

La judicialización de adictos captados para el microtráfico

The prosecution of addicts recruited for micro-trafficking

- ¹ Martín Sebastián Torres Merchán  <https://orcid.org/0000-0003-3939-2948>
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca Ecuador
martin.torres.31@est.ucacue.edu.ec
- ² Daniel Rafecas  <https://orcid.org/0000-0002-4259-122X>
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca Ecuador
drafecas@ucacue.edu.ec



Artículo de Investigación Científica y Tecnológica

Enviado: 08/09/2022

Revisado: 21/10/2022

Aceptado: 06/12/2022

Publicado: 05/01/2023

DOI: <https://doi.org/10.33262/visionariodigital.v7i1.2425>

Cítese: Torres Merchán, M. S., & Rafecas, D. (2023). La judicialización de adictos captados para el microtráfico. *Visionario Digital*, 7(1), 6-35. <https://doi.org/10.33262/visionariodigital.v7i1.2425>



VISIONARIO DIGITAL, es una revista científica trimestral, que se publicará en soporte electrónico tiene como misión contribuir a la formación de profesionales competentes con visión humanística y crítica que sean capaces de exponer sus resultados investigativos y científicos en la misma medida que se promueva mediante su intervención cambios positivos en la sociedad. <https://visionariodigital.org>



La revista es editada por la Editorial Ciencia Digital (Editorial de prestigio registrada en la Cámara Ecuatoriana de Libro con No de Afiliación 663) www.celibro.org.ec



Esta revista está protegida bajo una licencia Creative Commons Attribution Non Commercial No Derivatives 4.0 International. Copia de la licencia: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Palabras**claves:**

Derecho Penal,
Reforma
Jurídica, Tráfico
de
Estupefacientes,
Toxicomanía,
Inmunidades.

Keywords:

Criminal Law,
Legal Reform,
Drug
Trafficking,
Drug
Addiction,
Immunities.

Resumen

La problemática del tráfico y consumo de estupefacientes agobia a las sociedades actuales, produciendo repercusiones sobre el sistema Jurídico Penal y de salud pública de los diferentes países a nivel global. En este marco dentro del Ecuador, se implementó la Reforma del artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, en donde se buscaba dar un enfoque diferencial entre consumidores y expendedores de sustancias estupefacientes. No obstante, en la actualidad los problemas de microtráfico y consumo de drogas se han intensificado dentro del contexto nacional. Consecuentemente la presente investigación plantea definir cómo varían los índices de delincuencia y el consumo de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización con la Reforma del artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal. Mediante una investigación bibliográfica de las principales concepciones Jurídicas - Penales y académicas respecto de la conducta punible del tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y la problemática de salud pública que representa el consumo de dichas sustancias. En este contexto, se realizó una propuesta de Reforma del artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal en Ecuador.

Abstract

The problem of drug trafficking and consumption overwhelms today's societies, producing repercussions on the criminal legal system and public health of the different countries at a global level. Within this framework, within Ecuador, the Reform of article 220 of the Comprehensive Organic Criminal Code was implemented, which sought to provide a differential approach between consumers and dispensers of narcotic substances. However, at present the problems of micro-trafficking and drug use have intensified within the national context. Consequently, the present investigation proposes to define how crime rates vary and the consumption of cataloged substances subject to control with the Reform of article 220 of the Organic Comprehensive Criminal Code. Through a bibliographical investigation of the main legal - criminal and academic conceptions regarding the punishable conduct of trafficking in scheduled substances subject to control and the public health problem that the consumption of said substances represents. In this context, a proposal was made to reform article 220 of the Organic Comprehensive Criminal Code in Ecuador.

Introducción

En la actualidad uno de los problemas más graves que afecta a la sociedad a nivel mundial es el tráfico y/o consumo de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; lamentablemente hasta el momento han sido infructuosos los esfuerzos desplegados por los gobiernos para controlar de alguna manera el tráfico y más aún el consumo de sustancias estupefacientes (drogas) sean estas de cualquier índole como marihuana, cocaína, heroína. etc. (Artiles-Santana, 2021). En consecuencia, a causa del empeoramiento de la problemática de tráfico y consumo, la Normativa Penal de cada país se ha visto exigida a adaptarse a la realidad social de cada territorio. Razonablemente se ha evidenciado que en el Ecuador principalmente por su ubicación geográfica, se ha convertido en un sitio estratégico para el tráfico de dichas sustancias, complicando la problemática social en el país con el envío de grandes cargamentos de droga al exterior y la contaminación de nuestra población (López-Soria, 2016).

Entonces, conforme se permitía que el país se convierta en una zona de tránsito de alcaloides, se intensificó la problemática de consumo en Ecuador, en donde redes de traficantes y micro traficantes han establecido organizaciones criminales con estructuras sólidas muy difíciles de ser combatidas por el aparato estatal (Jurado et al., 2018). Por lo tanto, se vuelve pertinente referirnos al artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal (2014), el cual está conformado por varios verbos rectores con los cuales se pretende describir y explicar la conducta del sujeto activo; pero ahora existe una limitante mediante la cual se describe que debe existir y probarse el ánimo y la intencionalidad de expender y comercializar las mismas, traficar o introducir al mercado dichas sustancias (López-Soria, 2016).

En este contexto, es necesario mencionar que el tráfico y/o consumo de sustancias prohibidas por la ley, ha sido motivo de debate, análisis y acciones emprendidas no solo por parte de los diferentes países, sino también por parte de Organismos Regionales y mundiales como la Organización de los Estados Americanos (OEA), Organización de las Naciones Unidas (ONU), implementando políticas que permitan combatir este problema que cada día se vuelve más complejo; así como también es importante referirse a la cooperación bilateral y multilateral entre países como por ejemplo la asesoría, preparación, logística, llegando incluso a implementar Bases Militares que realiza el gobierno estadounidense con países latinoamericanos especialmente con Ecuador.

El artículo 1 de la Constitución define como un “Estado constitucional de Derechos y Justicia” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). En efecto la Corte Constitucional como máximo Órgano de Administración de Justicia Constitucional en el país, establece que entre sus potestades tiene la facultad de absolver consultas de carácter normativo por parte de los administradores de justicia. Por lo que, tras una consulta realizada por un Juez de Garantías Penales en un caso de tráfico de sustancias catalogadas

sujetas a fiscalización, emitieron la sentencia No. 07-17-CN/19, que nació de un Proceso Penal, específicamente de un juzgamiento flagrante del presunto cometimiento del delito tipificado y sancionado en el Art. 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal (2014), esto es el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y una probable vulneración del Art. 364 de la Constitución de la República al aplicar la resolución No. 001-CONSEP-CD-2013, misma que regula las cantidades máximas de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo personal en el Ecuador. Efectuando un análisis subjetivo del tipo penal de tráfico con el objeto de garantizar los derechos de los consumidores de estas sustancias psicotrópicas.

Según la normativa constitucional antes citada “Las adicciones son un problema de salud pública (...) en ningún caso se permitirá su criminalización, ni se vulnerarán sus derechos constitucionales”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 364). Así mismo, el Código Orgánico Integral Penal (2014), en su Art. 220 inciso final refiere a: “la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la norma correspondiente, no será punible”.

Frente a ello, la Corte Constitucional del Ecuador (2019), ha referido en su sentencia No. 07-17-CN/19 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 estas sustancias estupefacientes tenga la intención de traficar en lugar de consumir, en el marco del derecho al debido

No obstante, según la práctica es evidente que existen muchos casos de consumidores, que siendo sorprendidos por la Policía Nacional en un determinado operativo han sido encontrados en posesión y tenencia de estas sustancias estupefacientes, razón por la cual han sido sometidos a un procedimiento de flagrancia, en donde se les ha imputado la autoría directa por este delito, siendo procesados y posteriormente sentenciados. Aunque la principal razón de este fenómeno es una mala defensa técnica porque no es una novedad, que cuando se demuestra su calidad de consumidor y que no ha excedido la cantidad mínima establecida en la tabla, estas personas deben ser absueltas por el Juez de Garantías Penales. Por lo que, el problema radica en superar la cantidad mínima permitida por la ley, misma que se encuentra establecida en la tabla y los procesos de presunción de expendio y comercialización. Pero la aplicación de la Normativa Penal señala que para que proceso penal sea una investigación previa, procedimiento de flagrancia llegue a judicializarse se debe fundamentar no solo en presunciones; sino también en pruebas debidamente anunciadas y practicadas en la Etapa de Juicio y como tal así se lo debe hacer según reza el artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal (2014), que estipula

que la prueba y los elementos de prueba necesariamente deberán tener un nexo causal entre la infracción penal y la persona procesada (Aguilera-Eguia, 2014).

