

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Reflexiones sobre el porte o tenencia en mínima escala
de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en Ecuador**

María José Andrade Valencia

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: María José Andrade Valencia

Código: 00205770

Cédula de identidad: 1721101432

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

REFLEXIONES SOBRE EL PORTE O TENENCIA EN MÍNIMA ESCALA DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS EN ECUADOR¹.

PONDERINGS ON THE CARRYING OR POSSESSION OF NARCOTIC AND PSYCHOTROPIC SUBSTANCES ON A SMALL SCALE IN ECUADOR.

María José Andrade Valencia²
majoandrade26@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo analiza la normativa ecuatoriana respecto del porte o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas con el fin de determinar si se criminaliza o no al (no) consumidor a través de la tabla de cantidades máximas admisibles para el consumo personal, y la tabla que determina la mínima escala en la que una persona pueda encontrarse en posesión o tenencia de una sustancia ilegal.

Mediante un método deductivo, y, a través del análisis de tres casos específicos en los que podría sancionarse al no consumidor o a un consumidor que se excede en las cantidades permitidas para el consumo personal, se concluyó que en Ecuador, el proceso de aprehensión, provoca la vulneración de los derechos a la libre circulación, intimidad y presunción de inocencia, y asimismo, se invierte injustamente la carga de la prueba a pesar de la existencia de sentencias o precedentes judiciales que indican lo contrario.

PALABRAS CLAVE

Derecho Penal, consumo personal, tráfico de drogas, sustancias ilícitas, salud pública.

ABSTRACT

This article analyzes Ecuadorian regulations regarding the carrying or possession of narcotic and psychotropic substances in order to determine whether or not the (non-)consumer is criminalized through the table of maximum admissible quantities for personal consumption, and the table that determines the minimum scale in which a person can be found in carrying or possession of an illegal substance.

Using a deductive method, and through the analysis of three specific cases in which a non-consumer or a consumer who exceeds the quantities allowed for personal consumption could be penalized, it was concluded that in Ecuador, the process of apprehension causes the violation of the rights to free movement, privacy and presumption of innocence, and also, the burden of proof is unfairly reversed despite the existence of judgments or judicial precedents that indicate otherwise.

KEYWORDS

Criminal Law, personal consumption, drug trafficking, illicit substances, public health.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Xavier Andrade Castillo.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 20 de noviembre de 2022

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2022

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE Y MARCO NORMATIVO.- 3. CONCEPTOS.- 4. PROBLEMA DE CONSUMO DE DROGAS .- 5. ANÁLISIS DE CASOS. - 6. ANÁLISIS DEL DELITO DE PORTE O TENENCIA EN MÍNIMA ESCALA DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. - 7.- ANÁLISIS SENTENCIA DEL PROCESO PENAL NO. 23281-2017-01187.- 8. ENTREVISTA A OPERADOR DE JUSTICIA DE ECUADOR.-9.CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Introducción

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), en su artículo 220, aborda la despenalización del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, pues indica que, al tratarse de un consumidor, y al portar la cantidad admisible para uso personal, no se lo procesará como a un delincuente. Esta norma va acorde con lo estipulado en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, pues en ella se integró una norma que busca la no criminalización del consumo de drogas, y a su vez, pretende tratar esta problemática como una cuestión de salud pública. Por consiguiente, se establece como responsabilidad del Estado el ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos³.

Evidentemente, resulta complejo determinar si en realidad la normativa ecuatoriana criminaliza o no el consumo de drogas, ya que a pesar de que sus normas exigen no hacerlo, en la práctica no siempre es así. Esto, dado que a pesar de la existencia de la tabla que determina los máximos admisibles para el porte o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, esta no considera diferentes aspectos, como si se trata o no de un consumidor, el tipo de consumidor, el grado de dependencia o adicción del individuo, etc. Por tanto, resulta claro el hecho de que la tabla asume el consumo inmediato de la sustancia. En consecuencia, el problema jurídico que se muestra en el presente artículo consiste en el análisis de la normativa ecuatoriana respecto al porte o

³ Jorge Vicente Paladines, *Matemáticamente detenidos, geoméricamente condenados: la punitividad de los umbrales y el castigo al microtráfico*, “Las matemáticas de nuestra política de drogas” (Parametría Consultores, 2017), 12-13.

tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas con el fin de determinar la severidad con la que se trata al no consumidor cuando se encuentra en porte o tenencia de sustancias, dentro de las cantidades permitidas o en mínima escala.

La metodología que se utilizará para dar respuesta a este problema será a través del análisis de normas presentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto del porte y tenencia de drogas, lo que incluye la puntualización de conceptos básicos que permitan la totalidad de su comprensión. También se examinarán los factores de riesgo que acarrearán al problema del consumo de drogas y con ello, la tabla que determina la cantidad permitida para consumo personal, y aquella que determina la mínima, mediana, alta y gran escala en la que una persona pueda encontrarse en porte o tenencia de una sustancia ilegal con finalidad de tráfico.

Del mismo modo, se analizarán tres casos específicos que no se tomaron en consideración para elaborar la normativa correspondiente al presente tema, y en los cuales se evidencia que podría existir sanción hacia un no consumidor. El primer caso, se refiere a aquel en el que una persona, ya sea, por curiosidad, presión social u otro factor, toma la decisión de comprar por primera vez alguna de las sustancias sujetas a fiscalización dentro de las cantidades permitidas para consumo personal y es aprehendida. El segundo caso, es el referente a aquella persona que es aprehendida por encontrarse en porte o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas dentro de las cantidades permitidas, tras haber sido rehabilitado en un centro especializado en tratamiento a personas con consumo problemático de drogas. El tercer y último caso es el de los individuos que se encuentran en porte de sustancias ilícitas siendo consumidores primerizos o problemáticos, y excediéndose en las cantidades permitidas para consumo personal. Finalmente, se realizará un análisis de la Sentencia del Proceso Penal No. 23281-2017-01187, en la que se omitirá el nombre del procesado y se lo nombrará con las letras “JL” con el fin de proteger su identidad, así como una entrevista a un juez ecuatoriano, a fin de comprender tanto la aplicación de la normativa en la actualidad, y el impacto de esta sentencia para la resolución de los tres casos presentados.

2. Estado del arte y Marco normativo

Como es de conocimiento público, el Ecuador es considerado un país elemental para el tránsito de sustancias sujetas a fiscalización debido a sus fronteras, especialmente con Colombia, pues es un país que configura como uno de los más reconocidos por

producción y tráfico de drogas. Es por esta razón, que el narcotráfico en el país ha sido un problema de seguridad nacional y de salud pública desde hace décadas y, por tanto, ha sido necesario implementar normas que regulen y controlen este fenómeno.

La normativa en materia de drogas se remonta a la Ley de control del Opio de 1916, la cual constituía básicamente un enjuiciamiento moral hacia el consumo.

Más tarde, se implementó la Ley sobre importación, venta y uso del opio y sus derivados y de los preparados de la morfina y de la cocaína en 1924, y en 1958 la Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes. Esta última se caracterizaba por introducir el término “tráfico”. Ante esto, en 1970, se crea la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes, en la cual se castigaba al tráfico de drogas con una pena privativa de libertad que iba de 8 hasta 12 años⁴. Esta misma ley daba especial atención al aspecto de salud pública, pues se ordenaba que a quien fuera hallado bajo la influencia de sustancias ilícitas debía ser trasladado a un hospital, y en el caso de que se confirmará que el individuo fuera dependiente, este sería obligado a concluir un programa de rehabilitación⁵.

