

**TIPOS PENALES EN DELITOS DE DROGAS EN EL ECUADOR:
ENTRE LA AMBIGÜEDAD Y LA SINRAZÓN
CRIMINAL TYPES IN DRUG CRIMES IN ECUADOR:
BETWEEN AMBIGÜEDAD AND SINRAZON**

Dr. Paúl Pérez Reina ¹. eepez@utn.edu.ec

Marco Farinango Patiño ². marcofarg@yahoo.com

¹Universidad Técnica del Norte. Av. 17 de julio 5-21 y Gral. José María Córdova, Ibarra, Imbabura, Ecuador

²Unidad Educativa Internacional Pensionado Atahualpa. San José de Cananvalle, Ibarra, Imbabura, Ecuador

Resumen

El propósito de este artículo se centra en realizar un análisis de los tipos penales en los delitos de drogas en el Ecuador. Se abordó una metodología descriptiva expos-facto no experimental para analizar las iniciativas atribuibles a períodos de aceptación popular, con propuestas de políticas, normas y modelos institucionales asociados a la materia penal en relación con el Código Orgánico Integral Penal de 2014, que se articuló en un órgano único las áreas sustantiva, procesal y penitenciaria. El análisis de la información evidenció el avance en el COIP, que se relaciona con el desarrollo del principio de proporcionalidad en los delitos relacionados con las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, de conformidad con el mandato constitucional establecido en el artículo 76, número 6 de la Constitución. Haciendo un breve estudio de la normativa sobre drogas, la derogada Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en su última reforma publicada en el Registro Oficial, Suplemento 490 de 27 de diciembre de 2004. Precisamente como normas penales incompletas en cuanto a su estructura (espacios penales en blanco), abriendo un enorme vacío a la discrecionalidad de los operadores de justicia lo que genera inseguridad jurídica, desde el 10 de agosto de 2014, cuando se aprobó el COIP, beneficiando a más de 2 mil privados de libertad por delitos de drogas, gracias al principio de favorabilidad.

Palabras clave: Ley de drogas, procesos penales, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, Código Orgánico Integral Penal, Consejo Nacional para el Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas

Abstract

The purpose of this article focuses on conducting an analysis of the criminal types in drug offenses in Ecuador. A non-experimental expos-facto descriptive methodology was addressed to analyze the initiatives that were attributable to popular acceptance periods, with proposals of politics, regulations and institutional models associated to criminal matters in relation to the 2014 Integral Criminal Organic Code, which articulated in a single body the substantive, procedural and penitentiary areas. The analysis of the information evidenced the progress in the COIP, that is related to the development of the principle of proportionality in crimes related to catalogued substances subject to control, in accordance with the

constitutional mandate set out in the article 76, number 6 of the Constitution. Making a brief study of the regulations on drugs, the repealed Narcotics and Psychotropic Substances Law, in its latest reform published in the Official Register, Supplement 490 of December 27, 2004. Precisely as incomplete criminal rules regarding to their structure (penal blanks in white), opening a huge gap to the discretion of justice operators which causes legal insecurity, since August 10, 2014, when the COIP was approved, benefiting more than 2 thousand deprived of liberty for drug offenses, thanks to the principle of favorability.

Keywords: Drugs, criminal proceedings, narcotic and psychotropic substances law, Organic Comprehensive Criminal Code, The National Council for the Control of Narcotic and Psychotropic Substances.

Introducción

En el Ecuador a partir del 2014 se incorpora por primera vez escalas punitivas para la imposición de sanciones, lo cual garantizaba que los operadores de justicia, actúen bajo ciertos parámetros técnicos, evitando de esta manera la discrecionalidad y las sanciones penales totalmente contradictorias en delitos similares. En la Resolución Obligatoria Nro. 012-2015, no se consideró las escalas para otras sustancias controladas, que permita sancionar a los sujetos activos del tipo penal tipificado en el artículo 220 del COIP, que actualmente ha sido reformado mediante la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 107, de 24 de diciembre de 2019. Por tanto, la solución al inconveniente que expondremos en el desarrollo de este trabajo no ha sido superado y los operadores de justicia, no cuenten con un marco normativo claro para sus decisiones.

