



El Principio de Lesividad en las sentencias de drogas, un análisis a su aplicación

The principle of lesivity in the sentences of drugs, an analysis to its application

Publicación: 20 de enero de 2023
Recibimiento: 28 de noviembre de 2022
Aceptación: 22 de diciembre de 2022

Diego Valverde

<https://doi.org/10.18537.iuris.18.01.07>

Resumen:

El presente artículo tiene como objeto analizar el principio de lesividad y su operatividad. Para ello comenzaremos por dar una breve introducción sobre el principio, su derivación constitucional y la implicancia sobre el Derecho. Nos referiremos a los casos en que se verifica una afectación muy significativa del bien jurídico y al estudio de la problemática que plantean los delitos relacionados con drogas. Para esto, tomamos como referencia los fallos recientes. Intentaremos, finalmente, fijar nuestra posición sobre la interpretación y alcance que -a nuestro entender- merecería el principio de lesividad hoy en día. Nuestra legislación antidrogas ha asumido la tarea de punirlo todo, creando falsas concepciones sobre una sociedad de riesgo. De este modo, transgrede la Constitución y violenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La falta de análisis del principio de lesividad en la conducta tipificada como tenencia o posesión de drogas, más allá de no solucionar el problema del consumo, criminaliza el eslabón más frágil de toda la cadena y termina siendo la figura ideal para cubrir las actividades relativas a la venta y el consumo mismo. El seguimiento de estas políticas ha creado verdaderos aparatos estatales de represión que coexisten, de modo que los cuerpos de policía deciden sobre culpabilidad o inocencia desde el mismo momento de la detención. Fiscales y juzgadores bailan al son que tocan dichos cuerpos policiales, y estos últimos ejercen también una función de control hacia los operadores de justicia.

Palabras clave:

Política Sobre Estupefacientes, Derecho Penal y Constitucional





Abstract:

The purpose of this work will be to analyze the principle of lesividad and its operability. For this we will begin by giving a brief introduction about the principle, its constitutional derivation, its forecast in the international instruments on human rights and the implication that derives from it in the law. We will refer to the cases in which a very significant impact of the legal right is verified and to the study of the problems posed by drug crimes. Taking recent failures as a reference, we will finally try to establish our position on the interpretation and scope that in our opinion the principle of lesividad deserves today. Our anti-drug legislation has taken on the task of punishing everything, creating false conceptions of a risk society. Legislation that transgresses the Constitution and violates the right to the free development of the personality, the lack of analysis of the principle of lesividad in the conduct typified as possession or possession of drugs, that beyond not solving the problem of consumption, ends up being the ideal figure to cover from the sale to the same consumption, criminalizing the most fragile link of the whole chain.

Keywords:

Policy On Drugs Criminal Law, Constitutional Law



Introducción

El análisis de la insuficiente argumentación en las sentencias de drogas con relación a la lesividad del delito de tenencia ilegal de estupefacientes tiene como propósito demostrar ciertos valores que se encuentran vigentes en la vida jurídica nacional. Las indebidas y desproporcionadas sentencias en materia de drogas evidencian la relación de estos valores especialmente sobre la actuación de los jueces cuando la carencia de argumentación verifica una afectación insignificante en el bien jurídico. Por ello, se debe partir del análisis del principio de lesividad entendiéndose este como el impedimento a cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando no media un conflicto jurídico. El art. 19 de la C.N. consagra que las acciones que no lesionan a nadie quedan excluidas de la órbita de control por parte del Estado. Al reglamentar este principio constitucional, el Derecho Penal garantiza el espacio de libertad del cual gozan las personas. Mientras no haya lesión a terceros o a la moral u orden público, no hay conflicto, por ende, el poder punitivo del Estado no puede aplicarse (Milicic, 2018).

El derecho de libertad configura una faceta interna, individual e íntima que integra un ámbito irrestringible, ilimitado e incoercible. Este ámbito no está sujeto a injerencia exterior o control por parte de los poderes públicos. Sin embargo, la libertad cuenta también con una faceta externa, que incluye la adopción de actitudes y conductas. Y estas últimas resultan castigables desde el momento en que su ejercicio trascienda la esfera personal mediante el uso de medios lesivos violentos o que pongan en peligro a otros. La autodeterminación moral implica que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida y reconoce un espacio sustancial, inmune a la coerción externa –proveniente de otras voluntades–. Ello implica para el Estado la adopción de una actitud de neutralidad y tolerancia frente a las perspectivas morales de cada individuo, mientras ese comportamiento no se traduzca en forma concreta en un daño para otro. El principio constitucional de lesividad prescribe la necesidad de que la conducta suponga un efectivo o probable riesgo de lesión a un bien jurídico penal. Por ende, las conductas que suponen un escaso desvalor de acción o de resultado deben quedar fuera del castigo penal, sea por la insignificancia del riesgo o por ser de carácter autorreferentes; es decir, sin trascendencia a terceros (Osorio, 2018).

Se apelará a razonamientos tan disímiles como, por ejemplo, los de Jakob y Zaffaroni, con el fin de permitir al lector formar su propio criterio sobre el debate propuesto, ubicando la categoría del daño en la configuración del delito de acuerdo con esas dos posiciones. Nuestro propósito será conocer si es posible identificar el daño en el tema de drogas a partir del análisis de la Constitución y la jurisprudencia. No nos referiremos a la Ley de Sustancias Estupefacientes y

Psicotrópicas como objeto base de estudio, ya que el análisis no estará enfocado en la ley, sino en las causas u orígenes de su existencia. En la Tabla 1, Principios, se muestra puntos de vista sobre el principio de lesividad de varios autores.

Tabla 1

Principios de lesividad según varios autores

Principio de Lesividad	Descripción
Ferrajoli, L. (2013)	En el presente artículo se aborda la problemática de la justificación del derecho penal, a partir de un análisis del principio de lesividad u ofensividad, discutiendo la validez de una construcción de dicho principio a partir de referencias internas al sistema penal, o referencias externas al mismo.
Garcia (2018)	El principio de los actos propios no puede ser invocado, ni como fundamento, ni siquiera como motivo lejano, que justifique de alguna manera la institución del recurso de lesividad, el régimen de revocación de los actos administrativos que lleva parejo, o cualquiera de sus particularidades dogmáticas o positivas.
Vega, V. (2018)	Sólo puede existir un delito cuando las acciones ejecutadas por un individuo afectan al derecho de otro; en consecuencia, el poder punitivo del Estado se manifiesta sólo cuando la conducta de un sujeto afecta a los demás
Torres (2017)	Puede entenderse como la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, entendido este último como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno.
Ferrajoli (2016)	Lo que no le haga daño a nadie, no puede ser castigado por la ley. En todo delito debe haber un bien jurídico lesionado. Exige que las consecuencias y repercusiones del hecho sean socialmente relevantes, que se proyecten en la sociedad.



