

LA RACIONALIZACIÓN DE LA PENALIDAD ANTI-DROGAS EN ECUADOR

Ernesto Pazmiño Granizo¹

I. La racionalización del tipo penal

Ecuador vive una nueva etapa en su legislación sobre drogas. El 10 de febrero de 2014 se publicó en el Registro Oficial No. 180 el Código Orgánico Integral Penal (COIP), como la plataforma jurídica más importante que concentra las normas sustantivas con las adjetivas y ejecutivo-penales del país. Dentro de su gran entramado normativo se absorbieron y modificaron todos los tipos penales de la extinta Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108) promulgada el 17 de septiembre de 1990, aplicando como eje transversal el principio de proporcionalidad. Así, tras 25 años de una legislación que desbordó los estándares jurídicos y políticos del estado de derecho mediante una subjetiva y abierta penalidad, los vestigios que dejó en su camino fueron: la (des)institucionalidad del órgano rector de la política de drogas y la policialización de la prevención; la aplicación de penas desproporcionadas, incluso por encima del rango para reprimir al homicidio; la selectividad de los pequeños eslabones y la casi ausente persecución de los autores; la generación de una cultura judicial de *zero tolerancia* con el libre desarrollo de la personalidad, en especial con el consumo; el desmantelamiento de las garantías del debido proceso; y, la pérdida de una racionalidad jurídico-dogmática conllevando a la detención de más de 63.000 personas a lo largo de su vigencia, donde aún saltan las sospechas que una gran cantidad de ellas fueron simples consumidoras (Paladines, 2012: 40-41).

La nueva legislación readecua los derogados tipos penales de la Ley 108 dentro de los artículos 219 y 228 de COIP², en la sección denominada como “Delitos por la

¹ Defensor Público General de la República del Ecuador, ex legislador y profesor invitado de la Universidad Andina “Simón Bolívar”, autor de múltiples obras sobre política judicial y derecho procesal penal.

² La norma más importante de la nueva legislación de drogas es la siguiente: Artículo 220 (COIP).- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o

producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización”. El COIP no trasladó pasivamente los delitos de la Ley 108, sino que los modificó tanto en la construcción de los elementos del tipo como en la pre-determinación de las penas en el marco del principio de *estricta taxatividad* de las normas (Ferrajoli (2009: 502-536).³. Por lo tanto, se pueden encontrar nuevos supuestos jurídicos, reagrupaciones de verbos rectores, cambios que aumentan y rebajan las penas, etc. Entre sus principales características normativas se halla la aplicación de la teoría de la *tipicidad conglobante* de Eugenio Raúl Zaffaroni, por medio de la cual se aclara el pragma que legítimamente se pretende reprimir. De esta forma, el autor señala:

“...la función imputativa que cumple la tipicidad conglobante opera como contrapulsión reductora o de contención de la pulsión ampliatoria del canal de paso de poder punitivo que importa la individualización del pragma a

indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente: 1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera: a) *Mínima escala de dos a seis meses; b) Mediana escala de uno a tres años; c) Alta escala de cinco a siete años; y, d) Gran escala de diez a trece años.* 2. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de precursores químicos o sustancias químicas específicas, destinados para 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 ofertan, 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.* (Cursivas fuera del texto). Además, sobre el cultivo se rehace la siguiente norma: Artículo 222 (COIP).- Siembra o cultivo.- La persona que siembre, cultive o coseche plantas para extraer sustancias que por sí mismas o por cuyos principios activos van a ser utilizadas en la producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, *con fines de comercialización*, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (Cursivas fuera del texto).

³ El abuso en la inclusión de verbos rectores es una de las características más notorias de las legislaciones sobre drogas en América Latina. En Ecuador se destacaron de la Ley 108 al menos los siguientes: “sembrar”, “cultivar”, “cosechar”, “explotar”, “extraer”, “recolectar”, “purificar”, “cristalizar”, “recristalizar”, “sintetizar”, “elaborar”, “producir”, “fabricar”, “preparar”, “envasar”, “ofrecer”, “intermediar”, “comprar”, “vender”, “entregar”, “distribuir”, “comercializar”, “importar”, “exportar”, “traficar”, “transaccionar”, “transportar”, “poseer”, “tener”, “mantener”, “hallar”, “prestar”, “administrar”, “destinar”, “recetar”, “despachar”, “falsificar” o “alterar”. Con ello se amplía el espectro de punición como una red que lo atrapa todo. Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni (2009: 6) para el cotejo del caso latinoamericano.

través de la función meramente sistemática, lo que es obvio dada la ambigüedad de todo lenguaje formalizado; de allí que opere también como reductor el principio de máxima taxatividad interpretativa derivado del mas general de legalidad” (Zaffaroni et. al., 2002: 456).