Por lo tanto, debemos tener claro que para determinar si el aprehendido siempre y cuando nos encontramos dentro de un procedimiento de flagrancia, supere las cantidades máximas de admisibles de tenencia para consumo personal corresponde a los operadores de justicia determinar si hay la intención o no de traficar, en lugar de consumir. La Fiscalía General del Estado, de acuerdo a lo establecido en la ley, es el encargado de llevar adelante la carga de la prueba, así como también de encontrar elementos de convicción que permitan determinar la responsabilidad penal del procesado dentro de la audiencia de Juzgamiento; para ello mencionaremos que la Fiscalía General de Estado en coordinación con los cuerpos especializados de la Policía Nacional en este caso con la Unidad de Antinarcóticos a través de una serie de actividades como son: seguimientos, vigilancia, interceptación de comunicaciones, infiltración de agentes encubiertos en las organizaciones narcodelictivas; con el fin de determinar con mayor exactitud quien es consumidor y quien es micro traficante; al final del proceso penal jugará un papel preponderante la discrecionalidad de los Señores Jueces al juzgar este tipo penal.

Por consiguiente, se ha planteado como objetivo general del presente estudio analizar la influencia de la Reforma del Artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal (2014), en el tráfico y consumo de sustancias estupefacientes, mediante una revisión bibliográfica en donde se analizan las principales concepciones académicas relacionadas al tráfico y consumo de estas sustancias, siendo posible establecer si la reforma implementada dentro de la Normativa Penal ecuatoriana propende a incrementar la problemática de adicciones y tráfico de estupefacientes, para luego de un análisis del Artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal (2014), reformado en el año 2019, proponer una nueva Reforma del Artículo antes citado.

Metodología

investigación de tipo mixta, cualitativa por el enfoque social y cuantitativa por la base de estadísticas para el análisis de casos. Estudio de tipo documental, descriptivo.

Resultados

La punibilidad del microtráfico en el Ecuador

La función de las penas surge como una solución a la incertidumbre social donde las respuestas a ésta están lejos de resolver la problemática analizada. En este contexto, alejados de posturas sesgadas desde el aspecto teórico o político, las penas se definen como una acción retributiva mediante la cual se plantea resarcir un mal por medio de otro; aunque no es la función del presente artículo definir si las penas deberán ser eliminadas dentro de la sociedad ecuatoriana; no obstante, el principal papel de las penas es generar

disciplina en la sociedad con la ayuda de cálculos que permiten generar prevención al cometimiento de delitos (Paladines, 2017b).

En este sentido, el tiempo es comprendido como la variable cuantitativa que otorga racionalidad a las sanciones dentro de los sistemas jurídicos modernos. Por lo tanto, la prolongación de periodos de privación de la libertad pasa por un análisis político criminal de las situaciones de cada Estado. En este marco, se genera una combinación soberana en donde los países permiten definir las acciones punibles en cada territorio. En congruencia, todas las acciones delictivas son merecedoras de un castigo justo. Consecuentemente, dentro de los cálculos que se establecen en la sociedad se recalca las acciones delictivas vinculadas con la violencia, estos procesos se producen con el mínimo de racionalidad. No obstante, la mayoría de los delitos poseen penas similares o son más drásticas de conductas punibles en donde se evidencian vulneraciones a la integridad física de los seres humanos. En este marco, se subrayan las acciones delictivas vinculadas con sustancias estupefacientes (Paladines, 2017a).

Dentro del país, las penas por delitos vinculados con la tenencia, posesión, almacenamiento y tráfico de sustancias estupefacientes están sujetas a los rangos establecidos en la tabla de porte y consumo de estas, en donde se distingue que las sanciones que reciben las personas que han cometido este tipo de delitos se encuentran condicionadas al tipo de sustancias y la cantidad con la que fue sorprendido al momento de su aprehensión. En este contexto, se genera una medida que se articula con los poderes del Estado enfocados en ganar la batalla contra las drogas. Por lo tanto, los procesos de configuración y ajuste que se den respecto a esta temática inciden en la base de la política criminal que se establece en el Ecuador y repercuten dentro de las concepciones culturales y sociales en torno a las penas (Paladines, 2017a).

Entonces, las diversas teorías de la pena que usualmente son citadas en Derecho Penal, desde las establecidas en el pasado hasta llegar a las más recientes, pretenden que la pena impuesta por el Estado tenga un fin positivo; es decir equivalente a una utilidad social, remitiéndonos a la “teoría de la compensación de la culpabilidad por el injusto”, que no es más que asignarle una finalidad positiva al castigo penal (Rafecas, 2021, p.159).

Por lo tanto, se mencionará un aspecto fundamental compuesto por dos aristas: Por un lado, los operadores de justicia en materia penal necesariamente deben estar legitimados para actuar, de lo contrario se daría paso a la abolición del poder punitivo del Estado por tanto el desvanecimiento del sistema penal. Por otra parte, la teoría del delito en su conjunto, incluido su alcance, su límite; es decir todos estos aspectos terminan adquiriendo un matiz de funcionalidad frente a los propósitos que el Estado persigue a través del castigo penal (Rafecas, 2021, p.160).

Así pues, abordaremos el tema del funcionalismo en materia penal; en este sentido todas las concepciones penales deben necesariamente guardar absoluta coherencia con el fin que persigue el Estado al atribuir una pena, siempre y cuando en forma primigenia se respete el sistema constitucional garantista previamente establecido y analizado, tomándolo como punto de inflexión indispensable para que opere el poder punitivo estatal, siendo su eje principal la imposición de una pena dentro de un proceso penal (Rafecas, 2021, p.160).

Se advierte que, el legislador (asambleísta) para fijar la pena adecuada en los distintos tipos penales, deberá tener en consideración dos aspectos fundamentales: **El objetivo:** vinculado directamente al daño social; es decir tomar en cuenta el bien jurídico a ser lesionado por la conducta que se busca prohibir o evitar que se produzca. **El Subjetivo:** relacionado con el autor, determinar si ejecutó el injusto con conocimiento y voluntad que no es más que actuar con dolo o transgresión del deber de ciudadano que no es más que actuar con imprudencia (Rafecas, 2021, p.161).

Ya que, el tipo de pena y la escala penal resultantes forman el disvalor de injusto que viene conformado por dos elementos esenciales: **Disvalor de Resultado:** Concepto central es el bien jurídico. **Disvalor de Acción:** Concepto central es el dolo (Rafecas, 2021, p.161).

Entonces, según la noción actual, la ejecución del tipo penal admite en todo caso y sin excepcionalidad alguna tanto un disvalor de acción y un disvalor de resultado. La disposición del disvalor de acción puede ser de diferente manera según la forma especificada para cada caso concreto, sea dolo o imprudencia; así como también el disvalor del resultado se configure de modo distinto en la consumación o tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro; considerando siempre que el injusto consiste en la unión ineludible de ambos (Roxin, 1997a).

Ya que, como la doctrina dispone que ambos aspectos deben estar presentes, aun en mínima medida para conformar el injusto penal, para posteriormente lograr imponer un castigo penal, luego de pasar el esquema que constitucionalmente se exige como lo es la Culpabilidad (Rafecas, 2021, p.165).

Por lo tanto, debemos entender el objetivo de la Teoría de la Compensación de Culpabilidad por el injusto. En primer término, consideramos idóneo que la pena aplicada por el Estado tenga una finalidad positiva como contraparte del castigo penal impuesto; verificando que el disvalor del injusto esté estructurado por el disvalor de acción (dolo o imprudencia) y por el disvalor de resultado (consumación o tentativa); en nuestro caso en concreto debemos tomar en consideración que el bien jurídico afectado es la salud pública.

Consecuentemente, la función principal de la dosimetría penal es la de realizar la medición adecuada de la pena privativa de libertad de una conducta penalmente relevante; pero dicha medición debe hacerse en concordancia con el principio de proporcionalidad para que de esta manera en forma técnica - jurídica se establezca el cálculo que determine la medición idónea para cada tipo penal para cumplir este cometido el legislador quien es el encargado de crear, modificar o extinguir leyes, debería tener un cabal conocimiento sobre esta figura jurídica penal; en nuestro caso puntual consideramos que las penas privativas de libertad para el delito de Tráfico Ilícito de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización en cada una de las escalas constantes en el Art. - 220 se ajustan a la realidad social y política del país.

La judicialización de la pobreza

El control y la prevención del microtráfico se establece como una obligación prioritaria de parte del Estado Ecuatoriano. Aunque, dicha problemática se mantiene vigente en el territorio patrio, dejando en evidencia la falta de efectividad de las políticas criminales generadas en el Ecuador para combatir la delincuencia. En consecuencia, es necesario analizar las repercusiones socio económicas generadas por la pandemia del COVID 19, en donde la problemática social de microtráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se ha intensificado a nivel global y el Ecuador no se muestra como la excepción (Robalino-Morales, 2021).