Citemos un ejemplo: el artículo 9 numeral 14 de la ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, establecía como funciones y atribuciones de la Secretaría Ejecutiva, como organismo técnico y operativo del entonces CONSEP, "...Conceder autorizaciones y licencias para la producción de precursores u otros productos químicos específicos, según las definiciones de los anexos de dicha Ley, o de drogas o preparados de uso terapéutico que, en sus fórmulas, contengan sustancias sujetas a fiscalización"; lo que guardaba relación con el artículo 38 Ibidem que prescribía textualmente: "...Tenencia de sustancias sujetas a fiscalización.- Nadie podrá, sin autorización legal o previo despacho de receta médica, mantener en su persona, ropas, valijas, vivienda, lugar de trabajo u otro sitio cualquier cantidad de las sustancias sujetas a fiscalización, ni tenerlas, en cualquier forma, para el tráfico ilícito de ellas...". Respecto de las infracciones

penales, las conductas se encontraban tipificadas y sancionadas en el título quinto ídem, que refería sobre las infracciones y las penas.

Esta ley adolecía de algo fundamental: la precisión del marco jurídico para que los actores del sistema de justicia actúen sin discrecionalidad. Al respecto, Ramiro Ávila afirma categóricamente que: "...La norma jurídica para ser legítima no puede ignorar ni contradecir los principios. Estos principios deben inspirar las leyes. Sólo los legisladores pueden determinar el contenido y el alcance de los principios que son, por naturaleza, indeterminados y ambiguos. Dejar a los jueces la determinación de principios, es permitir la arbitrariedad y promover un sistema que se basaría en la inseguridad jurídica..." (Ávila, 2012). Pero al mismo tiempo, subraya que: "...los principios, no las reglas, resuelven los problemas suscitados por leyes injustas o por la falta de reglas..." (Ávila, 2012).

Con la reforma contenida en 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, publicada en el Suplemento - Registro Oficial N° 615, del 26 de octubre de 2015, se incrementó el quantum punitivo de la pena para la escala mínima y mediana. La mínima escala que tenía prevista una sanción de dos a seis meses, se cambió por uno a tres años de pena privativa de libertad; mientras que, la mediana escala, que tenía prevista una sanción de uno a tres años, aumentó de tres a cinco; todo este cambio se dió en medio de un contexto político y pre-electoral, donde era fundamental para el gobierno de ese entonces "construir al enemigo", tal como fundamenta con claridad Umberto Eco, pues: "tener un enemigo es importante no solo para definir nuestra identidad, sino también para procurarnos un obstáculo con respecto al cual medir nuestro sistema de valores y mostrar, al encararlo, nuestro valor. Por lo tanto, cuando el enemigo no existe, es preciso construirlo" (ECO, 212). El enemigo en ese entonces fueron los micro-trafficantes, es decir, los marginales del negocio, los desechables, a quienes había que encarcelar a como dé lugar, por lo tanto, era indispensable reformar el COIP tras un año apenas de vigencia, para lograr, con fines electorales, el encarcelamiento de los microtrafficantes.

Cabe mencionar que, con la vigencia de esta nueva ley de drogas, se eliminó un organismo técnico e interinstitucional, el CONSEP, cuyas siglas son el

Consejo Nacional de Control de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, dependiente de la Procuraduría General del Estado, en el que participaban los Ministerios de Salud, Educación, Interior, Justicia, Inclusión Económica y Social, Defensa Nacional, Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. La nueva Ley Orgánica de Prevención de Drogas, para crear otra institucionalidad denominada “Secretaría Técnica de Drogas”, en dependencia directa del Presidente de la República. En palabras del ex-presidente Correa: “Con la reforma, el CONSEP desaparece, se transforma en una Secretaría Técnica y ahí sí a cargo de la Presidencia. Ahora sí vamos a poder tener mucha más eficacia y eficiencia en la lucha contra las drogas” (El Universo, 2015/10/05/).

Tres años después, los resultados en la lucha contra el narcotráfico y las bandas criminales vinculadas a estos delitos, no parecen haber obtenido los objetivos esperados. Tampoco el microtráfico ha sido derrotado; ahora mismo, en medio de una fuerte política de austeridad fiscal y de varios episodios de violencia criminal vinculada al narcotráfico, la vigencia de la Secretaría de Drogas, tal como ha funcionado en este corto período, fue suprimida por Presidente de la República Lenin Moreno Garcés, mediante Decreto N° 376 del 23 de abril del 2018, publicado en el Registro Oficial No. 234 del 04 de mayo del 2018, disponiendo que sean los Ministerios de Salud y del Interior, quienes asuman todas las facultades administrativas de la SETED, en este caso, por mandato del artículo 2 numeral I de dicho decreto, ahora le corresponde al Ministerio de Salud expedir las tablas de cantidades de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Finalmente, como corolario de las reformas planteadas en este contexto, mediante acuerdo 0197 se expidió: “El Reglamento para el Control y Administración de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización”, suscrito por la Ministra de Gobierno, María Paula Romo, que fue publicado en el Registro Oficial No. 157 del lunes 09 de marzo de 2020, en su artículo 1, crea la Subsecretaría Técnica de Control y Administración de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, que aplicará en el ejercicio de su atribución de control de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, con fines de investigación científica no médica, adiestramiento e industrialización no farmacéutica; y, de administración de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización recibidas en depósito.