Se corrige uno de los ámbitos de penalidad más ambiguos de la legislación sobre drogas, aquel que pretendía mediante la medial acción de “sembrar” o la descriptiva característica de “poseer” o “tener” convertir a sus agentes en narcotraficantes. Estas distorsiones –que se convirtieron en mandatos de optimización para las policías– fueron de alguna forma aclarados por la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988, el instrumento internacional más bélico de la “guerra contras las drogas”. De esta forma, además de recomendar a nuestros estados que la pena debe ser proporcionada (artículo 3.4.a de la versión en español), se mencionó que el núcleo de cualesquiera de las acciones que hemos de reprimir siempre ha de ser el *tráfico*, es decir el interés de comercializar drogas de uso ilícito. Con ello, la acción de poseer drogas de uso ilícito debe ser jurídicamente reprochable en el interés de vender o comercializar la sustancia. Tal es así que el número 1 del artículo 3 de la citada convención señala de forma explícita que la “posesión” tiene un desvalor si tiene por objeto cualquier actividad de comercio como la venta, distribución, corretaje, entre otros; actividades descritas en el apartado i) de la letra a) del artículo en mención. Así, su apartado iii) destaca:

“La posesión o la adquisición de cualquier sustancia estupefacientes o psicotrópica con el objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i)”

Al establecer como núcleo del delito al tráfico se corrige también la actividad procesal. La persecución penal de la agencia fiscal, por lo tanto, debe demostrar que cualquier persona aprehendida con drogas de uso ilícito tiene como interés su comercialización. Aquello permite aterrizar el imperativo que se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 364, que expresamente

prohíbe criminalizar a las y los consumidores⁴. Aunque en la derogada Ley 108 supuestamente se debía probar el tráfico, en la práctica judicial jamás se lo exigía puesto que la sola norma generaba una especie de *responsabilidad objetiva* por el hecho de “tener” o “sembrar”. Por ende, el procesado debía probar que no tenía interés alguno en traficar, cuestión que llegaba a los ámbitos de discrecionalidad más ortodoxos de los jueces, quienes apegados al clásico principio de legalidad cedían por la simple hermenéutica de la ley. El artículo 62 de la Ley 108 fue el más recurrido tipo penal tanto por las agencias policiales como la fiscal⁵, causante de la imputación del 83% de las personas detenidas por drogas desde 1990 hasta el 2014 (Paladines, 2014: 106).

II. La racionalización de las penas

En mayo de 2013 la Secretaría Ejecutiva del CONSEP creó los *umbrales* para proteger el consumo de drogas de uso ilícito de las acciones de persecución penal, es decir criterios técnico-políticos para evitar la criminalización de los consumidores. En el caso ecuatoriano, los umbrales delimitaron las fronteras entre la tenencia/posesión para el uso o consumo Vs. el tráfico ilícito como actividad delictiva. Por otra parte, el artículo 220 del COIP remite al órgano encargado de la política de drogas la creación de los umbrales para distinguir el tráfico entre mínima, mediana, alta y gran escala, tal como lo establece su Disposición Transitoria

⁴ El artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador –vigente desde el 20 de octubre de 2008– dice: “Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. *En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.* El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco” (Cursivas fuera del texto). Por ende, Ecuador consagró como principio constitucional la reivindicación histórica de prohibir la criminalización de los consumidores, cuestión que, por otra parte, ha devenido de la obra constitucional de Colombia (Sentencia CC-221-1994) e incluso Argentina (Fallo Arriola 2009).

⁵ Art. 62 Ley 108.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.- “Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, *posean o tengan*, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, *serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria* y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.” (Cursivas fuera del texto)

Décimo Quinta. A pesar que en la doctrina este tipo de normas nos conducen al debate sobre el derecho penal en blanco, lo cierto es que aunque no tengan legitimidad de origen los criterios que distinguen las cantidades y género de sustancias sujetos a las penas del COIP tienen legitimidad de resultado. Es así que la Resolución No 002 CONSEP-CD-2014 establecen los criterios que permiten distinguir y categorizar las escalas del tráfico ilícito de drogas:

Categorización para el Tráfico Ilícito de Drogas Art. 220 COIP							
Tipo de tráfico y pena	Heroína	Pasta base de cocaína	Cocaína	Marihuana	Anfetaminas	MDA	Éxtasis
Minima Escala: 2-6 meses	0-1 gramos	0-50 gramos	0-50 gramos	0-300 gramos	0-2,5 gramos	0-2,5 gramos	0-2,5 gramos
Mediana Escala: 1-3 años	1-5 gramos	50-500 gramos	50-2.000 gramos	300-2.000 gramos	2,5-5,0 gramos	2,5-5,0 gramos	2,5-5,0 gramos
Alta Escala: 5-7 años	5-20 gramos	500-2.000 gramos	2.000-5.000 gramos	2.000-10.000 gramos	5,0-12,5 gramos	5,0-12,5 gramos	5,0-12,5 gramos
Gran Escala: 10-13 años	Más de 20 gramos	Más de 2.000 gramos	Más de 5.000 gramos	Más de 10.000 gramos	Más de 12,5 gramos	Más de 12,5 gramos	Más de 12,5 gramos