En 1987 se aprobó la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, en la cual la pena se incrementó de manera desproporcional, llegando a imponer de 12 a 16 años de prisión por delitos de drogas. Más adelante, en el año 1991, se promulgó la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de Ecuador o más conocida como “Ley 108”. En esta se cambia totalmente el enfoque de esta materia, pues se pasa de tratarlo como un tema de salud pública a uno meramente jurídico. Además, se añade el hecho de que la ley no aplicaba a quienes hubieren sido capturados en posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas destinadas para consumo personal, y así, se da pie a que tanto el Código Orgánico Integral Penal, como la Constitución, busquen la no criminalización del consumo de drogas.

Para Sandra G. Edwards, la Ley 108 es vista como una clara muestra de la criminalización del consumo de drogas, pues el consumo y la dependencia se encontraban en la misma categoría que la producción o tráfico de estas sustancias. Por ejemplo, si

⁴ Jorge Vicente Paladines, *En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador*, “Orígenes de una política y legislación dependiente” (Parametría Consultores, 2016), 8-10.

⁵ Sandra G. Edwards, *Sistemas sobrecargados - Leyes de drogas y cárceles en América Latina*, “La legislación de drogas de Ecuador y su impacto sobre la población penal en el país” (Pien Metaal, 2010), 51.

alguien era encontrado con una cantidad pequeña de droga, podía cumplir una sentencia mínima de 12 años, igual a la de alguien acusado de traficar grandes cantidades⁶.

Finalmente, en 2015, entró en vigor la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización. Esta ley, que sigue vigente hasta la actualidad, como su nombre lo indica, tiene como objetivo prevenir el fenómeno de las drogas, así como también la regulación y el control de sustancias sujetas a fiscalización. Esto a través de normas que protegen la salud pública y la salud del individuo adicto⁷.

Con el objetivo de no criminalizar el consumo, en 2013 se implementó la tabla de cantidades máximas admisibles para el consumo personal con la Resolución 001-CONSEP-CD-2013. De esta forma, se buscaba que un consumidor no fuera confundido con un traficante y recibiera tratamiento en vez de ser sancionado⁸. Para Jorge Vicente Paladines, esta resolución jamás logró su cometido completamente, pues considera que “el fijar cantidades máximas admisibles para el consumo, constituyen medidas técnico-políticas que no gozan necesariamente de un respaldo científico total” pues no existe un estándar mundial que nos permita justificar la cantidad de sustancia que una persona pueda tener o poseer para su consumo personal⁹.

En 2015, se emitió la Resolución 001-CONSEP-CD-2015, en la cual existe una tabla que determina la mínima, mediana, alta y gran escala en la que una persona pueda encontrarse en posesión o tenencia de una sustancia ilegal, de modo que se le aplique la sanción correspondiente a dicha escala.¹⁰ Esta resolución no toma en consideración los tipos de consumidores, las necesidades del adicto (las cuales varían según su grado de dependencia o adicción), así como tampoco se consideran sus condiciones biofisiológicas, de modo que la tabla asume el consumo inmediato de la sustancia¹¹.

Téllez y Bedoya hablan de la dosis personal de drogas, y de cómo, si bien se permite portar una cantidad mínima para consumo personal, no se brindan mecanismos legales para poder obtenerla, por lo que indirectamente se impulsa al narcotráfico

⁶ Sandra G. Edwards, “La legislación de drogas de Ecuador y su impacto sobre la población penal en el país”, 51-53.

⁷ Artículo 1, Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización. R.O. Suplemento 615 de 26 de octubre de 2015.

⁸ Kristie Lorena Morales Crespo, "El incumplimiento del artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador: criminalización al consumo de drogas" (tesis doctoral, Universidad del Azuay, 2019), 5.

⁹ Jorge Vicente Paladines, “La reforma al paradigma represivo”, 28.

¹⁰ Kristie Lorena Morales Crespo, "El incumplimiento del artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador: criminalización al consumo de drogas" (tesis doctoral, Universidad del Azuay, 2019),5.

¹¹ Jorge Vicente Paladines, “La policialización de la Ley 108”, 23.

haciendo que el proceso de adquirir y, por consiguiente, portar las sustancias, resulte sumamente peligroso¹². En esta misma línea, MacCoun y Reuters sostienen que el hecho de que ciertas sustancias sean consideradas ilícitas genera un efecto criminógeno, pues se penaliza al consumidor más que al micro traficante, quien obtiene condiciones ideales para inflar los costos de las sustancias e incluso no ser penalizado al portar lo permitido por la ley¹³.

Evidentemente, todo cambio en la política de drogas en el Ecuador genera un impacto en el encarcelamiento y, por lo tanto, la tabla que determina la cantidad permitida para consumo personal está dirigida a disminuir la pena privativa de libertad, pues busca alejar a la justicia penal como respuesta inmediata. Del mismo modo, esta tabla busca velar por el cumplimiento de la garantía establecida en la Constitución en su artículo 364, el cual enuncia que las adicciones no son un delito, sino que son un problema de salud pública y que, por tanto, es responsabilidad del Estado ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos¹⁴.

A decir de Diego Camaño, si se analiza la penalización en relación con el porte o tenencia, está en duda que sea un problema de salud pública, pues parece ser que la posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas no pone en riesgo ni lesiona la salud pública, dado que el objeto (las sustancias ilícitas) no es peligroso por sí mismo y, por tanto, no debería considerarse delito de peligro¹⁵. Según Zaffaroni “el grupo de delitos de tenencia se caracteriza porque la voluntad de la acción asume una modalidad particular, que no se exterioriza en forma completa”¹⁶, por lo que se entiende que debería probarse esta intención de traficar y no simplemente penalizar el porte o tenencia. De esta forma, resulta lógico que sea el juez quien debe apreciar caso por caso si la cantidad que posee un individuo es razonable respecto de su grado de dependencia, o incluso, verificar si se trata o no de un consumidor, y de serlo de qué tipo de consumidor se trata. Ante esto, para efectos del presente artículo, es pertinente comprender qué se entiende por consumidor en la normativa ecuatoriana, por lo que debemos acudir a la Ley Orgánica

¹² Juan Camilo Bedoya Chavarriaga y Jairo Alfonso Téllez Mosquera, *Persona y Bioética*, “Dosis personal de Drogas: inconsistencias técnico-científicas en la legislación y la jurisprudencia colombiana.” (Sistema de Información Científica Redalyc, 2015), 99-116.

¹³ Robert MacCoun y Peter Reuter, *British Journal of Psychiatry*, “Evaluating Alternative Cannabis Regimes” (Kamaldeep Bhui, 2018), 123–128.

¹⁴ Jorge Vicente Paladines, “Las matemáticas de nuestra política de drogas”, 12-13.

¹⁵ Diego Camaño Viera, *Revista de derecho penal*, “Legislación anti-drogas: ¿Una amenaza para el Estado de Derecho?” (Fundación de Cultura Universitaria, 2004), 79-96.

¹⁶ Raul Zaffaroni, *Derecho penal: Parte General*, “Ausencia de dolo: error de tipo” (Ediar S.A. Editora, 2002), 544.

De Defensa Del Consumidor en su artículo 2, pues en este se enuncian definiciones pertinentes para comprender las normas que regulan las relaciones entre proveedores y consumidores¹⁷.

