

Alternativas frente al tráfico y consumo de sustancias: Un criterio desamparado por el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano

J. Sebastián Ordóñez Inga¹

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo exponer el tratamiento penal relativo al consumo y tráfico ilícito de estupefacientes, desde la óptica de la prevención, siendo este el estandarte que debe guiar el actuar del Estado para cumplir con el objetivo de no criminalizar el consumo de estupefacientes, al ser este un problema de salud pública; también, pretende exponer desde la dogmática jurídico-penal, los argumentos que nos permiten comprender que tanto el consumo como el tráfico, pueden ser resueltos mediante alternativas a la mera punición. El proponer alternativas a la mera punición del consumo y microtráfico es urgente, ya que este ejercicio desproporcionado del poder punitivo es una de las principales razones de la crisis que afronta el sistema penitenciario; si bien el Ecuador ha demostrado su capacidad en proponer nuevos enfoques, su carácter contradictorio lo ha llevado a retroceder en la búsqueda de un nuevo paradigma sobre el tratamiento del fenómeno socio económico que son las drogas.

Palabras Clave

Alternativas, Dosis Personal Mínima, Consumo, Finalidad de la Pena, Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

Abstract

The objective of this article is to present the criminal treatment related to the consumption and illicit trafficking of drugs from the perspective of prevention, being this the standard that should guide the actions of the State to comply the objective of not criminalizing the consumption of narcotics, being this a public health problem. It also aims to present from the legal-criminal dogmatics the arguments that allow us to understand that both consumption and trafficking can be solved through alternatives to mere punishment. Proposing alternatives to the mere punishment of consumption and micro-trafficking is urgent because this disproportionate exercise of punitive power is one of the main reasons for the crisis facing the prison system. Although Ecuador has demonstrated its ability to propose new approaches its contradictory nature has led it to regress in the search for a new paradigm on the treatment of the socio-economic phenomenon of drugs.

Keywords

Alternatives, Personal Minimum Dose, Consumption, Purpose of the Penalty, Illegal Drug Trafficking.

1. Abogado de los Tribunales de Justicia de la República por la Universidad del Azuay. Asociado Senior del Estudio Jurídico: *Vignolo Barzallo*. Coordinador de Proyectos y Asesoría Jurídica en Corporación CORPOSERIN-DE Cía. Ltda. s.ordonez@vignolobarzallo.com

Introducción

El Ecuador, como varios países de la región, sufre los estragos que ocasiona el fenómeno socioeconómico de las drogas, frente al cual se vuelve imperioso redireccionar los esfuerzos y mecanismos, tanto políticos como jurídicos, que combaten al tráfico ilícito de sustancias. Para analizar este particular, desde la óptica del Derecho Penal, es necesario comprender las limitaciones que tiene el aparataje punitivo del Estado y así entender cuáles son sus fines para poder plantear nuevas alternativas al encarcelamiento por delitos relacionados con las drogas, mediante mecanismos que no son novedosos hoy en día, pero, esbozan soluciones para afrontar la crisis carcelaria que mantiene el Ecuador.

Nuevamente debemos referirnos al debate internacional entre prohibición y prevención, sus razonamientos, los cuales, han generado diversas consecuencias a lo largo de los años, pues, siempre serán las bases que guíen cualquier política o reforma jurídica; es así como este tema no ha sido tratado desde ninguna esfera distinta a la criminal, pese a que la Constitución determina al problema del consumo como una afectación a la salud. Mientras las políticas criminales y la legislación no se adecúan con la finalidad de la prevención, se seguirá combatiendo con un arsenal desmedido, cuando no se entiende lo que se combate cualquier medida es insuficiente, cualquier medida es excesiva.

Por lo tanto, es relevante estudiar el deficiente desarrollo que ha tenido la legislación y política criminal ecuatoriana respecto al tráfico ilícito de sustancias para tener un panorama de los mecanismos que pueden producir resultados y cuáles han sido sus errores. Este análisis conduce a la promulgación de un nuevo paradigma penal, un tratamiento penal distinto que tiene por objetivo garantizar y proteger bienes jurídicos de la sociedad, sin olvidar la resocialización de las personas condenadas, este es el mecanismo que permite, a la par de las garantías, una disminución de los conflictos sociales y un límite al poder punitivo (Ferrajoli, 2006), para plantear alternativas al encarcelamiento como el no ingreso al sistema penitenciario, entender al consumo como un problema de salud y no de seguridad, y reconocer la importancia de mantener regulada de manera eficaz la dosis personal mínima o de consumo personal.

