concepto de sociedad de riesgo que nos ha sido impartido por parte de medios de comunicación, políticos y actores internacionales. Propendiendo así que el derecho penal modifique su función y naturaleza, ya que este deja de ser considerado como de *última ratio* y empieza a convertirse en una medida preventiva orientada de manera policial.

En el caso de lesiones sobre el delito de micro tráfico, nos encontramos con la particularidad de que no existiría la lesión a un bien jurídico protegido, ya que es inexistente, porque no es posible particularizarlo ya que el consumidor de sustancias más bien estaría agradecido por el servicio prestado, esto se evidencia de mejor manera en el expendio de drogas duras ya que la cantidad de consumidores aumenta mientras más pura sea la sustancia, esto a su vez se comprueba por la cantidad de clientes muertos de sobredosis que han acudido al expendedor.

En el caso de tenencia de una sustancia sujeta a fiscalización por parte de un consumidor de drogas que demuestra signos dentro del examen psicosomático de drogodependencia o de drogadicción, la existencia de un bien jurídico lesionado es

inexistente en vista de que el síndrome de abstinencia que esta genera en el dependiente conlleva un sufrimiento extremo.

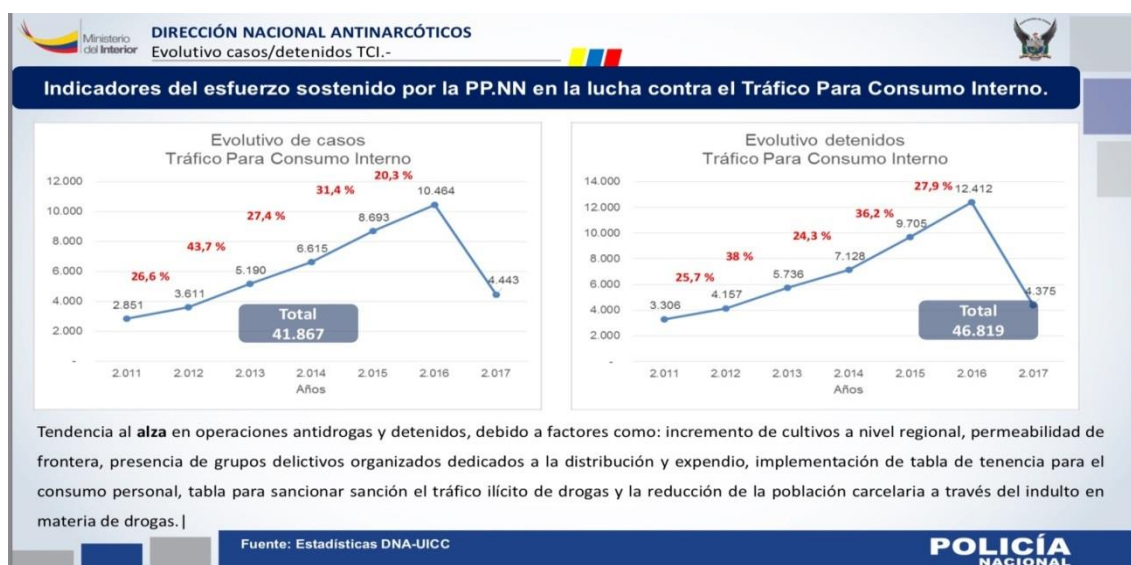
Seria en este punto necesario establecer que al aprobar la existencia de políticas prohibitivas, se lesionaría en mayor manera a la salud pública, que al fomentar políticas más liberales, ya que esto fomenta la aparición de drogas más baratas; por ende más nocivas siendo un ejemplo claro de este la pasta base de cocaína y la droga Hache que afecta a los menores de edad en nuestro país.

8. Estadísticas sobre la aplicación de criterios

Una vez que ha sido desvirtuado el Precedente Jurisprudencial No. 12-2015 por indebida fundamentación en su aplicación, procederemos a mostrar índices de captura por tenencia ofrecidos tanto por el ministerio del interior y la fiscalía; con la finalidad de obtener un panorama actual en cuanto al funcionamiento de la política pública planteada por el ejecutivo hasta la fecha.