El COIP también deberá ser revisado, pues en su artículo 220 se encuentra tipificada la infracción penal objeto de estudio, que es el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización¹⁸ y, por otra parte, su artículo 228 nos indica que la ley regulará las cantidades admisibles para uso o consumo personal¹⁹.

En los considerandos de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, se encuentran determinados los tipos de consumidores²⁰. Esta clasificación también se muestra en el artículo 364 de la Constitución, y se enuncian los mismos consumidores, es decir, los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos²¹. Esta clasificación resulta de nuestro interés, ya que serán estos quienes no resulten penalizados de encontrarse en porte o tenencia de una sustancia ilícita dentro de la escala permitida. Sin embargo, en la normativa ecuatoriana no se explican los conceptos de esta clasificación, y por ello debemos remitirnos al Estudio Epidemiológico Andino sobre Consumo de Drogas en la Población Universitaria, en el cual participó el Ecuador en el 2012²².

Del mismo modo, es necesario conocer una clasificación de consumidores más amplia, pues así podremos comprender de mejor manera los casos planteados en el presente artículo. Esta clasificación se encuentra en el artículo Problemática de las Drogas. Orientaciones Generales: Prevención del Uso Indebido de Drogas el cual fue realizado por el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, la Delegación de la Unión Europea en Bolivia y la oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito²³.

De igual modo, se debe analizar la ya mencionada Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, puesto que en su artículo 6 se

¹⁷ Artículo 2, Ley Orgánica De Defensa Del Consumidor. R.O. Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁸ Artículo 220, Código Orgánico Integral Penal. R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁹ Artículo 228, COIP.

²⁰ Considerandos, Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización.

²¹ Artículo 364, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

²² Secretaría General de la CAN, *Estudio Epidemiológico Andino sobre Consumo de Drogas en la Población Universitaria*, "Terminología de uso frecuente" (Biblioteca Nacional del Perú, 2013).

²³ Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, la Delegación de la Unión Europea en Bolivia y la oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Problemática de las Drogas. Orientaciones Generales: Prevención del Uso Indebido de Drogas*, "Glosario" (Editorial Quatro Hnos, 2015).

identifican cuáles son las sustancias sujetas a fiscalización, y en su anexo, se muestran las listas de sustancias estupefacientes y psicotrópicas basado en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971²⁴.

Finalmente, se realizará el análisis de la Sentencia del Proceso Penal No. 23281-2017-01187 por el delito de Tráfico Ilícito de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización. Esto con la finalidad de analizar los problemas jurídicos que se presentan en el caso, especialmente los relacionados con aquellos consumidores que, por su condición de adictos, se encuentren en porte o tenencia de cantidades mayores a las permitidas para satisfacer su adicción²⁵. Asimismo, esta sentencia resulta relevante pues es la primera en la que se ratifica el estado de inocencia del procesado basándose en la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 7-17-CN/2019.

3. Conceptos

3.1. Consumidor y tipos de consumidores

Para el estudio de la normativa ecuatoriana respecto del porte o tenencia en mínima escala de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es preciso conocer varios conceptos. En este sentido, en primera instancia se encuentra el de consumidor. Al buscar este concepto, encontramos que, en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en su artículo 2, se define a un consumidor como, “ Toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello”²⁶. Es evidente que este concepto no se relaciona a lo referente a consumo de drogas, y, por tanto, se concluye que no se encuentra ninguna definición útil para este fin en la normativa ecuatoriana.

Por otra parte, al analizar la Constitución, es posible hallar que en el artículo 364 se habla de consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. Aun así, no se sabe exactamente a qué se refiere esta clasificación, y para ello resulta pertinente acudir al Estudio Epidemiológico Andino sobre Consumo de Drogas en la Población Universitaria, en el cual participó el Ecuador en el 2012.

²⁴ Artículo 6, Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización.

²⁵ Galo Benjamín Altamirano Núñez, "Aplicabilidad de la Sentencia NO.7-17-cn/19 de la Corte Constitucional del Ecuador dentro del tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización" (tesis doctoral, Universidad Nacional de Chimborazo, 2019), 20-31.

²⁶ Artículo 2, Ley Orgánica De Defensa Del Consumidor. R.O. Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

En este estudio, se indica que será considerado consumidor ocasional, aquel individuo que mantenga un uso intermitente de sustancias sujetas a fiscalización. Es decir, que no hay ninguna periodicidad fija en su consumo, y, además, hay largos intervalos de abstinencia. Se entiende que estos consumos se realizan de forma grupal y generalmente la persona no compra la sustancia. Por consumidor habitual, este estudio se refiere a aquel individuo que mantiene un uso frecuente de la sustancia. Este tipo de consumidor podrá caer en dependencia o adicción dependiendo del tipo de sustancia y otros factores, como su entorno y la frecuencia en el consumo. Estos consumos se realizan de forma individual o grupal y habitualmente es la persona quien compra la sustancia. Finalmente, los consumidores problemáticos son aquellos quienes mantienen un uso recurrente de sustancias sujetas a fiscalización, y como consecuencia, se producen efectos perjudiciales para sí mismo o para su entorno²⁷.

Es importante mencionar que esta clasificación realizada por el legislador ecuatoriano no abarca todos los tipos de consumidores y, por tanto, a fin de tener una mejor comprensión del presente artículo, resulta adecuado conocer otra clasificación más amplia.

Esta clasificación se encuentra en el artículo Problemática de las Drogas. Orientaciones Generales: Prevención del Uso Indebido de Drogas, el cual fue realizado por el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, la Delegación de la Unión Europea en Bolivia y la oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. En este, se menciona al consumidor experimental, el cual se entiende como aquel individuo quien por curiosidad decide probar cierta sustancia, pero es capaz de decidir si continuar con su consumo o interrumpirlo en cualquier momento. Asimismo, se habla del consumidor recreativo, quien consume sustancias sujetas a fiscalización en momentos de diversión o con el fin de buscar placer. El consumidor terapéutico, a su vez, es aquel individuo que utiliza sustancias de forma recetada, ya sea para lograr su rehabilitación, o tratar alguna dolencia. En esta clasificación también se menciona al consumidor ocasional y al sistemático, siendo este último sinónimo del consumidor problemático mencionado en la normativa ecuatoriana²⁸.

²⁷ Secretaría General de la CAN, "Terminología de uso frecuente", 75-76.

²⁸ Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, la Delegación de la Unión Europea en Bolivia y la oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Glosario", 90-91.

3.2. Drogas

El término droga es de uso generalizado, pues se lo emplea tanto en la vida diaria como en convenciones de las Naciones Unidas. En el ámbito de la medicina, droga se refiere a “cualquier sustancia con capacidad para prevenir o curar enfermedades o mejorar el bienestar físico o mental”. En farmacología, este término se utiliza para hacer referencia a “cualquier agente químico que altera los procesos fisiológicos bioquímicos de tejidos u organismos”. Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), una droga es toda sustancia “de origen natural o sintético que al ser consumidas alterarán la fisiología del organismo y el comportamiento de quien (las consume)...”. Evidentemente, existe una gran variedad de definiciones para el término droga, y la mayoría son lo bastante amplias pues se refieren tanto a sustancias legales (con prescripción médica) como a las ilegales²⁹.