Desarrollo de la legislación y política ecuatoriana respecto al fenómeno socioeconómico de las drogas

El Ecuador es un país contradictorio, pese a no ser considerado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos como un país productor de coca como sus vecinos Colombia, Perú y Bolivia (Paladines, 2016), ha adoptado las directrices internacionales represivas, impulsadas por la afamada *War on Drugs*, políticas que influyen hasta la fecha en Latinoamérica.

El origen del problema radica en identificar nuestra propia realidad frente a este fenómeno, ejemplo de esta falencia se evidencia en entender cómo la información estadística sobre el consumo de drogas era casi inexistente para 1988, año en donde se realizó la investigación *El Consumo de Drogas en el Ecuador: Una aproximación Cuantitativa* considerada como la primera investigación cuantitativa confiable (Andrade, 1991), varios años después de que el país encuadre su normativa a las directrices internacionales.

Desde este sometimiento se aceptó que el fenómeno del consumo de drogas responde a un tema de seguridad, llevando el consumo al campo penal, al prohibicionismo, este tratamiento genera una retórica sobre las políticas públicas, retórica secuestradas por el poder punitivo, la cual, establece que todo consumidor es dependiente y todo dependiente es un criminal. Sin embargo, la nueva Constitución parecía establecer un nuevo hito al determinar en su texto que las adicciones deben ser tratadas como un problema de salud pública, la prohibición de criminalizar al consumo de sustancias ilícitas, además de reconocer los diferentes tipos de consumo, siendo necesarios tratamientos diferenciados, de igual manera la nueva normativa creada con el propósito de cumplir con lo establecido en la Constitución; incluso, podemos referirnos al indulto conocido como 'Indulto a las mulas del narcotráfico', estos sucesos permitieron que el país sea considerado un precursor respecto a la formulación de alternativas en la región y reconocido por la Organización de Estados Americanos en su informe de 2015, *Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas*.

Lamentablemente, este nuevo paradigma no llegó a consolidarse y mediante varias reformas, resoluciones y decretos se volvió al enfoque del prohibicionismo, nuevamente se volcó todo el aparataje punitivo del Estado no únicamente hacia los consumidores, sino también sobre los micro traficantes, aumentando desproporcionadamente las penas para mínima y mediana escala de tráfico de sustancias, reafirmando el carácter contradictorio del Ecuador.

Reforma y Finalidad de la pena del tipo penal: Tráfico ilícito de sustancias catalogadas y sujetas a fiscalización

Al encontrarnos bajo una concepción de Derecho Penal de acto y no de autor, el poder punitivo del Estado sanciona a la persona que realiza una determinada conducta y cuya responsabilidad se comprueba; para el razonamiento del presente artículo, es preciso establecer cuál sería la finalidad de esa pena que sanciona dicha conducta.

Para determinar una pena es primordial entender su fundamento, el cual, vincula al delito con la pena como su consecuencia natural, es el Derecho Penal el encargado de reprimir aquellas conductas que violentan bienes jurídicos protegidos y reafirmar el ordenamiento jurídico quebrantado, así se racionaliza mediante un proceso, la facultad punitiva del Estado; sin embargo, no se debe confundir el fundamento de la pena con su finalidad, puesto que, se entendería a la pena como una respuesta vacía frente a una acción, por lo que para proponer alternativas a la mera punición, debemos comprender la finalidad entendida a partir de la doctrina.

Las teorías unificadoras de la pena son aquellas que conciben que la pena debe ser impuesta para garantizar la protección de bienes jurídicos y a la norma; pero, la mera imposición no puede ser su finalidad, ese fin es la prevención, influyendo sobre la sociedad de manera colectiva, así como la resocialización de las personas procesadas.

La mayoría de la doctrina, con el maestro Roxin a la cabeza, se decantan por la teoría unificadora preventiva o teoría de la prevención general positiva. Esta teoría plantea que el único fin de la pena es la prevención, pues, la pena solo se justifica cuando esta pretende proteger la libertad individual y un orden social, para lo cual, la prevención general como la individual deben figurar conjuntamente como fines de la pena (Roxin, 2009), por lo que esta teoría actuaría en tres momentos; un primer momento, de prevención general, en donde se amenaza a la sociedad, haciéndole saber cuáles son las conductas prohibidas y sus consecuencias; un segundo momento, en donde la pena se la determina e impone para reafirmar a la sociedad las consecuencias de los delitos; y, un último momento, que sería la ejecución de la pena, la cual, debe pensar en la resocialización del delincuente y su reinserción en la sociedad.

