Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

Los efectos de la ilegalidad de la base de coca

Autor: Fernando Xavier Flores Enríquez

Director: Juan Pablo Morales Viteri

Quito, 2017

Cláusula de cesión de derechos de la tesis.

Yo, Fernando Xavier Flores Enríquez, autor de la tesis intitulada “*Los efectos de la ilegalidad de la base de coca*”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso.

Fecha.

Firma:

.....

RESUMEN

El presente trabajo se enfoca en la problemática originada por la ilegalidad de la base de coca, siendo esta la creación de entornos violentos en los cuales el consumidor ingresa tanto para la adquisición como para el consumo de la droga.

Los objetivos de este trabajo fueron el evidenciar la vulneración de derechos constitucionales en contra de los consumidores como un efecto directo de la ilegalidad de la base de coca, mediante la creación de entornos violentos de adquisición y consumo; entornos que dan inicio a una cadena de problemas sociales con fuertes repercusiones penales tanto para el consumidor como para la sociedad en general.

Para la consecución de los objetivos se han planteado tres secciones del trabajo, siendo la primera una sección principalmente doctrinaria y argumentativa respecto al problema planteado, incluyendo un análisis del fin de la pena; una segunda sección en la cual se ha realizado un trabajo de campo mediante el cual se han analizado tres historias de vida de consumidores vulnerables de base de coca, a efectos de cotejar la información práctica con la información teórica. Finalmente una tercera sección de conclusiones,

Palabras clave: drogas, base de cocaína, discriminación, estereotipos, finalidad de la pena, teoría de la pena, entornos violentos.

ABSTRACT

This dissertation focuses on an identified problem which originates from the illegality of cocaine base, which in turn creates violent environments in which the consumer must enroll in order to acquire and consume the drug.

The objectives of this investigation were to expose the infringement of the consumers constitutional rights as a direct effect of the illegality of the drug, due to the creation of violent environments for the acquisition of the drug and violent environments for the consumption of the drug, which are the starting point of a sequence of socially concerning problems with criminal consequences, which attack not only the consumer but society in general.

In order to achieve our goals, the dissertation has been divided in three parts. First a doctrinaire and argumentative section that addresses the problem of the illegality of base cocaine. A second section exposes a field work that took the stories of three base cocaine consumers in order to compare them to what has been doctrinally stated. And finally a third section which establishes the conclusions to this work.

Key Words: drugs, base cocaine, discrimination, stereotype, punishment, theory of punishments, violent environments.

ÍNDICE

Introducción / 6

Capítulo uno: Limitación y determinación de conceptos / 10

1.1 Breve historia y antecedentes de la base de cocaína / 10

1.2 Normativas aplicable sobre drogas / 15

1.3 El caso especial de la deshabitación en el COIP / 18

Capítulo dos: Consumidores vulnerables, lugares de consumo, entornos violentos y teoría de la pena / 30

2.1 El consumidor vulnerable de base de coca. / 31

2.2. El proceso de adquisición de la base de coca y su consumo. / 53

2.3. ¿Por qué castigamos al consumidor vulnerable de base de coca? / 57

2.4. Análisis de la problemática desde la teoría de la pena. / 73

2.4.1 Respecto de la prevención general. / 84

2.4.1.1. Conclusión de la prevención general. / 89

2.4.2. La prevención especial. / 91

2.4.2.1. Conclusión de la prevención especial. / 93

Capítulo tres: Un acercamiento a la realidad social del consumo de base de coca / 97

3.1. Presentación y explicación del método de investigación utilizado. / 97

3.2. Presentación de las historias de vida. / 98

3.3. Análisis de los resultados. / 107

Capítulo cuatro: Conclusiones. / 113

Bibliografía. / 117

Introducción

Desde las inhalaciones grupales registradas por los soldados griegos, hacia las exclusivas sustancias de los grupos de la alta alcurnia, pasando por la primera guerra mundial, las mafias ítalo americanas y la segunda guerra mundial, la historia de las drogas se presenta ante el mundo no como un problema, sino en ciertas ocasiones como un signo de poder y bienestar, y en otras ocasiones como la medida necesaria para soportar los terribles males justificados por la defensa de una determinada nación¹.

Sin embargo, el cambio radical llegó después de la derrota de la gran nación de Occidente ante el Vietcong, tras la cual los abatidos soldados norteamericanos regresaron a una nación que los tildó de cobardes, de apátridas, y específicamente de drogadictos despreciables; sumado a esto se presenta la revolución de las flores y el amor, directamente influenciado por el profesor de Harvard Timmothy Leary, adicto al LSD y a la heroína; movimiento que despertó rechazo en la tradicionalista sociedad de los Estados Unidos, la cual los tachó como la generación perdedora; eventualmente las drogas supieron filtrarse a los ghettos para dar origen a nuestra actual concepción de la misma, en la cual equiparamos al drogadicto con el delincuente; finalmente llegando a la primera declaración de la guerra en contra de las drogas proclamada por el presidente de los Estados Unidos Richard Nixon y repetida por Reagan, y Bush”².

Bajo este antecedente se debe entender la creación del prejuicio hacia el consumidor y la pantalla estatal de la guerra contra las drogas que se ha dirigido ahora a ser una guerra de prevención para los consumidores.

Muchos acontecimientos jurídicos y penales se han desenvuelto y se han desarrollado en relación al tema de las drogas, mismos que son extensos, y complejos. Desde el narcotráfico, el consumo, las mulas, hasta los grandes distribuidores, todos los temas que se relacionan con el uso, consumo, venta o distribución de drogas son problemáticos, delicados y siempre generadores de fuertes debates políticos, jurídicos, sociológicos, criminológicos, morales, éticos y personales.

¹ Aller Maisonnave, Germán, *Aspectos Penales y Criminológicos sobre las drogas prohibidas*, (Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002). 16-8.

²Ibíd.19-22.

Esta tesis se enfoca en una sola y exclusiva droga; una droga que no ha sido objeto de grandes e intensos estudios; no ha sido objeto de grandes e intensas campañas, publicidad, o si quiera conocimiento; es la droga a la cual las otras drogas discriminan; sin embargo, es una droga que genera un entorno propio con efectos de magna importancia para el derecho penal y para la política criminal del estado; estamos hablando de la base de coca, mejor conocida en su natural ambiente como “bazuco”.

El estudio de esta droga se lo puede enfocar de diversas formas; el peculiar acercamiento que pretende brindar esta investigación no implica centrarse únicamente en la naturaleza de la droga y tampoco en los efectos físicos o psicológicos que la misma pueda causar. El enfoque del presente estudio se centra en los resultados y en los efectos de la ilegalidad de esta droga que junto con la peculiar naturaleza de la misma, han creado un efecto que interesa al derecho penal; esto es la creación de una serie de entornos plagados de violencia que rodean tanto al consumo como a la adquisición de esta droga.

Se trata entonces no solamente de normas, de leyes o artículos; se trata de observar el panorama completo frente al tratamiento que como sociedad y como estado hemos otorgado a la base de cocaína; es de peculiar interés el observar estos dos grandes ámbitos ya que se fusionan para crear el efecto completo. Por un lado se puede observar el tratamiento estatal que ha existido para la droga, observando las normas y políticas impuestas, y por otro lado se debe observar a la sociedad; cómo ésta ha reaccionado con las normas estatales, cuál es el prejuicio que la sociedad se ha impuesto sobre esta droga y su consumidor, cómo se lo imagina, cómo se lo representa, y en consecuencia cómo reacciona ante él, qué espera de este consumidor, y lo más importante, qué quiere la sociedad para este consumidor.

Finalmente después de este análisis, posiblemente se pueda responder, qué es lo que la sociedad puede esperar de este consumidor, y qué puede, o más importante, que no puede exigir; punto álgido en el cual se tratará el complejo e interesante tema de la teoría de la pena visto desde este peculiar enfoque.

La importancia de estudiar los efectos que la ilegalidad ha causado en relación a la base de cocaína toma una mayor relevancia cuando se centra la atención no en los efectos recreativos que la droga podría tener, sino en los efectos que suplen una necesidad humana básica latente y continua, lo cual lleva directamente a diferenciar a consumidores. Es preciso aclarar que este estudio no busca investigar, defender,

argumentar o indagar a favor del eventual sujeto que por mera curiosidad experimenta con esta y diversas drogas en amenos ambientes festivos, seguros y pudientes, puesto que si bien en esencia el acto de consumir es el mismo, su situación social no es la misma que la de aquel sujeto que debe desarrollarse y vivir en los estratos sociales más vulnerables; por lo tanto, los efectos de la ilegalidad son distintos para diferentes consumidores.

La problemática que se aborda en esta investigación, se centra principalmente en el consumidor que está expuesto al derecho penal; éste es el consumidor que no se divierte con la droga; es el consumidor para quien no es una aventura consumir la droga; es el consumidor para quien la droga significa momentos sin hambre y momentos sin sueño. Sin embargo, no se perderá de vista que los efectos de la ilegalidad de esta droga son tan contundentes en la creación de entornos hostiles y violentos, que ningún consumidor, independientemente del estrato social en el cual económicamente se lo pueda ubicar, se encuentra a salvo.

Bajo esta perspectiva, la investigación pretende revelar e indagar sobre el ámbito social y el entorno en el cual el consumidor de la base de cocaína debe necesariamente ingresar tanto para conseguir, como para consumir la droga. Entornos que son una clara y directa consecuencia de la ilegalidad de la droga, cuyas características son abiertamente hostiles y violentas. En los entornos creados de consumo y adquisición de la base de cocaína prosperan delitos contra la propiedad, contra la integridad sexual, y contra la vida. Delitos que son cometidos por los consumidores, en contra de los consumidores.

Precisamente la investigación pretende revelar la siniestra creación de una dualidad condenante de víctima y delincuente casi inescapable para el consumidor. Si efectivamente este es el caso, estamos entonces ante el ridículo en el cual las leyes y las políticas penales del estado operan en nuestra contra, para crear y generar nuevas víctimas, nuevos delincuentes, mayor hostilidad y violencia en la sociedad.

Toda la carga de la ilegalidad no se presenta solamente en normas, se presenta también en todo un elaborado sistema de creación de estereotipos y de prejuicios, que ahora han sido muy bien aceptados e internalizados por la sociedad de los buenos. Esta sociedad ve al consumidor de bazuco como una lacra; esta sociedad ve a la base de coca como la basura que desprende la verdadera cocaína, droga que si es reservada para los altos estratos de la sociedad; y el efecto social que esto genera no es más que una marcada, abierta y tajante discriminación absoluta para el

consumidor de base de coca; discriminación que sirve como combustible principal para mantener vigentes los entornos aislados, violentos y hostiles en los cuales el consumidor de base de cocaína debe desenvolverse.

Pero esta discriminación a la cual el consumidor debe enfrentarse, no solamente proviene de la sociedad de los buenos y la *beautiful people*³; extrañamente también proviene de la misma rama de consumidores de otro tipo de drogas que tienen un énfasis mayor en su aspecto recreativo, tales como los consumidores de marihuana y de cocaína. Ante este tipo de consumidores, el consumidor de base de coca, el bazuquero, es también de lo peor; y al igual que sucede con los *buenos* y los *normales*, discriminan a este tipo de consumidores por considerarlos peligrosos, adictos, enfermos, delincuentes.

Todo lo antes expuesto, lleva entonces a formular la pregunta central de esta tesis: ¿de qué forma la legislación y las políticas penales antidrogas, generan ambientes hostiles y violentos?; la incógnita puede ser tratada desde varios puntos. Se iniciará entonces abordando doctrinariamente el antecedente de la droga, las normas aplicables al tema, el marco teórico relativo al consumidor y a los entornos planteados, la razón de ser del castigo visto criminológicamente, y el fin de la pena aplicado a la problemática planteada. Todo lo cual será contrastado con un estudio práctico sobre consumidores de base de coca.

Se evidenciará como todos estos efectos separatistas, discriminatorios, repudiantes, crueles y antisociales, generan una verdadera consecuencia penal negativa tanto para los consumidores como para la sociedad en general; lo cual motiva la posición de esta investigación que categóricamente afirma que los efectos de la ilegalidad de la base de cocaína, han sido la creación de ambientes hostiles y violentos tanto para la adquisición como para el consumo de la droga, los cuales a su vez generan un efecto dual en el consumidor, quien es expuesto e indirectamente obligado a convertirse en víctima y delincuente, y al criminalizar a los consumidores no se cumple con los fines de la pena más que la mera neutralización del reo.

³Término utilizado para referirnos al ideal de la sociedad de los buenos; se traduce en personas bellas.