De tal forma, con las estadísticas generadas en el país se ha evidenciado el incremento de los volúmenes de incautación de estupefacientes en más del 100% para el 2021; en contraste con el 2019 (Dirección Nacional de Investigaciones Antidrogas, 2021). En este tenor, es clave recalcar que la realidad estructural del país, destacando fenómenos como el desempleo y la violencia que inciden directa e indirectamente en la configuración del delito de microtráfico que son regulados por la Policía Nacional (García, 2015; Robalino-Morales, 2021). Sin embargo; dicho ente no es suficiente para manejar la problemática de tráfico y consumo de sustancias estupefacientes en el Ecuador. En tal virtud, se requiere del trabajo mancomunado de diferentes actores de la sociedad desde ejes sociales, educativos y económicos con la finalidad de tener mayor efectividad en el control del delito del microtráfico (Salazar, 2016).

Por lo tanto, se vuelve pertinente analizar al microtráfico también conocido como narcomenudeo, que se proyecta como un subsistema dentro de las organizaciones de narcotráfico que se dedican a proveer de sustancias estupefacientes a diferentes estructuras que surgen principalmente en el contexto urbano. Consecuentemente, dichas estructuras se ocupan de la distribución y empaquetado de sustancias estupefacientes en la sociedad. Dentro de los réditos económicos se ha reportado que los valores varían de acuerdo con la cantidad y la pureza de las sustancias (Flores, 2017; Robalino-Morales, 2021). Por ende, se sostienen diferentes organizaciones criminales dedicadas al expendio

de dichas sustancias bajo la categoría del menudeo. Dicho proceso constituye el último nivel en la comercialización de sustancias ilícitas generando un contacto directo entre consumidores y la sustancia (Robalino-Morales, 2021). Como resultado se reporta que esta actividad delictiva repercute en mayores niveles de violencia en la sociedad con mayor intensidad en zonas urbanas y en contextos económicos de vulnerabilidad como la pobreza extrema y la falta de oportunidades que catapultan el negocio de sustancias estupefacientes (Pyszczek, 2021).

El Estado Ecuatoriano debería implementar políticas públicas efectivas que vayan enfocadas hacia una verdadera prevención del consumo de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, entre las principales tenemos la masificación en la práctica de deportes, dotando de espacios físicos suficientes en donde niños, niñas y adolescentes puedan practicar y desarrollar sus destrezas y habilidades en los diferentes deportes sobre todo en los sectores más populares de las distintas ciudades; fortalecer el sistema educativo público, concientizar a nuestros niños, niñas y adolescentes sobre la correcta utilización de la tecnología misma que debe enfocarse en nutrir de conocimientos que sirvan para un adecuado aprendizaje en el ámbito educativo.

De manera que dentro de los principales elementos que inciden en la problemática del microtráfico en la sociedad ecuatoriana se destacan factores estructurales que se encuentran vinculados con la macroeconomía, la seguridad en el territorio y el mercado laboral (Gutiérrez & Tobón, 2017; Robalino-Morales, 2021). En consecuencia, el fenómeno del microtráfico en el país surge como una reacción de la falta de satisfacción de las demandas socioeconómicas de parte del Estado, en donde las oportunidades de los ciudadanos se ven bloqueadas por un excesivo marco jurídico que interfiere con los deseos de emprendimientos lícitos y las regulaciones jurídicas que se generan en torno a la temática de sustancias estupefacientes y su consumo (Flores, 2017).

Por lo que, dentro de dicho fenómeno también intervienen otros factores como el potencial de lucro que obtienen los expendedores derivados de la penalización de la sustancia y los altos niveles de demanda. En tal virtud, los micro traficantes se aprovechan de estos factores para fortalecer las estructuras criminales. De ahí que, el mercado de las sustancias estupefacientes dentro de las diferentes escalas requiere de procesos complejos que presentan diferencias entre hechos e involucrados que se complementan por las razones naturales intrínsecas en este fenómeno (Raffo & Gómez, 2017).

Entonces, el expendio de drogas dentro de escalas menores se convierte en un problema importante en los Estados a causa de que éstos se encuentran involucrados con aspectos: económicos, sociales, políticos y de seguridad nacional. Por lo tanto, debido al posicionamiento del país en los mercados internacionales de sustancias estupefacientes, el microtráfico representa un riesgo tanto por la problemática generada en la sociedad por el consumo y por las atracciones que representa este negocio dentro de los aspectos

financieros de manera particular en países en vías de desarrollo como el Ecuador, en donde la falta de oportunidades laborales agrava dicha situación (Raffo & Gómez, 2017; Robalino-Morales, 2021).

Por esta razón, a causa de los riesgos que se encuentran inmersos en el microtráfico a nivel nacional, dicha problemática no solo ha captado las luces dentro del debate político y criminal; sino que ha sido blanco de estudio de diferentes investigaciones que han buscado analizar las implicaciones de este fenómeno a nivel social, comunitario y familiar. Entonces, se han examinado los impactos que han tenido las regulaciones generadas en materia de sustancias estupefacientes dentro de dichas dimensiones; aunque los análisis referentes a la dinámica de este delito no han sido abordados a profundidad (Flores, 2017; García, 2015; Paladines, 2017a; Pontón & Rivera, 2013; Robalino-Morales, 2021).

En este tenor, es necesario analizar las principales repercusiones que se han generado alrededor de las políticas criminales en el Ecuador dentro de una investigación etnográfica ejecutada a consumidores y micro traficantes en el país, quienes dentro de la jerga popular han sido catalogados como los “vagos del barrio”. Así pues, se ha reportado que dicho fenómeno se encuentra presente especialmente en barrios marginados en donde los jóvenes no tienen opciones educativas, laborales o de generación de emprendimientos para salir adelante y el microtráfico se presenta como una opción válida, que por lo menos les permite conseguir el sustento diario. Resulta necesario describir que los problemas de consumo generalmente derivan de problemas familiares como el maltrato de padres a hijos y el fenómeno de la migración, convirtiendo a este grupo en vulnerables para las garras del microtráfico. En suma, se destaca que cuando los consumidores son aprehendidos pocas veces estas personas disponen de recursos económicos suficientes para contratar una defensa técnica efectiva; por lo que habitualmente son sentenciados a cumplir penas privativas de libertad dentro de prisiones que no aseguran la rehabilitación, ni la reinserción social de los internos; lo cual prueba que, estos ciudadanos son absorbidos por estructuras criminales generando una mayor problemática respecto al tráfico y consumo de sustancias estupefacientes en la sociedad ecuatoriana (García-Peña & Parra-Cortés, 2018).

Desde el nacimiento de los sistemas penales hasta llegar a nuestros días, han surgido interrogantes direccionadas a determinar con mayor acuciosidad quienes generalmente aparecen como imputados dentro de los procesos penales, siendo la respuesta casi siempre la misma, las personas provenientes de estratos sociales – económicos bajos, de sectores marginales, provenientes de entornos donde el consumo de alcohol, la drogadicción, prostitución son el común denominador, indigentes, personas de la calle que ni siquiera poseen un documento de identificación personal, inmigrantes, ciudadanos de determinadas etnias o cultos religiosos, personas que no han recibido la atención de los

medios de comunicación; es decir se trata de personas que por su condición son altamente vulnerables a ser captados por el sistema penal dada la evidente selectividad con la que opera el mismo (Rafecas, 2021, pp.118-119).

La concepción de vulnerabilidad penal está intrínsecamente unida al criterio de selectividad, ya que los sistemas penales imperantes poseen un sesgo orientador a perseguir a determinado prototipo de acto delincencial, por consiguiente, a cierto tipo de autores de dicho injusto penal, mismos que dada sus condiciones de desprotegidos se vuelven invisibles ante la sociedad desembocando a que el sistema penal no rinda explicaciones ni dé sus motivaciones del porque este tipo de ciudadanos se encuentran captados por el sistema de administración de Justicia Penal (Rafecas, 2021, p.119).

De manera que, los sistemas penales en la actualidad deberían abordar la vulnerabilidad penal en forma sumamente objetiva, la actuación del poder punitivo del Estado debería ser lo más ceñido a la verdad de los hechos producidos por el injusto penal más no actuar basándose en características raciales, condiciones, económicas – sociales bajas, preferencias sexuales, provenir de hogares disfuncionales, de barrios marginales, o cualquier otro factor que necesariamente determine que una persona sea “obligatoriamente” captada por el sistema de administración de Justicia Penal; más bien debería operar un criterio de selectividad ajustado en primer lugar a la realidad de los hechos que se suscitaron en el acto delictivo y posteriormente a la realidad de la persona más no de su entorno o condición social.