Desarrollo

El tipo penal en blanco en la lucha contra las drogas

Al abordar el tipo penal en blanco, se plantea la siguiente pregunta: ¿Qué es un tipo penal en blanco? El profesor Miguel Abel Souto señala que: “son ‘preceptos penales principales’, que contienen la sanción o consecuencia jurídica pero no expresan íntegramente el supuesto de hecho o conducta delictiva, pues el legislador para tales efectos, se remite a normas no penales del mismo o inferior rango, a otras leyes, reglamentos o actos de la administración” (Souto, 2005).

Cuando los tipos penales en blanco son la característica en la lucha contra las drogas, la discrecionalidad y la inseguridad jurídica, se convierten en la tónica fundamental en el tratamiento y elaboración de normativas orientadas a la prevención y el combate de delitos relacionados con las drogas. A pesar de las reformas al Código Orgánico Integral Penal, se mantiene el mismo problema. Veamos, por ejemplo, cómo el COIP, en su disposición derogatoria séptima, suprimió de aquella Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, el Título V “De las infracciones”, en su lugar incluyó en el catálogo punitivo la Sección Segunda, capítulo Tercero, del Título Cuarto, del Libro Primero, el artículo 220 que fijó las escalas punitivas de la siguiente manera:

“Artículo 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. – La persona que directa o 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.

d) Gran escala de diez a trece años”.

Posteriormente como ya indicamos, con la publicación de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización¹, en su primera disposición derogatoria eliminó de la legislación ecuatoriana la Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas² y sus reformas; dicha derogatoria, se centró expresamente en la Ley 108 sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas³, que sirvió de base para dicha codificación, y sus reformas.

En lo principal, el objetivo era modificar y aumentar la consecuencia jurídica, tal como sucedió a renglón seguido: en su primera disposición reformativa, aumentó el quantum punitivo para dosificación de penas para los casos de mínima y mediana escala de la siguiente forma:

“Primera. En el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180, Suplemento, de 10 de febrero de 2014, refórmense las siguientes disposiciones:

1.- En el número 1 del artículo 220, sustitúyanse los literales a) y b) por los siguientes:

- a) Mínima escala de uno a tres años.
- b) Mediana escala de tres a cinco años...”

Recordemos que el CONSEP mediante Resolución No.001-CONSEP-CD-2015, modificó la Resolución No. 002 CONSEP-CD-2014 de 09 de julio del 2014, publicada en el segundo suplemento del registro oficial No. 288 del 14 de julio del 2014, cuya tabla quedó establecida de la siguiente manera: “Artículo 1.- Expedir las siguientes tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala”⁴:

¹ Esta ley fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 615 del 26 de octubre de 2015.

² La codificación se publicó en el Registro Oficial, No. 490, Suplemento de 27 de diciembre de 2004.

³ La ley 108 se publicó en el Registro Oficial No. 523, de 17 de septiembre de 1990.

Tabla 1. Cantidades de sustancias estupefacientes

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

Tabla 2. Cantidades de sustancias psicotrópicas

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

Como se puede apreciar, no es comprensible esta Política Criminal contradictoria, que ha oscilado entre las dos vertientes descritas (CONSEP-CD, 2015) y (Balcare, 2004). Por lo demás, se añadieron criterios especializados de los organismos técnicos, que enrarecieron aún más la situación. El desaparecido Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP, 2013), acogiendo el análisis técnico del Ministerio de Salud Pública, que analizó criterios biológicos, psicológicos, sobre toxicidad, entre otros, pudo establecer que cada sujeto-consumidor, sin cometer algún tipo de delito, podría portar las siguientes cantidades de droga:

- Marihuana 10 g
- Pasta base de cocaína 2 g
- Clorhidrato de cocaína 1 g
- Heroína 0.1 g
- Metilendioxifenetilamina 0.015 g
- Éxtasis 0.015 g
- Anfetaminas 0.04 g

Con la resolución antes referida, un organismo competente, desde el punto de vista técnico como el Ministerio de Salud, ofreció herramientas de base

científica para determinar cantidades tolerables de tenencia de drogas para un segmento poblacional específico de consumidores, lo cual se correspondía y era coherente con el catálogo punitivo y sus escalas establecidas en el artículo 220 del COIP.