Es evidente que Ecuador sigue la teoría de la prevención general positiva, podemos analizarlo en la Constitución, en donde se desarrolla el sistema nacional de rehabilitación social, siendo su objetivo principal la resocialización de las personas privadas de la libertad. Bajo el mismo razonamiento, el Código Orgánico Integral Penal establece que la finalidad de la pena será la prevención general para la comisión de delitos, la rehabilitación de las personas condenadas y la reparación a la víctima; excluyendo toda posibilidad de una teoría retributiva especial siendo concordante con la prohibición de criminalizar el consumo de sustancias. Tomando en cuenta lo expuesto sobre la finalidad de la pena, no es lógico sancionar desproporcionadamente a los micro traficantes, mucho menos a los consumidores, porque no se alcanzaría esa resocialización al ingresarlos al sistema penitenciario; únicamente, se reafirma la represión en contra de cualquier individuo que tenga relación con las drogas.

Mediante las reformas al Código Orgánico Integral Penal, vigentes desde junio de 2020, se nota que no se ha trastocado el fondo del tipo, es elogiable el esclarecimiento en cuanto a su redacción y siendo este un tipo penal complejo, se ha logrado una mejor comprensión de su naturaleza, la doctrina jurídico-penal denomina a estos tipos como tipos penales incongruentes.

El tipo penal es una figura conceptual que tiene un esquema complejo, posee un aspecto objetivo y otro subjetivo, llámense elementos descriptivos y normativos los primeros, mientras que, su aspecto subjetivo se enfoca en el dolo y la culpa, esto a rasgos generales; por lo tanto, la congruencia del tipo penal plantea que debe existir armonía entre la esfera objetiva y la esfera subjetiva del tipo. El principio general será que el tipo objetivo se encuadre dentro de lo que el autor piensa y ejecuta, lo que es abarcado por el tipo subjetivo, así serán congruentes y paralelos (Maurach & Zipf, 1994). Por lo tanto ¿Qué debe de entenderse por congruencia de los tipos penales?

Empero, cuando esta congruencia objetivo-subjetiva se encuentre alterada, concurren los tipos incongruentes de los cuales se destacan dos clases; la primera, es cuando el tipo subjetivo sobrepasa los presupuestos del tipo objetivo, es decir, la voluntad del autor se sobrepone al dolo y lo rebasa. Donna menciona ciertos casos en los que sucede esta eventualidad, los que merecen nuestra atención son los llamados delitos de intención que exigen al autor una finalidad que exceda claramente al dolo, en palabras del jurista:

Se trata de tipos penales mutilados en varios actos, donde el tipo exige una acción inicial que esté dirigida a un actuar posterior. Dicho de otro modo, son casos en los que el hecho es querido por el agente como un medio para la obtención de otro fin (Donna, 2008, p. 386).

La otra clase de tipos penales incongruentes son los que el tipo objetivo supera al tipo subjetivo, llamados delitos calificados por el resultado, como ocurre en el caso del homicidio preterintencional, donde se exige que el dolo alcance un primer resultado, pero, el tipo objetivo requiere la producción de otro resultado, más grave; en el ejemplo el autor ejecuta su acción con el fin de causar un daño en el cuerpo, pero, el tipo objetivo exige como condición la muerte de la víctima (Donna, 2008). Por lo tanto, el tráfico ilícito de sustancias es un tipo incongruente, ya que requiere incurrir en cualquiera de los verbos descriptivos del tipo y, adicionalmente, es necesaria la voluntad de traficar o comerciar con sustancias estupefacientes.

En la actualidad, el delito por tráfico ilícito de sustancias se encuentra tipificado de la siguiente manera:

Art. 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente, sin autorización o incumpliendo requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Trafique, sea que oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, importe, exporte, tenga o posea con el propósito de comercializar o colocar en el mercado sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa pertinente, será sancionada (...) (Asamblea Nacional del Ecuador, 2020, p. 74).

Al modificarse la redacción, permite una comprensión acertada de la naturaleza de este tipo penal; para procesar a una persona, a más de incurrir en cualquiera de los verbos descriptivos, se requiere que esta conducta tenga por finalidad el comercio o tráfico propiamente dicho de las sustancias; partiendo desde la dirección final de su autor podemos esgrimir si su voluntad se ajusta al tipo penal, más allá de la cantidad de sustancia, razonamiento también acogido por la reforma. Es pues, la dogmática jurídico-penal quien nos otorga, desde el estudio del tipo penal, el fundamento diferenciador entre consumo, posesión y tráfico.