Capítulo uno

Limitación y determinación de conceptos

1.1. Breve historia y antecedentes de la base de cocaína:

Es de suma importancia el contar con el antecedente histórico de la base de coca al igual que el establecimiento de ciertos conceptos. Considero necesario empezar por un concepto clave, esto es la dependencia de las drogas. La Organización Mundial de la Salud, en el año 1964 estableció que la dependencia de las drogas es una situación psíquica y en algunos casos también física, que se da en el efecto cambiante de la droga en el individuo y que puede ir unido a 3 fenómenos: 1) desarrollo de una tolerancia, 2) desarrollo de una dependencia corporal, y 3) desarrollo de una dependencia psíquica.⁴

Es importante para este trabajo el abordar brevemente esta definición otorgada para la dependencia de drogas, ya que posteriormente se realizará un análisis criminológico enfocado a determinar por qué castigamos ciertos actos, lo cual penalmente lo ubicaremos dentro del análisis de teoría de la pena y volveremos entonces a este concepto. Por el momento, basta dejarlo enunciado.

Las drogas han sido objeto también de numerosas clasificaciones, tales como droga, fármaco, droga causante de dependencia, drogas naturales, elaboradas, semi-sintéticas y sintéticas; dentro de las definiciones que se ha otorgado a las drogas, también se ha realizado ciertas categorizaciones, clasificándolas como sustancias utilizadas abusivamente con efecto adictivo. En el idioma español no existe una fuerte distinción entre narcótico y estupefaciente, por cuanto la definición de estos términos nos lleva a una clara tautología; de forma que estupefaciente se entiende como un elemento narcotizante; mientras que un elemento narcotizante es un estupefaciente⁵.

⁴ Kai, Ambos, *Control de Drogas, Política y legislación en América Latina EE.UU. y Europa. Eficacia y Alternativas*, (Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998). 40.

⁵Ibíd. 41.

Cabe mencionar que normativa y legislativamente empiezan a surgir en el ámbito internacional, distintos elementos que configuran la creación de las normas locales⁶. Dávalos establece que:

La legislación sobre drogas ilícitas que han adoptado los países latinoamericanos en las últimas décadas ha sido impuesta desde la doctrina de la prohibición, represión a la oferta y erradicación de cultivos, expresada en la Convención Única sobre estupefacientes de 1961 y la Convención de 1988, y en los distintos programas de “guerra contra las drogas”, liderados de forma unilateral por los Estados Unidos.⁷

De la palabra narcótico se han construido diferentes conceptos políticos criminales, tales como narcotraficante, narcoterrorismo, narcoguerrilla, narcoviolenencia, etc. Ahora bien, los problemas que las drogas presentan son directos o secundarios; como problemas directos se entienden a aquellos actos relacionados con el cultivo de la coca, la elaboración de la cocaína, el tráfico con coca y la masa creciente de consumo; mientras que por problemas secundarios se entiende a las dimensiones del narcotráfico y todo el mundo de violencia vinculada a éste⁸.

Esta diferenciación entre problemas directos y secundarios se la entiende también desde el punto de vista necesario para comprender la política de drogas y la proporcionalidad en la aplicación de una pena; Uprimny, Guzmán y Parra establecen que es necesario realizar una distinción fundamental, entre los problemas directos y secundarios, siendo los problemas directos aquellos ocasionados por el consumo directo de la droga, como afectaciones a la salud del consumidor; en cambio la violencia generada por el narcotráfico son problemas secundarios por cuanto derivan de la criminalización de la producción y consumo de las drogas.⁹

La palabra “droga”, es también utilizada dentro de un idioma político como un concepto de lucha contra los grupos sociales marginales y ha servido en gran

⁶ Diego Camaño Vera, “*Legislación Antidrogas: ¿Una amenaza para el Estado de Derecho?*”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009). 57.

⁷ Javier Dávalos, “*El principio de igualdad como eje transversal de la nueva legislación sobre drogas en el Ecuador*”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009). 220.

⁸ Kai Ambos, *Control de Drogas, Política y legislación en América Latina EE.UU.* 43.

⁹ Uprimny, Rodrigo, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra, “*¿Des – proporción en la judicialización de los delitos de droga? El caso colombiano*”, en Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*, (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013). 113.

medida a la realización de fines autoritarios. Ciertamente la peligrosidad de ciertas drogas no ha sido comprobada científicamente y es acertado el reconocer que la diferencia entre drogas buenas (legales) y drogas malas (ilegales) es estrictamente política. Y la política ha establecido claramente que la lucha contra las drogas es una real guerra. Bajo este esquema, “hablar del tema de las drogas, implica una inmediata asociación con sustancias capaces de alterar la condición física o psíquica de los seres humanos”,¹⁰

Zaffaroni presentando una fuerte crítica a la legislación antidrogas establece que “lo principal es la “lucha” y, por ende, dado que entre muchos que se presentan, no se puede distinguir cuales son los enemigos, todos deben ser tratados como enemigos¹¹”, lo cual es absolutamente cierto, y nuevamente al tratar sobre el consumo de la base de coca, esta realidad se ve aumentada exponencialmente, ya que dentro del catálogo de drogas, la base de coca es considerada como una de las drogas más fuertes y por lo tanto sus consumidores llegarían a ser los enemigos más feroces del estado.

Con este breve preámbulo sobre la definición y conceptos genéricos de droga, se puede continuar a conocer la historia de la base de coca.

Encuentros arqueológicos prueban que la coca era conocida en la edad antigua (2000 – 4000 AC); de igual manera, los descubrimientos arqueológicos presentan la historia de Mako Kapal en el reino INCA (siglos 13-16), quien entrega la coca al reino INCA, como un elemento consumible que permite soportar las penas, restablecer del cansancio, y apaciguar el hambre¹². Es importante en este punto el resaltar que la historia de la Coca previamente expuesta contiene un fuerte elemento ligado a la misma esencia de dichas sociedades antiguas, y es que esta droga juega un papel trascendental por constituirse como el vínculo y el enlace de los incas con sus divinidades.

¹⁰ Alex Valle, “Control de drogas en el derecho penal máximo y el derecho penal mínimo”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009). 143.

¹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, “La legislación “anti-droga” latinoamericana y sus componentes de Derecho Penal Autoritario”, en *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, (Caracas: Monte Ávila editores). 142.

¹² Alejandro Camino, *Coca: del uso tradicional al narcotráfico*, (Lima: CAJ, 1989) citado por, Kai Ambos, *Control de Drogas, Política y legislación en América Latina EE.UU. y Europa*. 47.

Llegada la época de la conquista española (1569), la coca fue prohibida y categorizada por los españoles como una “inútil y deteriorante superchería que seducía hacia las cosas y fantasmagorías del diablo.”¹³; efectivamente prohibiéndola hasta que encontraron un efectivo uso económico de la misma. No pasó mucho tiempo hasta que los españoles se dieron cuenta de los efectos de la Coca sobre la persona y se realizó una inmediata vinculación de los mismos enfocada a la mayor efectividad en la explotación de los incas. Los españoles entonces ampliaron los cultivos de coca, visto que los indios compraban coca en lugar de comida, para poder soportar las mortales tareas impuestas.¹⁴

En este punto cabe reflexionar como la historia siempre se repite; Elsie Rosales establece que: “No olvidaré la impresión que hace veinte años me causó constatar que en la Convención Única de 1961 – documento paradigmático de las directrices mundiales antidrogas – se prometía erradicar los cultivos”¹⁵. Sin embargo después de más de 40 años, tras los planes Colombia y Patriota, sí se había logrado la erradicación de cultivos, “pero a la vez se había conseguido expandirlos a todo lo largo y ancho del territorio colombiano”¹⁶.

Podemos observar ya como las drogas, y en este caso la coca, han tenido siempre una vinculación política y económica tanto en su cultivo, su venta, su uso y sus efectos. Alex Valle establece que: “Hay que desmitificar la división taxonómica de drogas legales e ilegales pues todas producen por igual daño en la salud; ya que con tal división, pierde la óptica sanitaria y preventiva para dar paso a una política eminentemente policial – represiva”.¹⁷

Catalina Pérez Correa sobre esta misma óptica establece que las normas que penalizan delitos contra la salud, pretenden proteger la salud, tanto a los usuarios como aquellos quienes pudieran ser afectados, “Esto lo hacen a través del derecho

¹³ Kai Ambos, *Control de Drogas, Política y legislación en América Latina EE.UU. y Europa*. 48.

¹⁴ *Ibíd.* 49.

¹⁵ Elsie Rosales, “Globalización del control penal, sistema penal y drogas en Venezuela”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009).168.

¹⁶ *Ibíd.* 169.

¹⁷ Alex Valle, *Control de drogas en el derecho penal máximo y el derecho penal mínimo*. 151.

penal. Así, representan, como otras intervenciones penales, una interferencia a la libertad y a la autonomía de las personas”.¹⁸

Lamentablemente el fantasma indomable de la creación de capital a costa de cualquier objeción moral, siempre ha sido y será parte de la humanidad, y las drogas son un elemento perfectamente explotable hacia determinados fines, pero en última instancia el fin que reina por sobre todos es el dinero.

El incurso químico sobre la coca se lo da en 1860; el alemán Nieman aísla químicamente la cocaína, para utilizarla como sustancia narcótica y de placer en la Coca Cola en 1886; posteriormente se inician una serie de investigaciones que pronto llevarían a su prohibición; sin embargo, en el trayecto, los discursos políticos ya relacionaron a la droga racistamente con los indios, estableciendo que el uso cotidiano inveterado de las hojas de coca para extraer el alcaloide, no solo es nocivo, sino que es causa de la degeneración racial de mucho núcleos de pobladores y de la decadencia que visiblemente demuestran numerosos habitantes indígenas y aún mestizos¹⁹.

Es indispensable poseer el conocimiento científico que permite claramente afirmar que la coca, no es la cocaína, por cuanto el contenido del alcaloide en la coca es de 0.5 – 1.1%; los efectos de la cocaína solamente pueden ser alcanzados mediante el consumo de altas dosis, razón por la cual existe el proceso químico de extraer el alcaloide de la hoja de coca para obtener cocaína.²⁰ En este punto es prudente también mantener un conocimiento básico sobre el proceso de elaboración de la cocaína y en su trayecto conocer de dónde viene la base de coca.

El primer paso es la recolección de la hoja de coca, seguido del secado. El secado es un proceso que involucra el partir las hojas y dejarlas secar al sol (proceso conocido como coca del día); o permitir su maduración, humedecerlas, luego secarlas con toallas y pisarlas (proceso conocido como coca pisada); para la extracción del alcaloide se remojan las hojas con agua y ácido sulfúrico en contenedores de madera

¹⁸ Catalina Pérez Correa, “*Delitos contra la salud y el principio de proporcionalidad en México*”, en Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*, (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013). 201.

¹⁹ Taschner/Richtberg, “*Koka und Kokain*, (Koln, 1988) citado por, Kai Ambos, *Control de Drogas, Política y legislación en América Latina EE.UU. y Europa*. 49.

²⁰ *Ibíd.* 50.

por 12 a 24 horas; los pisa cocas, pisotean la masa pastosa, se agrega querosene, cal, carbonato de sodio hasta que aparece la pasta cruda, que mantiene un color amarillento; a continuación inicia el proceso de limpieza, el cual implica agregar éter, acetona, amoníaco, potasio y otros químicos y someter el material a un proceso de filtraciones, de las cuales se obtiene un alcaloide de 70 – 85%; sobre esta base se adiciona hidrocloreto, éter y acetona lo cual produce finalmente el blanco y fino clorhidrato de cocaína. El punto más relevante del proceso para los fines de este estudio, es el siguiente: del procedimiento de limpieza, resta un subproducto contaminado de cúmulos y desperdicios de todos los químicos que han sido involucrados, el cual es la base de cocaína o bazuco.²¹

1.2. Normativa aplicable sobre drogas:

En esta sección se pretende realizar un breve recuento de las normas que son aplicables y rigen el sistema legal normativo en el ámbito de drogas; se debe partir no desde una visión positivista y formalista del asunto, ya que si trabajamos bajo ese aspecto, entonces cabría únicamente la cita de ciertas normas de nuestro código orgánico integral penal al igual que las normas que no se encuentren derogadas de la ley orgánica de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Sin embargo, la visión que se pretende utilizar parte de nuestra Constitución, y desde un reconocimiento profundo de los derechos que como ciudadanos tenemos en el Ecuador; y esto es de trascendental importancia para el tema de investigación y para la verdadera aplicación de un derecho penal garantista. En esta sección se pretende solamente realizar una sucinta exposición de los derechos y los principios que se activan y se presentan con mucho más énfasis cuando tratamos de nuestro tema del consumo de base de coca.