Además de esta, y en cualquier materia, es fundamental remitirnos a la Constitución de la República del Ecuador, artículo 364, que señala claramente un principio de salud pública:

“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” (Constitución de la República, 2008).

En este mismo sentido podemos reflexionar, que es evidente la existencia de mandatos constitucionales y legales, que son normas latentes sobre la legalización del consumo de drogas en el Ecuador. Esa es una conclusión que se puede obtener de una lectura y análisis cualitativo del último inciso del artículo 220 del COIP: “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” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Por su parte la Corte Constitucional, en el **Causa No. 0007-17-CN y acumuladas, Dictamen No. 7-17-CN/19**, en relación a la consulta de norma formulada por el juez de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Santo Domingo, Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, sobre la constitucionalidad de la Resolución No. 001-CONSEP-CD-2013 expedida por el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas CONSEP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 19, del 20 de junio de 2013, se resolvió en los siguientes términos: “1. La tabla respecto a cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal establecida en la Resolución No. 001-CONSEP-CD-2013 es compatible con el artículo 364 de la CRE. 2. El inciso

final del artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal es compatible con el artículo 364 de la CRE, en lo que atañe al objeto de esta sentencia, interpretándose en el sentido que el hecho de superar las cantidades máximas establecidas, no es constitutivo del tipo penal de tenencia y posesión, no establece indicio ni presunción de responsabilidad penal. Si el detenido supera las cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir, en el marco del derecho al debido proceso”. (Corte Constitucional del Ecuador, 2019).

De lo expuesto, la pugna existente entre estas dos visiones: Por un lado, aquella que respeta la norma constitucional, legal y técnica de salud pública, cuya coherencia le da sustento a una política pública robusta y de largo plazo; y por otro, aquella coyuntural, muchas veces motivada por fines electorales, que busca la intervención máxima del Estado para utilizar y abusar del poder punitivo, incluso criminalizando a los consumidores; fue finalmente resuelto por el máximo organismo de justicia constitucional.

A decir de Eugenio Raúl Zaffaroni, los juristas buscan formas de contener el poder punitivo dentro de la criminalización secundaria selectiva y estereotipada, a través de la pena como hecho político, que tiene sus fanáticos, como un dios falso, porque se piensa que con la pena se va a salvar el Amazonas, que se van a acabar los delincuentes, los toxico dependientes, frente a este falso ídolo es preferible tomar una posición agnóstica. (Corte Constitucional del Ecuador, 2019).

Pero una cosa es el agnosticismo, es decir aquel principio filosófico que pone en cuestión los criterios de verdad elaborados alrededor de ciertos “dioses falsos”, y otra cosa distinta, tomar posición sobre estos temas. Y Zaffaroni lo hace, cuando afirma que “Las irracionalidades del poder punitivo tienen serias consecuencias en niveles institucionales. Colocamos en contacto a nuestras fuerzas policiales con poderosas organizaciones criminales capaces de corromperlas” (Zaffaroni, 2016). Pero, además añade una huella a seguir, principalmente por parte de los organismos específicos encargados de elaborar políticas públicas, al poner en cuestión el “mismo modelo de policía de ocupación

territorial heredado de la colonia. No hemos logrado efectivizar la inserción comunitaria como estrategia de gobernanza democrática, tal como lo hace Estados Unidos con la figura del *sheriff* (Zaffaroni, 2016).

Por lo demás, la ambigüedad en las políticas criminales relacionadas con los delitos de drogas, ha sido negativa para la población en general, provocando incertidumbre en el seno de la sociedad. Como bien señala Mérida Adriana Pumalpa Iza: “La nueva tabla en relación con la anterior evidencia una disminución en los límites permisibles para la posesión de sustancias estupefacientes, es decir, un consumidor perfectamente puede ser sancionado como micro-traficante (sin serlo) por el hecho de tener en su posesión más del límite permitido” (Pumalpa, 2016).

Ahora bien, haciendo un balance de las normas y de la política criminal, ¿Por qué afirmamos que el tipo penal es una ley penal en blanco, que deja al arbitrio de los jueces su interpretación y discrecionalidad? Como podemos apreciar, eso es lo que sucede en cuanto a su estructura (Puig, 2003).