Una desamparada resolución administrativa la 001 CONSEP-CO-2013, ha permitido a jueces y tribunales no sancionar a los consumidores, sin embargo, dicha resolución es obsoleta, por no apegarse a la realidad que mantiene el país frente al consumo de sustancias; esta es una simple resolución administrativa, mientras que, el COIP se refiere a toda una normativa que permita el desarrollo de la dosis personal mínima, solamente con la creación y desarrollo de una legislación que concrete la dosis de consumo personal mínimo, apegada a la realidad que afrontan los consumidores, permitirá diferenciar a consumidores de traficantes, impidiendo que las personas más vulnerables ingresen al sistema penitenciario.

Es también la jurisprudencia quien desarrolla el tratamiento penal del tráfico de sustancias; mediante la sentencia 02-2019 de la Corte Nacional de Justicia se ha resuelto acabar con el criterio draconiano de acumulación al incurrir en el tipo penal mediante varias sustancias estupefacientes, criterio que estuvo vigente desde el 2015 y que ocasionó estragos en la lucha por la prevención. Empero, dicha resolución en cuanto a su contenido jurídico no es correcta, puesto que, se establece un criterio de aplicación de concurso ideal de delitos, cuando en realidad al incurrir en este tipo penal, se comete uno solo y no dos como lo requiere la teoría del concurso de delitos; de cualquier manera, aquello es asunto de otro análisis, pero, es importante recalcar la importancia que ha tenido esta resolución para corregir los problemas prácticos ocasionados por los anteriores criterios.

Alternativas al encarcelamiento: Legislación comparada y dosis personal mínima

Para plantear una reforma legislativa o política pública, el pilar fundamental que se debe seguir no es otro que la prevención, una verdadera prevención del consumo de estupefacientes, así como una auténtica prohibición de criminalizar al consumo. Pues bien, ahora se esgrimirán algunas propuestas del autor que, si bien, no están exentas de equivocaciones, para evitarlas, es necesario la investigación y estadística de todo el espectro del fenómeno de las drogas, así como estudios que permitan acoplar estas alternativas a la realidad del Ecuador.

Como primer punto, es necesario referirse a la última normativa sobre el tema: la Ley Orgánica Contra el Consumo y Microtráfico de Drogas. A rasgos generales, esta ley pretende 'erradicar el consumo' objetivo retrogrado y rancio en cuanto a su contenido; será este objetivo el que guíe el

actuar de los gobiernos autónomos descentralizados, impidiéndolos optar por enfoques distintos a la prohibición del consumo, particularmente, en espacios públicos. También se plantea el uso de los cuerpos de seguridad municipales o metropolitanos para la aprehensión de personas, en donde se asume, a simple vista, la posesión como delito flagrante de tráfico de estupefacientes, hecho que no haría más que incrementar el número de procesados y sentenciados por delitos menores relacionados con drogas.

Lo más preocupante es que, mediante la falaz 'protección de nuestros jóvenes', se establece una intromisión en su privacidad, mediante su control y vigilancia; pero, en cuanto a la educación y planes de prevención, cabe la duda en saber cuál será el enfoque utilizado para los planes de formación y comunicación, pues, sabemos que, si se utiliza una retórica prohibicionista, no existirán alternativas, ya que esta ley se aprovecha de la oscura y frágil frontera entre consumo, posesión y tráfico (Paladines, 2020).

En conclusión, el motivo de criticar de manera muy general a esta ley es porque no crea o fija metodología alguna sobre el consumo o tratamiento al microtráfico; la única narrativa que existe es el prohibicionismo policial y mediático, siendo un ataque claro al uso de drogas, es decir, un eufemismo para atacar a los usuarios y consumidores, sin interesarse por una distinción en cuanto a los tipos de consumidores. Al no plantearse alternativa alguna, ese nuevo paradigma sobre el tratamiento del fenómeno de las drogas, cada vez, se siente más lejano.

Le corresponde a la academia e investigadores proponer, plantear y esbozar estas alternativas y mecanismos que puedan solucionar los problemas vinculados al consumo, reducir el número de nuevos consumidores, impedir que tanto consumidores como personas procesadas por delitos menores -como el microtráfico en mínima y mediana escala-, ingresen al sistema penitenciario y sigan siendo capital humano para las organizaciones criminales. No son alternativas novedosas, sino mecanismos que generan soluciones en cuanto al tratamiento penal sobre el fenómeno de las drogas.

Desde el campo jurisprudencial se debe difundir la sentencia 02-2019 de la Corte Nacional de Justicia, que establece que mediante la aplicación del principio de favorabilidad reduciría o, incluso, liberaría a personas que han sido sentenciadas mediante el criterio absurdo y draconiano de acumular penas por contar con varios tipos de sustancias en el cometimiento del tráfico ilícito de estupefacientes. Esta labor corresponde a abogados, defensoría pública y jueces; esto permitiría investigar cuántas personas se beneficiarían y entender qué consecuencias generaría la liberación de procesados relacionados con microtráfico en mínima y mediana escala, pudiendo ser este un proyecto de indulto, como lo fue el indulto a las mulas del narcotráfico en 2008 (OEA, 2015).