En consecuencia, citaremos que nuestro Ecuador no es ajeno a esta penosa y lamentable realidad, por cuanto son precisamente las personas de los sectores más vulnerables de la sociedad los más propensos en caer en los tentáculos del microtráfico, basta con regresar la mirada a las estadísticas en cuanto a los delitos relacionados con Tráfico Ilícito de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, el índice de muertes violentas se ha incrementado en forma descontrolada solo en la zona 8 considerada la más conflictiva del país que comprende las ciudades de Guayaquil, Durán y Samborondón según estadísticas oficiales desde el primero de enero hasta el primero de septiembre del presente año se han registrado 939 decesos en forma violenta, la gran mayoría tienen relación directa con la disputa por el control de sectores o territorios como lo llaman las grandes estructuras delincuenciales para la distribución y expendio de alcaloides, es por ello que resulta imprescindible que el aparato de Justicia Estatal aplique con sana crítica el criterio de selectividad para lograr una judicialización de los ciudadanos ajustados a la realidad procesal de cada caso en particular.

Lo relatado nos permite inferir que, el Estado Ecuatoriano ha implementado políticas que no han dado el resultado esperado en cuanto tiene que ver al control del consumo y/o microtráfico de sustancias (drogas); pues lejos de solucionarlo se ha agudizado puesto que el consumo de drogas se encuentra posicionado en todos los estratos sociales de

nuestro país, razón por la cual el microtráfico se ha incrementado en forma alarmante, debería el gobierno central incrementar los recursos destinados para la Policía Nacional, Fuerzas Armadas, para que sus efectivos tengan una alta preparación, misma que viene de la mano con la dotación de armamento y todo el equipamiento necesario para que puedan cumplir a cabalidad con su labor que es la de velar por la paz y seguridad ciudadana, de esta manera se enfrentaría con éxito al crimen organizado. Otra política pública es la regeneración urbana en sectores considerados como conflictivos, mejores programas de ayuda a familias de escasos recursos económicos, fomentar el emprendimiento a través de créditos de la banca pública a bajas tasas de interés; de esta manera se estaría controlando otra grave problemática de nuestro Ecuador como es el fenómeno migratorio.

El entorno social y el consumo de sustancias estupefacientes

El consumo de sustancias estupefacientes a lo largo de la historia de la humanidad ha cambiado respecto a la aceptación de la sociedad en diferentes ocasiones. Por esta razón, desde el siglo XX se han creado postulados distintos respecto a la aceptación del consumo de sustancias estupefacientes, catalogándole al mismo tiempo como una problemática que azota a las sociedades actuales. Por lo tanto, en varios Estados se han desarrollado estrategias para combatir esta situación, en este sentido, se ha expresado que la misma se encuentra condicionada por factores sociales, económicos, culturales y personales (Molina-Mancilla, 2008).

Entonces, se destaca que la intensificación de los rangos de consumo y las repercusiones que estas producen en la salud integral de las personas reportadas en los últimos años se convierte en la principal preocupación de los Estados, con la finalidad de disminuir el consumo de sustancias estupefacientes en sus territorios. Por esta razón, se observa que las sociedades actuales no son conscientes de los peligros inmersos en el consumo de dichas sustancias, registrándose que el consumo se inicia en edades tempranas (Molina-Mancilla, 2008).

Además, se observa que el consumo de sustancias estupefacientes data desde la historia de la humanidad misma; es decir, que dichas sustancias han sido parte de diferentes sociedades y culturas con fines lúdicos, productivos o terapéuticos; las cuales han variado entre concepciones religiosas y culturales; como ejemplo se destaca el uso del opio y el cannabis dentro de las culturas orientales con fines analgésicos y estupefacientes; además el segundo reporta usos dentro de actividades productivas como la industria textil (Molina-Mancilla, 2008).

Así que, en diferentes investigaciones se destaca la relación entre aspectos sociales y el consumo de sustancias estupefacientes de manera particular en adolescentes; entonces, dentro de la mayoría de los estudios han reportado relaciones significativas entre factores

psicosociales y el consumo de sustancias estupefacientes, destacando que los individuos que presentan mayor fortaleza en estos aspectos presentan una menor incidencia al consumo de drogas (García-Peña & Parra-Cortés, 2018).

Lo cual muestra que, que los individuos que presentan problemas psicosociales como la baja autoestima, la depresión y la ansiedad son factores de riesgo a tomar en cuenta dentro del análisis del consumo de sustancias estupefacientes. Por ende, dentro de los postulados tradicionales, consideraban que estos problemas repercuten en el bienestar y la satisfacción de los seres humanos, lo cual nos permite inferir que la autoestima juega un rol crucial, pues una alteración en sus niveles desencadena en el surgimiento de problemas (Pontón & Rivera, 2013).

En consecuencia, se ha reportado que los entornos familiares, educativos y laborales se vuelven determinantes en los niveles de autoestima de los individuos, y presentan una relación directa en el consumo de drogas legales y sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, reportando que la autoestima social se convierte en un elemento esencial dentro de la prevalencia de consumo de drogas en las personas (Molina-Mancilla, 2008).

En efecto, como hemos podido apreciar el entorno social juega un rol protagónico, para que las personas especialmente niños, niñas y adolescentes caigan en las garras de la drogadicción confluyendo varios aspectos como son el lugar de residencia (barrio o sector), padres – hermanos con problemas de adicción a sustancias, hijos de hogares disfuncionales, problemas de violencia intrafamiliar (agresiones físicas, afectaciones psicológicas), falta de debido cuidado y protección de los padres, deserción escolar.

Políticas criminales de represión y el microtráfico en el Ecuador

A lo largo de la historia del Ecuador la política en el tema de sustancias estupefacientes se fundamentó en la ratificación de convenios internacionales, partiendo que los Estados Unidos patrocinó una conferencia de 13 naciones de la Comisión Internacional del Opio en Shanghái (China) en 1909, en la presidencia de Theodore Roosevelt, para posteriormente celebrar la Convención Internacional de Opio en 1912, destacándose como la primera vez en la que Estados Unidos toma la bandera de la lucha contra las drogas. En este sentido, dicha Convención es ratificada por el Ecuador en 1934. Además, en 1961 ratifican la Convención sobre Estupefacientes, el Convenio de Sustancias Psicotrópicas en 1971 y la Convención de la ONU para la lucha contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en 1988. Dichos tratados internacionales constituyen las herramientas del derecho internacional de mayor relevancia dentro de las políticas contra las drogas (Cuenca-Quiñonez & Luna-Polo, 2016; García-Peña & Parra-Cortés, 2018; Paladines, 2017a; Maier, 2010).

Lo cual implica que, en el Ecuador se han generado diferentes normativas en las que se destacan la Ley respecto al tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes que surgió en 1958, la Ley para el Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes que entró en vigor en 1970 y que fue reemplazada por la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en 1974, esta se encontró vigente durante 13 años y fue reemplazada en 1987 por la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, misma que fue sustituida luego de tres años por la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas conocida como la Ley 108 y publicada en 1990 (Berriain, 2018; García-Peña & Parra-Cortés, 2018).

Por consiguiente, se generaban nuevos paradigmas en el país con la entrada en vigor de la Carta Magna de Montecristi, donde en su artículo 364 destacaba que el fenómeno de adicción a sustancias psicotrópicas y estupefacientes debería ser considerada como una problemática de salud pública. En este sentido, el Estado se vuelve responsable de generar programas de información y control de sustancias que causen adicción, tanto en drogas legales como el alcohol y el tabaco como en sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; volviéndose una prioridad del Estado Ecuatoriano brindar terapias de rehabilitación a personas que presenten problemas de adicciones; destacando que no es pertinente la judicialización del consumo y la violación de derechos consagrados a nivel constitucional (García-Peña & Parra-Cortés, 2018).

Se debe puntualizar que, pese a todos los esfuerzos realizados por nuestro país, desde inicios del siglo pasado en cuanto tiene que ver con políticas de control y prevención del microtráfico, ha sido partícipe y suscriptor de varios convenios bilaterales y multilaterales, de igual manera ha puesto en vigencia dentro del marco normativo varias leyes con el afán de controlar y erradicar tanto el tráfico como microtráfico de sustancias dando resultados poco alentadores.

No obstante, pese a la existencia de una disposición constitucional, no se pudo alcanzar una salida a la problemática de la criminalización de adicciones en el país, destacando que frecuentemente los operadores de justicia procedían a la sanción en base a la Ley 108 que penalizaba la posesión y la tenencia. Por lo tanto, en busca de que el consumo de drogas sea comprendido como una problemática de salud pública el Consejo Nacional para el Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP), para el 2013 ofrece la Resolución 001-CONSEP-CD-2013 con la cual se brindan cuatro umbrales de tenencia y posesión; mismos que se establecían como guía para los magistrados penales y que tuvieron como modelo la legislación mexicana en donde diferencia el narcomenudeo del narco mayoreo, estableciendo la barrera entre la adicción a las drogas y el tráfico de estas como un delito. Aunque, las cantidades indicadas dentro de los umbrales no necesariamente se encuentran apoyadas en un sustento científico; sino que,

estas han sido definidas en base a concepciones técnicas o políticas ya que a nivel global no se encuentra estandarizado cuáles son las cantidades que son utilizadas como dosis para consumo (García-Peña & Parra-Cortés, 2018).