Sobre este tema la Policía Nacional ha emitido las siguientes estadísticas en las que de manera preocupante se puede observar el incremento en esfuerzos para frenar el tráfico a raíz del endurecimiento de la tabla propuesta por nuestra política de drogas, este estudio abarca los años 2014, 2015, 2016 y 2017

Cuadro No. 2



Como se puede observar en el Cuadro No. 2 que encontramos en la parte superior, se evidencia que cada año que ha ido pasando desde el 2011, los esfuerzos policiales en la lucha contra el tráfico se ha ido incrementado lo que nos muestra que el nivel de consumo interno también ha aumentado llegando de esta manera a su tope máximo en el año 2016

Ratificándose de esta manera en la legislación nacional el hecho de que no existan en la actualidad un margen mínimo de tenencia de drogas que pueda ser considerado como no punible, obligando así al consumidor a acudir a los órganos jurisdiccionales para determinar la pena que se le impondrá en caso de incurrir en el tipo penal de tenencia, en la actualidad el Consejo Nacional de la Judicatura utiliza los siguientes criterios para diferenciar a un consumidor de un micro traficante:

Cuadro No.3

CONSIDERACIONES DE UN JUEZ PARA DETERMINAR SI LA PERSONA PROCESADA ES UN EXPENDEDOR O CONSUMIDOR.	
Expendedor	Consumidor
La sustancia fraccionada en varios paquetes imposible de consumo	Sustancia fraccionada con una cantidad de consumo inmediato de 2 a 7 gramos

inmediato;	para una persona;
Dinero en efectivo lo suficiente como para pensar en un rédito de la venta;	Mínima cantidad de dinero o sin dinero;
En las investigaciones realizadas que los moradores le reconozcan como expendedor	Aprehendido en actitud sospechosa, por poseer una manzana, o esconderse de la policía;
Datos del parte policial en el que se establezca que el procesado fue hallado en un cruce de calles.	Datos del parte policial en el que se establezca que procesado no fue encentrado en un cruce de calles.

En materia penal es imposible aplicar la analogía en los caos, cada caso es diferente

Fuente: Exposición del Consejo Nacional de la Judicatura

De la simple lectura de los mismos se puede desprender claramente que los criterios de aplicación planteado por un juez en la jurisprudencia, son mermados en base a indicios poco técnicos, subjetivos y discriminatorios emitidos por parte del Consejo de la Judicatura.

En la actualidad y teniendo en cuenta el principio de irradiación constitucional sobre los derechos propugnados parece inverosímil que estos criterios sean aplicados con la finalidad de diferencia a un consumidor de un expendedor de drogas, por ejemplo utilizar el fraccionamiento de la sustancia como un criterio valido de diferenciación, ya que mantener un gramaje de 2 a 7 gramos no eximen al infractor de cometer el delito de tenencia.

La diferenciación reside además en la cantidad de dinero que posee el detenido, que si bien es un indicio, este no constituye un criterio concluyente para realizar la clasificación de esta naturaleza, ya que no todos los individuos que consumen una sustancia sujeta a fiscalización forman parte de un estrato social bajo.

Ser aprehendido con actitud sospechosa por poseer una manzana o esconderse, no puede ser un parámetro a tomarse en cuenta ya que los efectos que produce cada una de las sustancias sujetas a fiscalización es diferente, por lo tanto no podría considerarse una

conducta genérica en las reacciones de los drogodependientes o drogadictos además el grado de afectación del sujeto se encuentra ligado directamente al grado de tolerancia que estos tengan a la sustancia.

Los datos del parte policial al decir si la persona se encontraba en un cruce de calles, al momento de ser aprendida ataca de manera flagrante el derecho de la libre movilidad de las personas, generando de esta manera una preconcepción de la calidad que este posee lo que estaría vulnerando además el principio de inocencia de los infractores.

Como se puede observar en el Cuadro No.3 los presupuestos para el juzgamiento de determinado infractor que han sido identificados como usuario de la sustancia estupefaciente o psicotrópica, se ven obligados a ir al hospital más cercano para iniciar su proceso de desintoxicación, el médico tratante deberá notificar los avances al juez de manera mensual.