Al finalizar, como parte medular de este trabajo, estudiaremos de forma cuantitativa y cuantitativa las sentencias y su contenido para conocer el punto de vista de los jueces autores. Llegaremos a las respectivas conclusiones de este estudio crítico y a las sugerencias motivadas por la confrontación de las fuentes teóricas con la realidad palpada.

La Constitución garantiza que los ciudadanos de este país puedan conducirse desarrollarse, desenvolverse, pensar, opinar y expresar en todo sentido su personalidad, siempre que no se contravenga el derecho ajeno. Este es el principio de lesividad el cual, a su vez, cristaliza el derecho de libertad.

El derecho en forma general, y el derecho penal de forma específica, aparece como el medio útil y necesario (principio de necesidad), para ejercer una función preventiva ante la amenaza de estas libertades. Sólo puede existir un delito cuando las acciones ejecutadas por un individuo afectan al derecho de otro; en consecuencia, el poder punitivo del Estado se manifiesta sólo cuando la conducta de un sujeto afecta a los demás. Como bien lo advierte Vega (2015), el principio de lesividad es la consagración de la libertad como valor supremo: la libertad para hacer lo que se quiera sin más límite que la libertad de los otros.

En nuestro país, en materia de drogas ilegales, nuestra legislación transgrede la Constitución y violenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad al tipificar la tenencia o posesión de drogas porque criminaliza el eslabón más frágil de toda la cadena. En consecuencia, más allá de no proveer solución al problema del consumo, se vuelve la figura ideal para cubrir el proceso que implica la venta de drogas ilegales.

La presente investigación se ejecutó en la provincia de El Oro debido a la facilidad que suponía ser el lugar de trabajo de la autora y el deseo de tener resultados concretos acerca de las hipótesis que ya se manejaban antes de la investigación. Se guardan las debidas reservas acerca de los nombres de las personas entrevistadas debido a que las personas implicadas no autorizaron a que su identidad fuera revelada en este estudio.

Marco teórico

El uso de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas se remonta a los años 3.000 a.C. pues se tiene registro de que se utilizaban algunos opiáceos en Asia (el cáñamo) y en América (hojas de coca como analgésico o en la sociedad Azteca algunos hongos como el peyote).

Aunque no se conozca con exactitud cuál fue la primera droga que se usó, se considera que el alcohol es una de estas. Lo más probable es que cuando se almacenaba la miel se fermentaba y se produjere el primer vino. Desde enton-



ces, las bebidas fermentadas han sido consumidas a lo largo de la historia convirtiéndose en un importante comercio colonial. Asimismo, hay registro de que las funciones psicotrópicas del opio eran conocidas ya en el 3.000 a.C. y que este era utilizado como alimento, forraje o aceite, desde Oriente Medio hasta la India y China. A Europa Occidental llegó terapéuticamente en el siglo XVI gracias al médico y alquimista suizo Paracelso que difundió el uso de la “piedra de la inmortalidad” en forma de láudano o tintura. Solo en el siglo XIX la adicción al opio llegó a ser un gran problema sanitario en Occidente debido a la popularización de su consumo para el ocio.

En esta misma época se aisló la morfina del opio para sustituirlo junto con la codeína en los tratamientos médicos. Sin embargo, su alta capacidad adictiva llevó a la fábrica Bayer a buscar un sustituto del opio y la morfina en los tratamientos de deshabituación. Así fue que en 1874 se creó el primer opiáceo semisintético: la heroína. No obstante, en muy poco tiempo logró un alto consumo en Estados Unidos e Inglaterra generando una fuerte adicción la cual se extendió por el resto del mundo.

Por otro lado, tenemos el cannabis como una de las drogas más consumidas en todo el mundo tanto en forma de marihuana, hachís y aceite de hachís. El cannabis es originario de Asia Central y era empleado como fuente de fibras textiles en el 4.000 a.C. según los registros arqueológicos. Sus propiedades alucinógenas probablemente fueron descubiertas por primera vez en Oriente, ya que algunos escritos chinos de hace 3.000 años indicaban que el cáñamo tomado en exceso hace ver monstruos y que si se usa largo tiempo puede comunicar con los espíritus y aligerar el cuerpo.

Así mismo, la coca es un estimulante cuyo uso se remonta hacia el 5.000 a.C. en América. La planta de la coca crecía de manera silvestre hasta que en el siglo X comenzó a ser cultivada por los nativos de Colombia quienes la difundieron hacia el sur. En la cultura Inca era usada como planta sagrada en rituales. Además, como poderoso estimulante la hoja de coca era mascada por los trabajadores para mitigar los efectos derivados de la altitud, el hambre o la fatiga y como medicina para las molestias gastrointestinales, catarros o contusiones. Los estudios de Fermín, (2013) indican que la coca no se exportó a otros lugares hasta que en el siglo XVI llegaron los españoles y se sorprendieron por sus efectos.

Como se ha verificado, las sustancias estupefacientes, psicotrópicas llamadas drogas ilegales existen y se usan desde hace mucho tiempo atrás. Su uso es tan antiguo como el hombre y se mantendrá durante muchos siglos más como medicina alternativa o método terapéutico, ritual de pueblos indígenas o elemento recreativo e, incluso, la comercialización. Ninguna de estas acciones afecta a los derechos de otro individuo. De hecho, si llegara a verificarse deterioro en la salud del consumidor, él mismo es el único responsable

ya que consume dichas drogas de forma libre y voluntaria. Generalmente, el uso de un psicótropo puede traer, como consecuencia, cambios temporales en la percepción, ánimo, estado de conciencia y comportamiento. Pueden ser de tipo estimulante, antipsicótico, tranquilizante, entre otros. En cambio, los estupefacientes o narcóticos, están relacionados, por lo general, con el tratamiento y control del dolor. Se dice que estas sustancias tienen un índice terapéutico muy pequeño (ventana terapéutica pequeña): es decir que las dosis son muy exactas para cada patología e indicación en particular. Por ejemplo, con una concentración específica se puede producir excitación y con una concentración superior pueden deprimir el sistema nervioso central (SNC). Es por ello, que su indicación y prescripción debe ser realizada exclusivamente por el profesional médico especialista, y su utilización debe ejecutarse bajo estricta vigilancia médica (Anmat, 2018)