Nuestra Constitución contiene una serie de garantías, derechos y principios que obligan no solamente a los ciudadanos para una convivencia social pacífica, sino que también obligan de forma muy fuerte y directa al Estado; de esta forma el artículo 3 en su numeral 1, establece como un deber primordial del Estado el “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos

²¹Ibíd. 54 – 58.

en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes²².”

Esta norma es muy importante por cuanto delimita en primer lugar una verdadera, real y material obligación del Estado, no es una idea, no es un ideal, sino una obligación estatal, y su pilar fundamental retumba en el hecho de que no puede existir discriminación.

El artículo 11 de la Constitución establece una serie de principios sobre los cuales deben regirse los derechos; cabe resaltar el numeral 2 del mencionado artículo, el cual contiene el principio de igualdad y el principio de no discriminación.

La prohibición de discriminación que contiene nuestra constitución es muy amplia, y abarca muchas situaciones sociales, culturales, políticas y personales, y aquellas situaciones que no estén contempladas textualmente, también están protegidas bajo una expresión muy genérica tal como “Nadie podrá ser discriminado por... cualquier otra distinción , personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos²³”; sin embargo, de lo cual debemos resaltar que la discriminación se encuentra expresamente prohibida por la condición socio económica.

El numeral 3 establece la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías establecidos en la Constitución por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, que se podría concretar en cualquier representante del estado. El numeral 7, contiene un principio muy importante y se refiere al reconocimiento que nuestra Constitución hace de la dignidad de las personas. El concepto de la dignidad se lo analizará más adelante dada su importancia y su trascendencia criminológica y filosófica que necesariamente debe ser incluida en nuestro tema.

El numeral 9 del artículo establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar los derechos garantizados en la Constitución; la importancia de citar este numeral radica en devolver a las palabras su recto y honesto significado; cuando

²² Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. I, “Elementos constitutivos del Estado”, cap. primero, “Principios Fundamentales”, art. 3, núm. 1, [(Quito): Lexis,s.f.]. <http://www.lexis.com.ec>.

²³ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derecho”, cap. primero, “Principios de Aplicación de los derechos”, art. 11, núm. 2, [(Quito): Lexis,s.f.]. <http://www.lexis.com.ec>.

nuestra norma utiliza la frase “el más alto deber del Estado”, no debe ser esto leído superficialmente, debe ser leído y entendido en toda su gran e inmensa magnitud; el Estado ecuatoriano tiene un deber primordial, un deber ineludible, un deber supremo, y esto es el respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El no otorgar a estas palabras, la importancia, la trascendencia y la magnitud que poseen, tergiversa y distorsiona cualquier análisis. El artículo 14 de nuestra Constitución establece el derecho a vivir en un ambiente sano; sobre esto ahondaremos más adelante cuando se discuta sobre el ambiente en el cual los consumidores vulnerables han sido obligados a vivir²⁴.

El artículo 32 de nuestra Constitución establece el derecho a la salud²⁵; el artículo 33 establece el derecho al trabajo²⁶; el artículo 35 establece el derecho a recibir atención prioritaria para las persona que se encuentran en situaciones de riesgo²⁷; los artículos 44, 45, y 46 establecen derechos específicos aplicables a los niños, niñas y adolescentes que tratan sobre su desarrollo integral²⁸.

Finalmente el artículo 364 de nuestra constitución es de trascendental importancia para nuestro tema, razón por la cual me permito transcribir su texto:

Art. 364.- Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales. El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco.²⁹

Del artículo expuesto se debe resaltar lo siguiente: se establece que las adicciones son un problema de salud pública, lo cual tiene un fuerte grado de

²⁴ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. segundo, “Derechos del buen Vivir”, secc. Segunda, “Ambiente sano”, art.14, [(Quito): Lexis,s.f.]. <http://www.lexis.com.ec>.

²⁵ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. segundo, “Derechos del buen Vivir”, secc. séptima, “Salud”, art.32, [(Quito): Lexis,s.f.]. <http://www.lexis.com.ec>.

²⁶ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. segundo, “Derechos del buen Vivir”, secc. octava, “Trabajo y Seguridad Social”, art.33, [(Quito): Lexis,s.f.]. <http://www.lexis.com.ec>.

²⁷ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. tercero, “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, art.35, [(Quito): Lexis,s.f.]. <http://www.lexis.com.ec>.

²⁸ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. tercero, “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, secc. Quinta, “Niñas, niños y adolescentes”, art. 44-46, [(Quito): Lexis,s.f.]. <http://www.lexis.com.ec>.

²⁹ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. VII, “Régimen del buen vivir”, cap. primero, “Inclusión y equidad”, secc. segunda, “Salud”, art. 364, [(Quito): Lexis,s.f.]. <http://www.lexis.com.ec>.

influencia para la política criminal del Estado, y sin embargo consideramos que dicha frase no es un avance en la perspectiva jurídica y criminológica hacia el consumidor de drogas, ya que pasa de ser considerado un delincuente a ser considerado un enfermo; la enfermedad, vista desde el derecho penal, ha tenido iguales o peores consecuencias para la humanidad que el prejuicio del criminal o delincuente. Se ahondará sobre este tema posteriormente. Adicionalmente, se debe tener en claro que la norma constitucional establece que en ningún caso, se permitirá su criminalización, recordando que la norma protege a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos.

Se debe mencionar también las normas adjetivas penales que gobiernan la punibilidad de los delitos relacionados con drogas, las cuales se encuentran tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP. Las infracciones relativas a las drogas se encuentran tipificadas en la sección segunda denominada “Delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, a partir del artículo 219 hasta el artículo 228, normas que derogaron parcialmente la ley de sustancias estupefacentes y psicotrópicas, lo cual si considero un avance por cuanto la mencionada ley mantenía fuertes y serios problemas con el derecho al debido proceso, el principio de proporcionalidad, el principio de necesidad y el principio de no criminalización del consumo por mencionar algunos³⁰

1.3. El especial caso de la deshabituación en el COIP

El artículo 12 del COIP, contiene un preocupante “derecho”. El mencionado artículo en su numeral 11 establece:

Art. 12.- Derechos y garantías de las personas privadas de libertad.- Las personas privadas de libertad gozarán de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos: 11. Salud: la persona privada de libertad tiene derecho a la salud preventiva, curativa y de rehabilitación, tanto física como mental, oportuna, especializada e integral. Para garantizar el ejercicio de este derecho se considerarán las condiciones específicas de cada grupo de la población privada de libertad. En los centros de privación de libertad de mujeres, el departamento médico contará con personal femenino especializado. Los estudios, diagnósticos, tratamientos y medicamentos serán gratuitos. En caso de adicciones a sustancias estupefacentes, psicotrópicas o preparados que los contengan o de alcoholismo y tabaquismo, el

³⁰ David Cordero Heredia, “*La ley de drogas vigente como sistema jurídico paralelo*”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009).189.

Ministerio de Salud Pública brindará tratamiento de carácter terapéutico o de rehabilitación mediante consultas o sesiones, con el fin de lograr la deshabitación. La atención se realizará en los centros de privación de libertad a través de personal calificado para el efecto.³¹ (El subrayado me pertenece).

Se ha subrayado un tema que debe ser atendido por cuanto reviste una mayor preocupación, y es este derecho de ser rehabilitado con el fin de lograr la deshabitación. Para los fines de nuestro tema, la deshabitación es un tema vinculado que es necesario analizarlo por cuanto se traduce al esquema de la respuesta que el Estado pretende brindar a los consumidores de drogas, es decir se traduce en una de las muchas consecuencias penales que existen para el consumidor de drogas, al igual que revela una política estatal criminal del estado.

Hasta el segundo borrador para el debate del COIP, se mantenía la tipificación de la deshabitación como una medida de seguridad de la siguiente manera: “Artículo 871.- Internamiento en centro de deshabitación.-La jueza, juez o tribunal de garantías penales podrá aplicar la medida de internamiento en centros de deshabitación público o privado debidamente acreditado u homologado, con el fin de la deshabitación de sustancias que causen su adicción.”³²

Finalmente la deshabitación, como una medida de seguridad fue transformada y escondida ahora como un “derecho”. Considero que esta medida de la deshabitación era mucho más pura y sincera en su forma punitiva de medida de seguridad; ya que actualmente se pretende enmascarar su verdadero fondo como un “derecho”.

Es importante entender que una conducta que constituye una infracción penal es necesariamente un conflicto social, sin embargo, no todos los conflictos sociales deben ser penalizados³³. Así las adicciones a las diversas y diferentes drogas que se encuentran disponibles en el mercado son un problema social, un conflicto social, y así lo reconoce nuestra constitución en su artículo 364, mencionando que las adicciones son un problema de salud pública. Si bien la constitución impone al estado la obligación de desarrollar programas de información prevención y control,

³¹ Ecuador; *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 12. En adelante se cita este Código como COIP.

³² Borrador Segundo Debate Código Orgánico Integral Penal. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado.

³³ Ramiro Ávila Santamaría, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos*, (Quito: UASB – Ediciones legales, 2013). 13.

de ninguna manera le atribuyó la potestad de tratarnos y curarnos de lo que el estado considere ser una enfermedad.

Al respecto Neuman establece que se dio por llamar “enfermedad” a la drogadicción, y hábilmente se recurrió a la ley penal, “Y a la ley penal, mal que les pese a ciertos políticos y buena parte de la opinión publicada, se debe llegar como última ratio”³⁴ En este punto es necesario resaltar que este aparente “derecho”, implica un tratamiento. ¿De qué forma se puede deshabituarse? ¿Cuáles son los métodos que utilizará el Estado?, ¿es acaso un derecho o una imposición? Parecería ser que estamos ante una potencial aplicación de una pena disfrazada de un derecho.

El garantismo tiene su sustento jurídico en la Constitución³⁵, misma que promulga en su artículo 66 numeral quinto, el libre desarrollo de la personalidad, lo cual inmediatamente entra en conflicto con la mera idea de la deshabituación, ya que la norma constitucional establece como único límite al desarrollo de la personalidad, los derechos de los demás.

Evidentemente el consumo de cualquier sustancia sea o no dañina para la salud, tendrá sus efectos única y exclusivamente en el consumidor, raciocinio bajo el cual el consumir sustancias psicotrópicas, o el consumir comida chatarra, o fumar cigarrillos, o ingerir alcohol, afectan única y exclusivamente a su directo consumidor, estando por lo tanto dicho consumo dentro de los parámetros de la libertad de la personalidad, ya que no se evidencia afectación directa alguna a terceros.

A través de la figura de la deshabituación claramente se puede observar la construcción de un “ellos” como la fundamentación de la deshabituación, basada también en el peligroso criterio de la peligrosidad, valga la redundancia, recordando que la peligrosidad “es un elemento de todo discurso genocida (...)” a través de lo cual en base a los delitos cometidos por algunos, se considera que todos los integrantes del grupo son peligrosos³⁶. Claramente el fundamento atrás de la

³⁴Elías Neuman, *Los que viven del delito y los otros, la delincuencia como industria*, tercera edición, (Bogotá: Temis S.A., 2005). 173.

³⁵Ramiro Ávila Santamaría, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos*. 27.

³⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Rep, *La cuestión criminal*, (Buenos Aires: Grupo Editorial Planeta, 2011). 308.

deshabitación es aquel de la peligrosidad, fundado en aquel estigma y prejuicio social creado en contra de los consumidores de drogas.

El estado los considera peligrosos, y al no poder criminalizarlos abiertamente, gracias a la garantía de la constitución, pretende curarlos. La situación es mucho más grave cuando entendemos que el tratamiento para lograr la deshabitación se otorga en los centros de privación de libertad; es decir que si una persona es encerrada por un delito relacionado con drogas, será tratado, ya que es su derecho.

En este punto cabe mencionar que el tratamiento del consumidor como un enfermo es abiertamente utilizado e instaurado en otros países a través de las cortes de drogas; modelo que fue originalmente desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo propósito es constituir una alternativa al encarcelamiento, reducir el hacinamiento, y la criminalidad; parte de someter a los consumidores ante una suerte de suspensión de los procesos judiciales, bajo la condición de llevar a cabo y cumplir programas de rehabilitación relacionados con el consumo de la droga.³⁷

Las cortes de drogas parten de algunos presupuestos preocupantes, el primero es que el consumo de una droga es un factor asociado a la comisión de delitos y el segundo es que el consumidor es un enfermo³⁸, para lo cual instauran un sistema de rehabilitación y tratamiento al igual que un sistema de suspensión condicional de la pena³⁹. El establecer un modelo y una institución que reconoce una conexión directa entre la droga y el delito, profundiza insubsanablemente el criterio de peligrosidad sobre los consumidores, profundiza y legitima el mantenimiento del estereotipo sobre el consumidor.