Así mismo, la sentencia 7-17-CN/19 de la Corte Constitucional, refiere a una consulta de constitucionalidad, en donde se establece que las tablas para determinar el tráfico ilícito, así como el consumo de estupefacientes, son referenciales:

...en lo que atañe al objeto de esta sentencia, interpretándose en el sentido que el hecho de superar las cantidades máximas establecidas, no es constitutivo del tipo penal de tenencia y posesión, no establece indicio ni presunción de responsabilidad penal. Si el detenido supera las cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir, en el marco del derecho al debido proceso (Sentencia 7-17-CN/19, 2019, p. 6).

Quedará por analizar las consecuencias de esta sentencia que resulta una herramienta para la defensa de personas procesadas, en las que su actuar se encuentra en el límite entre posesión, consumo y microtráfico, pues, no sabemos si este razonamiento haga eco en la mayoría de jueces que aún mantiene ese modelo represivo en sus resoluciones judiciales, siendo esta sentencia un mecanismo que efectiviza la prohibición de criminalizar el consumo, criterio acogido en las últimas reformas al COIP.

Por lo tanto, es necesaria una reforma integral en el razonamiento legislativo ecuatoriano, dicha reforma, debe fundamentarse en una diferenciación clara entre consumo y tráfico; posesión y microtráfico es una tarea compleja, pero, ese es el propósito de esgrimir alternativas a la mera punición. Se debe iniciar con una reducción de las penas para el microtráfico, es decir, tráfico de mínima y mediana escala (Paladines, 2016), puesto que, si se pretende cumplir con una rehabilitación

integral, no se puede aspirar a mantener encerradas desproporcionadamente a las personas que, por tener un desliz normativo, quedan señaladas por la sociedad. Así mismo, una reforma integral permite al aparataje punitivo del Estado, tener clara la diferencia entre la posesión y microtráfico, hecho que deberá repercutir en los cuerpos de seguridad y en su tratamiento frente a estos conflictos.

Estos puntos son claves para el éxito de la reforma, la distinción de sustancias y la categorización de consumidores; ambas ideas responden a la lógica de tratar el tema desde la óptica de la salud. Si supiéramos diferenciar los estupefacientes que alteran y dañan en distinta medida a la salud, podríamos enfocarnos en aquellos que mayor riesgo producen; así mismo, si nos tomamos en serio el asunto de la rehabilitación, sabremos que al conocer los tipos de consumidores que existen se pueden generar distintos tratamientos. Estos consumidores pueden ser de uso libre, experimentales, ocasionales, habituales o problemáticos (Paladines, 2020), por lo que sabiendo de qué sustancia son consumidores, se brinda un tratamiento penal distinto. Con la diferenciación de sustancias y tratamientos a los distintos tipos de consumidores, también se pueden crear mecanismos que impidan el ingreso al sistema penitenciario o que suspendan procesos ya iniciados por delitos menores relacionados con las drogas.

Cuando pensamos en alternativas, uno de los países precursores en plantear enfoques distintos es Holanda, quien ha preferido la prevención ante la represión; esto se puede evidenciar en sus políticas y no es correcto, como el imaginario colectivo suele creer, que en los Países Bajos las drogas se encuentran legalizadas. Holanda parte de una distinción al tráfico de sustancias, en su Ley del Opio (*Opiumwet*), vigente desde 1928, se distingue entre drogas duras y drogas blandas (Staten-Generaal Países Bajos, 1928); se considera que las drogas duras causan mayor riesgo a la salud que las drogas blandas y optan por una política de prevención ante estas, es así como se puede normar de manera distinta el tráfico y consumo de estupefacientes, tolerando la tenencia de cannabis para consumo propio, hasta 30 gramos, y no calificándolo como delito sino como falta; además permite a las denominadas *coffeeshops*, cafeterías en donde la venta de cannabis y hachís es permitida, siempre y cuando, se sigan las condiciones estrictas establecidas por el gobierno; como no publicitar su venta, vender un máximo de cinco gramos a cada persona en un día, no servir alcohol, etc. (Gobierno Central de los Países Bajos, 2019).