Tabla 2

Conceptos de drogas

Autor	Citas
(Díez Ripollés, 2005)	“La actual política represiva fomenta la confusión entre asistencia y control, dificultando una adecuada intervención asistencial sobre los consumidores, no sólo por quedar con frecuencia reducida a un porcentaje mínimo, el de los más deteriorados, sino igualmente por no poder desarrollar plenamente los objetivos de mejora de sus condiciones personales, familiares y sociales”
(Andrade, 2013)	En Latinoamérica, en un significativo grupo de países es permitido el consumo de ciertas cantidades de drogas. En Chile, por ejemplo, el consumo legal es el personal,
(Bourdin., 2009)	“Si cada consumidor tuviera una planta de marihuana en el balcón entonces no habría tráfico”.
(Blickman, 2009)	“La cantidad de cafés sufrió una reducción drástica: de un pico de 1.500 en los inicios pasó a 813 en 2000, hasta llegar a 702 en 2007”



(Federico, 2010)	Incluso antes del fallo Arriola, la mayoría de los casos por tenencia de cantidades mínimas de estupefacientes se cerraban antes de empezar a ser investigados.
(Ministerio de Justicia, 2008)	El acto legislativo mencionado se fundamentó en los resultados de un estudio titulado “Estudio Nacional de consumo de sustancias psicoactivas en Hogares de Colombia”
(Organización de los Estados Americanos, 2013)	Un sistema educativo más eficiente, una comunidad mejor diseñada, mejores programas para capacitar a los padres en la crianza de sus hijos y tribunales que puedan administrar justicia en forma más rápida y justa, pueden reducir los factores de riesgo, (Organización de los Estados Americanos)
(Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia,2013)	Uno de los primeros resultados de la Comisión fue la elaboración de un primer informe, entregado al Gobierno Nacional en el cual recomendó orientar su política pública en materia de reducción del consumo de drogas hacia la eliminación de sanciones penales para los consumidores y utilizar herramientas de salud pública para la atención del problema, la propuesta de la Comisión va orientada a que el consumo de drogas salga del ámbito del derecho penal y se protejan valores como la salud y los derechos humanos.
(Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia,s.f.)	En Brasil, la primera política nacional de control de drogas fue formulada por el gobierno del presidente Fernando Henrique Cardoso, a través de la creación del Secretaría Nacional de las Drogas, que debería desarrollar una orientación para conciliar métodos de represión, planes de prevención y reducción de demanda. En 2006, bajo el gobierno del presidente Luis Ignacio Lula da Silva, la política de drogas fue reorientada con la Ley 11.343, fortaleciendo acciones de prevención y garantizando medidas educativas, en lugar de penas para usuarios, y abriendo espacio para el cultivo de plantas para uso comprobadamente personal.

(La Nación Drogas, 2013)	“No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”.
(Ley de Fiscalización de Estupefacientes., 2009)	La Ley de Estupefacientes Alemana establece que la posesión de una cantidad pequeña de todas las drogas es un delito, pero no será procesado cuando: 1) No hay daño a terceras personas; 2) Los menores de edad no participan; 3) La sustancia es de uso personal; 4) El delito implica una “cantidad insignificante”.

En la actualidad, las políticas Antidrogas en la Legislación Nacional en el Ecuador, se encuentran condensadas en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial No. 366 del 30 de Enero de 1990. Esta ley tiene como antecedentes estas leyes:

1. La Ley de Control del Opio de 1916;
2. La Ley sobre Importación, Venta y Uso del Opio y sus derivados y de los Preparados de la Morfina y de la Cocaína de 1924;
3. La Ley sobre el Tráfico de Materias Primas, Drogas y Preparados Estupefacientes de 1958;
4. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes de 1970;
5. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1974;
6. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1987; y Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990, cuya última codificación se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 del 17 de Diciembre de 2004.

Nuestra Ley de drogas declara de interés nacional la erradicación de la producción, oferta, uso indebido y tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Asimismo, esta ley se plantea como objetivo proteger a la comunidad de los “peligros” que dimanan de estas actividades.

Para cumplir ese objetivo, se ha desplegado un entramado que acata las políticas de control, guerra y prohibicionismo planteadas en el marco de la legislación internacional. Esta política represora no solo se evidencia en la aprobación de una legislación que sanciona casi toda conducta, sino en



la creación de organizaciones estatales que operan según las directrices de cuerpos como la Drug Enforcement Administration. Vivanco (2013) observa que tradicionalmente ha sido esta organización internacional la que ha comandado los operativos antinarcóticos forzando a las agencias policiales del Estado a emular su idiosincrasia.

La Guerra contra las Drogas en el mundo

La “guerra contra las drogas” se ha librado en todo el mundo durante 50 años aproximadamente sin lograr sus objetivos puesto que cada vez es mayor la oferta y el consumo de drogas. Más allá de este fracaso, la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC) han identificado numerosas y serias “consecuencias imprevistas” (p.1) de la guerra contra las drogas, incluyendo el estigma y la discriminación que enfrentan una serie de poblaciones. Estos costos son distintos a los referidos por consumo de drogas pues es la elección de un enfoque punitivo del régimen de fiscalización de las drogas la que los provoca dado que criminaliza a los consumidores quienes a menudo se encuentran entre los sectores más vulnerables de la sociedad. Pese a la evidencia de que las leyes punitivas no desalientan de manera significativa el consumo, la criminalización sigue siendo la principal arma en la guerra contra las drogas.

Utilizar el sistema de justicia penal para resolver un problema de salud pública no sólo ha demostrado ser ineficaz, sino también socialmente corrosivo. Ello promueve la estigmatización y discriminación de poblaciones ya marginalizadas o vulnerables, las que, teóricamente, deben ser amparadas por políticas diseñadas para protegerlas.

Entendemos la discriminación como el tratamiento que induce al maltrato de una persona según su pertenencia a un grupo, clase o categoría. El concepto está inevitablemente ligado al *estigma*, que es la manifestación social y práctica de “una marca distintiva de oprobio social” (p.2).