De igual manera, al tratar al consumidor no solamente como un criminal sino como un enfermo se arraiga por completo la política terapéutica penitenciaria del estado sobre sus ciudadanos lo cual como ha sido expuesto vulnera el principio de

³⁷Diana Esther Guzmán, *Las Cortes de Drogas. Los alcances y retos de una alternativa a la prisión*, (Londres: International Drug Policy Consortium, 2012). 1. <http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-col/las-cortes-de-drogas.pdf>. Consulta: 30 de noviembre de 2016.

³⁸ *Ibíd.* 6.

³⁹Tania Ramírez, *Cortes de drogas en México: persiguiendo a los consumidores*, (México: Nexos, 2015) <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4743>. Consulta 28 de noviembre de 2016.

dignidad al igual que abre las puertas a incalculables consecuencias de aplicación de las penas, encubiertas de tratamientos.

Las cortes de drogas, adicionalmente han sido criticadas por cuanto su existencia implica reproducir la lógica y selectividad del sistema penal, dirigido ahora abiertamente en contra de los consumidores, aumentando así la actuación policial mediante el arresto, mismos que cumplen con dirigirse en contra del segmento de la población más apta a ser objeto del derecho penal; existen estudios que demuestran que la población afroamericana en Estados Unidos es arrestada a una tasa 238 veces superior a la de los blancos⁴⁰.

Paladines establece que las experiencias de los países en los cuales se han instaurado las Cortes de Drogas demuestran que su aplicación ha coaccionado a los usuarios a rehabilitarse bajo una decisión judicial, utilizando entonces el proceso penal como un proceso de reenvío de los imputados desde las cárceles a clínicas de recuperación⁴¹

De esta forma, las cortes de drogas al partir de los presupuestos que se deberían eliminar y evitar, esto es equiparar al consumidor con el delincuente y al consumidor con el enfermo, simplemente propenden y amplifican los criterios de discriminación, etiquetamiento y creación de estereotipos sociales ahora respaldados no solamente por un discurso sino también por la existencia de una institución como las cortes de drogas. Considero que los presupuestos de las cortes de drogas serían abiertamente contradictorios a la prohibición de criminalización constitucional del consumidor que rige en el Ecuador, ya que directamente implica equiparar al consumidor con el delincuente.

Volviendo al tema de la deshabituación, se observa que esta medida revela la política criminal del estado y la política penitenciaria terapéutica que pretende imponer, curando a sus reos, curando a estos enfermos consumidores. Pero debemos preguntarnos, el porqué. Y la respuesta es por cuanto el estado considera que el drogadicto es un criminal. ¿Qué otra razón lógica y racional puede existir para que

⁴⁰ *Ibíd.* 12, 13.

⁴¹ Jorge Paladines, *La respuesta sanitaria frente al uso ilícito de drogas en el Ecuador*, (Quito, Colectivo de estudios Drogas y Derecho) en http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/prop_del/ecuador-usuarios.pdf . Consulta: 27 de noviembre de 2016.

nuestro código orgánico integral penal sea la única norma que establezca la deshabitación para aquellas personas privadas de la libertad?

El garantismo ha develado que las personas nos enfrentamos a un poder violento emanado del estado, que se materializa en vigilancia, control y represión⁴². La inexistencia de garantías frente a este inmenso poder nunca tendrá un buen desenlace, y eventualmente llegará a desbordarse produciendo los más horribles crímenes que la humanidad ha vivido tales como el genocidio y apartheid⁴³. La figura de la deshabitación implica una atribución máxima al poder estatal para que ejerza su control sobre todos nosotros. Y es un control que se evidencia en el lugar en el cual es el estado quien tiene el dominio total sobre sus ciudadanos, en el encierro.

Es claro entonces que la misma existencia de la medida de la deshabitación implica ya una total inobservancia a la esencia del garantismo, aquella esencia de ser una contenedora del poder punitivo. La presencia de la deshabitación revela el total fracaso del garantismo, ya que se constituye como el poder desbordado; desbordado a encerrar a sus ciudadanos por tomar una decisión que no vulnera los derechos de nadie, lo cual se traduce en la inexistencia del principio de lesividad; desbordado a actuar en aquellas esferas en donde existen tantas otras opciones, lo cual se traduce en la vulneración del principio de ultima ratio.

En definitiva la deshabitación revela un desborde máximo del poder punitivo cuyas consecuencias podrían ser catastróficas; refuerza la imagen creada de los otros, en este caso de los adictos, quienes aparentemente necesitan ayuda preventiva para no ser más delincuentes.

Ahora bien, si desenmascaramos este supuesto derecho y lo tratamos como lo que realmente es, podemos con plena seguridad jurídica afirmar que este derecho de la deshabitación, no es más que una simple y descarada pena; una pena que se adiciona al encierro. Y es que claramente la misma existencia de la deshabitación revela una clara política criminal en la cual el consumidor es asimilado a un enfermo, y se ingresa a tratar el tema de drogas desde una perspectiva que tiene como eje fundamental la salud.

⁴²Ramiro Ávila Santamaría, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos*.32

⁴³Ibíd. 33.

Al respecto Paladines establece que “El problema de las drogas es tratado desde el enfoque de peligro a los bienes jurídicos colectivos a través del discurso de la salud pública”⁴⁴. El discurso de la salud no ha sido más que otra excusa para criminalizar al consumidor, a través de medidas tales como la deshabitación. Medidas abiertamente inconstitucionales que incluso pueden llegar a ser peores que la pena del encierro.

Es importante entender que la misma lógica del encierro entiende una potencial recuperación del delincuente, mientras que la lógica que maneja el discurso de la salud puede ser más perverso condenando a una persona a ser un enfermo crónico o incurable.

Respecto a este tema, Efrén Guerrero establece: “En el caso del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas el titular del bien jurídico protegido (salud) no es la sociedad en su conjunto sino, en nuestro caso, el consumidor. Esto implica que el consumidor está “disponiendo” de un bien jurídico que le pertenece y cuya lesión lo afecta personalmente”⁴⁵

Bajo este panorama, la deshabitación se configura como una pena sin delito, lo cual vulnera en toda su expresión al principio de la retribución penal. La retribución constituye el axioma A1 del sistema creado por Ferrajoli y está expresado por la máxima “nulla poena sine crimine”⁴⁶.

La retribución trata entonces sobre la consecuencia del delito y es la primera garantía que tiene el derecho penal⁴⁷. Ferrajoli menciona que “la amenaza legal de la retribución penal puede prevenir solamente la comisión de hechos delictivos, no la subsistencia de condiciones personales o de status...”⁴⁸. Bajo esta línea de pensamiento, es claro que la deshabitación, sin olvidar que no existe un tipo penal

⁴⁴Jorge Vicente Paladines, “*La sociedad del riesgo en la dogmática penalizada de las drogas*”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009). 38.

⁴⁵ Efrén Guerrero, “*La no criminalización del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas*”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009). 251.

⁴⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, Séptima edición, (Madrid: Trotta, 2005). 368.

⁴⁷ *Ibíd.* 369.

⁴⁸ *Ibíd.* 370.

detrás de ella que se configure como su causa lógica, tampoco resiste el análisis de la retribución penal como preventiva de hechos delictivos.

Aparentemente la figura de la deshabitación nos lleva directamente al pensamiento de los positivistas y sus leyes de estado peligroso predictual tal como lo explica Zaffaroni, por cuanto el sistema penal presupone que los adictos son aquellos que ya están inmiscuidos en la mala vida⁴⁹. El carácter retributivo de la pena es una garantía, por cuanto nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho y no por lo que es.⁵⁰

Claramente la deshabitación es una pena que sanciona lo que una persona es. El consumo de drogas es una decisión libre y personal, y de muchas formas configura lo que una persona es tanto en su vida privada como en su vida pública y social. Basta con analizar los crecientes movimientos sociales de defensa del cannabis para reiterar que el consumo del mismo tiene un fuerte impacto social.

Definir lo que una persona es, implica entender al sujeto en su integralidad, y quieran o no, nuestros vicios son parte nuestra y juegan un papel importante en la forma en que cada individuo se relaciona con su entorno y con su comunidad. Lo previamente expuesto se traduce en el libre desarrollo de la personalidad.

Mauricio Martínez establece que la Corte Constitucional Colombiana consideró que la norma que criminalizaba el consumo de drogas en cantidades mínimas “violaba el precepto constitucional vigente desde 1991, que protege el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, derecho que comprende la posibilidad de ingerir libremente sustancias que comprometen exclusivamente a la persona que lo realiza”⁵¹

Dependiendo de nuestros gustos, incluidos nuestros vicios, formamos nuestros círculos sociales y nuestras actividades cotidianas, especialmente aquellas relacionadas con el esparcimiento y la convivencia social. Por lo tanto, si el sistema penal no puede castigar a una persona por lo que es, la deshabitación es una medida máxima, inquisitiva y paternal que permite al estado decirnos cómo debemos ser.

⁴⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Rep, *La cuestión criminal*. 96.

⁵⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. 369.

⁵¹ Mauricio Martínez, “El fracaso de la política antidrogas y los conflictos institucionales que genera en Colombia”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009). 283.

Ferrajoli explica que el carácter retributivo excluye tajantemente cualquier finalidad utilitarista de la pena, ya que impide que se castigue al inocente por considerarlo peligroso, desviado⁵². Claramente se puede observar que la figura de la deshabitación considera a los adictos como desviados, como peligrosos y como futuros criminales, lo cual vulnera tajantemente el carácter retributivo.

El carácter utilitarista de la deshabitación es coherente también con los síntomas de peligrosidad explicados por Zaffaroni, por cuanto la adicción se estaría considerando como el preámbulo del delito, como aquel síntoma que indica un futuro delincuente, al cual hay que encerrarlo y aislarlo; pero, para tranquilidad de todos, el Estado presentará este derecho, que realmente es una pena, muy bien disfrazada de tratamiento o deshabitación⁵³.

En efecto podríamos afirmar que la figura de la deshabitación es una representación máxima del poder del estado, que muy claramente nos está diciendo que el Estado controlará tus vicios y controlará como tú te comportas, en virtud de que cada uno se quede en su lugar, y no molestemos, todo lo cual responde a lo que Zaffaroni llama el estado gendarme⁵⁴.

El autoritarismo penal se caracteriza por manejar una idea utilitarista de prevención, totalmente separada del principio de retribución, conjuntamente con una asociación de doctrinas correccionales de la defensa social y de la prevención especial.⁵⁵ Las palabras de Ferrajoli se adaptan perfectamente a la esencia de la figura de la deshabitación, la cual es evidentemente utilitarista, cuyo fundamento radica en la defensa de la salud pública, es decir una defensa social, totalmente separada del principio de retribución.

La deshabitación es una figura penal que vulnera el principio de dignidad, recordando que “El principio moral del respeto a la persona humana, enunciado por Beccaria y por Kant con la máxima de que cada hombre, y por consiguiente también el condenado, no debe ser tratado nunca como un medio o cosa, sino siempre como fin o persona”⁵⁶.

Si el fundamento atrás de la deshabitación es la defensa de la sociedad, o la defensa de la salud pública, entonces el adicto no es más que uno de sus

⁵² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. 369.

⁵³ Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Rep, *La cuestión criminal*.96.

⁵⁴ *Ibíd.* 127.

⁵⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. 369.

⁵⁶ *Ibíd.* 395.

componentes que funciona mal, y por lo tanto se lo debe reparar, para los fines de la sociedad en general. Claramente se está situando al individuo en el único papel de ser parte de una sociedad y de tener que funcionar como la sociedad exija que funcione, es decir el individuo no es más que un medio para un fin, lo cual atenta contra el principio de la dignidad.

Relacionado con el pensamiento previamente expuesto, Maisonnave explica que si bien el consumo no es un delito, la norma establece que el consumo amerita tratamiento clínico, lo cual implica que “(...) al consumidor se le obliga a tratarse sin siquiera preguntársele, de lo cual se deriva que su opinión es irrelevante”⁵⁷. Reiterando que al individuo se lo trata claramente como un objeto, como un medio para un fin.

Continuando con los argumentos del principio de dignidad es necesario mencionar que “El valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena”⁵⁸. El individuo es digno, es libre y consciente de sus actos, y los límites de su desarrollo son los derechos de los demás. Al no existir ninguna acto delictivo en el consumo, no existe ningún daño a nadie, por lo tanto no puede existir pena alguna, y peor una hipócrita pena disfrazada de tratamiento, de lo cual se deduce que cualquier pena impuesta al consumidor por su calidad de consumidor o adicto es inhumana.