El resultado de esta política es conseguir que los consumidores no entren en contacto con las drogas duras y sus repercusiones; también, minimizar la demanda de drogas y minimizar los riesgos que implican el consumo. Es así como la política holandesa tiene por objetivo la prevención del consumo de drogas y la reducción de los riesgos que acarrear al consumidor (Ministerio Holandés de Asuntos Exteriores, 2008). Esta propuesta, desde la distinción de las sustancias ilícitas, permite plantear soluciones que eviten que el consumidor sea confundido por un micro traficante e ingrese al sistema penal, evitando criminalizar el consumo, pero, sobre todo, permite que el gobierno se centre en combatir a los medianos y grandes agentes del narcotráfico, problema que enfrenta nuestro sistema penitenciario, el cual, se encuentra sobrecargado, colmado de consumidores y de micro traficantes que deben afrontar penas desproporcionales; esta medida conjuntamente con una reducción en las penas de mínima y mediana escala seguramente produciría resultados positivos.

Otro país que ha propuesto alternativas es Alemania, en el Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch - StGB*), el cual, su última reforma la vio en 1998. En ningún lugar se encuentra al tráfico de sustancias tipificado como delito sino que poseen una ley particular para el efecto, la Ley de Estupefacientes de Alemania (*Betäubungsmittelgesetz - BtMG*); en esta ley se regula tanto las definiciones correspondientes a la materia, los procedimientos de autorización, delitos y faltas, al igual que el sistema de rehabilitación de los delincuentes dependientes.

Ahora bien, la similitud que compartimos con la normativa alemana es la de prohibir la criminalización del consumo y la punición por compra o posesión; prohibición que llega a ser real por los mecanismos que prevé esta ley, ya que en Alemania, la posesión para uso personal que no afecte a terceros es sancionada como falta y no como delito, lo cual, permite que el consumidor no ingrese al sistema penal, cabe detallar es que en esta ley se establece una proporcionalidad idónea de acuerdo al delito o falta que puede ser desde multas, hasta la pena privativa de libertad (Stöver, Michels, Werse, & Pfeiffer-Gerschel, 2019).

La sección 29 de la *BtMG*, establece una pena privativa de libertad de hasta cinco años a quien cultive, fabrique, comercie, comercialice, importe, exporte, venda, compre, entregue, distribuya o adquiera, por cualquier modo, cualquier narcótico (Bundestag, Parlamento Federal de Alemania, 1981); es apreciable que, en el sistema penal alemán, el manejo de las penas es en virtud de un máximo a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico; así mismo, hay que mencionar que en Alemania, pese a que existe la cadena perpetua, la pena máxima por conductas graves es hasta 15 años, lo cual, denota cómo el sistema penal alemán, pese a tener mecanismos severos, trata al tráfico de sustancias ilícitas desde un enfoque distinto, otorgando mecanismos que no criminalicen el consumo o perpetúen en las cárceles a las personas vinculadas al microtráfico. El mayor desarrollo de esta legislación lo podemos verificar en la sección 31 y 31a, en donde se establece la posibilidad de no iniciar el proceso penal por el consumo de sustancias estupefacientes, en determinadas circunstancias, como cuando la conducta en cualquiera de los verbos rectores, se manifiesta, teniendo por objeto pequeñas cantidades para uso exclusivamente personal, además de que la conducta del sujeto activo sea establecida como leve y no exista un interés público para procesarlo (Bundestag, Parlamento Federal de Alemania, 1981).

Este mecanismo se complementa con que casi todos los estados federados, han establecido límites en cuanto a las pequeñas cantidades respecto al cannabis, siendo esta la droga más consumida en Alemania (Stöver, Michels, Werse, & Pfeiffer-Gerschel, 2019). Es así como se evidencia que se pueden formular alternativas tanto jurídicas como políticas enfocadas en la prevención y no la represión.

Ahora bien, uno de los ejes principales en una reforma al tratamiento penal del tráfico y consumo de estupefacientes, indiscutiblemente, debe ser la regulación íntegra y actualizada de la dosis personal mínima, íntegra en cuanto a todo el conjunto de normas que regulen las cantidades, espacios, mecanismos de no criminalización de los usuarios de drogas, tratamientos y demás; esto no quiere decir una legalización de las sustancias, sino plantea una solución para que las personas ya consumidoras pueden optar por mecanismos de rehabilitación, en vez de la mera punición; por esto es tan importante, también, conocer los distintos tipos de consumidores; y, en segundo lugar, actualizada, es decir, que responda a la realidad; creer que 10 gramos de marihuana como dosis personal mínima es una cantidad suficiente para que un consumidor habitual no sea criminalizado, es desconocer la realidad del consumo de estupefacientes en el Ecuador.