Para tener una idea más clara, nos remitimos a una guía del Ecuador emitida el 2007 para la implementación de estrategias de prevención (del consumo de drogas) a través de municipios. En esta, en su capítulo segundo, se encuentra una clasificación de las drogas según los efectos que producen en el Sistema Nervioso Central (SNC). Entre estas, se encuentran las depresoras, que son aquellas sustancias que disminuyen la actividad del SNC y bajan el estado de ánimo. También están las drogas estimulantes, que son aquellas que aumentan los niveles de actividad del SNC de forma que se acelera el funcionamiento del organismo. Del mismo modo, encontramos los alucinógenos, que son sustancias químicas o sintéticas cuyos efectos se evidencian en cambios en el estado de ánimo, y se altera la percepción de imágenes, sonidos o sensaciones táctiles, por lo que resulta difícil distinguir la realidad de la fantasía. Finalmente se encuentran los inhalantes, que son aquellas sustancias que igualmente afectan al SNC, además de que provocan desorientación y podrían causar la muerte por asfixia o paro cardíaco³⁰.

Es importante tomar en cuenta otra clasificación de drogas, la cual se encuentra en el ya mencionado artículo Problemática de las Drogas. Orientaciones Generales: Prevención del Uso Indebido de Drogas el cual fue realizado por el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, la Delegación de la Unión Europea en Bolivia y la oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. En esta se dividen según su situación legal. En consecuencia, se encuentran las drogas legales o lícitas, que son aquellas cuya

²⁹ Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, la Delegación de la Unión Europea en Bolivia y la oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, " Características generales de la problemática de las drogas", 27-28.

³⁰ AEI, *Guía del Ecuador*, "Clasificación de las drogas y sus efectos ",19-25.

fabricación, distribución y expendio es permitido por la ley; Por ejemplo, el tabaco , el alcohol y los medicamentos. Por otra parte, las drogas ilegales o ilícitas son aquellas cuyo “cultivo, producción, fabricación, distribución, comercialización, tráfico y posesión son fiscalizadas internacionalmente”. Por ejemplo, la marihuana, cocaína o heroína³¹.

Como ya se mencionó anteriormente, la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, en su artículo 6 enuncia la clasificación de drogas y sustancias sujetas a fiscalización. Acorde con este artículo, serán consideradas drogas:

1. Todas las bebidas con contenido alcohólico;
2. Cigarrillos y otros productos derivados del tabaco;
3. Sustancias estupefacientes, psicotrópicas y medicamentos que las contengan;
4. Las de origen sintético; y,
5. Sustancias de uso industrial y diverso como: pegantes, colas y otros usados a modo de inhalantes³².

Para comprender mejor este artículo resulta pertinente determinar el concepto de las llamadas sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Esta conceptualización no se encuentra especificada en la normativa ecuatoriana y, por tanto, debemos remitirnos a lo establecido por la Organización Panamericana de la Salud y la OMS. Por sustancia estupefaciente, se entiende a aquella relacionada con el tratamiento y control del dolor, pues en dosis exactas, bajo prescripción médica, puede tratar ciertas patologías. Aun así, de haber abuso en su consumo, puede producir dependencia³³. En Ecuador, se consideran sustancias estupefacientes, a aquellas enumeradas en las listas del anexo de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización. Por otra parte, en esta misma ley, en su anexo, se encuentra una lista de las que se consideran como sustancias psicotrópicas. Por este término se entiende que corresponde a aquella “sustancia química que ejerce sus efectos principales o importantes en el sistema nervioso central”, es decir que afecta a los

³¹ Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, la Delegación de la Unión Europea en Bolivia y la oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, " Características generales de la problemática de las drogas", 34-35.

³² Artículo 6, Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización.

³³ Coto, Malena, Andrea Rey, and María Laura Vicente. “Sustancias Sujetas a Control Especial | Dels - Argentina.gob.ar.” DELS. Organización Panamericana de la Salud , Organización Mundial de la Salud, 2017. <https://salud.gob.ar/dels/entradas/sustancias-sujetas-control-especial>.

procesos mentales del individuo que las consume. Los psicotrópicos pueden ser de tipo estimulantes, sedantes, alucinógenos, entre otros³⁴.

En 2015, en la Resolución 001-CONSEP-CD-2015 se elaboraron dos tablas con las cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas que permiten sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala. Estas son las siguientes.

Tabla No. 1 Sustancias estupefacientes

| SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES | | | | | | | | |
|-----------------------------------|---------|--------|-----------------------|--------|------------------------|--------|-----------|--------|
| Escala (gramos) | Heroína | | Pasta base de cocaína | | Clorhidrato de cocaína | | Marihuana | |
| Peso neto | 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 | |

Fuente: Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas³⁵.

³⁴ Coto, Malena, Andrea Rey, y María Laura Vicente, “Sustancias Sujetas a Control Especial”, DELS, 2017, <https://salud.gob.ar/dels/entradas/sustancias-sujetas-control-especial>.

³⁵ Artículo 1, Resolución 001-CONSEP-CD-2015, Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Registro Oficial 586 de 14 de septiembre de 2015.

Tabla No. 2 Sustancias psicotrópicas

| SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS | | | | | | |
|---------------------------------|-------------|--------|--------------------------------|--------|-------------------|--------|
| Escala (gramos) Peso neto | 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: Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas³⁶.

Estas tablas son relevantes para el presente texto pues nos permiten conocer cuales son las cantidades por las que una persona debe ser sancionada y cual es la pena que se impone para cada caso acorde con el COIP.

4. Problema de consumo de drogas

En el presente artículo los términos adicción y drogodependencia se utilizarán como sinónimos, pues generalmente al referirse a drogas así se lo hace³⁷.

La drogodependencia, se genera por el consumo excesivo y frecuente de drogas, que, a su vez, produce consecuencias nocivas para el cerebro, pues modifica su estructura y funcionamiento³⁸. Por lo tanto, existe un cambio en el estilo de vida, tanto físico como psicológico, del consumidor³⁹.

³⁶ Artículo 1, Resolución 001-CONSEP-CD-2015.

³⁷ Sabrina Bequir, "Adicción vs Dependencia", Instituto Castela, 2020, <https://www.institutocastelao.com/adiccion-vs-dependencia/>.

³⁸ Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, la Delegación de la Unión Europea en Bolivia y la oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Glosario", 29.

³⁹ "Drogodependencia", Top Doctors INC Sucursal en España, acceso el 20 de octubre de 2022, <https://www.topdoctors.es/diccionario-medico/drogodependencia>.

Según la OMS la drogodependencia se define como:

El estado de intoxicación periódica o crónica producida por el consumo repetido de una droga natural o sintética y caracterizado por: i) el deseo dominante para continuar consumiendo la droga y obtenerla por cualquier medio; ii) la tendencia a incrementar la dosis de la droga; iii) la dependencia física y generalmente psíquica,...; y, iv) la presencia de efectos nocivos para el individuo (consumidor) y para la sociedad⁴⁰.

La drogodependencia se encuentra ligada con varios factores de riesgo. En este contexto, se entiende que estos corresponden a aquellas situaciones que “facilitan o incrementan las probabilidades del uso indebido de drogas”. Por lo que, mientras haya mayor cantidad de factores de riesgo, mayor será la probabilidad de consumo de drogas, y, por consiguiente, mayor probabilidad de adicción.

Como primer factor de riesgo encontramos a la sustancia o droga. Esto pues al haber mayor disponibilidad y facilidad de acceso, mayor será la probabilidad de consumo⁴¹.