Al hablar de la pena Ferrajoli establece “lo intolerable de cualquier actividad pedagógica o correctiva en la expiación de la pena.”⁵⁹. El tratamiento reeducativo y la discrecionalidad administrativa en la determinación de la pena contradicen la retributividad, la legalidad y la jurisdiccionalidad; se transforman en tratamientos desiguales y discrecionales los cuales vulneran la libertad interior y la dignidad del reo⁶⁰.

Ferrajoli describe perfectamente la esencia de la deshabitación, y la califica de intolerable; de igual manera presenta el problema que tendrá la aplicación de esta pena, ya que no existe una determinación del tiempo y la calidad del tratamiento, el mismo está sujeto al criterio y la decisión de los grupos de expertos y técnicos en el asunto⁶¹.

⁵⁷Germán Aller Maisonnave, *Aspectos Penales y Criminológicos sobre las drogas prohibidas*. 15

⁵⁸Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal...* 395.

⁵⁹Ibíd. 396.

⁶⁰Ibíd. 397.

⁶¹Ibíd. 397.

Es decir que la pena y el encierro, dependerán del criterio de los expertos, y pasan éstos a ser quien realmente deciden cuando liberar o no a un sujeto, lo cual se vuelve totalmente discrecional y desigual.

Visto desde otra perspectiva, es claro que la ejecución de estas penas estarán a manos de psiquiatras es decir los supuestos expertos, para lo cual cabe recordar y reflexionar sobre los argumentos generados por la anti psiquiatría, de lo cual considero prudente rescatar una idea central: el reo, el criminalizado, tienen toda la potestad y alguna medida de credibilidad en la denuncia de los actos abusivos o violentos de la autoridad, por el contrario, el psiquiatrizado pierde todos sus derechos y peor aún pierde toda su credibilidad y con ello su capacidad para denunciar cualquier tipo de abuso, lo cual sitúa al individuo objeto de la deshabitación en una situación totalmente incierta frente al poder punitivo, ya que tal como se diría de un enfermo mental “el pobre está loco”, del adicto se dirá “ el pobre adicto, no sabe lo que dice”⁶².

Maisonave acertadamente menciona que “El tratamiento que recibe el adicto, bajo el control del juez garantista penal, no es más que otra mueca del sistema, ya que al individuo se lo mantiene sujeto a la disponibilidad del juez, y se lo vincula a un ámbito que es totalmente ajeno a la situación del sujeto, pues “él no ha delinquirido”⁶³.

La deshabitación es precisamente una burla del estado en contra del consumidor, una burla por cuanto vulnera la prohibición de criminalización contenida en nuestra constitución; una burla por cuanto esconde una pena atrás de un supuesto tratamiento; una burla por cuanto vulnera la libertad de decisión y la libertad de desarrollo de cada persona. De igual manera Kai Ambos establece que “La criminalización del consumo, representa una violación al principio del bien jurídico porque la autolesión que subyace en el consumo no lesiona, en todo caso, el bien jurídico de la salud pública proveniente del derecho positivo”⁶⁴

Bajo la misma línea de pensamiento se puede entonces entender que “El tratamiento es una pena encubierta, disfrazada de blanco y aplicada con espíritu sancionador”⁶⁵; es una pena por cuanto la única diferencia con la prisión será el lugar

⁶² Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Rep, *La cuestión criminal*. 160.

⁶³ Germán Aller Maisonave, *Aspectos Penales y Criminológicos sobre las drogas prohibidas*. 27.

⁶⁴ Kai Ambos, *Control de Drogas*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998).

⁶⁵ Germán Aller Maisonave, *Aspectos Penales y Criminológicos sobre las drogas prohibidas*. 27.

en la cual se cumpla, incluso el lugar en el cual se la deba cumplir puede tener igual o más peligros que la prisión.

De esta manera la figura de la deshabitación “No (...) respeta la esencia del libre albedrío de todo sujeto de derecho”⁶⁶; La reprochabilidad penal debe operar en los márgenes mínimos, lo cual implica que se debe tolerar la “opción de vida de cada individuo como sujeto responsable, decisor de su vida, sus gustos y el propio daño que pudiere generar la introducción voluntaria en su organismo de sustancias que afectasen su calidad de vida”.⁶⁷

La deshabitación no es más que una pena escondida como un derecho. La aplicación real de la deshabitación, vinculada con el tema del consumidor de base de coca parte de pretender solucionar un problema muy amplio tratando únicamente la consecuencia física y fisiológica del efecto de la droga sobre el consumidor, lo cual para efectos de salud desde un punto de vista médico, podría tener alguna validez; sin embargo, como se analiza en este trabajo, el entorno creado por la ilegalidad de las drogas es tan amplio que enfocarse en el tratamiento del adicto, mismo que sufre de todas las observaciones que han sido previamente expuestas, no tiene mayor sentido cuando los efectos físicos de la droga sobre el consumidor no son el problema, sino los entornos y los efectos sociales que la ilegalidad de las drogas genera.

⁶⁶Ibíd. 28.

⁶⁷Ibíd. 29.

Capítulo dos

Consumidores vulnerables, lugares de consumo, entornos violentos, y teoría de la pena.

La problemática que se plantea en esta tesis implica situar bajo el análisis a la misma razón de ser del castigo hacia las drogas al igual que determinar si el mismo cumple o no con los fines de la pena. Al castigo se lo debe entender desde un esquema macro, de todo el sistema penal antidrogas creado, ya que se debe recordar que la eliminación del tipo penal para el consumo no es suficiente para tratar con el problema, por el contrario, al existir un efecto macabro generado por la ilegalidad de creación de entornos hostiles, violentos y discriminantes, debemos ver a toda la normativa penal antidrogas como el problema.

Actualmente es claro que el consumidor no puede ser criminalizado, por disposición constitucional:

Art. 364.- 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.⁶⁸

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) ya no contempla como verbo de un tipo penal al consumo, al igual que efectivamente derogó a la ley 108⁶⁹; sin embargo, qué sucede cuando no criminalizamos al consumidor directamente por el acto de consumir, pero si lo encerramos y lo forzamos a desarrollarse en un entorno criminógeno, en un entorno en el cual será víctima y un potencial delincuente; estamos entonces tratando más que con un problema de consumidores.

La tenencia y posesión se encuentra condicionada bajo los límites máximos permitidos por el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y

⁶⁸Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. VII, “Régimen del buen vivir”, cap. primero, “Inclusión y equidad”, secc. Segunda, “Salud”, art.364, [(Quito): Lexis,s.f.]. <http://www.lexis.com.ec>.

⁶⁹Ecuador; *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180 (10 de febrero de 2014).

Psicotrópicas (CONSEP)⁷⁰; pero el enfoque castigador subsiste. El COIP aparenta centrarse en la comercialización, es decir el narcotráfico a menor, mediana y gran escala, actividad que se encuentra sancionada; sin embargo, en la práctica judicial se evidencia una realidad que claramente nos indica que la tenencia y el consumo solamente ha sido regulada, pero no descriminalizada; y esta situación se evidencia en los casos en los cuales la tenencia supera los límites permitidos por la normativa.

Zaffaroni manifiesta al tratar sobre la cuestión criminal que si nos limitamos a creer que el problema es local, cometemos un inmenso error ya que “miramos las piezas sin comprender las jugadas del tablero de un ajedrez macabro”, el cual decide el destino de todos⁷¹. Y este juego macabro es aquel que ha tenido como consecuencia la creación de nichos de consumo y adquisición de base de coca.

Para continuar el análisis es necesario realizarlo cotejándolo con el pensamiento doctrinario pertinente del siguiente esquema: 1) la creación del consumidor vulnerable de base de coca; 2) la forma y el lugar en la cual el consumidor debe conseguir la base de coca; 3) el lugar en el cual el consumidor debe consumir la base de coca.

2.1. El consumidor vulnerable de base de coca

Al tratar del consumidor vulnerable, me refiero específicamente al consumidor que por su posicionamiento social y gracias a la misma construcción del sistema penal, es la persona más apta a ser objeto del derecho penal. A efectos de generar una imagen en el lector, piénsese en un minuto en aquella persona cuyas ropas han sufrido un largo trayecto mucho más allá de su vida útil; cuya imagen personal revela una clara falta de aseo personal y cuidado sobre como la sociedad normalmente espera que una persona se vea; es decir, lamentablemente el consumidor vulnerable de base de coca sí responde a la imagen prejuiciosa que

⁷⁰La tenencia para consumo personal de Base de Cocaína es de 2 gramos, de acuerdo a la Resolución del CONSEP 1 Registro Oficial Suplemento 19 de 20-jun-2013; El CONSEP desapareció mediante la publicación en el Suplemento del Registro Oficial número 615 de 26 de octubre de 2015, 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*” y se convirtió en la Secretaría Técnica de Drogas.

⁷¹Raúl Zaffaroni, Miguel Rep. *La cuestión criminal*. 10

normalmente tendríamos sobre la persona, lo cual en lugar de acusar un argumento discriminatorio, refuerza la veracidad de la teoría de la autorreferencialidad.

Ávila establece con claridad que “el más débil es aquella persona que está en situación de vulnerabilidad”⁷²; Gargarella establece una secuencia interesante que demuestra como claramente ciertas personas están más o menos propensas a ser objetos del derecho penal, ya sea como sujetos activos o pasivos, y establece que se concibe a la democracia como un sistema que se justifica por generar decisiones imparciales; esta imparcialidad se relaciona con la posibilidad de los individuos de expresarse y de ser tomados en cuenta; existen amplios sectores de la población que han sido totalmente excluidos de la vida pública, por lo tanto: “contamos con razones para presumir que el ordenamiento vigente va a comenzar a sesgarse a favor de aquellos que cuentan con más influencia sobre el sistema de toma de decisiones (en definitiva, sobre la escritura, aplicación e interpretación del derecho).”⁷³

Precisamente el ordenamiento siempre se sesgará a favor de quienes mantengan influencias sobre el sistema, situación que directamente deviene del posicionamiento financiero y económico del individuo.

La ilegalidad de la base de cocaína presenta una serie de efectos tanto sociales como jurídicos. El consumidor de base de coca se ve inmerso en primera instancia bajo una imagen social destructiva y prejuiciosa que automáticamente lo sitúa y lo presenta como un delincuente en potencia o bien como un delincuente, en otras palabras como un sujeto peligroso.

Zaffaroni al tratar sobre la criminalización del consumidor establece que “El consumidor de cualquier tóxico prohibido era proyectado públicamente como un subversivo, hasta llegarse a una identificación del guerrillero y el drogadicto.”⁷⁴ En efecto la imagen social del consumidor de drogas en general es aquella de un subversivo; tratando del consumidor de base de coca el efecto es exponenciado, lo

⁷²Ramiro Ávila Santamaría, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos*.48

⁷³Roberto Gargarella, “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”, *Seminario en Latinoamérica de teoría Constitucional y Política*, (2010), <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/82/> Consulta: 4 de febrero de 2016.

⁷⁴Eugenio Raúl Zaffaroni, “La Legislación anti-droga latinoamericana: Sus componentes de Derecho Penal Autoritario”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009).4.

cual viene dado por la naturaleza de la droga y el entorno social que se ha desarrollado sobre este tipo de droga.

Paladines establece que “La percepción de las drogas como el “peor de los males de la sociedad” no solo forma parte de nuestro imaginario colectivo, sino también de la predeterminación en el diseño y aplicación de políticas públicas”⁷⁵

El evidenciar la existencia de un tipo de consumidor vulnerable, no es más que evidenciar la existencia de una injusticia social y todo el inmenso mundo de problemas que nuestra sociedad sufre. Gargarella citando a Von Hirsh establece que “mientras que a un segmento sustancial de la población se le nieguen oportunidades adecuadas para su sustento, cualquier esquema para castigar debe ser moralmente defectuoso”⁷⁶.

Bajo este esquema, el papel del derecho penal frente al tratamiento del consumidor vulnerable de la base de coca es tajante, ya que nos situamos en la realidad en la cual una imagen social construida políticamente legítima y habilita la implantación de leyes y políticas criminales que tienden a una supuesta protección de la sociedad frente a este peligro. Y dicha legitimación configura al estado y al derecho penal como una herramienta para enfrentarse a un enemigo, en una verdadera y declarada guerra.

Zaffaroni establece que “La consecuencia lógica de todo planteo ideológico de “guerra” es un deterioro del derecho penal liberal y, por ende, un fortalecimiento de los caracteres que se conocen como “derecho penal autoritario”⁷⁷. Efectivamente al tratar al consumo de la base de coca como una parte primordial de la conocida guerra contra las drogas, se abren las puertas para políticas criminales y leyes penales totalmente autoritarias, y socialmente legitimadas por la imagen instaurada de la guerra.