En palabras de Fabián Balcare acerca del derecho penal periférico, “en menor medida, el mandato de determinación es relativizado con las leyes penales en blanco (cuya proliferación en el ámbito del derecho penal periférico o accesorio es preocupante). Estas consisten en conminaciones penales que remiten a otros preceptos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad. Generalmente los tipos con elementos normativos jurídicos son tipos penales en blanco” (Balcare, 2004)

Complementando esta reflexión, a decir del profesor Zambrano (s/f), se hace referencia a elementos normativos que no están en la ley penal cuando leemos las frases: “...sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente...”; y, “...en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente...”, nos advierte sobre la necesidad de revisar la legislación nacional e internacional; y la normatividad administrativa de control sobre las sustancias estupefacientes y sicotrópicas para complementarlo.

Por lo demás, desde la teoría del derecho se ha planteado una defensa de tipos penales en blanco, pero advirtiendo claramente la responsabilidad de la

autoridad respectiva para “rellenar” el vacío. Se trata de una concepción válida, que identifica la norma como un cuerpo vivo y cambiante, pero que no omite las responsabilidades institucionales para complementar, si cabe el término, aquello que ha debido dejarse en blanco precisamente por su esencia cambiante.

El mismo profesor Miguel Abel Souto señala el espíritu del debate en los siguientes términos: “Estas normas representan un instrumento necesario para evitar la ‘petrificación’ o ‘anquilosamiento’ de la ley, pues su razón de ser radica en la existencia de supuestos de hecho estrechamente relacionados con otras ramas del ordenamiento en las que la actividad legislativa es incesante debido al carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de regulación’. Dado que su aplicación puede implicar una clara infracción del principio de legalidad, la seguridad jurídica y la división de poderes, la ley ha de precisar con detenimiento las autoridades que deben ‘rellenar’ el precepto en blanco y las características de este proceso, dejando suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta o el ‘núcleo esencial de la prohibición’ que se emitirá” (Souto, 2005).

Análisis del marco normativo regulatorio nacional e internacional sobre sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

De las siete sustancias contempladas en las tablas expedidas mediante resoluciones por el extinto CONSEP, cuatro son estupefacientes (Heroína, Pasta Base de Cocaína, Clorhidrato de Cocaína y Marihuana), y tres son sicotrópicas (Anfetaminas, Metilendioxifenetilamina MDA y Éxtasis MDMA).

Sin embargo, el Estado a través de sus instituciones, nos ha dejado un vacío legal, literalmente en blanco, porque no existe normativa alguna que cubra las demás sustancias enlistadas en los anexos A, B y C de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, así también, todas las demás sustancias estupefacientes que figuran en la Lista I de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y/o en el Grupo I de la Convención de 1931; en la segunda, los que figuran en la Lista II de la Convención de 1961 y/o en el Grupo II de la Convención de 1931; y en la tercera, los que figuran en la Lista IV de la Convención de 1961 y/o en el Grupo II de la Convención

de 1931. Los nombres y las descripciones que se emplean son los que figuran en la Convención de 1961 o en las notificaciones oficiales del Secretario General de las Naciones Unidas.

Por otro lado, la Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC, ha advertido que en los últimos años el mercado de los estimulantes de tipo anfetamínico (ETA) se ha caracterizado por la aparición de varias nuevas sustancias que a menudo tienen propiedades químicas y/o farmacológicas similares a las sustancias controladas internacionalmente. Su variedad nunca ha sido tan amplia como lo es ahora.

Estas Nuevas Sustancias Psicoactivas (NSP) han sido conocidas en el mercado por términos tales como “drogas de diseño”, “euforizantes legales”, “hierbas euforizantes”, “sales de baño”, “productos químicos de investigación” y “reactivos de laboratorio”. A fin de promover una terminología clara sobre este asunto, UNODC utiliza únicamente el término “nuevas sustancias psicoactivas (NSP)”, las cuales se definen como “sustancias de abuso, ya sea en forma pura o en preparado, que no son controladas por la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes ni por el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, pero que pueden suponer una amenaza para la salud pública”.

El término “nuevas” no se refiere necesariamente a nuevas invenciones – varias NSP fueron sintetizadas por primera vez hace 40 años – sino que son sustancias que han aparecido recientemente en el mercado y que no han sido incorporadas en las Convenciones antes mencionadas.