La principal droga consumida a nivel nacional es el alcohol pues es la droga lícita más barata y de fácil acceso. Además, es comúnmente ingerida en eventos sociales, por lo que culturalmente el estado de embriaguez se ha normalizado en su mayoría.

El tabaco es considerado como la segunda droga más utilizada en el Ecuador, ya que al igual que el alcohol es barato, accesible, y debido a sus altas concentraciones de nicotina resulta sumamente adictivo. Finalmente, el Cannabis o Marihuana es la tercera droga en esta lista, pues 1 de cada 3 adolescentes la prueba, en su gran mayoría, para experimentar los efectos que produce en el organismo. Su principal componente es el THC (delta-9-tetrahidrocannabinol), y es el responsable de generar dependencia y necesidad de consumo⁴². Este consumo se facilita debido a que, a pesar de ser una droga ilegal en el país, es fácil de conseguir y además su costo varía según la calidad de esta.

El segundo factor de riesgo es el individuo. Dentro de esta categoría se considera, la edad, la personalidad, los valores y los recursos económicos disponibles. Todo esto hace que una persona sea más vulnerable y susceptible para el consumo de drogas⁴³.

⁴⁰ Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, la Delegación de la Unión Europea en Bolivia y la oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Glosario", 28.

⁴¹ Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, la Delegación de la Unión Europea en Bolivia y la oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Glosario", 43.

⁴² Damián Sarmiento y Marisol Tenesaca, "Prevalencia y factores de riesgo asociados al consumo de alcohol, tabaco y sustancias psicoactivas en los jóvenes estudiantes de la carrera de enfermería de la Universidad de Cuenca 2021" (tesis doctoral, Universidad de Cuenca, 2021), 26-28.

⁴³ Kristie Lorena Morales Crespo, "El incumplimiento del artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador: criminalización al consumo de drogas" (tesis doctoral, Universidad del Azuay, 2019), 9.

El siguiente factor constituye el contexto. Esto hace referencia al entorno en el que se desenvuelve la persona. Por ejemplo, su escuela, familia y comunidad.

El ámbito familiar es otro factor que incrementa las posibilidades de uso indebido de drogas. Esto debido a que en muchas ocasiones existe violencia intrafamiliar, abandono, rechazo o simplemente falta de comunicación entre padres e hijos. Asimismo, en muchas ocasiones existe consumo de drogas por parte de padres o familiares, lo que evidentemente genera tolerancia en el consumo. Otros factores de riesgo más específicos son los grupos de amigos y el ámbito escolar⁴⁴.

5. Análisis de casos

Considerando todos los factores de riesgo, se comprende que existen varias circunstancias que hacen que una persona sea más susceptible de padecer drogodependencia y, por tanto, a esta persona se le permitirá portar una cantidad limitada de droga para su consumo personal, tal y como lo estableció la Resolución 001-CONSEP-CO-2013. Aun así, no se toman en cuenta ciertos casos en los que una persona puede ser penalizada por portar o tener sustancias estupefacientes y psicotrópicas dentro de las cantidades permitidas o en mínima escala.

El primer caso a considerar es aquel en el que una persona, ya sea por curiosidad, presión social u otro factor, toma la decisión de comprar alguna de las sustancias sujetas a fiscalización dentro de las cantidades permitidas en las tablas de cantidades admisibles para consumo personal. Esto evidentemente con la intención de probar por primera vez los efectos de dicha droga. En este caso, al momento de ser aprehendido por la policía, el individuo será trasladado a la unidad de flagrancia más cercana y se le realizará un análisis toxicológico de orina, en el cual se determinará la presencia, o ausencia, de drogas⁴⁵.

Es importante analizar diferentes factores en este supuesto. Primero, al aprehender a una persona por delito de tráfico de drogas en flagrancia deben cumplirse ciertos requisitos que se establecen en el artículo 527 del COIP. En este artículo, se menciona como uno de los requisitos, que debe tratarse de una persona que haya cometido un delito en presencia de una o más personas, o que se le haya descubierto inmediatamente después de su supuesta comisión⁴⁶. Este tema es complejo, pues quien

⁴⁴ Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia, la Delegación de la Unión Europea en Bolivia y la oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Glosario", 44-45.

⁴⁵ Leopoldo Izquieta, "Análisis toxicológico de drogas a pacientes con orden de análisis particular", Gob.ec, 2022, <https://www.gob.ec/inspi/tramites/analisis-toxicologico-drogas-pacientes-orden-analisis-particular>.

⁴⁶ Artículo 527, COIP.

realmente ejecuta el delito de tráfico de sustancias es quien vende la sustancia y recibe dinero a cambio, más no quien adquiere la sustancia para su consumo dentro de las cantidades permitidas. Esto dado que, además de ser permitido por ley, no existen razones fundamentadas que permitan realizar un registro corporal de la persona para medios investigativos, y, en la mayoría de los casos, los agentes se basan únicamente en una actitud sospechosa por parte del portador de la sustancia. En estos casos igualmente se deben seguir los lineamientos establecidos en el artículo 478 del COIP para registros, pero evidentemente, esto no siempre ocurre y muchas veces los agentes policiales realizan los registros de forma forzada sin contar con la autorización de la persona. De esta forma, se transgreden varios derechos constitucionales, como el de la libre circulación, el derecho a la intimidad y el de presunción de inocencia. Como vimos, este último se violenta desde el inicio de la investigación⁴⁷.

Un segundo caso por considerar es el de una persona que es aprehendida por encontrarse en porte o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas dentro de las cantidades permitidas tras haber sido rehabilitado en un centro especializado en tratamiento a personas con consumo problemático de drogas. Esta situación es sumamente común, pues el hecho de sufrir una recaída o, en otras palabras, volver a consumir una droga después de haber intentado dejarla, es una parte considerada normal en el proceso de recuperación del adicto. De hecho, entre el 40 y el 60% de personas con drogodependencia, recaen⁴⁸.

En los dos casos recién presentados, al realizarle un examen toxicológico a la persona no se encontrará ningún tipo de sustancia en su cuerpo y, por tanto, no puede ser considerado consumidor, por lo que consecuentemente podría iniciarse un proceso penal en su contra.

Un tercer y último caso, es el de aquellas personas que se encuentran en porte o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas siendo consumidores primerizos u ocasionales y excediéndose en las cantidades permitidas para consumo personal. Este es un caso que se analiza en dos partes. Primero respecto de quien es consumidor primerizo,

⁴⁷ Diana Moya, "La actividad del Fiscal en la obtención de los presupuestos necesarios para demostrar la materialidad de la infracción y la responsabilidad, en el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas" (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, 2021), 46.

⁴⁸ "Las drogas, el cerebro y la conducta: la ciencia de la adicción: Tratamiento y recuperación", NIDA, 2020, <https://nida.nih.gov/es/publicaciones/las-drogas-el-cerebro-y-la-conducta-la-ciencia-de-la-adiccion/tratamiento-y-recuperacion>.

pues en ese caso no podrá probar que es consumidor y, por tanto, se le tratará como traficante en mínima escala.

Si se trata de un consumidor ocasional, este sí podrá probar que la droga es destinada para su consumo, pero a su vez le resultará complejo justificar la cantidad, pues excede lo permitido. Este caso es muy debatible pues implica el análisis de la tabla de cantidades máximas admisibles para el consumo.