A pesar de aquello, es importante destacar que los umbrales se establecen como herramientas jurídicas que facilitan la labor de los operadores de justicia frente a la garantía de los derechos de los consumidores. Entonces, se vuelve fundamental referirse a la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal (2014), en el cual se presenta una perspectiva simple respecto a las drogas. En dicha normativa, se alcanzan grandes logros en cuanto tiene que ver con delitos vinculados con la fabricación y el tráfico de drogas, derogando la Ley 108 responsable de la privación de la libertad de 60.000 personas. En este sentido se consagraban los preceptos constitucionales; de manera particular en el artículo 220 en donde se destaca que la tenencia o posesión de drogas destinadas para el consumo dentro de los umbrales establecidos, no deberá ser considerado como una conducta punible. Asimismo, es pertinente destacar que con el COIP se brinda una mayor proporcionalidad de las sanciones penales, ya que estas son menos drásticas de las consideradas dentro de la antigua normativa que catalogaba a estos delitos a la par con los homicidios (García-Peña & Parra-Cortés, 2018).

En los países de Occidente se sostiene que los sistemas penales basan su pena principal en la prisión; es decir en imponer una pena privativa o restrictiva de libertad a las personas que han cometido un delito; como contraparte a lo aseverado se indicará que, en un estado constitucional de derecho, la libertad individual o libertad personal es uno de los valores más importantes que posee un ciudadano. Por consiguiente, se desprende que un Estado en pleno ejercicio de sus derechos y facultades al momento de efectivizar su poder punitivo a través de la imposición de una pena privativa de libertad a cualquier ciudadano debe justificar o fundamentar tal medida, si se toma en consideración que la imposición de una pena de este tipo es considerada de última ratio o recurso para resolver una problemática de carácter penal; de manera que, el **tratadista argentino** Daniel Rafecas (2021), enfatiza en el hecho de poner al ciudadano común como el destinatario de la protección estatal, es decir el Estado ejerciendo su poder coercitivo (principio pro homine) para brindar protección a la ciudadanía lo cual compagina totalmente con el sentido del Estado de Derecho (pp.56-57).

En alusión al tema Francisco Muñoz (1991) y Mercedes García (2015), exponen desde dos enfoques:

El derecho en materia penal actuará en casos puntuales; es decir en el instante en el que la intervención de las otras ramas del derecho con su normativa sancionadora sea insuficiente para solucionar un determinado conflicto jurídico, teniendo siempre presente que el Derecho Penal se define por su carácter subsidiario frente a las demás ramas (Muñoz, 1991).

El principio de mínima intervención destaca que el Derecho Penal intervendrá siempre que se produzcan ataques o lesionen muy gravemente un bien jurídico importante; por consiguiente, se establece que la misión del Derecho Penal no es la de proteger bienes jurídicos ni protegerlo cuando se produzca algún ataque; sino actuar en casos donde la lesión al bien jurídico sea realmente grave (Molina-Mancilla, 2008).

De manera que, Mir Puig en el Estado moderno se refiere al principio de lesividad como el perjuicio en el ámbito social que es natural al injusto perpetrado, objetivo que se cumplirá en la lesión o daño del bien jurídico tutelado, pasa a constituirse en un principio político fundamental dentro de la democracia de un Estado (Fernández, 2004).

El Estado para enfrentar y solucionar un conflicto dado cuenta con una amplia normativa legal, misma que busca siempre otorgar una salida viable y de beneficio mutuo tanto para quien infringe o inobserva la ley cuando para el Estado; de esta manera en primer término se remite a la normativa jurídica de carácter civil a través de un resarcimiento económico como reparación del daño causado. A continuación, el Estado cumplirá su rol regulador por intermedio del Derecho Administrativo, que si bien es cierto ya admite la imposición de sanciones de índole pecuniaria (multas), clausura de establecimientos, retiro de permisos, son susceptibles de este tipo de sanciones personas naturales como personas jurídicas; etc. (Rafecas, 2021, pp.58-59).

Posteriormente se ingresa ya a la esfera del ámbito penal, pero en el aspecto contravencional, el cual se contrasta con el ámbito de delitos por el aspecto cuantitativo y no cualitativo, la característica principal de las contravenciones es que se encuentra en el intermedio de faltas de índole administrativas y Normativa Penal ya de carácter eminentemente punitivo (Roxin, 1997b).

Ahora bien, una vez adentrados en la esfera netamente penal, inclusive dentro de la misma Normativa Penal se prevé no solo la existencia de la pena de prisión ya que existe delitos que prevén una sanción que no contempla la prisión de la persona sometida al proceso penal, tales salidas alternativas son el mecanismo de suspensión del juicio a prueba, pena de multa y/o de inhabilitación especial, todas ellas conducentes a impedir la condena para el autor del delito (Rafecas, 2021, p.59).

De igual manera ocurre con la mediación penal, figura que se encuentra inserta en modelos procedimentales penales vigentes en distintas provincias de la República Argentina; así como también brindan la posibilidad de llegar a acuerdos conciliatorios impulsados en las actuales normativas procesales, concordantemente en forma más amplia se fomenta la denominada justicia restaurativa que pregonan Organismos Internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (Rafecas, 2021, p.60).

Existen otro tipo de sanciones que no incluye la prisión para la persona sometida a la Justicia Penal como es al funcionario público; es decir a la persona que ostente dicha calidad tiene derecho a que se le suspenda la pena de prisión; así como también en casos de primera condena o de pena de prisión que no exceda los tres años. Otra figura importante es la del Instituto de Prisión Domiciliaria, enfocada en mujeres embarazadas o con hijos menores a cargo, adultos mayores o enfermos terminales, en estos casos el juez está en la potestad de sustituir el cumplimiento de la pena en prisión por el de arresto domiciliario. Por último, tenemos que abordar el caso de las personas condenadas que no pueden acceder a la condena en suspenso por cuanto el delito cometido por estas personas no son susceptibles de ejecución condicional, por tanto, el sentenciado no puede ser incluido en uno de los grupos especiales que si se insertan para cumplir la condena impuesta en forma alternativa a la privación de su libertad (Rafecas, 2021, pp.60-61).

En este contexto, el **tratadista argentino** Daniel Rafecas (2021), recalca en el hecho de que una sociedad progresa en cuanto a disminución del nivel de violencia estatal, siempre que descarte respuestas estatales en cuanto tiene que ver con los castigos o sanciones estipuladas para cada tipo de infracción trasladando determinadas acciones de la esfera penal a la contravencional o supliéndolas como faltas meramente administrativas, efectivizando para un mayor y mejor alcance instituciones como la mediación penal, las penas de prisión permitir que puedan quedar en suspenso; así como también mayor utilización de la prisión domiciliaria. En definitiva, buscar todo mecanismo posible para que la mayor cantidad de conductas puedan ser conocidas y sancionadas desde la legislación civil, administrativa y contravencional más no desde la materia penal (p.62).

Por el contrario, una sociedad regresiva funciona exactamente en sentido contrario, es decir promueve una mayor participación de la Ley Penal en cuanto tiene que ver a las conductas humanas, desde esta óptica la reacción estatal frente a situaciones que podrían considerarse ilegales es elevados a la categoría de delitos cuando en estricto sentido objetivo dichas cuestiones pueden ser conocidas y sancionadas administrativamente (Rafecas, 2021, p.64).

Se advierte que, los sistemas penales de varios países sobre todo los del hemisferio occidental basan su objetivo principal en obtener una pena privativa de libertad para quien infringe la Normativa Penal, es decir haciendo que el Estado ejerza e implemente el poder punitivo del cual está revestido para cumplir su papel protector de los bienes jurídicos no solo de los ciudadanos sino también del Estado y sus diversas instituciones, mismas que cuentan con personería jurídica propia. En nuestro caso puntual debemos indicar que el Estado ecuatoriano con la puesta en vigencia del actual Código Orgánico Integral Penal ha buscado evitar la criminalización de varias conductas, para ello ha determinado con claridad meridiana que las infracciones penales se clasificarán en Delitos y Contravenciones; así como también se ha ratificado en la aplicación del Principio de