Pese a que todo consumo de drogas – especialmente cuando está vinculado a la intoxicación en público – ha sido asociado a la desaprobación social, se evidencia una desatacada variación respecto al tipo de droga y los espacios de consumo.

Aunque el estigma ciertamente rodea a los consumidores de todas las drogas ilícitas, éste puede ser amplificado por pánicos morales fabricados políticamente alrededor de ciertas drogas, grupos o poblaciones. Del mismo modo, el estigma es menos evidente para consumidores de drogas lícitas como el alcohol o el tabaco. Aunque existen controles sociales y legales en relación a estas drogas; sin embargo, estos controles se refieren mayormente a ciertas prácticas (como fumar en espacios públicos, o embriagarse en la vía pública), estas sanciones corresponden a un orden distinto al “oprobio social”, la severa forma de



desaprobación pública reservada a quienes se involucran con las drogas ilícitas (Wart, 2018) e, incluso, su utilización es en buena cuenta deseable, ayudando a establecer normas sociales saludables que minimizan daños potenciales

La guerra contra las drogas ha sido un intento por terminar con la tenencia, distribución y comercialización de las llamadas sustancias ilegales que según el Estado afectan la salud de las personas en general. No obstante, esta afectación no se puede comprobar ya que no hay relación directa entre la acción y el supuesto daño. Dicho daño solo podría considerarse una autolesión puesto que únicamente aquellos individuos que consumen de forma libre y reiteradamente estos alucinógenos son quienes pueden presentar consecuencias negativas en su salud.

En esta lucha se han visto involucrados varios países, entre ellos, Ecuador. Los resultados no han sido favorables porque este problema jurídico-social se mantiene. La política prohibicionista solo ha provocado la expansión y diversidad de mercado con ganancias que van a pocas manos tal como advierte Ayala (2017).

Principio de Lesividad

El principio de lesividad implica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo (Significado Legal, 2009)

La lesividad es el principio que más se vulnera al momento de sancionar a una persona por un delito de drogas ya que no se justifica la lesión penal al bien jurídico *salud pública*. La lesividad exige que el derecho penal sólo regule aquellas conductas humanas que sean socialmente relevantes, por tanto, han de ser acciones que tengan un impacto social, cuya lesión o daño causado deba ser comprobable, es decir, debe existir una tercera persona cuyos derechos están siendo violentados por las acciones de otra persona independiente. Este principio refiere también que existe delito siempre que las acciones ejecutadas por un individuo afecten directamente el derecho del otro.

El principio de lesividad y el daño a terceros son de vital importancia para que se ejerza el poder punitivo del Estado debido a que existe la violación de un bien jurídico considerado interés protegido por la Constitución de la República y los derechos humanos.



Consecuencia de la vulneración del principio de lesividad

En nuestro país, la principal consecuencia de la vulneración del principio de lesividad fue su ingreso al juego de los números con más personas en prisión acusadas por delitos de drogas. Como resultado, muchos inocentes están tras las rejas. Las estadísticas carcelarias en Ecuador durante los años de cooperación activa con las políticas de drogas de los EE.UU., muestran que la mayoría de los detenidos por delitos de drogas pertenecen a los sectores más vulnerables y marginalizados de la sociedad: consumidores con problemas de drogas, personas pobres y mujeres. Es raro encontrar un traficante de drogas de altos mandos en alguna de las prisiones del país.

Al mantener convenios antidrogas con Estados Unidos, Ecuador debía cumplir el rol de protector de la economía y la salud pública lo cual se evidenciaría según el número de personas privadas de la libertad. El empleo de mujeres para el micro tráfico y transporte como “mulas” implica un porcentaje de entre el 65 y 79% de la población carcelaria de mujeres por delitos de drogas ilegales, muchas por tráfico internacional en pequeña escala. No hay que restar demasiado en el número de varones que pueblan las cárceles por las mismas razones.

La posibilidad de ser condenado en una investigación por delitos de drogas es alta. En los procesos judiciales, el parte policial predetermina una sentencia judicial puesto que desde la detención ya se prevé que el acusado será condenado. Los partes policiales antinarcóticos se constituyen en el único elemento probatorio dentro del juicio, lo que provoca que automáticamente se obtenga una sentencia condenatoria en muchos casos sometiendo a los detenidos al algún tipo de procedimiento especial que contempla nuestra legislación entre ellos el Procedimiento Abreviado o Procedimiento Directo. Se puede colegir que los fiscales no son objetivos pues creen que su deber es únicamente acusar y hacer sancionar a aquellos que aparentemente violentaron la ley lesionando un bien jurídico tutelado con sus actos. En los casos sobre drogas ilícitas es imposible demostrar que se ha lesionado la salud pública. ¿Cómo comprueban que mientras X persona poseía X gramos de una sustancia estupefaciente la salud de un tercero se perjudicó por esa causa? (Ayala, 2017).

Metodología

La presente investigación es de carácter analítica descriptiva, en razón de la naturaleza del campo de la investigación y considerando los alcances del problema planteado en la formulación del mismo. A partir del análisis sobre la inexistente argumentación en las sentencias de drogas con relación a la lesividad del delito de tenencia ilegal de estupefacientes mantenemos el propósito de evidenciar ciertos valores que se encuentran vigentes en la vida jurídica nacional. En especial nos interesa relacionar como la actuación de los jueces es



causa del problema: la carencia de argumentación y las consecuentes injustas y desproporcionadas sentencias en materia de drogas. Esto nos servirá para establecer propuestas orientadas a estudio de los fallos en materia de drogas, filtrando de ellos únicamente el contenido de las sentencias de delitos de tenencia ilegal de estupefacientes.

En el aspecto metodológico, el estudio no se centra únicamente en el ámbito doctrinario, el que, pese a tener fundamental importancia, no es el principio y fin del trabajo. Por lo tanto, se encontraron datos interesantes recabados de entrevistas con personajes que aportaran desde sus puestos de trabajo con información relevante; esa información partirá de su conocimiento directo sobre el tema. Se encontrarán los resultados bajo la técnica de entrevistas realizadas a jueces de tribunales de garantías penales y fiscales, cuyos nombres se mantendrán en reserva.