Como ya se mencionó anteriormente, no existe una regla general respecto del consumo y, por tanto, cada persona consumirá diferentes cantidades para saciar su adicción y, del mismo modo, se abastecerá según varíen sus necesidades o posibilidades económicas. Puede ocurrir así, que un consumidor decida comprar una mayor cantidad para abastecerse por más tiempo o simplemente para consumir una dosis mayor, lo cual no implica que no sea para su consumo.

Asimismo, hay que considerar que en estos casos le corresponde al fiscal probar la intención de traficar, mas no al consumidor probar su adicción. En cambio, el juez deberá ser totalmente imparcial, de modo que pueda resolver conforme a Derecho mientras toma en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo. El juez deberá analizar si se trata de un consumidor o no, si se trata de un adicto, y cuál fue la cantidad con la que se le encontró en situación de porte o tenencia. Esto lo puede realizar a través del parte policial de aprehensión, la versión libre y voluntaria del policía aprehensor y del procesado, un informe pericial químico, un examen psicosomático y psicológico del procesado, etc.⁴⁹ Aun así, ninguno de estos elementos logra demostrar la finalidad de la sustancia.

6. Análisis del delito de porte o tenencia en mínima escala de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

El artículo 220 del COIP tipifica el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización⁵⁰.

Es pertinente aclarar el concepto de delito para posteriormente realizar un análisis de sus elementos.

⁴⁹ Diana Moya, "La actividad del Fiscal en la obtención de los presupuestos necesarios para demostrar la materialidad de la infracción y la responsabilidad, en el delito de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas " (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, 2021), 102.

⁵⁰ Artículo 220, COIP.

Si bien existen varias teorías del delito, para efectos del presente artículo se tomará en cuenta lo establecido por el artículo 18 del COIP, el cual indica que existen cuatro elementos constitutivos de una infracción penal⁵¹.

Así también lo establece Ernesto Albán, quien confirma que se tratará de un delito cada vez que sea un acto típico, antijurídico y culpable.

Como primer elemento está el acto. En el caso del tráfico ilícito de sustancias, sí se evidencia un acto, pues se trata de una conducta penalmente relevante llevada a cabo por una persona, y, como consecuencia de esta, se modifica el mundo exterior. En este caso, lo lesiona.

El segundo elemento es que el acto sea típico. Es decir, que se requiere que la conducta sea descrita en una ley penal previa⁵².

En lo referente a tipicidad objetiva, en el artículo 220 del COIP se describe una conducta llevada a cabo por un individuo indeterminado como sujeto activo, pues cualquier persona puede cometer este delito, o, dominar el curso causal para su comisión. Como sujeto pasivo se entiende a la sociedad en general, debido a que el curso causal recae sobre ella, es decir que al haber tráfico de drogas es la sociedad quien se ve afectada. Asimismo, en este delito existe multiplicidad de verbos rectores, pero el que nos interesa en este artículo es el de la posesión o tenencia en mínima escala de sustancias estupefacientes y psicotrópicas con el propósito de comercializarlas o colocarlas en el mercado. Evidentemente, esto tomando en cuenta que se trata de un caso en el que el portador o tenedor de la droga en mínima escala es un drogodependiente o una persona no consumidora, como ya se explicó en los casos anteriores.

Ahora bien, otro elemento a analizar es el bien jurídico protegido, que en este caso corresponde a la salud pública, y aquí es donde se debe examinar si el portar o tener droga representa un riesgo para la salud pública. Por una parte, se considera que el objeto (las sustancias ilícitas) no es peligroso por sí mismo e incluso se permite el porte o tenencia dentro de las cantidades establecidas en la Resolución 001-CONSEP-CD-2013. Del mismo modo, estos verbos rectores no demuestran el ánimo de traficar y, por tanto, no debería ser penado pues al tratarse de cantidades tan bajas, podría tratarse de un consumidor o, en el peor de los casos, un adicto. Por consiguiente, el porte o tenencia no lesiona ni amenaza a la salud pública.

⁵¹ Artículo 18, COIP.

⁵² Ernesto Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano*, "Estructura jurídica del delito" (Ediciones Legales EDLE, 2015), 74 -75.

La tipicidad subjetiva se refiere al dolo. El dolo es el designio de causar un daño. En este sentido el simple porte o tenencia de drogas en mínima escala, o incluso dentro de las cantidades admisibles, no representa una acción dolosa pues no existe el ánimo de traficar. Con traficar se entiende a la traslación de dominio o posesión de la sustancia estupefaciente o psicotrópica a una tercera persona, ya sea a título oneroso o gratuito. Por lo tanto, al no involucrar a un tercero, no existe acción dolosa.

En lo atinente a la culpabilidad tampoco se trata de una acción culposa pues existe inimputabilidad en el caso del drogodependiente. Esto dado que, al considerarse una enfermedad, la adicción a las drogas afecta la capacidad volitiva y cognitiva de la persona y, por tanto, no comprende la ilicitud de portar una cantidad mayor a la permitida, sino que más bien se guía por su deseo de satisfacer su adicción. Por lo mismo deberá analizarse cada caso concreto para determinar el grado de inimputabilidad⁵³.

Respecto de la antijuridicidad, la acción de portar o tener sustancias sujetas a fiscalización abre un debate, pues si bien le es permitido por el ordenamiento a un consumidor portar ciertas cantidades pues no daña o pone en peligro a la salud pública, si se trata de una persona adicta que se encuentra en tenencia de drogas en mínima escala, esto no es permitido. En este caso, se debe tratar a la persona como alguien que pone en riesgo su propia salud y por consiguiente se le debe proporcionar tratamiento y rehabilitación gratuita⁵⁴. Por lo tanto, es dable concluir que se debe analizar caso por caso.

Al hablar de este tipo penal, cabe mencionar que existen delitos de lesión y otros de peligro. Por una parte, los delitos de lesión se refieren a aquellos en el que el tipo objetivo exige la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico para su consumación. Por otra parte, los delitos de peligro son aquellos en los que objetivamente se requiere de una posibilidad o amenaza de lesión al bien jurídico protegido⁵⁵. En el caso del delito del artículo 220 parece ser que se está hablando de un delito de lesión pues el tráfico se perfecciona con una transacción. Aun así, un tema a destacar es que en el caso de que ocurra el verbo rector de porte o tenencia podría decirse que es un caso de delito de peligro, pues la sustancia no ha sido trasferida a un tercero e incluso no ha sido consumida por el individuo.

⁵³ Teresa Molina Pérez, *Anuario jurídico y económico escorialense*, "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas", (Real Centro Universitario Escorial-María Cristina- 2005), 114-116.

⁵⁴ Ernesto Albán Gómez, "Estructura jurídica del delito", 74 -75.

⁵⁵ Alejandro Kiss, *Indret*, " Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo "adelantado"?", (Indret-2015), 5.

El delito de peligro se divide en el tipo abstracto y el concreto. El concreto se configura cuando “la tipicidad exige que se compruebe que el peligro existió realmente”, es decir, cuando el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico. En cambio, el delito de peligro abstracto ocurre cuando se castiga una acción "típicamente peligrosa", sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido. En otras palabras, será aquella conducta “cuya sola realización crearía la situación de peligro para el bien protegido”⁵⁶. En consecuencia, el tipo penal presente en el artículo 220, respecto de los verbos rectores de porte o tenencia, correspondería a un delito de peligro abstracto pues, con el mero hecho tener o poseer una sustancia, ya se constituye el verbo rector a pesar de que realmente no se evidencia la puesta en peligro del bien jurídico protegido (salud pública) cuyo titular es la comunidad.