En el Ecuador, hemos atravesado por varias instituciones que tenían la obligación de expedir las tablas para completar el tipo penal, estas son: La Secretaría Técnica de Drogas (SETED) que sustituyó al CONSEP, y el Ministerio del Interior que sustituyó a la SETED, penúltima institución que actualmente es la competente para otorgar los permisos ocasionales o permanentes para la movilización, importación y exportación de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Además, la desaparecida SETED (2016) emitió una resolución mediante la cual se expidió el Reglamento para el Control de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, que regula el procedimiento para calificarse luego de la comprobación y evaluación de la capacidad de infraestructura física, técnica y administrativa de las personas naturales y jurídicas que requieran manejar sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Faculta el uso de dichas sustancias de acuerdo a la actividad y finalidad para la que se concede, cuyo alcance según el artículo 4 del indicado reglamento, es la producción, importación, exportación, comercialización, almacenamiento, distribución, transporte, prestación de servicios industriales no farmacéuticos, reciclaje, reutilización y uso de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, constantes en las listas A, B y C del Anexo de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización.

La disposición transitoria décima sexta de esta ley estableció lo siguiente:

“El Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas – CONSEP, emitirá, dentro del plazo de quince días, contado a partir de la publicación de este cuerpo normativo en el Registro Oficial, la tabla de cantidades de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en las escalas mínima, mediana, alta y gran escala, para efectos de la aplicación de lo establecido en la Sección Segunda, del capítulo Tercero, del Título Cuarto, del Libro Primero, del Código Orgánico Integral Penal; tabla que tomará en cuenta, obligatoriamente, el contenido y alcance del número uno de la Primera Disposición Reformatoria de esta Ley” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Por otro lado, el artículo 23 numeral 14 de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, la SETED era la institución competente y facultada para expedir la normativa referente a las tablas punitivas. Se precisa así con el inciso primero del artículo 24 del reglamento a la ley; sin embargo, se expidió un decreto signado con el N° 376, el 23 de abril del

2018, por parte del presidente Lenin Moreno Garcés, en el que dispuso, contraviniendo expresas normas legales, que sean los Ministerios de Salud y del Interior, quienes asuman todas las facultades administrativas de la SETED, en este caso, por mandato del artículo 2 numeral I de dicho decreto.

Le corresponde entonces, al Ministerio de Salud, expedir las tablas de cantidades de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y superar el marco de impunidad generado por esta omisión.

Como se puede observar, existen contradicciones de fondo en la redacción de las competencias institucionales, pero sobre todo son inconstitucionales, porque afectan el principio de legalidad, al encargar a un Ministerio la determinación de los márgenes de aplicación del tipo penal referente a sustancias sujetas a fiscalización, quebrantando la seguridad jurídica, al permitir que las tablas referenciales se cambien con tanta facilidad.

Evidentemente en su momento, ni el CONSEP, ni la SETED, cumplieron con la expedición de las tablas para todas las demás sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, lo que continúa generando un grave problema de taxatividad, respecto de las sustancias que no se encuentran reguladas, puesto que, nuestra legislación orgánica penal, prohíbe en el artículo 13 numeral 3 la analogía⁵, es decir, aplicar una ley a supuestos no contemplados en ella pero muy similares (análogos) a los que la ley describe, lo que asegura la vigencia del principio de legalidad. Tampoco lo ha hecho hasta ahora el Ministerio de Salud.

Es tan peligroso lo que vivimos en el Ecuador, debido a la falta de atención en la que las autoridades del gobierno han incurrido, y sobre todo, por un desconocimiento en las autoridades que ahora dirigen las instituciones de seguridad, puesto que, en las últimas reformas publicadas en el Registro Oficial Suplemento N° 107, de 24 de diciembre de 2019, tampoco se logró reformar el tipo penal establecido en el artículo 220 del COIP, para abarcar a todas las sustancias estupefacientes enlistadas en la Ley Orgánica de Prevención Integral

⁵ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento N° 180, del 10 de febrero de 2014. “Artículo 13, numeral 3.- Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos”.

del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y el Protocolo de 1971, evidenciando insisto, una falta de conocimiento técnico en estos ámbitos, y sobre todo, que la lucha contra el narcotráfico se vea estancado con estas omisiones.

Mientras se encontraba vigente la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, las resoluciones y fallos expedidos por los tribunales de justicia, por ejemplo, en el caso 1772120120148, en el que dos ciudadanos fueron aprehendidos transportando RIVOTRIL cuyo principio activo es el CLONAZEPAM, sustancia sicotrópica de la Lista IV del anexo, cuyo pronunciamiento fue el siguiente:

El Tribunal Segundo de Garantías Penales, con sede en el cantón Tulcán administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador y por autoridad de la constitución y las leyes de la república, declara la culpabilidad de los ciudadanos: Vicente Leonardo Díaz Carreño y Aníbal Rogelio Yagual Paredes, por considerarlos coautores del delito tipificado y sancionado en el art. 61 de la ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, por lo se les impone la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria y la multa de sesenta salarios mínimos vitales generales, pena que, por haber justificado las circunstancias atenuantes de los numerales: 6 y 7 del art. 29 del código penal, de conformidad con lo dispuesto en el segundo ítem del art. 72 ibídem, se la sustituye con la de reclusión mayor ordinaria de ocho años y la misma multa, para cada uno de ellos, debiéndoseles descontar el tiempo que hayan permanecido detenidos por esta misma causa, pena que la cumplirán en el centro de rehabilitación social de Tulcán. destrúyase la evidencia, esto es, los diez mil comprimidos de rivotril clonacepam 2 mg, en la forma establecida en la ley de la materia.