El universo del presente trabajo se lo hizo en la provincia Bolívar lo cual se debe a que se trata del lugar de trabajo del autor. Por otra parte, en el presente trabajo investigativo se realizó la entrevista la misma que se llevará a cabo bajo la técnica de cuestionario no estructurado, permitiendo al entrevistado que se sienta cómodo al expresar su opinión acerca de las ideas que se le plantean en cada pregunta, para luego realizar un análisis del discurso.

En cuanto a los casos que se exponen (sentencias) fueron escogidos con el objeto de evidenciar puntos emblemáticos con los que se realizaba la confrontación entre las ideas aquí defendidas y la realidad contenida en su redacción, y en otros casos se lo hace porque es posible subsumir su contenido en alguna de las corrientes críticas que se presentan.

Mediante la siguiente tabla se justificará sobre una muestra realizada a personas conocedoras sobre el tema de drogas.

Tabla 3

Muestra extracto

Muestra	Población
Operadores de justicia (Jueces de la provincia Bolívar)	10
Defensores Públicos	10
Abogados en libre ejercicio	20
Ciudadanía en general	10
Total	50

Elaborado todo este esquema, se establecerán conclusiones apoyadas en los resultados obtenidos y la propuesta central de este trabajo: demostrar la necesaria despenalización de la tenencia y venta de pequeñas cantidades de estupefacientes y una paulatina legalización de la droga.

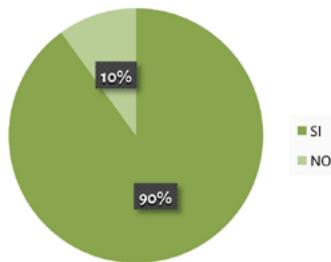
Interpretación de resultados

Encuestas dirigidas a Operadores de Justicia, defensores públicos, profesionales del derecho en libre ejercicio y ciudadanía en general.

7. ¿Conoce usted que son las sustancias estupefacientes y psicotrópicas?

Figura 1

Conocimiento sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas



Los resultados obtenidos muestran que las personas encuestadas sí conocen sobre el tema que se les pregunta, dejando claro el conocimiento que existe sobre dicha temática debido a que, en su mayoría, son profesionales de Derecho entre ellos operadores de Justicia y Defensores Público.

8. ¿Conoce usted que se sanciona con penas privativas de libertad la tenencia, transporte, comercialización de sustancias estupefacientes o psicotrópicas?

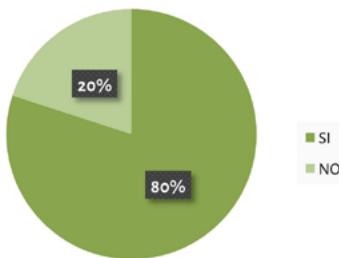
Habiéndoseles indicado a los encuestados que las sustancias estupefacientes o psicotrópicas son las famosas drogas ilegales, en su totalidad, el 100% de los encuestados indicaron que sí saben que se sancionan todas las conductas inmersas en el tráfico ilícito de estupefacientes o psicotrópicos. Quedan claro que se conoce que son actos prohibidos por la ley y están establecidos como tal, trayendo consigo una pena privativa de libertad, la misma que depende del tipo de droga y su cantidad.

9. ¿Sabe usted cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de Tráfico Ilícito de sustancias catalogadas o sujetas a fiscalización?



Figura 2

Porcentaje de conocimiento del bien jurídico

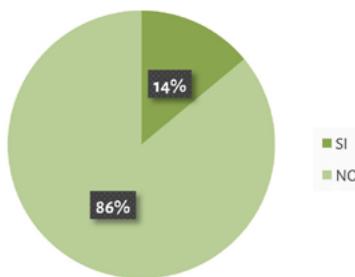


Los encuestados en un mayor porcentaje señalan que sí conocen con exactitud qué bien jurídico es el que protege el Estado al momento de sancionar a las personas que cometan delitos relacionados con drogas. Así de demuestra que existe un conocimiento general y mayoritario en la población.

10. ¿Cree usted que la salud pública se lesioná al momento de cometer un delito de Tráfico Ilícito de sustancias catalogadas o sujetas a fiscalización?

Figura 3

Porcentaje que considera que el tráfico ilícito lesiona la salud pública



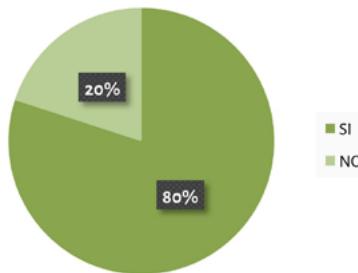
La mayoría de la población encuestada señala que cree que el bien jurídico protegido en los delitos de drogas no es la salud pública, debido a que no existe una relación directa entre el cometimiento del delito y el afán de causar daño a un tercero sino más bien es un tema de carácter económico.



11. ¿Sabe usted que es el principio de Lesividad?

Figura 4

Porcentajes según el conocimiento sobre el principio de lesividad

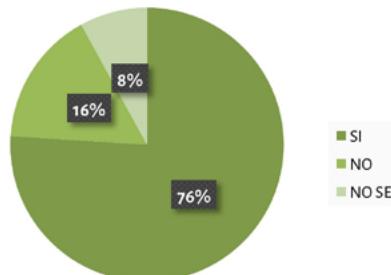


Al ser personas con estudios superiores en la carrera de Derecho, en su mayoría, los encuestados conocen lo que es el principio de Lesividad y que es vulnerado en todas las sentencias condenatorias sobre delitos de tráfico ilícito de drogas. Uno de los presupuestos para juzgar delitos es que exista una víctima en concreto y por ende una lesión palpable o demostrable.

12. ¿Conoce usted que el principio de lesividad se vulnera al momento de procesar y sentenciar a una persona por tráfico ilícito de sustancias catalogadas o sujetas a fiscalización?

Figura 5

Porcentaje según la percepción de lesividad relacionada con las sentencias por tráfico de drogas



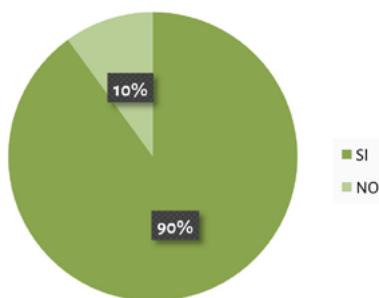


El principio de lesividad es aquel que exige que solo pueda ser delito una acción cuando esta es ejecutada por un individuo afectando al derecho de otro ser humano y estas lesiones sean demostrables, los encuestados en la mayoría conocen que en todas las sentencias condenatorias se vulnera el principio de lesividad ya que no se logra establecer en ningún momento cual es la víctima en concreto de la infracción y además a que no se puede justificar la intención de causar daño a una tercera persona debido no se puede comprobar que la salud de una persona en particular se está perjudicando por el cometimiento de un delito de drogas.