Fuente: Resolución 002 CONSEP-CD-2014

Elaboración: Coordinación Misional de la Defensoría Pública del Ecuador

Esta distinción permite además profundizar los grados de participación criminal dentro del tráfico ilícito de drogas, sensibilizando las penas. Además, la autoría – incluso la autoría mediata– se encuentra claramente separada en el artículo 221 del COIP. Por ende, las nuevas escalas del tráfico ilícito de drogas del artículo 220 del COIP amplían la hermenéutica de la justicia. De esta forma, podría socio-jurídicamente sostenerse que: i) dentro del tráfico a mínima escala se encuentran quienes, posiblemente, trafican para su propio consumo; un fenómeno social que en estricto sentido jurídico no debería ser penable aunque sí punible; ii) dentro del tráfico a mediana escala se encontrarían quienes trafican a nivel local, es decir los que por su aprovisionamiento se encuentran en un estrato más asociado al lucro que al consumo para sí, ubicado dentro de una delimitada geografía como un barrio, escuela, etc.; iii) dentro del tráfico a alta escala están quienes comercializan sustancias sujetas a fiscalización a nivel nacional, esto es, quienes participan dentro de un comercio mucho más lucrativo y en construcción de redes locales; y, finalmente, iv) dentro del tráfico a gran escala se encuentran los que comercializan

o transportan drogas de uso ilícito a nivel internacional en cantidades cuya ganancia es eminentemente millonaria y con hallazgos escandalosos ante la opinión pública.

Las personas imputadas por cualquiera de las escalas del tráfico ilícito de drogas determinadas en el artículo 220 del COIP son, en estricto sentido, partícipes (instrumentos) y no autoras del narcotráfico. Las definiciones técnicas para las escalas del tráfico ilícito de drogas emanada por la Resolución No. 002-CONSEP-CD-2014, sin duda, son un avance en la reconstrucción de la deteriorada legislación pasada, en la cual se seleccionaba a las personas más débiles a través de la amenaza e imposición de penas desproporcionadas. Esta corrección de la legislación le ha permitido incluso al Ecuador posicionarse como un país que presenta desde la norma serias alternativas al encarcelamiento⁶, dentro de las cuales además se suspende condicionalmente la pena (*probation*) para quienes reciban una condena en los delitos cuyo máximo de la pena sea de hasta cinco años (artículo 630 *ibíd.* COIP)

III. Conclusión: el bloqueo de la punitividad de la “guerra contra las drogas”

La nueva legislación sobre drogas contemplada en el COIP presenta una construcción jurídico-penal más racional que la Ley 108. Su vigencia llevó también a la aplicación del principio de favorabilidad para evitar una indebida prolongación del cautiverio de las personas privadas de la libertad (Pazmiño, Paladines y Brito, 2014). Hasta ahora, la reforma en materia de drogas ha provocado la liberación de más de 2.200 personas, permitiendo la recuperación de la política criminal y despertando otras alternativas de cara a la próxima Asamblea General de las Naciones Unidas en materia de drogas del siguiente año (UNGASS 2016)⁷. Sin duda, la reforma ecuatoriana apela a devolver la razón jurídica desplazada

⁶ Véase el Informe “Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas” (OEA, 2005: 37-38). También en: <http://cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=3202>

⁷ Véase el Informe “El impacto de las políticas de drogas en los Derechos Humanos: la experiencia del continente americano” (CELS, 2015: 33). También en: http://cels.org.ar/common/documentos/Drogas_web.pdf

históricamente por la penalidad de la Ley 108, como una señal que la “guerra contra las drogas” tiene una contención en la racionalidad.

IV. Bibliografía

AA.VV., *El impacto de las políticas de drogas en los Derechos Humanos: la experiencia del continente americano*, CELS, Buenos Aires, 2015.

Código Orgánico Integral Penal, 2014.

CONSEP, *Resolución No 002 CONSEP-CD-2014*, Quito, 2014.

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, 1988.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009

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

Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108), 1990.

Paladines, Jorge Vicente, “La respuesta sanitaria frente al uso ilícito de drogas en Ecuador”, en Catalina Pérez Correa y Coletta Youngers (editoras), *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*, CEDD y CIDE, México, 2014.

Paladines, Jorge Vicente, *La (des)proporcionalidad de la Ley y la Justicia Antidrogas en Ecuador*, cuadernos defensoriales, No. 1, Defensoría Pública del Ecuador, Quito, 2012.

Pazmiño, Ernesto, et. al., *Guía de aplicación del principio de favorabilidad para las personas condenadas por delitos de drogas en Ecuador*, Defensoría Pública del Ecuador, Quito, 2014.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario”, en Juan Pablo Morales y Jorge Vicente Paladines (editores), *Entre el control social y los Derechos Humanos: los restos de la política y la legislación de drogas (Libro Homenaje a Juan*

Bustos Ramírez), Volumen 9, serie neoconstitucionalismo y sociedad,
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl et. al., *Derecho Penal: Parte General*, Ediar, Buenos Aires,
2002.