7. Análisis Sentencia del Proceso Penal No. 23281-2017-01187

Para comprender mejor la situación del país respecto de estos procedimientos, resulta pertinente analizar la sentencia del proceso penal No. 23281-2017-01187.

Los hechos se llevaron a cabo el día 16 de mayo de 2017 en la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas cuando se llevó a cabo un allanamiento conjunto entre la Fiscalía y la Policía Nacional del Ecuador. En este allanamiento se detuvo al ciudadano JL, pues en su domicilio se encontró una funda de cocaína con un peso bruto de 5.1 gramos y un peso neto de 4.5 gramos excediendo la cantidad permitida para consumo personal, que es de 2 gramos.

Ante esto, existen dos posiciones, la de la Fiscalía y la de la defensa. Por una parte, Fiscalía acusa al señor JL en base al principio de legalidad, pues si bien se reconoce que esta persona sufre de una adicción, esto no le faculta para actuar fuera de lo permitido por la ley y, por tanto, resulta un peligro para la salud pública. Para la institución encargada de la acción penal la conducta del señor JL se adecúa en el delito tipificado en el artículo 220 del COIP correspondiente a tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. Por otra parte, se encuentra el punto de vista del procesado y su defensa, la cual se basa en que, acorde con el artículo 364 de la Constitución, no se puede criminalizar el consumo pues se trata de una adicción de la cual el señor JL adolece y que, a falta de recursos económicos, no ha podido ser rehabilitado.

⁵⁶ Ernesto Albán Gómez, "Estructura jurídica del delito", 88-89.

Al existir duda razonable el juzgador remitió el proceso en consulta de norma a la Corte Constitucional. Con el fin de absolver la consulta, dicho órgano dictó la sentencia No. 7-17-CN/2019, en la cual establece que “la presunción de inocencia no se desvanece por el solo hecho de superar la cantidad máxima admisible establecida en la Resolución del CONSEP, por lo tanto, en todos los casos se deberá probar la intención de traficar”. Ante esto, el proceso penal contra JL se reanuda y se emite una sentencia absolutoria sustentada en la sentencia de la Corte Constitucional y en el hecho de que se logró probar que efectivamente se trataba de un adicto en posesión de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y que, por tanto, es responsabilidad del Estado, específicamente del Ministerio de Salud Pública, proporcionar un programa de tratamiento y rehabilitación para el procesado⁵⁷.

Evidentemente esta sentencia tiene varios problemas jurídicos. Primero se debate si es que la resolución No. 001-CONSEP-CD-2013, que contiene la tabla de máximos admisibles de tenencia para el consumo personal, está o no acorde con lo establecido en el artículo 364 de la Constitución. Ante esto se debe analizar la intención de legislador, la cual parece ser la de descriminalizar el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas y, por tanto, la tabla debe ser usada como un punto de referencia para determinar si se trata de una persona adicta o consumidora, o, en cambio, se trata de un traficante para lo cual, además, Fiscalía debería probar la intención de traficar en lugar de la de consumir.

8. Entrevista a operador de justicia de Ecuador

Tras haber analizado la sentencia del proceso penal No. 23281-2017-01187 resulta pertinente contar con el punto de vista de los operadores de justicia en este respecto, pues así se sabe de primera mano cómo se aplica este precedente en la pluralidad de casos que se presentan a diario en el país. Asimismo, se buscó conocer la visión general de los jueces en cuanto al problema planteado en el presente artículo.

Para este fin, se entrevistó a Andrés Vicente Prado Dávila, juez de garantías penales de la Unidad Judicial de flagrancias de Quitumbe, en el sur de Quito. Para Prado el uso y abuso de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es un problema que genera

⁵⁷ Galo Altamirano, "Aplicabilidad de la Sentencia No.7-17-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador dentro del tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización" (tesis doctoral, Universidad Nacional de Chimborazo, 2019), 20-27.

alarma en todo el mundo pues las afectaciones son dirigidas al bien jurídico protegido ,que, en este caso, es la salud pública. Esto se debe a que estas sustancias causan trastornos psicológicos y/o físicos en las personas que las consumen, y, además, causan inestabilidad en el desarrollo de las familias, lo que podría generar problemas para la sociedad pues es un incentivo para el cometimiento de diferentes delitos.

El artículo 364 de la Constitución garantiza la protección de consumidores de sustancias sujetas a la fiscalización, evitando su criminalización. Es decir, que evita que estos sean sometidos a procedimientos judiciales y confundirlos con sujetos activos del delito de tráfico de estupefacientes.

Evidentemente, al no haber un medio legal que brinde el servicio de venta de drogas, la persona deberá adentrarse al mercado ilegal para obtenerla. Sobre esta base, en cada caso en el que una persona haya sido sorprendida en porte o tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, todo operador de justicia deberá aplicar lo establecido en la sentencia No. 7-17-CN/2019, la cual exige al juez, y principalmente a la Fiscalía, que logre determinar que aquella persona que cumpla con los verbos rectores de tener y poseer tenga la intención de traficar y no la de consumir la sustancia. Por lo tanto, en el caso de no existir otras circunstancias que hagan presumir que la persona efectivamente es traficante, esta deberá ser absuelta.

El aprehender a una persona significa que a este individuo se le va a limitar el derecho a ejercer la libre circulación sin una orden de detención en firme, pues esta detención se llevará a cabo únicamente habiendo una causa probable y en circunstancia de flagrancia.

Ahora bien, en el primer caso en el que se detiene a una persona en posesión de sustancias sujetas a fiscalización, dentro de los umbrales admisibles, y, adquiridas con la finalidad de consumirlas, Prado nos indica que, en base a su experiencia, a pesar de existir un examen multidroga (o toxicológico) negativo, e incluso en caso de que la persona se niegue a realizarse el examen libre y voluntariamente, no se debería calificar la flagrancia y, por tanto, no se iniciaría el proceso y quedaría en investigación previa. Esto en base a que se encuentra dentro de los límites permitidos, y no existe una circunstancia que permita considerar una situación de tráfico, como lo sería la posesión de moneda fraccionada, balanzas digitales, bolsas de empaque o un cruce de manos.

El segundo caso presentado a Prado es aquel en el que una persona con antecedentes de tratamiento en un centro de rehabilitación por drogas es aprehendida por encontrarse en porte o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas dentro de

las cantidades permitidas. En este caso, el juez nos indica que su actuar sería igual al del primer caso. Es decir, que no se calificaría la flagrancia y se le ratificaría su estado de inocencia, pues, además de estar dentro del rango permitido, cuenta con un antecedente que acreditaría la garantía del artículo 364 de la Constitución referente al consumo.

Del mismo modo, la Fiscalía tendría la carga de la prueba, y como sospechoso no sería necesario presentar ningún elemento probatorio. Aun así, en la práctica, en el primer día de flagrancia la defensa suele demostrar que el individuo cumplió con un tratamiento de rehabilitación, y que esto se trata de una recaída. En estos casos no se suele disponer el ingreso a un sistema de rehabilitación para la persona aprehendida, sino únicamente disponer su inmediata libertad.

El tercer caso presentado al juez fue el de una persona que se encuentra en porte o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas siendo consumidor primerizo o problemático, y excediéndose en las cantidades permitidas para consumo personal.