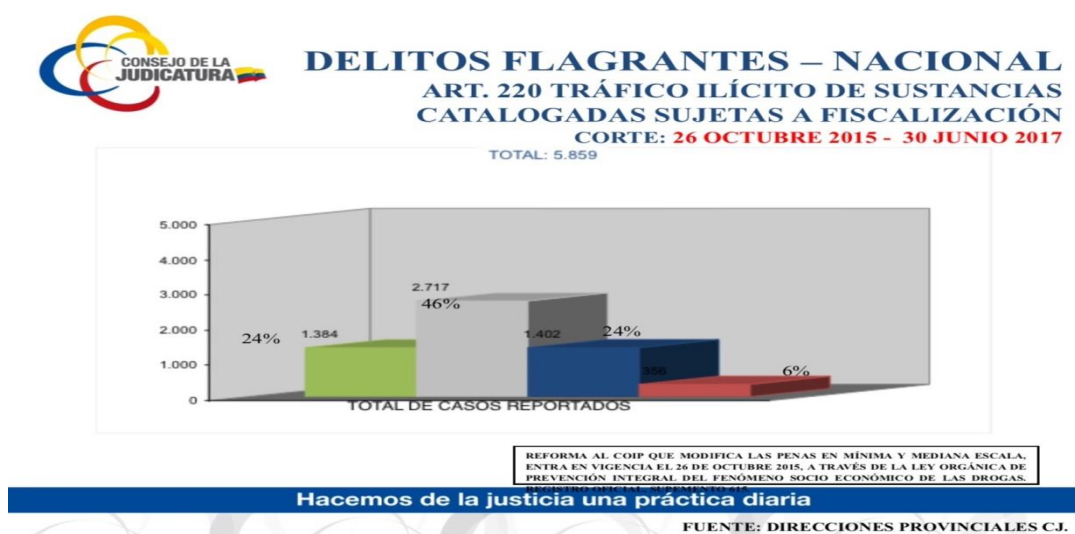
Con la finalidad de mantener un control de las asistencias por parte de usuarios de sustancias dispuestas a fiscalización, es necesario que el consumidor comparezca ante el tribunal penal, con la finalidad de determinar cuál es el avance que ha estado realizando en su rehabilitación. Evidenciándose de esta manera que el tratamiento para rehabilitar al drogodependiente es obligatorio, lo que aminora la efectividad del proceso de reinserción además de lesionar el derecho del usuario de cumplir su plan de vida. Estas son las estadísticas presentadas por el Consejo Nacional de la Judicatura sobre la cantidad de procesos de flagrancia que se han iniciado en el país:

Cuadro No.4



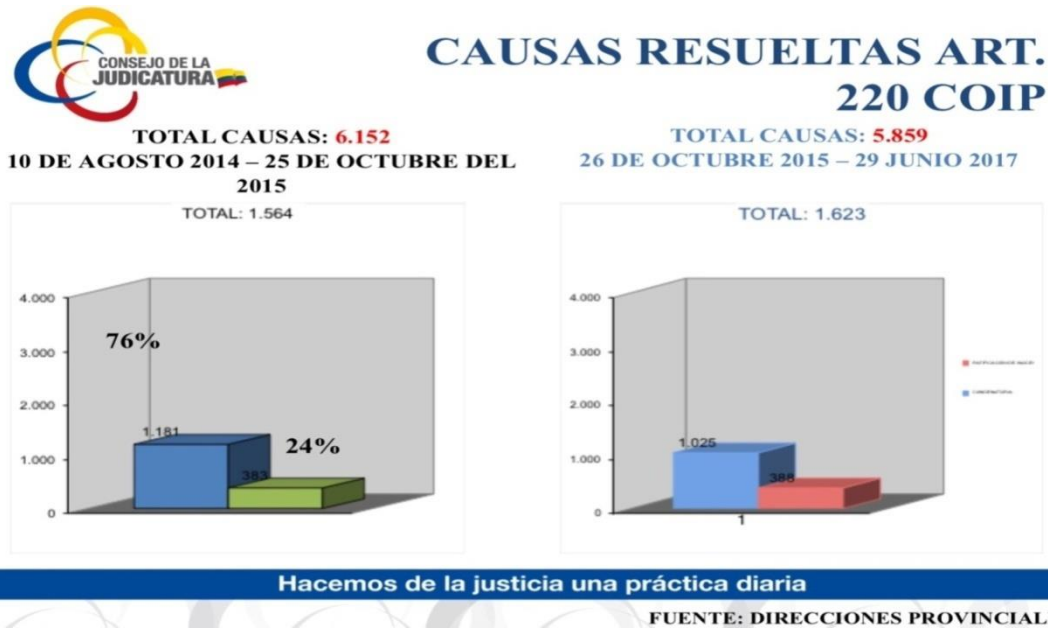
Cuadro

No.5

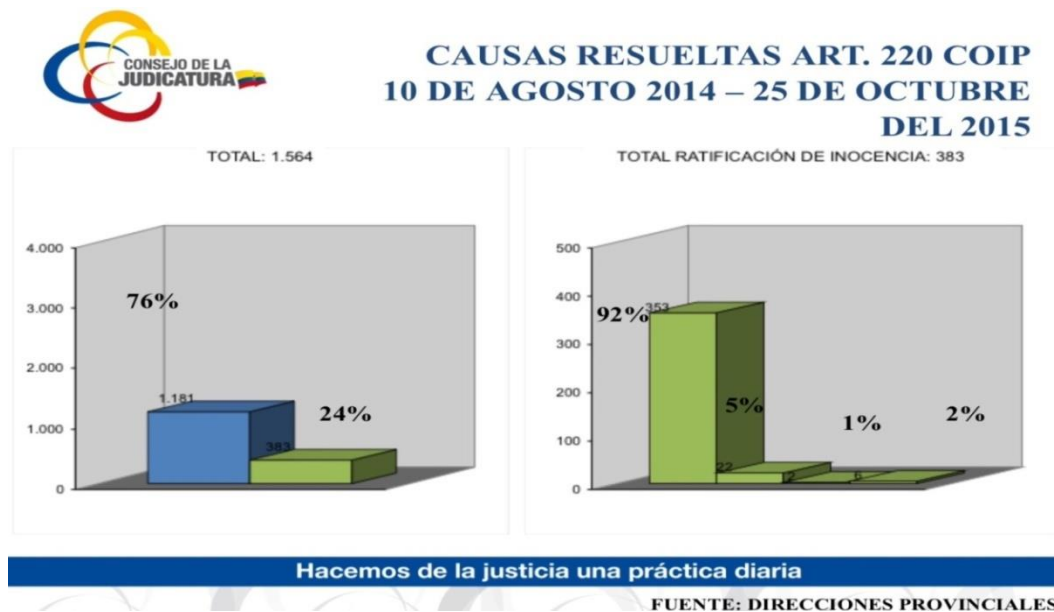


Como se puede observar en los cuadros No. 4 y 5, la cantidad de personas con un gramaje correspondiente a delitos de mediana escala aumenta lo que nos indica que el consumo se ha visto acrecentado.

Cuadro No.6



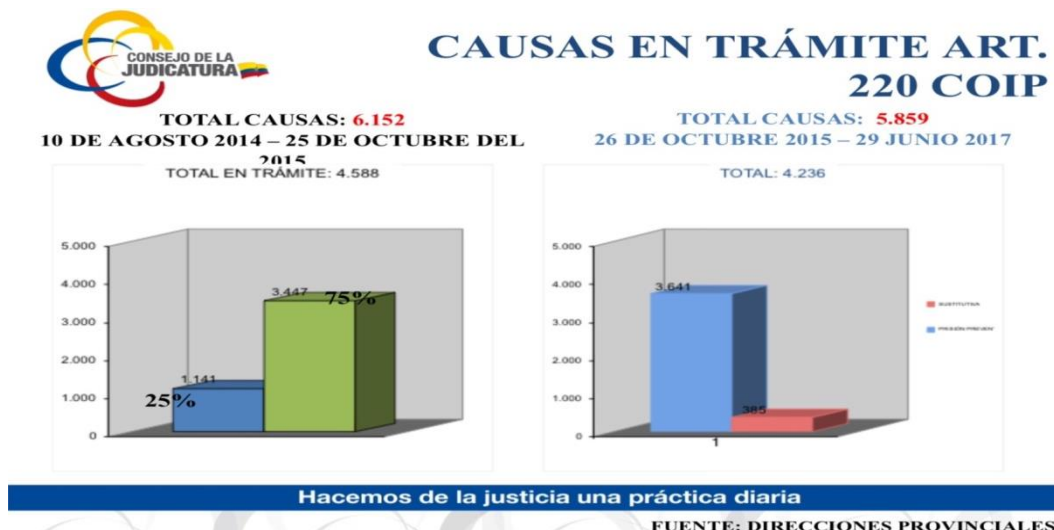
Cuadro No. 7



Se puede ver en los cuadros No. 6 y 7 que las estadísticas de casos ingresados bajo las infracciones que se ajustan a la tipología establecida en el artículo 220 del COIP, mismo que se destacan por descender en este último período, sin embargo se puede