Mínima Intervención que expone que la intervención penal está legitimada una vez que se hayan agotado todos los mecanismos extra penales sean estos materia civil, administrativa y/o Contravencional en el tratamiento y solución de un determinado conflicto social. Por otra parte, se debe mencionar que, si una conducta humana se adecua a uno o más tipos penales, luego de cumplida la fase investigativa pre procesal se llega formalmente a iniciar el proceso penal, una vez culminadas todas las etapas y los recursos, los cuales otorga la normativa penal vigente y se llega a la imposición de la sentencia, una vez ejecutoriada la misma el justiciable deberá cumplir la condena impuesta por el Tribunal de Garantías Penales; pero la Normativa Penal abre la posibilidad de que el cumplimiento de las penas privativas de libertad puedan ser sustituidas por otros mecanismos como son Arresto Domiciliario generalmente esta medida se aplica para personas de la tercera edad o con enfermedades catastróficas, la suspensión condicional de la pena en delitos cuya pena privativa de libertad sea hasta de cinco años, que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia u otro proceso penal, que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como también la modalidad y gravedad de la conducta indiquen que no existe la necesidad de la ejecución de la pena. De igual forma se cuenta con figuras jurídicas como la conciliación que resulta ser en determinados casos una solución adecuada a los conflictos penales, cumpliendo de esta manera el tan pregonado principio de subsidiariedad cuya máxima es que la utilización del sistema penal es de última ratio. Coligiendo lo descrito anteriormente es importante destacar que para plasmar en la práctica el postulado establecido en el principio de mínima intervención penal en el tema motivo de nuestro estudio y análisis señalamos que el consumo de sustancias estupefacientes no debería ser objeto de sanción penal siempre y cuando la persona que posea la sustancia sea en las cantidades permitidas por la normativa penal vigente; puesto que, en algunos casos el micro traficante busca la manera de engañar o sorprender a la justicia haciéndose pasar por consumidor.

Dentro de las políticas de represión al consumo en el país, es clave destacar el pronunciamiento de la Resolución N.º 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia (CNJ), en septiembre del 2015, mediante una sentencia de triple reiteración, en donde destaca que los individuos que cometan delitos relacionados con sustancias sujetas a fiscalización dentro de diferentes verbos rectores presentando dosificaciones equivalentes o distintas; deberán ser juzgados con sanciones privativas de libertad que se acumulen de acuerdo a la cantidad indicada en los umbrales y los tipos de sustancias. En este tenor, se refleja el afán de la CNJ, de cumplir la voluntad presidencial, brindando una discusión respecto a la concurrencia de delitos. No obstante, no se señala de forma clara los casos de concurrencia ideal y de concurrencia real en los que recaen los pronunciamientos de la CNJ. En otras palabras, no se aclara si se deberá acumular las penas cuando dentro de los delitos se encuentren inmersas dos sustancias o dos verbos rectores (García-Peña & Parra-Cortés, 2018).

En este marco, se destaca un error de la CNJ al ejecutar una interpretación extensiva de los umbrales y generar un tercer camino para la concurrencia del delito que no se encuentra estipulado en el COIP. Por lo tanto, dicho instrumento jurisprudencial demanda la acumulación de penas, frente a situaciones en donde se evidencie conexión, figura jurídica que se encuentra consagrada en el artículo 406 del COIP. En tal virtud, existen diferentes pronunciamientos en donde se destaca que externamente al hecho de que un individuo sea sorprendido con dos sustancias diferentes, el delito se encuentra configurado en una única actuación, entonces, pese a que se pudiera imputar al individuo otro tipo de factor penal objetivo respecto al delito del tráfico, distinguiendo los verbos rectores intermediar, ofertar, almacenar, etc., aun así el delito se configura bajo una actuación única que se encuentra determinada dentro de las diferentes posibilidades señaladas en la tipificación (García-Peña & Parra-Cortés, 2018; Paladines, 2017a).

En consecuencia, se observa que la CNJ no toma en cuenta el contexto social ecuatoriano, en donde los cuadros de adicciones se encuentran predominados por el poli consumo; dando paso a términos dentro de la jerga popular como el “maduro con queso” conocido como la combinación entre la cocaína y la marihuana. Congruentemente al pronunciamiento de la CNJ entra en vigor la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, cuyo objetivo principal es actuar en la prevención, el control y la regulación de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Dicho cuerpo legal, ordena que en el COIP se modifiquen los literales a y b dentro del primer inciso del artículo 220 por: a) Mínima escala de uno a tres años y b) Mediana escala de tres a cinco años (García-Peña & Parra-Cortés, 2018).

Por otra parte, se vuelve fundamental referirnos a la Sentencia No. 7-17-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador dictada en el 2019; en donde se destaca que los umbrales dispuestos por el CONSEP, no constituyen herramientas jurídicas absolutas y es obligación de los Jueces de Garantías Penales verificar la intencionalidad de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, con la finalidad de que otras pruebas presentadas dentro de los procesos penales sean tomadas en cuenta por los Operadores de Justicia. No obstante, destacan la constitucionalidad dentro de los umbrales señalados por el CONSEP, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 364 de la Carta Magna del Ecuador. Además, así como indica que los umbrales no son elementos suficientes para demostrar el delito de tráfico de estupefacientes, en el caso de no superar estos; señala que cuando sean superados, no constituirá una herramienta clara para demostrar que quienes hayan rebasado dichos límites no sean consumidores. En este sentido, se observa que se dificultan las labores de las instituciones estatales enfocadas en la investigación y la persecución de los delitos; frente a la ausencia de pruebas que demuestren la intencionalidad de tráfico de los individuos que hayan sido sorprendidos portando o teniendo cantidades superiores a las señaladas dentro de los umbrales del CONSEP; así

mismo, se pueden generar vulneraciones a los derechos de los consumidores de ser considerados como enfermos en lugar de delincuentes, ya que al generar incertidumbre respecto a la aplicación de los umbrales como herramientas jurídicas, se abre el camino al cometimiento de arbitrariedades de parte de los Operadores de Justicia al generarse vacíos respecto a las hipótesis que se encuentran inmersas en la actuación delictiva del micro tráfico, y su separación con los consumidores que se ejercía de una manera más didáctica por la tabla otorgada por el CONSEP (García-Peña & Parra-Cortés, 2018).

Sin embargo, al no tener un sustento científico las cantidades que se encuentran dentro de los umbrales señalados en la tabla elaborada por el CONSEP, se estaría induciendo a cometer errores a los operadores de justicia por cuanto se podría sentenciar a un consumidor, lo cual generaría un nefasto precedente jurídico, debido a la falta de estandarización para determinar con exactitud la cantidad permitida para consumo.

De manera que, el **maestro argentino** Daniel Rafecas (2021), expone que se debe establecer claramente como condición imprescindible para tipificar penalmente una conducta que la misma a más de ser obviamente prohibida cause un daño hacia la sociedad, es decir atente contra un bien jurídico o ponga en eminente riesgo un interés individual o colectivo. Mas, si resulta que la conducta prohibida no causa un daño o perjuicio a otros individuos o a la sociedad en general, se desprende que la potestad punitiva ejercida por el Estado resultaría inoficiosa por cuanto dicha conducta desembocaría en un resultado que no merecería ningún tipo de reproche penal es decir dicha conducta no podría ser considerada como Delito (p.67).

Luigi Ferrajoli (2018), manifiesta que la intervención en materia penal a través de normas penales que no atenten contra otros seres humanos como es el caso de la punibilidad en la tenencia de estupefacientes para consumo personal, lo considera como una ambigüedad entre la moral y el derecho, puesto que la represión no es el camino acertado para proteger este bien jurídico y más aún si la intención del Estado es la desaparición, lo que se consigue es el ocultamiento de estas conductas que transgreden las normas básicas de la moral.

De tal forma que, para activar el aparataje estatal penal, es indispensable que el caso haya superado los filtros de significación penal, es decir que casos en los que la lesión del bien jurídico es irrelevante o de igual manera la puesta en peligro de determinado bien jurídico es de poca significancia, obligatoriamente no deben ser incluidos en materia penal, por cuanto no compensar en los más mínimo el disvalor de resultado, que es un componente básico de todo injusto penal, mismo que debe cumplir con el requerimiento fundamental de lesividad, evitando de esta manera una selectividad penal muy discrecional y el aumento desmesurado de casos de poca relevancia en el ámbito penal (Rafecas, 2021, pp.71-72).

Por ende, Luzón (2016), dice que la Normativa Penal se cimienta en apreciaciones positivas o negativas es decir en aprobar o desaprobar por tanto sostiene que la Norma Jurídico Penal es valorada por partida doble en primera instancia cuando es valorada en el aspecto positivo; es decir cuando un bien determinado es sujeto de protección jurídica y por el contrario cuando se desvalora en forma negativa la conducta que vulnera o transgrede el bien jurídico.

Es decir, estas valoraciones tanto positivas como negativas se encuentran detrás de los dos mecanismos indispensables para dar forma a todo injusto penal, puesto que:

La transgresión a la norma como función de determinación requerirá ineludiblemente que una persona sea la afectada o por lo menos puesta en peligro en uno o más de sus bienes jurídicos aspecto conocido como **disvalor de resultado (se basa en la lesión y/o puesta en peligro de un bien jurídico)**. Por otro lado, el quebrantamiento a esa misma norma tomándola desde el punto de vista de función de valoración, demandará que se compruebe que el autor ha quebrantado en forma personal lo que establece dicha norma, aspecto conocido como **disvalor de acción (se sustenta en el Dolo)** (Rafecas, 2021, pp321-322).