Si un caso similar en nuestros días, en el que se incaute este tipo de sustancia sicotrópica, la conducta sería atípica, por cuanto el **CLONAZEPAM** no se encuentra considerado dentro de las tablas que permite aplicar el quantum punitivo como requisito fundamental, incluso para solicitar una medida cautelar de carácter personal como la prisión preventiva, puesto que,

el artículo 534 del COIP, exige para su aplicación, que la pena por el delito cometido supere el año. En el presente caso, a no poderse establecer la escala, el operador de justicia se verá impedido de solicitar (fiscal) y aplicar (juez), dicha medida cautelar.

Algo similar, hemos podido apreciar en otros casos (procesos penales signados con los números 04281-2016-00454 y 04282-2018-02224), en los cuáles a diferencia del anterior, las sustancias incautadas, no se encuentran en los listados como sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Colofón de lo expuesto en este trabajo, es el análisis de la estructura del tipo penal establecido en el artículo 376 del Código Penal Colombiano, que dice:

“El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

“Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

“Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de

sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Código Penal Colombiano, 2000).

Las sanciones previstas en este artículo, no aplican para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias. El inciso primero de este tipo penal es una norma penal en blanco, que se remite de forma directa al Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas de 1961 y sus cuadros.

Parte de una construcción lógica, en virtud de que las sustancias estupefacientes y sicotrópicas que no se encuentran detalladas según las cantidades y escalas descritas, tiene una norma general de aplicación en la dosificación punitiva, que va de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses, es decir, aquellas sustancias independientemente de su cantidad, que se encuentren en posesión, tenencia, transporte de una persona, sin los respectivos permisos otorgados por la autoridad competente, adecuarán su conducta al inciso primero de este tipo penal. Los demás casos establecidos en los siguientes incisos tienen dosificación punitiva.

Al respecto, el profesor Eduardo Ramón Ribas afirma que “Aplicar una Ley analógicamente implica, en realidad, crear una nueva norma, pues la que se afirma aplicada no contempla el supuesto de hecho al que se impone la consecuencia jurídica en ella prevista. Si la Ley 1 dispone que si se da el supuesto de hecho A deberá imponerse la consecuencia C, aplicar esta al supuesto Casi A supone crear una nueva norma cuyo supuesto es este último, Casi A, y la consecuencia la misma que la que impone la Ley 1” (Ribas, 2014).

En una representación matemática, la ecuación sería la siguiente:

Ley 1: Supuesto de hecho A — Consecuencia jurídica C

Norma 2: Supuesto de hecho Casi A — Consecuencia jurídica C

Desde ese análisis, según Ribas la analogía supone la creación judicial de normas jurídicas, una especie de “sustitución del monopolio legislativo”, tal como cita a Quintero Olivares/Morales Prats, o más aún, “si el juez pudiera castigar como delito una determinada conducta no incriminada por la ley penal, amparándose en la semejanza existente entre dicha conducta y otra u otras sí tipificadas, se convertiría en legislador, invadiendo sus competencias y el ciudadano quedaría inerte ante el poder judicial”, tal como concluye Vicente Martínez (Ribas, 2014).

Consideraciones críticas sobre el proceso de subsunción de conductas en los tipos penales de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Del análisis realizado anteriormente, no existe la forma de subsumir las conductas en los tipos penales de peligro abstracto tipificados y sancionados en el artículo 220 del COIP ⁶, sin que exista por parte del Ministerio de Salud Pública, la expedición de nuevas tablas que con excepción de las siete sustancias establecidas, contemplen y abarquen a todas las sustancias estupefacientes y sicotrópicas enlistadas en los anexos de la nueva Ley de drogas y en los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador.

Este problema, tampoco ha sido superado en la última reforma realizada al COIP y publicada el 24 de diciembre de 2019.