⁷⁵ Jorge Vicente Paladines, “*La (des) proporcionalidad de la ley y la justicia antidrogas en Ecuador*”, en Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*, (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013).157.

⁷⁶ Roberto Gargarella, *La coerción penal*. 4.

⁷⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *La Legislación anti-droga latinoamericana*.4.

Bajo este tratamiento, el discurso en contra de las drogas ya no tiende a dirigirlo como un problema del consumidor o de la sociedad, sino de la seguridad nacional del Estado, lo cual implica una inmediata reducción de libertades.

Paladines trata sobre el tratamiento del problema de la droga como un problema de seguridad del estado y menciona que: “Al ser concebido el fenómeno de las drogas como un problema de seguridad del estado, la situación de riesgo es mucho mayor. La lógica de la seguridad del Estado tendrá mayor peso respecto de las políticas de seguridad ciudadana, esto es, la legislación, presupuesto y toma de decisiones será preferente”⁷⁸.

Bajo este esquema aplicado al consumidor de base de coca debemos entonces reconocer dos aspectos. El primero es que la base de coca es considerada como una de las drogas más agresivas, y el consumidor como el enemigo más peligroso.

Nuevamente este discurso no tiene ningún asidero científico y sus efectos contribuyen a la marginación y a la discriminación del consumidor de base de coca. El discurso de la seguridad estatal está totalmente vinculado con un derecho penal del enemigo. Paladines establece que “El derecho penal del enemigo se presenta también como un derecho penal hostil, de “guerra contra las drogas” que no es más que la guerra contra los ciudadanos”.⁷⁹

Claramente este tipo de derecho penal, aplicado a los efectos de la ilegalidad de la base de coca repercute directa y tajantemente en contra del consumidor de base de coca, tomándolo como el enemigo número uno de la guerra y generando todos los efectos descritos de discriminación y marginación.

Paladines es muy claro y tajante al establecer que “La guerra contra las drogas en la guerra contra los ciudadanos, contra su libre desarrollo y elección de vida”⁸⁰; de igual manera, Morales establece que: “La guerra contra las drogas se ha utilizado como un mecanismo efectivo de control social, en especial de aquellos sectores más

⁷⁸Jorge Vicente Paladines, *La sociedad del riesgo en la dogmática penalizada de las drogas*. 39.

⁷⁹Ibíd. 49.

⁸⁰Ibíd. 50.

vulnerables pues como lo señala De Rementería, la criminalización de las drogas es la criminalización de los pobres, de los jóvenes, de las mujeres, los migrantes.”⁸¹

Utilizando el pensamiento de Gargarella, de Zaffaroni y de Von Hirsh, cabe reflexionar que bajo nuestra democracia, las decisiones imparciales tienen relación con nuestra capacidad de expresarnos y desarrollarnos y de ser tomados en cuenta; pero al existir todo un sector mayoritario que no es tomado en cuenta, y para quien las decisiones no son imparciales, para quien las posibilidades no existen, entonces no podemos hablar de democracia.

De igual manera, debemos mirar cuales si son las posibilidades que existen para este inmenso sector que no es tomado en cuenta, que no es parte de la vida pública y a quienes le son negadas las oportunidades; no hace falta un análisis muy profundo para darse cuenta que al ingresar al mundo del consumo de la base de coca, no solamente se ingresa a un mundo de afectaciones y decisiones personales, sino también se ingresa a un mundo comercial, que ofrece oportunidades, ofrece dinero, ofrece crecimiento, ofrece trabajo; se vuelve entonces relativa la solución de haber regulado el consumo pero penalizar el comercio, ya que son dos caras de la misma moneda, y a efectos del castigo, los consumidores van a continuar poblando nuestras cárceles ya que las escasas oportunidades que nuestra sociedad les brinda, son delitos.

Zaffaroni utiliza un ejemplo esclarecedor que personifica tres formas de modelos no punitivos y el modelo estrictamente punitivo. Y lo hace mediante el ejemplo del niño que rompe un vidrio a patadas en una escuela. Bajo este conflicto, el director del colegio puede llamar al padre a que pague el vidrio; también puede enviar al niño al psicopedagogo para que analicen que le pasa al niño; también puede sentarse a conversar con el niño para saber qué es lo que le irrita. Esto refleja los modelos reparadores, terapéuticos y conciliatorios. Los tres modelos no son excluyentes unos de otros, pero el momento en que se aplica el modelo punitivo que

⁸¹Iván De Rementería, *La guerra de las drogas: cien años de crueldad y fracasos sanitarios*, en *Drogas en América Latina. Después de la guerra perdida ¿qué?*, (Buenos Aires: Talleres gráficos Nuevo Offset, 2009) 72, citado por: Juan Pablo Morales Viteri, “Un nuevo esquema legal para las drogas”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009).308.

bajo el ejemplo será la expulsión del niño por cuanto desafía la autoridad, ninguno de los otros puede aplicarse.⁸²

El modelo punitivo responde a un refuerzo de la autoridad vertical sobre la comunidad escolar⁸³. Para el tema de la presente tesis, se puede evidenciar que el tratamiento que aplicamos al consumidor vulnerable, no responde de ninguna manera a un modelo reparador, terapéutico o conciliatorio, sino única y exclusivamente a un modelo punitivo, ya que dentro del problema esencial que se trata, el modelo a aplicar debería ser el modelo terapéutico, pero terapéutico no para el consumidor, ya que caeríamos en el muy peligroso mundo de considerar al consumidor como un enfermo; pero si terapéutico desde una visión criminológica, que pretenda descifrar, evidenciar y solucionar las causas sociales, legales y penales que crean el problema cuyas consecuencias pueden llegar a ser penales.

El estado debería entonces dejar de preocuparse por encerrar a la mayor cantidad de consumidores o de expendedores de la droga, y enfocarse en determinar por qué estos ciudadanos recurren al comercio de las drogas. En este punto cabe hacer una fuerte distinción entre el expendedor minoritario y los grandes narcotraficantes, diferencia que obviamente se la debe tomar muy en cuenta; Alejandro Corda establece que “debería repensarse la situación de los actores menores del tráfico de estupefacientes, sobre todo de aquellos que se encuentran en situaciones vulnerabilidad”⁸⁴

Siguiendo entonces el pensamiento de Gargarella, la mejor oportunidad que el consumidor de base de coca tiene en su vida, es en convertirse en un exitoso comerciante de drogas, y esta oportunidad evidentemente no es una oportunidad adecuada para su sustento, ergo cualquier sistema para castigar a este consumidor es moralmente defectuoso.⁸⁵

⁸²Raúl Zaffaroni y Miguel Rep. *La cuestión criminal*. 25.

⁸³Raúl Zaffaroni y Miguel Rep. *La cuestión criminal*. 25.

⁸⁴ Alejandro Corda, *Desproporción de la respuesta penal sobre estupefacientes en Argentina*, en Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*, (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013).49.

⁸⁵Roberto Gargarella, *La coerción penal*. 4.

La importancia de reconocer como el derecho penal funciona, para quien y en contra de quien funciona, es esencial para el tema ya que prescindir de este rumbo y de este reconocimiento sesgaría por completo el argumento.

Especialmente se trata entonces de determinar lo que Gargarella, citando a Antony Duff llama las precondiciones de la responsabilidad delictiva, y siguiendo sus palabras “cualquier explicación del castigo que le dé un lugar central a la justicia del castigo al ofensor debe enfrentar el problema de si podemos castigar de modo justo a sujetos cuyas ofensas se encuentran estrechamente vinculadas con injusticias sociales serias que han sufrido.”⁸⁶

Y la razón de ser de este argumento es clara, ya que la mayoría de los individuos que comparecen ante la justicia penal, han sido excluidos, discriminados severamente por la sociedad y en el curso de sus vidas sus oportunidades han sido muy escasas, por lo tanto las precondiciones esenciales de la responsabilidad criminal no resultan completamente satisfechas⁸⁷

La noción del castigo y la justicia social están íntimamente vinculadas y sin embargo, el hecho de que judicialmente esta conexión nunca se la tome en cuenta es una de nuestras más grandes falencias como sistema judicial penal; Nicola Lacey, citado por Gargarella, establece que si una amplia proporción de grupos ofensores se encuentra constituida por individuos cuyos derechos de ciudadanía básicos no han sido cumplidos, o incluso han sido violados por falencias atribuibles al mismo Estado, entonces este es un factor absolutamente relevante al momento de determinar tanto la naturaleza y el hecho de su castigo.⁸⁸

Es importante el reconocer que alrededor de este tema fluctúan una serie de influencias sociales que alimentan la idea y la necesidad de mantener políticas criminales duras y severas en contra de las drogas; y es que el discurso securitista es una gran realidad a la cual no podemos dejar de observar, y en palabras de Ávila,

⁸⁶Anthony Duff, *Punishment, communication and Community* (Oxford University Press, 2001) citado por Roberto Gargarella, en “*La coerción penal en contextos de injusta desigualdad*”, *Seminario en Latinoamérica de teoría Constitucional y Política*, (2010), http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/82/>.5. Consulta: 19 de febrero de 2016.

⁸⁷Gargarella, *La coerción penal*.5.

⁸⁸Nicola Lacey, *Social Policy, Civil Society and the Institutions of Criminal Justice* (Australian Journal of legal Philosophy, 2001) citado por Roberto Gargarella, en “*La coerción penal en contextos de injusta desigualdad*”, *Seminario en Latinoamérica de teoría Constitucional y Política*, (2010), http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/82/>.8. Consulta: 20 de febrero de 2016.

“Los discursos crean realidades... al discurso hay que combatir con discursos alternativos que, a su vez, sustenten leyes ponderadas (...)”⁸⁹.

El discurso político predominante se enfoca siempre en el tema de la seguridad. Los medios de comunicación juegan un papel trascendental en la construcción de este discurso; la distorsión creada es de tal magnitud que quienes creen ser las más proclives víctimas no lo son, mientras que quienes creen estar en situaciones de mayor seguridad están más expuestas a ser víctimas⁹⁰; un ejemplo es la percepción de las mujeres, quienes creen estar más expuestas a ser objeto de un delito, cuando estadísticamente son los hombres jóvenes quienes son numéricamente más víctimas que otros grupos poblacionales⁹¹.

El tratamiento del consumo de drogas bajo el discurso bélico de ser una guerra contra las drogas lleva ineludiblemente a sacar totalmente de contexto a los verdaderos efectos y problemas que el consumo de la droga genera. Y no solamente que se saca de contexto a un problema social, sino que se generan irrealidades mediante discursos, mismas que repercuten en contra del consumidor vulnerable.

En este punto es importante recordar que la creación de discursos y de las mismas definiciones de las drogas sufre de una seria falta de contenido y sustento científico y real. Kai Ambos establece, con mucha razón, que la palabra droga es en el idioma de los políticos un concepto de lucha contra los grupos sociales marginales y sirve a la realización de fines autoritarios por cuanto la peligrosidad de ciertas drogas no se ha comprobado científicamente. Bajo esta afirmación, la diferencia entre drogas buenas o legales y malas ilegales es política.⁹²

Y es que claramente los medios han construido un estereotipo criminal, el cual implica la vinculación directa entre la pobreza y el delito. Ávila, citando a Oscar Vilhena establece que las personas pobres son invisibles y demonizados, y se refiere a personas pobres tanto en el sentido material como en el sentido político; la invisibilidad de este inmenso grupo de personas se refleja en la ausencia de cualquier

⁸⁹ Ramiro Ávila, *La injusticia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*, (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2013). 14.

⁹⁰ Ramiro Ávila, “Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal”, en César Rodríguez Garavito, coord., *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, (Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011). 373.

⁹¹ *Ibíd.* 374.

⁹² Kai, Ambos, *Control de drogas, política y legislación en América Latina, EEUU, y Europa*.43.

tipo de sentimiento de compasión o solidaridad, tanto de la sociedad como de las políticas en general, prueba de esto es la total discriminación existente en los servicios públicos⁹³; sin embargo, existe un punto en que las personas dejan de ser invisibles; y esto es cuando cometen delitos, momento en el cual pasan a ser demonizados, “dejan de tener imagen humana, se les aplica el poder punitivo, se les puede torturar, encerrar y hasta matar. Si alguien de la sociedad inflige daño a una persona demonizada queda legitimado y además inmune”⁹⁴.