13. ¿Conoce usted que Ecuador recibe recursos económicos de Estados Unidos a cambio de combatir el Tráfico de Estupefacientes?

Figura 6

Porcentaje según conocimiento sobre la cooperación EEUU-Ecuador



Los encuestados, en su mayoría, saben que Ecuador combate el tráfico de estupefacientes por el dinero que recibe de Estados Unidos a través de los acuerdos pactados, esto a cambio de sancionar todas las conductas referentes al mismo protegiendo la economía del país del aliado mas no la salud de los ecuatorianos.

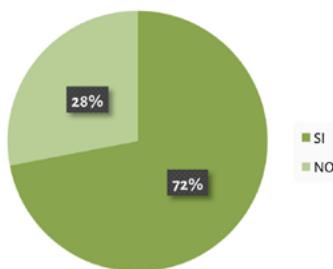
14. ¿Considera usted que los delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se los hace por la necesidad de las personas con la finalidad de obtener un lucro económico mas no causar daño a las personas?

En su totalidad las personas encuestadas manifiestan que los individuos que cometen este tipo de delitos lo hacen únicamente con el afán de obtener una ganancia económica, mas no para provocar un daño en la salud de personas naturales. No obstante, notemos que los únicos que provocan daños en su salud son quienes consumen voluntariamente.

15. ¿Cree usted que se debería despenalizar la tenencia o posesión de estupefacientes o psicotrópicos a fin de dejar de afectar derechos de personas concretas con el objetivo de proteger un ente abstracto como lo es la salud pública?

Figura 7

Porcentajes de encuestados que están y no están de acuerdo con la despenalización de la tenencia de estupefacientes



En su mayoría los encuestados concuerdan que así como el consumo de sustancias estupefacientes es “legal” -ya que lo contempla el artículo 364 de la Constitución de la República de Ecuador-, también debería serlo su tenencia. Esto debido a que resulta consecuente que el consumidor posea dichas sustancias. De este modo se lograría que baje el índice carcelario ya que en el Ecuador -y aún más en las provincias fronterizas- la mayoría de personas privadas de su libertad lo están por haber vulnerado un bien jurídico abstracto que es la tenencia.

16. ¿Conoce usted algún caso de muerte o enfermedad grave por consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en la provincia Bolívar?

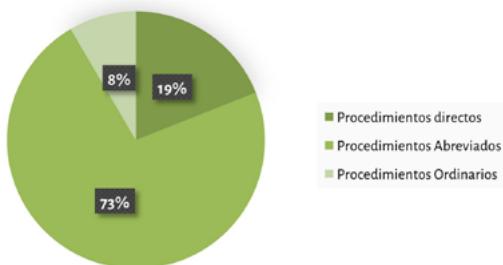
Partiendo del hecho de que quien consume reiteradamente drogas afecta la salud propia se obtuvo que ninguno de los encuestados conoce que alguna persona en particular haya fallecido o se haya enfermado gravemente por consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Esta afirmación concuerda con la hipótesis de que ninguna de las conductas establecidas en el numeral 1 del artículo 220 -menos la tenencia o posesión- afectan la salud pública. Por tanto, deben ser analizadas como un tema de carácter económico.



Diagnóstico de sentencias condenatorias por delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización del año 2017 en la provincia Bolívar.

Figura 8

Porcentajes de sentencias condenatorias sin lesividad



Dentro de la presente investigación, y con la finalidad de cumplir con el objetivo de diagnosticar cuantas sentencias condenatorias se impusieron sin lesividad en la provincia Bolívar, se ha analizado la información proporcionada por la Fiscalía Especializada en Delincuencia Organizada Especializadas, Transnacional e Internacional de Bolívar. Se ha registrado en el año dos mil dieciséis un índice alto en cuanto a sentencias condenatorias por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Se evidencia que la mayoría de los casos son flagrancias con detención inmediata y un parte policial como sustento que dio inicio a un proceso cuyo resultado es el sometimiento a procedimiento directo o abreviado. Dos elementos se subrayan por su importancia: la utilización del procedimiento abreviado suele derivar en una rápida sentencia condenatoria en contra; y, que al momento juzgar y sancionar por un delito de tráfico de estupefacientes o psicotrópicos se tiene como base legal el artículo 220 numeral 1 sin especificar en ningún momento cual es el verbo rector exacto, cayendo en la vulneración del principio de taxatividad también.

Conclusiones

De la revisión de la normativa se establece que la legislación antidrogas vigente es igual de punitiva y drástica que las legislaciones que la anteceden. Dicha drásticidad cubre totalmente todas las acciones referentes al tráfico de estupefacientes o psicotrópicos privando de su libertad a personas naturales concretas con el fin de proteger un bien jurídico abstracto. No se puede identificar a la supuesta víctima lo que hace imposible comprobar el daño.



Toda persona tiene derecho a ser juzgada en proporción a la gravedad del daño causado al bien jurídico protegido por el Estado. La afección de los derechos de una persona determinada es un detrimiento o lesión que requiere una sanción, la cual, a su vez, debe ser determinada y comprobable. La metodología que se ha utilizado y el análisis de las distintas posiciones de juristas, doctrinarios y especialistas en materia penal, así como el razonamiento de las encuestas efectuadas, nos ha llevado de determinar que en el caso que nos ocupa es necesario e importante realizar un análisis sobre la violación del principio de Lesividad.

Con la despenalización de la tenencia o posesión de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se dejaría de transgredir derechos de personas específicas como se lo hace al sancionar por esta infracción penal. Esto permitiría que con el paso del tiempo se piense en una total legalización, con el fin de que se regularice el consumo teniendo como punta de partida desde su producción hasta su misma venta, como se realiza con las drogas licitas como lo son el tabaco y licor, así se podría controlar las sustancias estupefacientes y psicotrópicas y se impediría que se sigan vulnerando derechos y en especial el principio de Lesividad.