Por lo tanto, existen los argumentos suficientes para determinar la necesidad de una reforma que reestructure los tipos penales sin transgredir los principios de legalidad y prohibición de analogía (***nullum crimen nulla poena sine lege scripta y nullum crimen nulla poena sine lege stricta***), a fin de que se considere la sanción punitiva de las conductas que se adecúen al supuesto de hecho legal, con alcance a todas las sustancias estupefacientes y sicotrópicas enlistadas en los anexos a la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno

⁶ Se refiere a los tipos penales establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, Sección Segunda, capítulo Tercero, Título Cuarto, Libro Primero.

Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, así como en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y el Protocolo de 1971.

Precisamente el Artículo 36 de dicha Convención, en las Disposiciones Penales (1961), señala que:

“A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes se obliga a: Adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad”.

Sin embargo, cualquier reforma debe prestar mucha atención para que el código penal y la ley de drogas tengan una simetría y concatenación, evitando la aprobación de leyes penales en blanco que podrían incurrir en infracciones de principios fundamentales del Estado de Derechos y Justicia: legalidad, seguridad jurídica, incluso división de poderes, tal como advierte (Souto, 2005).

Conclusiones

Para que exista un funcionamiento moderno y sólido del sistema democrático, es fundamental que se garantice la división de funciones y el ejercicio de roles jurisdiccional, fiscal y defensorial en un sistema de justicia plenamente independiente. Es indispensable que las instituciones encargadas, diseñen una nueva propuesta, que resuelva a largo plazo los vacíos existentes y que guarde coherencia con los principios de legalidad, seguridad jurídica y división de funciones.

En la ley de drogas y en el Código Orgánico Integral Penal los “tipos penales en blanco”, deben ser complementados, por las normas que los completen, a través de un análisis exhaustivo de expertos en diferentes áreas e instituciones, que puedan construir todas las tablas que regulen las cantidades mínimas o máximas, que evite la discrecionalidad en la administración de justicia, o, en su caso, proponer una reforma legal sobre la prevención integral del fenómeno socio económico de las drogas y de regulación y control del uso de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. En cuanto a los contenidos de la política criminal, se debe abrir el debate para evitar la tentación de lo que se conoce como “populismo punitivo” y diseñar cuerpos legislativos pensados a partir de nuestra realidad, de nuestra interculturalidad, de las singularidades geográficas de los conflictos, de la composición social involucrada. Existen las condiciones para una reforma que reestructure los tipos penales, sin transgredir los principios de legalidad, proporcionalidad y prohibición de analogía. Hay que consolidar una institucionalidad de largo plazo, que construya una visión estratégica en la lucha contra las drogas, que promueva grandes consensos y una fuerte coordinación institucional. La política de drogas en la última década ha sido contradictoria, marcada por un vaivén institucional, cambios rutilantes en la normativa y sobre todo, poca claridad del Estado para impulsar esta batalla desde una perspectiva estratégica, de largo plazo, de grandes consensos y de una fuerte coordinación institucional.

Referencias bibliográficas

- Ávila, R. (2012). En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos. Paper Universitario. UASB. Área de Derecho Quito.
- Constitución de la República. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro oficial N° 449. 20 de octubre 2008.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180. 10 de febrero 2014.
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Publicada en el diario oficial número 44.097 del 24 de julio de 2000.
- Convención única de 1961 sobre estupefacientes. Enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.
- Eco, U. (2012). Construir al enemigo. Lumen. Editorial Planeta. Barcelona, 2012.
- Soto, M. A. (2005). Las leyes penales en blanco. Área de Derecho penal, Universidad de Santiago de Compostela, España.

Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial, No. 490, Suplemento de 27 de diciembre de 2004. Codificación.

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. Suplemento del Registro Oficial N° 615 del 26 de octubre de 2015.

Ley 108 sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Publicada en el Registro Oficial No. 523, de 17 de septiembre de 1990.

Ribas, R. E. (2014) Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal. Universitat de les Illes Balears. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.^a Época, n.º 12 (julio de 2014), págs. 111-164.

Resolución No.001-CONSEP-CD-2015.

Resolución No.001-CONSEP-CD-2013.

SETED (2016). Resolución No. SETED-ST-2016-020, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 753, del 12 de mayo de 2016.

Acuerdo ministerial 0197-2020, que contiene el “REGLAMENTO PARA EL CONTROL Y ADMINISTRACIÓN DES USTANCIAS CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN”, publicado en el Registro Oficial No.157, del lunes 09 de marzo del 2020.

Zaffaroni, E. R. (20016). Prólogo al estudio “En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador”, de Jorge Vicente Paladines. ILDIS, 2016.

https://www.unodc.org/documents/scientific/NPS_Factsheet_Spanish.pdf