El consumidor vulnerable es también el receptor ideal para el efecto de la autorreferencialidad; Pavarini al tratar el problema de las drogas, establece que: “la acción general del sistema, determinada por una imagen inicial de la realidad social acaba por modificar la realidad misma”⁹⁵.

Este es un punto de trascendental importancia para la presente tesis, por cuanto explica lo que la realidad del consumidor de base de coca presenta. Hemos mencionado ya como un discurso puede efectivamente modificar la realidad, alterarla y crear fenómenos sociales tales como aquella percepción y conexión de peligrosidad de los consumidores de drogas. Los discursos y las imágenes sociales creadas y mantenidas generan un efecto de autorreferencialidad, el cual repercute directamente sobre el consumidor.

El consumidor de base de coca está expuesto e inmerso en un entorno social que se encuentra plagado de violencia, no necesariamente porque este entorno sea naturalmente así gracias a la droga, sino porque la sociedad ha dicho que este entorno tiene que ser así; la política criminal del estado, gracias a su persecución y prohibición de la droga, ha dicho también que este entorno tiene que ser así, por lo tanto la realidad creada en base al discurso y en base a la imagen social inventada, propicia su real existencia.

El discurso y la imagen social han dictado como tiene que ser el consumidor, quien tiene que serlo, como tiene que verse y como tiene que actuar. Los

⁹³Oscar Vilhena Viera, “*Desigualdad y Estado de Derecho*” (Brasil: Sur revista Internacional de Derechos Humanos N. 6, 2007), citado por, Ramiro Ávila, *La injusticia penal en la democracia constitucional de derechos*. 16.

⁹⁴Ibíd. 16.

⁹⁵Massimo Pavarini, “Cárcel y Droga en la Política Criminal”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009). 92.

consumidores que ingresan dentro de este fenómeno social, responden a él tal como el sistema quiere que respondan; esto es cumpliendo con los requisitos del prejuicio. Por lo tanto el consumidor se vuelve en la imagen que el sistema exige que sea.

Esto en efecto es el fenómeno de la autorreferencialidad. Bajo cualquier esquema, podemos entonces afirmar que el discurso penal, de la política criminal y la posición social que genera tanto los entornos como los consumidores que el sistema exige tener, son efectos abiertamente inconstitucionales y vulneradores de derechos.

Nos debemos referir nuevamente al inicio de la cadena, esto es el consumidor, quien ahora ingresa a un sistema, no solamente a ver vulnerados todos sus derechos constitucionales por tener que necesariamente ingresar a un entorno de violencia para el consumo y adquisición de la droga, sino que ingresa dentro de un entorno que gracias a la imposición discursiva del sistema y de la sociedad, lo creó y lo genera como el consumidor que el sistema repudia y persigue. “Si la imagen inicial del consumidor de drogas ilegales es la de dependiente, asocial, criminal, irrecuperable, quien consuma drogas ilegales no podrá más que reconocerse como un ser dependiente, asocial, criminal, irrecuperable”⁹⁶

Esto se traduce en que nuestro sistema es un sistema diseñado para destruir al consumidor. Pavarini al tratar sobre este tema establece que:

La imagen de la construcción social que mantiene nuestra sociedad es aquella de una falsa relación necesaria entre consumo y dependencia, y dependencia y comportamiento asocial. Entonces la realidad social que se producirá será efectivamente aquella en la que el consumo implique dependencia y la dependencia implique comportamientos delictivos⁹⁷.

Claro está que el sistema está también diseñado para contar con estos sujetos creados dentro del mismo sistema penal; Pavarini menciona que: “Los efectos producidos por el proceso de criminalización de las drogas no solo retroalimentan, sino que exasperan las características negativas del toxicómano como delincuente, hasta tal punto que acaban por convertir, progresiva e inexorablemente, en ineficaces las posibilidades legales de no sufrir la pena de prisión”⁹⁸

⁹⁶Massimo Pavarini, *Cárcel y Droga en la Política Criminal*.93.

⁹⁷Ibíd. 94.

⁹⁸Ibíd.95.

Neuman sobre el tema establece que la conexión entre criminalidad y consumo es científicamente una falacia, sin embargo, “lo que si se ha logrado es que droga y delito sea una misma cosa. Y curiosamente, en ciertos casos, ello llega a ser creído y acatado por los propios adictos”⁹⁹

Es decir que existe una clara demonización y discriminación, que se puede evidenciar principalmente desde la sociedad hacia el consumidor; pero también desde el mismo consumidor. Esta situación recuerda mucho a la santa Inquisición.

Zaffaroni establece que los inquisidores iniciaron con una cacería de herejes, pero una vez que los mataron a todos, su poder estaba en juego ya que no tenían un enemigo. La solución muy práctica y que hasta ahora la vemos muy arraigada en nuestra sociedad se da gracias a los pensamientos de San Agustín, quien no vivió para ver sus ideas en ejecución por parte de la Iglesia. Y muy astutamente, los inquisidores encontraron su mejor y más fructuoso enemigo: Satán, que en hebreo se traduce literalmente a enemigo. Y claro, Satán no puede actuar solo, necesita la colaboración de los humanos, y nace entonces el pacto satánico. Pero quien mejor para ser el acolito de Satán que las mujeres, ya que ellas venían con un defecto de fábrica: fueron creadas de una costilla curva del pecho del hombre. Así entonces empezó la cacería de brujas. Ahora lo importante de este pasado macabro de la humanidad, es el recordar que el gran motivo y el gran justificativo para esta cacería de brujas es que ponían en riesgo a la humanidad, representaban un peligro. ¿Se presenta alguna semejanza con el actual peligro que presentan las drogas para la sociedad? o ¿el peligro que presentan los consumidores para los buenos? Dios y Satán: Salud y drogas.¹⁰⁰

El discurso de la inquisición se mantiene, se alega una emergencia que pone en riesgo a toda la sociedad a todo el mundo, misma que se materializa a través del consumidor. Esta emergencia se dirige mediante el discurso a la sociedad, lo cual genera miedo, el cual es utilizado para eliminar cualquier obstáculo para el poder punitivo; paralelamente aquellos que se opongan al poder punitivo como cura para

⁹⁹Elías Neuman, *La legalización de las drogas*, (Buenos Aires: Depalma, 2005).116.

¹⁰⁰Raúl Zaffaroni, Miguel Rep. *La cuestión criminal*. 32 – 34.

esta emergencia son considerados como enemigos e incluso como cómplices del peligro.¹⁰¹

Ahora bien, muchas veces las discusiones se centran en la situación actual, en la cual ya hemos creado el ambiente hostil, ya hemos creado el estereotipo de consumidor, ya lo hemos creado y lo vemos como un delincuente y muy probablemente así lo sea, y entonces ¿cómo negar el riesgo? ¿cómo negar el peligro?;

No podemos partir la discusión desde la situación actual, desde una situación que ha sido creada y es mantenida para generar efectos específicos; debemos retroceder y debemos mirar atrás, muy atrás, para entender que nuestra situación actual, no debía ser, y no debería existir; si partimos de un tratamiento no discriminatorio.

Los ambientes criminógenos, y sus consecuentes habitantes que se convierten tanto en víctimas como en agresores, no son más que la consecuencia de una sociedad manipulada por el miedo y que finalmente termina vulnerando todo tipo de derechos constitucionales en contra de sujetos que han tomado una determinada decisión de consumo para su vida que debería afectar única y exclusivamente al consumidor, pero no debería forzarlo a ingresar dentro de un formato sistemático de discriminación social, y peor destinarlo a ser el objetivo primordial del sistema penal.

Neuman trata también sobre la creación de los estereotipos y establece que : “Los estereotipos sirven como una suerte de tatuaje social que permiten lanzar y desarrollar la política de criminalización de las conductas referida a las drogas que acoge los sentimientos corresponsables de la opinión pública conformada previamente por esos mismos estereotipos”.¹⁰²

De igual manera Neuman menciona que “El estereotipo permite una reacción marginadora, represiva, que, es obvio, irá a legitimar al control social criminalizador”.¹⁰³ Efectivamente la creación de estereotipo del consumidor de base de coca es lo que legitima y permite la existencia y creación de nuevas normas penales y políticas criminales abiertamente autoritarias e inconstitucionales.

¹⁰¹Ibíd. 36.

¹⁰²Elías Neuman, *La legalización de las drogas*. 117.

¹⁰³Ibíd. 119.

El estereotipo construido sobre el consumidor de base de cocaína, es el peor estereotipo de todos, y aquel que más prejuicios y temor genera. La droga como tal es concebida como un químico de tal magnitud que destruye por completo el organismo humano, y la imagen que se ha creado del consumidor de base de coca, es aquella de una persona con su boca totalmente destruida, y su físico en general demacrado.

Los efectos de la droga son concebidos de tal forma que se presume que la persona bajo los efectos de la base de coca es capaz de cualquier cosa, se presume la pérdida total de la conciencia y de cualquier sentimiento de humanidad colectivo y normal.

Los consumidores de base de coca son invisibles para la sociedad y para la política; son invisibles para la sociedad porque así queremos que sea, así nos gusta, y así nos sentimos seguros, por lo tanto no basta con no verlos, necesitamos saber que están lejos, necesitamos saber que existen partes de la ciudad en donde no debemos acercarnos porque ahí están los malos; necesitamos saber cómo reconocerlos para cerrar las ventanas de los autos cuando uno se acerque; y la suma de todos estos elementos, creados y motivados por un discurso, han creado una tajante y aceptada discriminación total de los consumidores de base de coca.

Son invisibles políticamente porque nadie quiere atreverse a tratar con ellos, nadie puede destinar un centavo a favor de ellos ya que sería políticamente incorrecto e injustificable; de esta manera no importa si viven debajo de un puente, no importa si no tiene acceso a ningún servicio público y no importa si los empujamos a las partes más alejadas y más oscuras de la ciudad, ya que son invisibles.

La consecuencia lógica de esta invisibilidad es efectivamente penal en el momento en que el consumidor de base de coca comete un delito. Y aquí se presenta un punto interesante que cabe reflexionar; no existe delito alguno, por más leve que sea, que pueda ser justificado cuando es cometido por un consumidor de base de cocaína.

La edad media no ha terminado, expresa Zaffaroni, y nada del pasado está muerto ni enterrado, sino solo oculto y no por azar, ya que el poder punitivo sigue

con nosotros, y con él todas sus tendencias y funciones verticalizantes y sus tendencias expansivas con los mismos resultados letales¹⁰⁴.

Pensemos un momento en uno de los “resultados letales” que la discriminación y la aplicación de nuestras normas y políticas penales puede causar para el consumidor vulnerable: ¿qué sucedería si una persona, al salir de su casa, encuentra en la acera a un consumidor de base de cocaína, que se configura perfectamente como el discurso lo ha creado (Los discursos generan realidades), es decir, un tipo pobre, despeinado, descuidado, con ropa vieja, rasgada, apestoso, sucio, flaco, tal vez sin zapatos, y está simplemente parado en la vereda (sin razón aparente), o tal vez comiendo un pedazo de pan?. La persona que observa a este sujeto, seguramente llamará a la policía, para que se encargue de este sujeto.

Pero, ¿qué sucedería si en el mismo ejemplo, quien está parado en la vereda, es un sujeto vestido de terno, con un reluciente reloj? Seguramente la persona que sale de su casa, admire su vestimenta y siga su camino.

Dentro del mundo de las posibilidades, nadie puede descartar que aquel elegante sujeto de terno sea el responsable de un complejo delito económico gracias al cual miles de familias han caído en la miseria. Cabe recordar que en el otro extremo del tema de las drogas, alejándonos del consumidor, encontramos al negocio, y encontramos este “espectro económico y financiero amplísimo (...) que es el mundo del lavado de dinero, indispensable para garantizar el encubrimiento del origine prohibido de las ganancias”¹⁰⁵. Las apariencias entonces realmente tienen plena capacidad de engañar, no solamente al ojo humano, sino a todo el sistema penal.

Bajo el ejemplo, el consumidor de base de cocaína, no es demonizado solamente cuando comete un delito, es demonizada cuando alguien regresa su mirada sobre él, y desde ese momento el consumidor de base de coca es el sujeto más apto para ingresar al sistema penal.

Zaffaroni establece que “se crea (inventa en el plano de lo real) o se magnifica un peligro social existente, se lo extrae de contexto y se lo hace “penal”, se

¹⁰⁴ Raúl Zaffaroni, Miguel Rep. *La cuestión criminal*. 30.

¹⁰⁵ Elsie Rosales, *Globalización del control penal, sistema penal y drogas en Venezuela*. 176.

absolutiza la “lucha” o la guerra contra ese peligro y se subordina todo a esa “guerra”.¹⁰⁶

Efectivamente, el tratamiento que se ha dado al consumo de la base de coca es aquel de lucha en contra de un enemigo que genera criminalidad, y es peligroso para lo sociedad y para el estado.