Para esto, Prado nos menciona que, en el caso del primerizo, lo primero que debe realizarse es una valoración del exceso al umbral de cantidades admisibles, pues de encontrarse una cantidad muy alta de droga eso sería un indicativo pleno de que esta sustancia era dispuesta para el tráfico.

En caso de mínima, e incluso mediana escala, cuando es poco el umbral de exceso, y si no hay ninguna circunstancia que acredite el tráfico de drogas, el resultado será el mismo, no se calificará la flagrancia, y, de ser calificada, la persona será absuelta.

En el supuesto de que se inicie un proceso penal, el abogado de la defensa puede pedir que se le realice al sospechoso un examen psicosomático, en el que un médico a través de una entrevista determine si se trata de un consumidor ocasional, recreativo o problemático. También podría solicitarse una pericia de entorno social para establecer cómo vive la persona. Todo esto con el fin de demostrar que su cliente pretendía consumir la sustancia y no traficarla.

Finalmente, se preguntó al Juez Prado si tiene alguna sugerencia para que mejore la situación del país respecto de la aprehensión injusta de consumidores. Ante esto, Prado indica que con la expedición de la sentencia No. 7-17-CN/2019 se marcó un hito, pues antes no se había aclarado el tema del tráfico y la gente prefería acudir al procedimiento abreviado. Mientras que ahora, un juez ya tiene la obligación de tomar en cuenta los elementos que dispone la Fiscalía acerca de la intención de tráfico y no considerar únicamente al exceso en la cantidad como determinante para una acusación.

Aun así, comenta que, desde su perspectiva como juez de flagrancia, existe un indebido actuar de la Fiscalía respecto a los procedimientos de investigación, pues la Fiscalía, al ser el titular de la acción, es quien dirige la investigación pre procesal y procesal penal, y por tal efecto, debería aumentar la investigación y acudir menos a flagrancia. Esto dado que, de activar todos los procedimientos de investigación conforme lo establece el COIP, por ejemplo, con seguimiento o escuchas de teléfonos, a pesar de tardarse más, los procesos que se llevarían a cabo serían más fructíferos, pues se penalizaría al traficante y no al consumidor. Esto, a su vez, permitiría que se reduzca la población carcelaria⁵⁸.

9. Conclusiones y recomendaciones

A modo de respuesta para la pregunta de investigación que versa acerca de la severidad de la normativa ecuatoriana contra el no consumidor que se encuentra en porte o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, dentro de las cantidades permitidas o en mínima escala, se presentan las siguientes conclusiones y recomendaciones.

Del análisis de la normativa ecuatoriana respecto de drogas, se evidencia que existen normas sumamente ambiguas, pues no se aclaran los conceptos básicos que permiten comprender el alcance de cada una de ellas. Por ejemplo, un concepto tan básico con el de consumidor y sus diferentes tipos, así como tampoco el de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Esta ambigüedad genera incertidumbre y vulnera la seguridad jurídica, pues, tanto consumidores como no consumidores, desconocen cual es el procedimiento que se lleva a cabo en caso de que se les encuentre en porte o tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas dentro de las cantidades permitidas, o en mínima escala.

En esta misma línea, es importante reconocer que existen casos como los expuestos en el presente artículo, en los que puede ocurrir que a pesar de que la persona obtenga un resultado negativo en el examen toxicológico, las sustancias con las que se le encuentra en porte o tenencia se dirijan únicamente para su consumo personal, pero, aun así, se le aprehenda de manera injusta. Incluso podría ocurrir que se inicie un proceso penal en contra de este individuo.

⁵⁸ Andrés Vicente Prado Dávila, entrevistado por María José Andrade, 7 de noviembre de 2022, transcripción: Transcripción entrevista, (último acceso: 16/11/2022).

Afortunadamente, existen sentencias vinculantes como la No. 7-17-CN/2019 emitida por la Corte Constitucional, en las que se exige que sea la Fiscalía quien, en cualquier caso, deba probar el ánimo de tráfico y, asimismo, que el operador de justicia exija más pruebas aparte del examen toxicológico.

Otro hallazgo relevante en esta investigación constituye que, el tipo penal del artículo 220 del COIP corresponde a un delito de peligro abstracto. Esto dado que, al considerar los verbos rectores de porte o tenencia, en sí, no representan riesgo alguno, ni para la sociedad, ni para la persona que ha adquirido la droga con ánimo de consumirla, pues lo ha hecho dentro de lo permitido por la ley y no ha involucrado a un tercero.

Esto evidentemente se relaciona con las tablas tanto de las cantidades máximas admisibles para consumo personal, como aquellas que indican las penas por mínima, mediana, alta y gran escala. Es importante destacar que parece ser que estas tablas criminalizan el consumo, pues no cuentan con ningún sustento científico que justifique las cantidades establecidas, y, además, no consideran varios aspectos importantes que muchas veces los jueces ignoran. Como por ejemplo, si se trata de un consumidor o no, si se trata de un adicto, cuál fue la cantidad con la que se le encontró, si requiere de tratamiento o no, si tiene antecedentes penales, e incluso, en muchos casos, es necesario un examen psicosomático y psicológico del procesado.

Aun así, es obligación del Estado brindar rehabilitación y tratamiento para los adictos e igualmente generar programas de concientización social que brinden información para la prevención y control del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, con el fin de disminuir los efectos de los factores de riesgo, de tal modo que la sociedad en conjunto, y especialmente los adolescentes, conozcan de los riesgos que cada droga puede tener en su organismo mientras se crea una cultura que conozca acerca de lo permitido por ley respecto de la compra y porte de drogas, que incluye el riesgo de verse enfrentados a una privación de libertad por una cantidad mínima que no es lesiva ni para el individuo ni para la sociedad. De este modo, también se evitaría que los traficantes abusen de esta situación de ignorancia en la que el Ecuador se ve inmerso.

Es importante recordar que, si bien estos temas deben ser regulados para evitar un uso generalizado y descontrolado de sustancias ilícitas, no todo es blanco o negro. Por tanto, es labor de los fiscales y de los jueces recabar y analizar las pruebas que sean necesarias para evitar que se sancione a una persona que no está consumando el delito de tráfico de sustancias y, por consiguiente, brindar una solución alternativa que a su vez

evite que se sobrecarguen las cárceles con consumidores o no consumidores en vez del verdadero delincuente, que es el traficante.

Por lo mismo, resulta necesaria la creación de normas que le ayuden al juzgador a saber que hacer en los casos en los que exista un exceso en las cantidades admisibles para el porte o tenencia de drogas para consumo. Pues a pesar de existir la sentencia de la Corte Constitucional, los jueces tienen amplio campo de decisión en este aspecto y muchas veces consideraran únicamente la literalidad de la norma. En consecuencia, se iniciará un proceso en contra de aquellos que exceden, ya sea en mayor o menor escala, las cantidades admisibles, sin considerar ningún otro factor, lo que podría resultar en varias condenas o procesos injustos, como en los tres casos presentados. Ante esto, se hace un llamado a todos los interesados en este problema, pues no solo le corresponde al legislativo generar normas que faciliten estos procesos, sino también al judicial quien debería aclarar la norma a través de resoluciones que permitan un avance en este tema e incluso a universidades, las cuales deberían llevar a cabo procesos de discusión e investigación que puedan aportar soluciones.