observar que de esta cantidad menos de la tercera parte de juicios han sido sobreseídos, existiendo en la criminalización del consumidor un éxito rotundo, ya que estos crímenes se llevan a través del proceso de flagrancia.

Cuadro No. 8



Tomando así lo expuesto en el cuadro No. 8 podemos observar que la mayor cantidad de procesos resueltos y tramitados, son los delitos de baja escala, esto significa que existe mayor eficacia en su despacho, pero esto por lo visto es promulgado por una mecanización del derecho, ya que requiere indicios muy subjetivos para su inicio.

CONCLUSIONES

El Derecho Penal del Enemigo tiene como fuente principal la ideología absolutista planteada por Thomas Hobbes en su libro el *Leviatán*, donde expone los fundamentos en los que se basa la legislación de este tipo de regímenes, estos rasgos se mantienen en la actualidad en regímenes de facto, y la podemos encontrar en el artículo 220 numeral 1, lo que es incongruente después de la aprobación de la Carta Magna el 2008 que da al Derecho Penal ecuatoriano un tinte garantista al momento de realizar el juzgamiento de una determinada infracción.

La teoría del Derecho Penal Objetivo sirve para establecer que el artículo 220 numeral 1 del COIP incurre en *errores de tipo*, ya que al ser el delito de tenencia, porte y venta de sustancias sujetas a fiscalización, un delito de resultado, no se ha tomado en cuenta el amplio margen de causalidades que pueden afectarla el actuar de los infractores. Esto no permite una correcta diferenciación de responsabilidades penales entre los sujetos que forman parte de la cadena de causalidad, dificultando la tarea del juzgador al momento de precautelar los derechos de consumidores de sustancias sujetas a fiscalización.

Los regímenes de legalización y control de daños propuestos tanto en Estados Unidos como en Europa promueven la correcta aplicación de una política criminal en contra de las drogas, misma que evita lesionar los derechos de los consumidores de sustancias sujetas a fiscalización ya que en base al régimen de prohibición del alcohol promulgado por Norteamérica, ha evidenciado ser un fracaso al momento de desincentivar el consumo de una sustancia.

Con estas bases se puede concluir que la aplicación de la tabla propuesta por el ente rector de la política pública antidroga no puede ser considerada como un medio óptimo,

ya que conforme a las estadísticas antes expuestas se ha podido demostrar que el consumo de drogas no ha disminuido, más bien este se ha incrementado.

Si bien la tabla en sí violenta los principios de la proporcionalidad de la pena, no distingue el bien jurídico lesionado por parte de consumidores y obliga al afectado a tomar una rehabilitación forzada, este no se podría constituir como una política pública contra el consumo de drogas que sea racional, más bien por el contrario ha creado más confusiones e irregularidades al momento de su aplicación por eso se emite la Jurisprudencia explicativa de carácter obligatorio propuesta por la Corte Nacional de Justicia; que lesiona en mayor medida los derechos de los usuarios.

Se avizora como una posible alternativa a estas incongruencias la aplicación de una política pública de control de drogas una política más liberal, basada en el control de daños para usuarios de drogas duras y legalización de la marihuana conforme un modelo mixto asociativo entre la propuesta española y el control estatal por parte del proyecto de legalización uruguayo en un principio, siendo esta de venta libre.

Conforme a estudios pilotos realizados se ha determinado que la legalización de una droga suave como tratamiento médico para dejar las drogas duras, ha estado generando resultados, el mismo deberá ser aplicado en el Ecuador para ratificar estos resultados y así fortalecer el sistema de reinserción de los hoy llamados consumidores problemáticos. Así la legalización de drogas suaves podría ser considerada como un medio para empoderar los derechos de los consumidores.