Se colige que, para configurar un injusto penal, será indispensable que se compruebe al menos un mínimo de disvalor de resultado y de igual manera un mínimo de disvalor de acción; sin el concurso de uno de estos dos requisitos dentro de un caso en concreto no se puede configurar el injusto penal por tanto no será objeto del ejercicio del poder punitivo estatal (Rafecas, 2021, p.323).

Consecuentemente, al encuadrar el tema motivo del presente estudio dentro del análisis de la función de las Normas Jurídico – Penales en cuanto al grado de disvalor de resultado consideramos que si bien es cierto se encuentra estipulada en la Constitución de la República en su Art.- 364 en donde se establece la prohibición de criminalizar el consumo de drogas considerando a la adicción como un problema de salud pública, por otro lado nuestro primordial interés es analizar la problemática desde la perspectiva del grado de disvalor de resultado consideramos que el microtráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización lesiona un bien jurídico como lo es la salud tanto individual como colectiva ya que el consumo de alcaloides a nivel mundial cada día va en aumento, de igual manera se pone en peligro un bien jurídico que a nuestro criterio es el más importante de los bienes jurídicos tutelados por el Estado como lo es la vida de las personas ya que las sustancias psicotrópicas afectan gravemente la salud las personas dejando secuelas devastadoras e inclusive llevándolos hasta la muerte a los sujetos adictos a estas sustancias; concluimos en afirmar plenamente que en el microtráfico cumple a priori la norma de determinación por cuanto no solo existe un mínimo de disvalor de resultado porque no solamente lesiona; sino también pone en peligro bienes jurídicos tan importantes como la salud y la vida.

De manera que, podemos observar que pese a modificar o endurecer las penas establecidas en el Art.- 220, Núm. 1 Lit. a) y Lit. b) del Código Orgánico Integral Penal (2014); así como también haber promulgado Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, lejos de controlar el microtráfico y/o consumo de drogas, la problemática se agudiza cada día más no solo en nuestro país sino a nivel mundial, debido principalmente a la sólida estructura que poseen las grandes bandas delictivas, sumado a las grandes cantidades de dinero que por concepto de ganancia obtienen dichas organizaciones hacen que el control de tráfico y consumo sobre todos en estratos sociales donde la pobreza, desorganización familiar entre otros factores más, se convierta en un verdadero reto para los gobiernos el implementar políticas públicas eficaces, eficientes; sumado a ello una normativa penal realmente efectiva que contribuya a erradicar o disminuir en la medida de lo posible esta problemática social que afecta enormemente a todos los países del mundo y particularmente golpea a nuestra región.

Diferenciación entre micro traficantes y consumidores

Por consiguiente, es necesario analizar el artículo 228 del COIP, en donde destaca que los volúmenes de sustancias sujetas a fiscalización destinados al consumo personal serán regulados de acuerdo con los parámetros establecidos en el COIP. En este sentido, dentro del artículo 705 de este mismo cuerpo legal se destaca que la asistencia sanitaria deberá darse de forma integral, por lo que los centros de privación de libertad deberán disponer de planes de prevención y terapia para individuos que manifiesten problemas de adicciones. En este sentido, se observa una contradicción respecto a lo mencionado en el último inciso del artículo 220 *Ibidem*, en donde se destaca que la tenencia y posesión destinada al consumo no serán punibles (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Por lo tanto, es necesario crear centros especializados para los consumidores en donde estos puedan recibir un trato diferenciado de los micro traficantes de conformidad con las disposiciones constitucionales.

Por ello, el Bien Jurídico no es más que el conjunto de elementos y valores que el ordenamiento jurídico estatal le reconoce dentro de su estructura normativa por encontrarse establecidos tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, siendo considerados como primordiales para el desarrollo del conglomerado humano sentando las bases de convivencia y realización personal de todas las personas. El Bien Jurídico es clave para que el Derecho Penal ejecute su propósito limitador y racionalizador del ejercicio del poder punitivo de un Estado (Rafecas, 2021, pp325-327).

La doctrina establece dos tipos de Bienes Jurídicos, los cuales son indispensables para que exista una coexistencia armónica en la sociedad entre los seres humanos y son: **1.-**

BIENES JURIDICOS INDIVIDUALES O PERSONALES, son aquellos que el ordenamiento jurídico – social le reconoce su uso y disponibilidad a cada ciudadano. **2.- BIENES JURIDICOS SUPRAINDIVIDUALES O COLECTIVOS**, son aquellos que congregan a todos los valores sociales, cuya consideración va más allá de las personas en forma individual, aspectos preponderantes para el desarrollo de la sociedad en forma global incluyendo ámbitos como político, económico, social, medio ambiental, religioso; etc., ya que sin su concurso difícilmente se cumpliría los ideales básicos de la vida (Rafecas, 2021, pp328-330).

La salud pública se la define como el conjunto de acciones emprendidas por el Estado en pro de garantizar el bienestar general de la colectividad adecuando condiciones mínimas de salubridad e higiene para todos los habitantes del Estado, adquiere la categoría de bien jurídico por cuanto cuenta con el respaldo del poder punitivo estatal a más de que se encuentra consagrada en la Constitución de la República.

En los Delitos de Peligro los bienes jurídicos de carácter colectivos o supraindividuales se caracterizan por poner en riesgo el bien jurídico en mención, pero no se logra dañar el bien jurídico como tal, más bien su consumación se ejecutará al momento de que se ponga en una seria puesta en peligro del bien jurídico colectivo (Rafecas, 2021, p.331).

Por lo tanto, consideramos a la salud pública como un bien jurídico colectivo puesto que, no solamente atañe en forma individual al ciudadano como tal sino también al Estado como la estructura básica sobre la que se asienta una sociedad determinada, es por ello que se concluye aseverando que el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, el microtráfico, asociación ilícita, sicariato, delincuencia organizada y otros tipos penales que tienen relación directa entre si considerándoles como delitos de peligro, ya que tienen gran impacto en diferentes ámbitos del quehacer de un país, principalmente en el aspecto económico.

Discusión

Propuesta

Posterior al análisis de la normativa legal que regula el consumo y el microtráfico de estupefacientes, surge la necesidad de implementar una Reforma de los artículos 220 y 60 del Código Orgánico Integral Penal (2014), con la finalidad de garantizar que no se produzcan vulneraciones a los derechos de los consumidores. Por lo tanto, se busca que estos sujetos sean tratados y procesados como enfermos en lugar de delincuentes. Entonces, se observa que pese a que al final del artículo mencionado se destaca que la tenencia y posesión de sustancias sujetas a fiscalización para el consumo no será punible; sin embargo, no se mencionan los parámetros que permitirán definir a un individuo como tal. En este sentido, se sugiere agregar o incorporar los siguientes cambios:

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 con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

a) Mínima escala, de uno a tres años.

1.- En el Numeral 1 Literal a) se agregaría **“A su vez reciba un tratamiento médico toxicológico para superar su drogodependencia, drogadicción o farmacodependencia, por el lapso mínimo de seis meses o el tiempo que lo prescriba el profesional médico a cargo del tratamiento, mismo que lo recibirá en las instalaciones del Centro de Rehabilitación Social en el que se encuentre cumpliendo la pena privativa de libertad impuesta, siempre y cuando se demuestre su adicción o dependencia”**.

b) Mediana escala, de tres a cinco años.

2.- En el Numeral 1 Literal b) se agregaría **“A su vez reciba un tratamiento médico toxicológico para superar su drogodependencia, drogadicción o farmacodependencia, por el lapso de un año o el tiempo que lo prescriba el profesional médico a cargo del tratamiento, mismo que lo recibirá en las instalaciones del Centro de Rehabilitación Social en el que se encuentre cumpliendo la pena privativa de libertad impuesta, siempre y cuando se demuestre su adicción o dependencia”**.

c) Alta escala, de cinco a siete años.

3.- En el Numeral 1 Literal c) se agregaría **“A su vez reciba un tratamiento médico toxicológico para superar su drogodependencia, drogadicción o farmacodependencia, por el lapso de un año seis meses o el tiempo que lo prescriba el profesional médico a cargo del tratamiento, mismo que lo recibirá en las instalaciones del Centro de Rehabilitación Social en el que se encuentre cumpliendo la pena privativa de libertad impuesta, siempre y cuando se demuestre su adicción o dependencia”**.

d) Gran escala, de diez a trece años.

4.- En el Numeral 1 Literal d) se agregaría **“A su vez reciba un tratamiento médico toxicológico para superar su drogodependencia, drogadicción y farmacodependencia, por el lapso de un año nueve meses o el tiempo que lo prescriba el profesional médico a cargo del tratamiento, mismo que lo recibirá en las instalaciones del Centro de Rehabilitación Social en el que**

se encuentre cumpliendo la pena privativa de libertad impuesta, siempre y cuando se demuestre su adicción o dependencia”.