Respecto a dicho tópico podemos tomar a nuestro vecino Colombia como ejemplo, el cual, pese a no haber regulado la dosis personal mínima desde el ámbito legislativo, sí lo ha hecho desde el ámbito jurisprudencial, siendo un mecanismo pionero en la región. Mediante su Corte Constitucional, la cual, tiene una larga data de poseer avanzados criterios en materia de derechos, gracias al fallo C-221 del 5 de mayo de 1994, despenalizó el consumo y estableció que una persona no puede ser sujeto de sanción si esta posee o mantiene la dosis mínima para el consumo personal, ya que se estaría vulnerando su derecho al libre desarrollo de la personalidad (Sentencia C-221, 1994); es así como la dosis personal mínima se encuentra plenamente regulada, tanto en resoluciones de la Corte Constitucional como en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, que en su artículo 2 literal j) establece que una persona puede portar o conservar para su consumo hasta 20 gramos de marihuana, 5 gramos de hachís, 1 gramo de cocaína o sus derivados y 2 gramos de metacualona (Congreso de Colombia, 1986).

Recordar que el propósito de regular la dosis personal mínima es diferenciar el consumo, posesión y tráfico, permitiendo que los cuerpos de seguridad se enfoque en los criminales y no en los consumidores, que vuelquen el poder punitivo sobre los grandes agentes del tráfico y otorguen alternativas a los procesados de mínima y mediana escala; esta tarea se dificulta cuando la única referencia a la dosis personal mínima es la resolución 001 de 2013 del CONSEP y cuando la nueva ley pretenden “erradicar el consumo” en vez de prevenirlo.

Conclusiones

El desarrollo de la normativa y tratamiento penal al tráfico y consumo de estupefacientes en el país ha sido insuficiente y contradictorio; esto ha impedido desarrollar políticas públicas propias, coherentes con nuestra realidad, así como proponer alternativas a la mera punición. La idiosincrasia de la colectividad de pensar que toda persona que tiene contacto con drogas es un criminal, es uno de los principales obstáculos por vencer; dicho obstáculo se ve alimentado por los criterios de la clase política y los medios de comunicación que, en vez de abrir el debate, la discusión, prefieren criminalizar y estigmatizar a los consumidores. El problema de las drogas es un problema de salud y nunca más un problema de seguridad, entendido esto, hace falta más discusión y criterios que permitan proponer un nuevo paradigma en cuanto al tratamiento del tráfico y consumo de estupefacientes en el país.

Desde el punto de vista dogmático jurídico-penal, tanto la finalidad de la pena como el estudio del tipo penal específico, permite a los operadores de justicia, contar con herramientas para un ejercicio justo en la defensa de los consumidores y también de procesados vinculados al microtráfico, recordando que la finalidad de la pena en el Ecuador concuerda la teoría de la prevención general positiva, procurando influir en la sociedad a modo de prevención y, luego, de forma individual en los sentenciados, buscando su reinserción a la sociedad; esto es clave al proponer alternativas, ya que si se logra impedir el ingreso de los consumidores al sistema penitenciario, así como formular mecanismos que suspendan el proceso penal en delitos de tráfico de mínima y mediana escala, no solo se estaría dando un paso más adelante en la búsqueda por un tratamiento penal eficaz, sino sería un gran inicio en resolver el problema penitenciario que enfrenta el país en la actualidad.

Las verdaderas alternativas son penas proporcionales al tráfico de mínima y mediana escala, así como en una distinción entre los tipos de sustancias y una diferenciación entre las clases de consumidores; esto da como resultado una clara diferenciación entre consumo, posesión y tráfico, objetivo principal en un tratamiento que priorice la prevención, lo cual, permite desarrollar aquellos mecanismos que suspenden el inicio del proceso penal, así también, la creación de sanciones administrativas, regularización de la dosis personal mínima, métodos y políticas de rehabilitación.

Una de las alternativas más relevantes es la creación de una normativa íntegra y actualizada de la dosis personal mínima, regulación tan esperada por quienes promulgamos el enfoque de la prevención. Dicha normativa acompañada de una diferenciación de tipos de sustancias permite que no todo lo relativo a los estupefacientes sea trastocado por el martillo del Derecho Penal; una regulación selectiva sobre el uso de sustancias permite reducir los riesgos del consumo, permite crear mecanismos de regulación de los lugares de consumo (Paladines, 2020), iniciativa que puede ser propuesta por los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Hay que recordar que al prohibir y criminalizar el consumo, se está negando el derecho a la ciudad a los usuarios de drogas, exponiéndolos a la clandestinidad, insalubridad, estigmatización, violencia y persecución penal.