RECOMENDACIONES

Reformar la tabla propuesta por el CONSEP (actualmente Secretaria Técnica de Prevención Integral de Drogas) estableciendo un gramaje de porte mínimo, que no sea punible, con la finalidad de evitar una acumulación de falsos positivos al delito de narcotráfico en nuestro sistema judicial. Desconcentrando las cárceles sin la necesidad de un decreto ejecutivo de indulto de penas, como sucedió en el año 2008.

Crear una política pública sobre control de consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas basada en el verdadero concepto del control de daños y evitar que esta sea parte del cumplimiento de tratados internacionales que no hacen más que imponer una política prohibitiva y represiva en nuestro orden legal, que responde a un sistema garantista de derechos.

Crear dentro de la normativa un criterio determinado por parte del Ministerio del Interior, Ministerio de Salud Pública, Ministerio del Interior, Consejo Nacional de la Judicatura y Secretaría Técnica de Prevención Integral de drogas, con la finalidad de establecer dentro de la legislación ecuatoriana un concepto diferenciable entre un microtraficante y un consumidor de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Administración de Sustancias Estupefacientes, Expediente de Casación 224 (Corte suprema de Justicia 24 de enero de 2006).
2. Cabeza, A. M. (2012). La Solución. En A. M. Cabeza, La Solución (págs. 29 - 30). Barcelona: RandomHouseMondadori.
3. Cancio Meliá, M., Ferrante, M., & Sancinetti, M. (1998). Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva. Buenos Aires: D-HOC S.A.L.
4. Cerletti, A., & Sancinetti, M. (1997). La realización de riesgos prohibidos.Principios y sistematización de los criterios desarrollados por Gunther Jakobs, Subjetivismo e imputación objetiva. En Varios, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Buenos Aires: AD-HOC SRL.
5. Código Orgánico Integral Penal 2014 COIP Quito Pichincha Ecuador Registro Oficial.
6. Despenalización del consumo de la Dosis Personal, C-221/94 (Corte constitucional de Colombia 1994).
7. Ecuador, A. N. (26 de Octubre de 2015). 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. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
8. Ferrajoli, L. (2003). Teoría del Neo constitucionalismo. Trotta.
9. Gonzales Vs.Raich (Noveno Circuito 6 de Junio de 2005).
10. Hobbes, T. (1995). Leviatán. En T. Hobbes, Leviatan (pág. 36). San Juan: Universitaria.

11. Iturralde, I. (2015). Hobbes: La autoridad suprema del Gran Leviatán. Barcelona: Titivillus.Jakobs, G.
12. Jakobs, G. (1997). En G. Jakobs, Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la imputación (pág. 158). Berlín: Ediciones Jurídicas.
13. Jescheck, H. H. (1993). Tratado de Derecho Penal . En H. H. Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Granada: Ediar.
14. José, C. M. (2002). Los delitos de Peligro Abstracto. Buenos Aires: RubinaCulzoni.
15. Leiva, J. I. (2009). Un análisis Abstracto del Derecho Penal del enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. Política criminal. Vol. 4. No. 8, 14.
16. Melía, C. (2003). Derecho Penal del Enemigo. En C. M. Gunter Jakobs, Derecho Penal del Enemigo (pág. 47). Madrid: Civitas.
17. Narcotráfico Juicio Penal No.65-03Corte Suprema de Justicia.
18. Novick, K. B. (Director). (2011). PROHIBITION [Motion Picture].
19. Paladines, J. V. (2016). En busca de la Prevención perdida; reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador. Friedrich-Ebert-Stiftung (FES-ILDIS) Ecuador, 1-440.
20. Ripolles, J. L. (2002). Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena. México DF: Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
21. Roxin, C. (1976). *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*. Madrid: Reus S.A.

22. Ruchansky, E. (2015). Un mundo con drogas. Buenos Aires: RamdonHouseMondadori.
23. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2017). Informe Mundial sobre las Drogas 2017. Viena: Naciones Unidas.
24. Precedente Jurisprudencial aplicación del Art. 220.1, 12-2015 (Corte Nacional de Justicia 12 de Septiembre de 2015).
25. VolsteadAct (Corte Suprema Estados Unidos 28 de Octubre de 1919).
26. Zaffaroni, E. R. (2005). En busca de las penas perdidas. Bueno Aires: Ediar.
27. Zaffaroni E.R. (2007) El enemigo en el Derecho Penal.MexicoD.F:Dykinson