2. Trafique, sea que oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de precursores o sustancias químicas específicas, destinados a la elaboración ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si las sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan se oferten, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio.

La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible; en casos de consumo ocasional, habitual o problemático el Estado ofrecerá tratamiento y rehabilitación.

También se reformará el numeral 2 del artículo 220 del COIP, se incluirá como inciso cuarto la frase **“La determinación de consumidores se realizará mediante análisis psicosomáticos y pruebas toxicológicas que permitan distinguir el tipo y grado de adicción que presentan los sentenciados”.**

Por otra parte, se cree de suma importancia reformar el artículo 60 Numeral 1 del mismo cuerpo legal, se incorporaría a continuación de Tratamiento médico la frase **“tratamiento médico toxicológico”**, sugiriendo el siguiente texto:

Art. 60.- Penas no privativas de libertad. - Son penas no privativas de libertad:

1. Tratamiento médico, **“tratamiento médico toxicológico”**, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.

La reforma está dirigida para las personas privadas de libertad a quienes se les haya probado su adicción, pero que a su vez han sido sentenciados conforme a lo establecido en la ley, ya sea por un error en la Investigación por parte de Fiscalía o por un error de la defensa técnica del sentenciado.

Conclusión

- Finalmente, es posible destacar que pese a que en el Ecuador a nivel constitucional se demanda un trato diferenciado para los consumidores de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, debido a que las adicciones son consideradas como una problemática de salud pública; dentro de los procesos penales se vulneran derechos constitucionales, debido a la falta de claridad en la

Normativa Penal, que conduce a la judicialización del consumo; precisamente por esta razón es que se plantea la imperiosa necesidad de reformar los Artículos 220 y 60 Numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, para contribuir a encontrar soluciones efectivas en la lucha contra el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. Creemos firmemente que si buscamos frenar el microtráfico la alternativa viable sería que la persona sentenciada por microtráfico y que a su vez en base a estudios médicos especializados se haya demostrado su adicción a dichas sustancias se propenda su rehabilitación para que supere su problema de dependencia o adicción a través de los tratamientos toxicológicos respectivos.

- Las personas que sucumben en el mundo de la drogadicción, son fácilmente reclutadas por las bandas criminales dedicadas al tráfico de drogas, ya que por su problema adictivo los consumidores se involucran en el microtráfico, puesto que las grandes estructuras criminales asentadas actualmente en nuestro territorio patrio se encuentran entre ellas librando una batalla sin precedentes por el control de territorios en casi todas las ciudades del país, lo que lamentablemente ha provocado que la inseguridad llegue a índices históricamente nunca alcanzados desencadenando alarmantes cifras de sicariatos; de igual manera amotinamientos y masacres carcelarias en la mayoría de Centros de Rehabilitación Social, siendo la piedra angular de esta problemática social el microtráfico, he ahí la necesidad de viabilizar la reforma planteada de los Artículos 220 y 60 Numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, para que en un futuro cercano los adictos que lastimosamente han sido procesados y sentenciados, luego de cumplir su ejemplarizadora sanción logren rehabilitarse, convirtiéndose en personas que se reinserten en la sociedad y se conviertan en ciudadanos que aportan al desarrollo de Ecuador; es decir que a través de la aplicación de una sanción combinada entre una pena privativa de libertad y una pena no privativa de libertad, se pretende minimizar en la medida de lo posible el microtráfico y la desbordante violencia que actualmente azota nuestro querido país.

Conflicto de intereses

No existe conflicto de intereses con respecto a la información y análisis presentado en el documento.

Referencia Bibliografía

Aguilera-Eguia, R. (2014). Systematic review, narrative review, or meta-analysis? *Rev. Soc. Esp. Dolor*, 21(6), 359-360.

- Artiles-Santana, E. (2021). Una teoría del tipo para el tráfico de drogas en el Ecuador. *Revista San Gregorio*, 146-158.
- Beriain, D. (12 de Abril de 2018). documental "Clandestino". (FUSIÖNMX, Entrevistador)
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). *COIP*. Quito: Registro Oficial.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Montecristi: Registro Oficial 449.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Sentencia 7-17*. CN/19: Registro Oficial.
- Cuenca-Quiñonez, J., & Luna-Polo, J. (2016). La existencia de diversidad en sentencias de jueces con relación al tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes dentro del COIP. *UTMACH*, 66p.
- Dirección Nacional de Investigaciones Antidrogas. (2021). *Estadísticas*. Quito: DAI.
- Fernández, Gonzalo. (2004). Bien jurídico y sistema del delito, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires (p.3).
- Ferrajoli, Luigi. (2018). Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal, Nicolás Guzmán (coord.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires (t. I, p.174).
- Flores, P. (2017). *Impacto del microtráfico en los homicidios en el distrito Portete de la ciudad de Guayaquil, en los años 2013-2014*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- García Arán, Mercedes. (2015). Derecho Penal, Parte General, 9º ed., revisada y puesta al día, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, (p.119)
- García-Peña, J., & Parra-Cortés, L. (2018). Políticas criminales contra el microtráfico ¿La represión es la solución? *UASB*, 131p.
- Gutiérrez, I., & Tobón, S. (2017). *El ciclo criminal del microtráfico y consumo de drogas: contexto nacional y consecuencias en entornos locales*. Medellín: Centro de Análisis Político.
- Jurado, M., Centellas, E., Puleri, E., & Chulver, P. (2018). Experiencias comparadas: microtráfico y umbrales legislativos de Bolivia – Ecuador: avances en torno a la perspectiva de la UNASUR. *Friedrich Ebert Stiftung – Acción Semilla*, 1-26.

- López-Soria, Y. (2016). Análisis de la tabla de medidas de sustancias controladas y sujetas a fiscalización, vigente en Ecuador, entorno a la configuración legal del delito de tráfico de drogas. *capjurídica*, (3), 103-135.
- López-Soria, Y. (2016). La configuración legal del delito de tráfico de drogas en Ecuador contrapone los principios *in dubio pro-reo* y el *nullun crime nulla poena sine lege*. *Uniandes Episteme*, 3(2), 1-14.
- Lúzon Peña, Diego-Manuel. (2016). Derecho Penal. Parte General, 3° ed., ampliada y revisada, B de F, editores, Buenos Aires.
- Maier, Julio. B. J. (2010). El derecho contravencional como derecho administrativo sancionatorio”, en Pastor, Daniel (dir.): Problemas actuales de la Parte General del Derecho Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires. (p.37).
- Molina-Mancilla, M. (2008). Evolución histórica del consumo de drogas: Concepto, clasificación e implicaciones del consumo prolongado. *International e-Journal of Criminal Science*, 1-35.
- Muñoz Conde, Francisco. (1991). Teoría General Del Delito, 2° ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Paladines, J. (2017a). *Cárcel y drogas en Ecuador: el castigo de los más débiles*. Quito: IFE.
- Paladines, J. (2017b). *Matemáticamente detenidos, geoméricamente condenados: la punitividad de los umbrales y el castigo al microtráfico*. FESE, 1-56.
- Pontón, D., & Rivera, F. (2013). *Microtráfico y criminalidad en Quito*. Quito: Observatorio Metropolitano de Seguridad Ciudadana.
- Pyszczek, O. (2021). Geografía del circuito productivo de las sustancias psicoactivas ilícitas (SPI). Globalización, actores y multi escalaridad. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 28-44.
- Rafecas Daniel, (2021). Derecho penal sobre bases constitucionales, ediciones Didot, *cap. II*, 56-66, *cap. II*, 67-72, *cap. III*, 118-124, *cap. IV*, 159-165.
- Raffo, L., & Gómez, D. (2017). Redes criminales y corrupción en la era del microtráfico y el narcomenudeo. *Revista de economía institucional*, 227-261.
- Robalino-Morales, C. (2021). Microtráfico de drogas: causas y comportamiento en el sector Quitumbe en Quito, 2018-2021. *Revista de Investigación en Seguridad Ciudadana y Orden Público*, 37-42.

Roxin, Claus. (1997a). Derecho penal parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Primera edición (en Civitas), 1997, 320p.

Roxin, Claus. (1997b). Tratado de derecho penal-parte general, tomo I, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid. (72p.).

Salazar, S. (2016). El microtráfico en el Ecuador y sus consecuencias en la juventud, frente a las reformas del COIP. *UTPL*, 88p.



El artículo que se publica es de exclusiva responsabilidad de los autores y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Visionario Digital**.



El artículo queda en propiedad de la revista y, por tanto, su publicación parcial y/o total en otro medio tiene que ser autorizado por el director de la **Revista Visionario Digital**.



Indexaciones