Recomendaciones

Por cuanto el tema tratado dentro del presente proyecto de investigación es de actualidad, viabilidad y de gran importancia, se recomienda que la propuesta planteada sea tomada en cuenta por el máximo organismo de creación y modificación de las leyes. La Asamblea nacional debe reformar el art. 220, numeral 1 del código orgánico integral penal y se supriman los verbos rectores tenencia y posesión ya que estas dos conductas no son lesivas y no representan peligro para la sociedad.

El tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en la actualidad es aún un tema tabú por todos los prejuicios infundados que tenemos como sociedad. Se recomienda al Estado realizar campañas de conocimiento y prevención acerca de este tipo de sustancias canalizando los resultados hacia la minimización del consumo y adicción, acciones que resguardaría la salud de manera más efectiva. Evitar decesos por consumo de drogas ayudaría más que privar de su libertad a las personas naturales lo cual, hasta la actualidad, no ha solucionado absolutamente nada.

Referencias Bibliográficas

- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2012). Oficina de prensa. <http://www.bogotahumana.gov.co/index.php/noticias/comunicados-de-prensa-alcalde-mayor/2083-qlos-camadson-instrumentos-de-pazq-alcalde-petro>



- ANMAT. (2018). <https://www.google.com/search?q=sustancias+estupefacientes+y+psicotr%C3%B3picas+concepto&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b>
- Anselmino, V. (2011). La Ley 26.052 y la competencia en materia de estupefacientes. Trabajo final de la materia Derecho Penal Intensificado IV (Problemática de los estupefacientes).
- Ayala, M. (2017). Delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y la falta de lesión penal al bien jurídico salud. https://www.google.com/search?client=firefox-b&ei=GMT0W6fWFsKa_QbLkIiw-CA&q=DELITOS+DE+TR%C3%81FICO+IL%C3%88DCITO+DE+SUSTANCIAS+CATALOGADAS+SUJETAS+A+FISCALIZACI%C3%93N+Y+LA+FALTA+DE+LESI%C3%93N+PENAL+AL+BIEN+JUR%C3%88DDICO+SA-LUD&oq=DELITOS+DE+TR%C3%81FICO+I
- Brasil: despenalización de drogas con apoyo clave. El Nuevo Herald. http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2013/04/Brasil_despenalizaci%C3%B3n-de-drogas-con-apoyo-clave-2013-04-16-ElNuevoHerald1.pdf
- Bourdin, M. (2009). «Tenencia de drogas: tras el fallo Arriola, Zaffaroni advierte que se debe combatir el paco». Centro de Información Judicial.
- Blickman, T. & Jelsma M., (2009). La reforma de las políticas de drogas: Experiencias Alternativas en Europa y Estados Unidos. *Nueva Sociedad*, 222.
- Broun, K. S. (2006). The Federal Rule governing impeachment by proof of conviction of crime is the product. MCCORMICK ON EVIDENCE.
- Carbonell, M (2012). http://www.miguelcarbonell.com/articulos/La_persecucion_penal_de_las_drogas.shtml
- Chiquillo, K. & Méndez, G. & Molina, C. & Padilla, M. (2013). Factibilidad de la despenalización del delito de posesión y tenencia de drogas como forma de disminuir la delincuencia en el salvador. <http://ri.ues.edu.sv/3411/1/FACTIBILIDAD%20DE%20LA%20DESPENALIZACI%C3%93N%20DEL%20DELITO%20 DE%20POSESI%C3%93N%20Y%20TENENCIA%20DE%20DROGAS%20COMO%20FORMA%20DE%20DISMINUIR%20LA%20DELINCUENCIA%20EN%20EL%20SALVADOR.pdf>
- Cole, D. (2009). Preventive Detention, Suspected Terrorists, and war. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/371/>

Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia. (2013). Lineamientos para una política pública frente al consumo de drogas. http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/LineamientosPol%C3%83%C2%ADticaConsumo_Comisi%C3%83%C2%B3nAsesora_mayo2013_FIN%20AL.pdf

Couture, E. J. (1950). El recurso ordinario de apelación en el proceso civil. Astrea.

Cox. (2010). "Based on Iowa's history and the legal reasoning for prohibiting admission of propensity evidence out of fundamental conceptions of fairness, we hold the Iowa Constitution prohibits admission of prior bad acts.

Davies, S. M. (1991). Susan Marlene Davies, Evidence of Character to Prove Conduct: A Reassessment. Crim. L. Bull.

Díez Ripollés, J. L. (2005). El Control Penal del Abuso de Drogas: Una Valoración Político-Criminal. *Revista de Derecho*.

Edward, M. A. (1995). Imwinkelried, People v. Ewoldt: The California. LOY. L.A. L, 473, 479, 490–92.

Enrique, F. (1983). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado, concordado y comentado. 373.

Federico, M. (2010). País Narco. Tráfico de droga en Argentina: del tránsito a la producción propia. Random Hause.

Fermin, A. (2013). Las drogas y su origen. *Ser Historia*. http://cadenaser.com/programa/2013/06/14/ser_historia/1371165434_850215.html

Ferrajoli, L. (2016). Principios limitadores del derecho penal. Trotta.

_____ (2013). El principio de lesividad como garantía penal. Università degli Studi Roma Totta.

Frances, A. (2010). <http://www.psychiatrictimes.com/dsm/content/article/10168/1522341>

Friedland, S. I. (1999). Treatment, Punishment, and the Civil Commitment of. U. COLO. L., 73, 133–37.

Garcia, E. (2018). La Doctrina de los actos propios y el sistema de la Lesividad. file:///C:/Users/UTA/Downloads/Dialnet-LaDoctrinaDeLosActosPropiosYElsistemaDeLaLesividad-2112131.pdf