Sin una reforma integral y con la legislación vigente, se violenta el principio de inocencia de los consumidores y, nuevamente, son los operadores de justicias quienes se encuentran en un papel protagónico en la lucha por la protección de los derechos de las personas procesadas, así como en la creación de herramientas jurisprudenciales que permitan trastocar el asunto del tráfico y consumo, conforme lo establece la Constitución, desde la salud y mediante la prevención. Es por esto por lo que debemos abrir el debate y empezar a formular criterios y alternativas, desde la academia, desde la práctica, desde el campo investigativo; es imperioso buscar estas soluciones que permitan proponer y desarrollar un nuevo paradigma respecto al tratamiento del tráfico y consumo de drogas.

Referencias Bibliográficas

Andrade, P. (1991). Consumo, prevención y tratamiento: El caso ecuatoriano. En A. Bonilla, P. Andrade, X. Andrade, W. Miño, P. Bonilla, A. Paéz, & B. Bagley, *La Economía Política del Narcotráfico: El Caso Ecuatoriano* (págs. 46-62). Quito: FLACSO Ecuador, North South Center University of Miami.

Bonilla, A. (1991). Ecuador: actor internacional en la guerra de las drogas. En A. Bonilla, P. Andrade, X. Andrade, W. Miño, P. Bonilla, A. Paéz, & B. Bagley, *La Economía Política del Narcotráfico, el caso ecuatoriano* (págs. 9-45). Quito: FLACSO Ecuador, North South Center University of Miami.

Bundestag, Parlamento Federal de Alemania. (1981). *Ley de Estupefacientes-Betäubungsmittel-gesetz-BtMG*. Berlín: Gaceta de Leyes Federales 1 p. 358. http://www.gesetze-im-internet.de/btmg_1981/BjNR106810981.html#BjNR106810981BJNG000101308

Bundestag, Parlamento Federal de Alemania. (1998). *Strafgesetzbuch - StGB*. Munich: Fiel Web.

Código Orgánico Integral Penal. (2020). Asamblea Nacional del Ecuador. Quito: Ediciones Legales.

Donna, E. (2008). *Derecho Penal: Parte General: Tomo II: Teoría General del Delito*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Gobierno Central de los Países Bajos. (12 de Agosto de 2019). *Rijksoverheid*. <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/drugs/gedoogbeleid-softdrugs-en-coffeeshops>

Ley 30 de 1986. (1986, 31 de enero). Congreso de Colombia. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/LEY-0030-DE-1986.pdf>

Maurach, R., & Zipf, H. (1994). *Derecho Penal: Parte General: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Buenos Aires: Astrea.

Ministerio Holandés de Asuntos Exteriores. (2008). FAQ Drogas la política holandesa sobre drogas. *Revista Pensamiento Penal*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina45925.pdf>

OEA, O. (2015). *Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con drogas*. Washington: CICAD y Ministerio de Justicia y del Derecho de la República de Colombia.

Paladines, J. (04 de Junio de 2020). *La legalización de la prohibición: El proyecto de ley contra el consumo de drogas en Ecuador*. Obtenido de International Drug Policy Consortium: <https://idpc.net/es/blog/2020/06/la-legalizacion-de-la-prohibicion-el-proyecto-de-ley-contra-el-consumo-de-drogas-en-ecuador>

Paladines, J. (2016). *En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en el Ecuador*. Quito: Estudios Friedrich Ebert Stiftung.

Resolución 001 CONSEP-CO-2013, 001-2013 (CONSEP 21 de Mayo de 2013).

Rivera, F. (2005). Ecuador: los bemoles de la guerra contra las drogas. En C. A. Rosin, A. Isacson, R. Neild, M. Ramirez, K. Stanton, J. Walsh, . . . G. Cordero, *Drogas y Democracia en América Latina: El impacto de la política de Estados Unidos* (págs. 287-323). Buenos Aires: WOLA, Editorial Biblos.

Roxin, C. (2009). *Derecho Penal: Parte General: Tomo I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.

Sentencia 7-17-CN/19, 7-17-CN/19. (2019, 2 de abril). Corte Constitucional del Ecuador. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/da517326-6dc6-4c7a-872f-a8cea789c83e/0007-17-cn-sen.pdf?guest=true>

Sentencia C-221, C-221. (1994, 5 de mayo). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6960#1>

Staten-Generaal Países Bajos. (1928). *Opiumwet*. Apeldoorn, Paleize het Loo.

Stöver, H., Michels, I. I., Werse, B., & Pfeiffer-Gerschel, T. (2019). *La regulación del cannabis en Europa: Informe sobre Alemania*. Transnational Institute (TNI). https://www.tni.org/files/publication-downloads/germany_spanish.pdf