- Government of the Netherlands (Gobierno de Países Bajos). (2013). El alcohol y las Drogas. //www.government.nl/issues/alcohol-and-drugs/drugs?ns_campaign=Thema-alcohol_and_drugs&ro_adgrp=Drugs&ns_mchan=sea&ns_source=google&ns_linkname=%2Bdrugs%20%2B%20holand&ns_fee=o.oo&gclid=CLTRjq_49rgCFaXm7AodukkAWQ
- Holding, G. (2003). Unconstitutional a Texas statute outlawing certain sexual conduct between two individuals of the same sex). Texas: 539, 558, 578–79 .
- I, S. S. (1999). See Steven I. Friedland, On Treatment, Punishment, and the Civil Commitment of. 70 U. COLO. L, 73, 133–37.
- Jammal, K. (1989). Tucker vs Makowsk. España: 883 f.2d 877, 881 (10th.
- Jefferson, N. (1998). Almost two-thirds of the “Three Strikes” laws have been passed since 1990. 20.
- Junta Nacional de Drogas. (2011). El Problema de las Drogas en las Américas. http://www.oas.org/documents/spa/press/Introduccion_e_Informe_Analitico.pdf
- Lafave, A. (2003). Legislatures have the power to punish at least certain omissions, such as the failure to register as a sex offender. Texas: supra nota 109, §.
- Ley de Fiscalización de Estupefacientes. (2009). Reforma de la Carta. <http://reforma-de-la-carta.blogspot.com/2009/02/ley-de-fiscalizacion-de-estupefacientes.html>
- Machicado, J. (2009). <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/apelacion.html>
- Marin, N. (2011). https://www.google.com.ec/search?biw=1152&bih=731&ei=cO-vlW5HAJKy7ggeZtKTgAg&q=PRINCIPIO+DE+LESIVIDAD+EN+SENTENCIAS+DE+DROGAS&oq=PRINCIPIO+DE+LESIVIDAD+EN+SENTENCIAS+DE+DROGAS&gs_l=psy-ab.3...5272.25602.0.25812.60.43.3.14.15.0.168.5179.0j38.38.0....0...1c.
- Martínez, A. (2006). Modificaciones a la Ley de Estupefacientes (ley 26.052)”. LexisNexis.
- McKinney, J. M. (2002). See generally Jennifer M. McKinney, Washington State’s Return to Indeterminate. SEATTLE U. L, 309.

- Milicic, A. (2018). https://www.google.com/search?client=firefox-b&ei=PK-joW7HeLdKp_QazrICwDQ&q=principio+de+lesividad+derecho+penal&oq=principio+de+lesividad+&gs_l=psy-ab.1.3.0l10.18603.28207.0.35791.25.14.1.10.11.0.156.2006.0j14.14.0....0...1c.1.64.psy-ab..0.25.2058...0i67k
- Minguez, H. (1999). Medios Impugnatorios. *Gaceta Jurídica*.
- Ministerio de Justicia. (2008). Estudio nacional del consumo de sustancias psicoactivas en Colombia. http://www1.urosario.edu.co/correo/administracion/boletines/ODA/documentos/ESTUDIO_NACIONAL_SO-BRE_
- Online news editor . (s.f.). Ex ministros defienden la despenalización del porte de drogas en Brasil. <http://laprensatalina.com/exministros-defienden-la-despenalizacion-del-porte-de-drogas-en-brasil/>
- Orbe, D. (2010). Derecho Ecuador. <https://www.derechoecuador.com/la-accion-de-lesividad>
- Organización de los Estados Americanos. (2013). El Problema de las Drogas en las Américas. Estados Unidos. http://www.oas.org/documents/spa/press/Introduccion_e_Informe_Analitico.
- Osorio, M. (2018). Comentarios a la jurisprudencia constitucional. https://www.google.com/search?client=firefox-b&biw=1152&bih=731&ei=u-LLoW6ebMNCIggeQpZ2wBQ&q=accion+de+lesividad+y+sentencias+de+drogas&oq=accion+de+lesividad+y+sentencias+de+drogas&gs_l=psy-ab.3...22246.29266.0.29618.22.21.0.1.1.0.199.3087.0j21.21.0....0
- Posner, R. (1985). An Economic Theory of the Criminal Law. Racionalizando la Comisión.
- Rafael, G. (s.f.). Manual de Derecho Procesal Civil T.II. Unión Tipográfica Editorial Hispano.
- Significado Legal. (2009). <http://www.significadolegal.com/2009/02/que-significa-el-principio-de-lesividad.html>
- Stone, J. (1938). See Julius Stone, *The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: America*. Harv. L
- Torres, A. (2017). La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional. *Pensamiento Penal*.



- Transnational Institute. (2009). Innovaciones Legislativas en Políticas de Drogas. http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/innovacioneslegislativas_4.
- Valentin, G. (2013). Obtenido de <http://gabrielvalentin-derechoprocесal.blogspot.com/2013/09/modificaciones-al-recurso-de-apelacion.html>
- Vega, J (2015). Derecho penal. <https://sites.google.com/site/derechopenalvictorvega/principios-constitucionales-del-derecho-penal/principio-de-lesividad>
- Vega, J. (s.f.). Diccionario Social | Enciclopedia Jurídica Online. <https://leyderecho.org/diccionario-razonado-de-legislacion-y-jurisprudencia/>
- Vega, V. (2018). Derecho Penal. <https://sites.google.com/site/derechopenalvictorvega/principios-constitucionales-del-derecho-penal/principio-de-lesividad>
- Véscovi, E. (s.f.). Los recursos judiciales y demás medios. http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/teoria_del_derecho/sem_razo_juri_redac_resol/313-355.pdf
- Vivanco, F. (2013). https://www.google.com.ec/search?biw=1152&bih=731&ei=cOvlW5HAJKy7ggeZtKTgAg&q=PRINCIPIO+DE+LESIVIDA-D+EN+SENTENCIAS+DE+DROGAS&oq=PRINCIPIO+DE+LESIVIDA-D+EN+SENTENCIAS+DE+DROGAS&gs_l=psy-ab..5272.25602.0.25812.60.43.3.14.15.0.168.5179.0j38.38.0....0...1c
- Vivanco, P. (2013). El principio de lesividad en las sentencias de drogas. <https://www.google.com/search?client=firefox-b&biw=1152&bih=731&ei=HLroW9TNFOSkggeZyoHgBA&q=La+Aplicaci%C3%B3n+de+las+Pol%C3%ADticas+Antidrogas+en+la+Legislaci%C3%B3n+Nacional.&oq=La+Aplicaci%C3%B3n+de+las+Pol%C3%ADticas+Antidrogas+en+la+Legislaci%C3%B3n+>
- Wart, C. t. (2018). Count the Costs 50 years of the wart. https://www.google.com/search?client=firefox-b&ei=Q8LoW8ukBI2d_QbD77TQBw&q=la+guerra+contra+las+drogas+promoviendo+el+estigma+y+la+discriminaci%C3%B3n&oq=La+Guerra+contra+las+Drogas&gs_l=psy-ab..1.1.0l0.463029.463029.0.468608.1.1.0.0.0.0.155.155.0j1.1.0..