Bustos Ramírez establece que “Aparece así el problema de la droga, como un enemigo al que hay que combatir, pero que no es tan negativo, ya que sirve para unir y reforzar la conciencia social y además para alejar a la opinión pública de los problemas estructurales reales”¹⁰⁷; lo cual efectivamente significa ubicar y explotar la solución más fácil, engañando a la ciudadanía, por cuanto los problemas estructurales reales como educación, salud y trabajo, claramente pasan a un segundo plano cuando el Estado enfoca sus esfuerzos y su publicidad a esta guerra en contra de este gran enemigo: las drogas.

En el plano social los efectos son totalmente visibles, por cuanto se ha mantenido un discurso deslegitimador y criminalizante de la base de coca por tanto tiempo y con tanta intensidad que la imagen social de la misma y la realidad se han adaptado al mismo. Zaffaroni, menciona que “se inventa una realidad conforme a la cual todo usuario de un tóxico prohibido es un dependiente y todo dependiente comente delitos.”¹⁰⁸

Recordemos que el autor menciona a cualquier usuario de un tóxico prohibido sin embargo, en el plano del consumo de la base de coca, esta realidad inventada es mucho más intensa, ya que el consumidor de base de coca no solamente es marginado y visto criminalmente por el estrato “bueno” de la sociedad, sino que incluso dentro del círculo de consumo de drogas, el consumidor de base de coca es visto como un extremista, como aquel que utiliza la droga más fuerte del mercado, aquel capaz de cualquier cosa, aquel peligroso sujeto. Es decir que esencialmente el consumidor de base de coca es doblemente discriminado e intensamente marginado.

¹⁰⁶Eugenio Raúl Zaffaroni, *La Legislación anti-droga latinoamericana*. 5.

¹⁰⁷ Juan Bustos Ramírez, “Análisis crítico y propuestas en torno a la legislación regulatoria del consumo y tráfico de drogas ilícitas”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009). 353.

¹⁰⁸Eugenio Raúl Zaffaroni, *La Legislación anti-droga latinoamericana*. 7.

El consumidor de base de coca, al ser el sujeto más apto de ingresar al sistema penal, es también el más apto a ser objeto de la persecución policia; recordando el ejemplo plasmado párrafos arriba, cuando al consumidor vulnerable lo suben a un patrullero, le pegan un par de toletazos y lo van a botar en las afueras de la ciudad, por haber cometido el grave delito de comer un pan en la esquina de un vía pública, aprende algo claramente; aprende a no deambular por estas partes tan bonitas de la ciudad; aprende que su lugar está en las alcantarillas, su lugar está debajo de los puentes.

Esto se llama discriminación, pura y simple discriminación, acto prohibido y repudiado por nuestras normas constitucionales. Ahora bien, pensemos por un momento, que este es el mejor escenario dentro de lo que le puede suceder al consumidor de base de coca, ya que si este sujeto ingresa al sistema penal y debe someterse a ser juzgado por un tribunal; ¿honestamente alguien creería que esta persona va a tener un juicio justo, imparcial, en el que nadie observe sus zarrapastrosas vestimentas?, ¿su demacrada imagen? ¿Alguien en la sala del tribunal no va a percibir su desagradable aroma de alcantarilla?

Negar esto, es simplemente irracional; reconocerlo es desenmascarar un sistema penal dañado, injusto, direccionado y discriminatorio. En este punto cabe mencionar que el juzgamiento de un consumidor vulnerable de base de coca, de ninguna manera, bajo nuestra cultura jurídica y judicial tendrá una consideración o análisis especial al antecedente social y familiar del procesado, lo cual prima facie aparenta ser una fuerte vulneración al principio de proporcionalidad en la eventual pena que se instaure en su contra.

Jerome Mangelinckx establece que:

La proporcionalidad, como un principio rector de la actuación del Ius Puniendi del Estado, limita la extensión de su potestad sancionadora en base al establecimiento de un equilibrio entre el Poder Estatal que pretende imponer sus sanciones frente a la comisión de delitos, la sociedad, como corresponsable y afectada por el delito; y por último, el propio imputado, quien es objeto de la represión estatal en base a la asunción de las consecuencias de sus actos¹⁰⁹.

Rose Marie Achá establece que:

¹⁰⁹ Jerome Mangelinckx, “El principio de proporcionalidad en los procesos por tráfico ilícito de drogas en el Perú”, en Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*, (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013). 201.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica una vez aceptada la idoneidad y la necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.¹¹⁰

Lo punitivo no resuelve el conflicto sino que lo cuelga, como una prenda que se saca del lavarropas y se tiende en la soga hasta que se seque¹¹¹; efectivamente, al consumidor vulnerable de base de coca, no se lo va a considerar como una víctima, por los actos inmesurados e incontenidos del poder estatal; ya que la creación, formación y mantenimiento del estereotipo no lo va a permitir. Existe entonces otra forma de ver al consumidor vulnerable, no como delincuente sino como la principal víctima de todo el poder punitivo.

El efecto de la marginación sobre el consumidor, se presenta de forma indirecta, pero claramente deseada. El deseo de marginar viene dado clara y perfectamente por aquel estrato cómodo y acaudalado de la sociedad, quienes abiertamente no desean tener ningún tipo de contacto o si quiera ver a este tipo de consumidores en sus ricos y acomodados entornos.

Es claro que las ciudades, los barrios y la misma disposición de sectores de vivienda ha tendido a marginar a cualquier tipo de grupo de potenciales consumidores, e incluso la marginación no necesariamente ocurre por desplazamiento sino por aislamiento voluntario, de esta forma es normal observar en las ciudades que los sectores de vivienda más acomodados y caros tienden a alejarse de los núcleos de las ciudades.

Bustos Ramírez establece que “Un abordaje represivo y que provoca alarma social, verbigracia, las campañas tipo “guerra a las drogas”, tiende a dividir la sociedad en dos sectores: consumidores y no consumidores, fomentando el prejuicio y el consiguiente aislamiento, estigmatización e intolerancia respecto de los primeros”.¹¹²

¹¹⁰ Rose Marie Achá, “Desproporcionalidad en el sistema penal antidrogas boliviano”, en Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*, (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013).49.

¹¹¹ Raúl Zaffaroni, Miguel Rep. *La cuestión criminal*. 24.

¹¹² Juan Bustos Ramírez, *Análisis crítico y propuestas en torno a la legislación regulatoria del consumo y tráfico de drogas ilícitas*. 355.

La política criminal del estado y las leyes penales, tienden y buscan también el generar la marginación del consumidor de drogas y en especial del consumidor de base de coca. Zaffaroni establece que “Se trata claramente de tipos de autor: es necesario ocuparse del usuario, ya sea como delincuente o como enfermo”¹¹³ “No se está castigando una acción, sino una personalidad (en realidad un estereotipo)”¹¹⁴.

El castigo de una personalidad es muy claro, ya que la marginación generada no necesariamente se la debe entender como una consecuencia única del consumo de base de coca. Se trata del estereotipo repudiado del consumidor de base de coca. El estereotipo mencionado responde a ser esencialmente una discriminación a una persona de un estrato social pobre, ya que es innegable que existen personas muy acaudaladas que consumirán base de coca, sin embargo gracias a su posición económica dentro de la sociedad no sufren los efectos de discriminación, criminalización o marginación que otras personas si lo hacen.

El problema esencial en este punto es que el consumidor de base de coca, por lo general se sitúa en ser una persona de estratos sociales vulnerables, lo cual viene dado por muchos de los efectos de la droga, tales como la eliminación del hambre y el sueño.

¿Qué legitimidad puede tener el mismo sistema cuando el consumidor vulnerable ingresa al sistema penal, gracias a la misma discriminación que ha sido creada y es mantenida por el mismo sistema represivo? Ávila establece que “(...) el derecho penal adolece de legitimidad al operar contra seres humanos a quienes se les ha privado de los servicios públicos más elementales y luego se les exige el respeto a derecho (...)”¹¹⁵. Nada más cierto que esto, y recordemos que en los casos que estamos tratando en la presente tesis, la situación es más radical que la denegación o la falta de acceso a servicios básicos; el consumidor vulnerable, además de tener una vida privada de dichos servicios, se enfrenta a un sistema de discriminación y marginalización que agrava por completo su situación.

Esta situación, inconstitucional, creada, no expresa y real atenta directamente contra la dignidad de las personas y revela también la existencia de un sistema penal

¹¹³Eugenio Raúl Zaffaroni, *La Legislación anti-droga latinoamericana*.8.

¹¹⁴Ibíd. 7.

¹¹⁵Ramiro Ávila, *Inseguridad ciudadana y derechos humanos*. 378.

funcionalista. El hecho de construir y mantener políticas criminales, sociedades y sistemas penales que propenden la vulneración de la dignidad, la igualdad y la libertad implica la existencia de un sistema funcionalista penal.

Zaffaroni se cuestiona sobre cuál es la verdadera realidad al tratar la cuestión criminal, en nuestro caso, la cuestión criminal abarca la cuestión no solamente del ingreso al sistema penal por parte del consumidor vulnerable, sino también la discriminación que el consumidor debe sufrir por parte de diversos grupos sociales, por parte de las políticas criminales, por parte del estado y por la sociedad en general, recordando que esta discriminación genera fuertes efectos separatistas que aíslan a la persona de la sociedad, y lo aíslan de toda actividad ordinaria, legal y común para el resto de la sociedad, reduciendo por completo sus opciones y sus oportunidades, lo cual lleva de forma paulatina al ingreso al mundo criminal, no solo como actor, sino también como víctima.¹¹⁶

Zaffaroni se pregunta si ¿acaso estamos tratando de cifras?, ¿De porcentajes?, ¿De políticas?, ¿De percepciones?, y la respuesta es muy cruda, por cuanto “la única realidad en esto son los muertos”¹¹⁷. Los muertos son una consecuencia; los muertos pueden ser varios, y de ninguna manera los muertos son sólo las víctimas, los muertos son también los consumidores, que han ingresado en un contexto de discriminación sistemática y programada por nuestras normas y políticas criminales.

Estamos entonces frente a lo que la criminología crítica ha denominado el labelling approach o teoría del etiquetamiento; teoría por la cual se ha denunciado la selectividad marginadora del sistema penal; y el verdadero problema del etiquetamiento es que parte, se cimienta y funciona en base de prejuicios sociales, razón por la cual es la criminalidad más torpe aquella que constantemente ingresa al sistema penal, lo cual se relaciona a su vez con los estratos sociales más vulnerables de la sociedad; esta criminalización es profundamente discriminatoria¹¹⁸.

Las consecuencias posteriores originadas por la existencia de un sistema penal que etiqueta a las personas y sabe perfectamente a quien y como atacar son devastadoras, por cuanto la persona etiquetada por el sistema penal está condenada a

¹¹⁶Raúl Zaffaroni, Miguel Rep. *La cuestión criminal*. 14.

¹¹⁷Ibíd. 14.

¹¹⁸Ramiro Ávila, *Inseguridad ciudadana y derechos humanos*. 384.

sufrir en toda su magnitud el poder punitivo del estado; y es que las consecuencias son realmente lógicas y se las puede apreciar en el mundo judicial.

El procesado que cumple con los requisitos de “criminal”, por lo general no tendrá una defensa adecuada, y de igual manera tampoco será juzgado imparcialmente, ya que es innegable que el prejuicio sobre el cual el sistema se nutre y funciona, no es un prejuicio que existe únicamente en las descabelladas mentes de los penalistas y los criminólogos, sino que el mismo existe y es real en la psiquis y el fuero interno de toda la sociedad, y al hablar de la sociedad no nos podemos olvidar de nuestros operadores de justicia.

Sobre este punto, parecería ser una realidad que los principios que el *Malleus Malleficarum* impuso se mantienen hasta ahora en nuestras normas y en nuestras mentes, ya que se trata de enunciados tales como: “el crimen que provoca la emergencia es el más grave de todos”; “la emergencia solo puede combatirse con una guerra”, “el peor criminal es quien duda de la emergencia”; “debe neutralizarse cualquier fuente de autoridad que diga lo contrario”¹¹⁹.

Y es que la “emergencia” al tratar con las drogas, es aquel demonio al cual la sociedad le teme y lo desconoce; recordemos que todo el constructo criminal que rodea al mundo de las drogas ha tenido y tiene una fuerte influencia de los medios de comunicación; el drogadicto que es detenido por fuertes operativos policiales, que a propósito cuando se trata de drogas tienden a ser muy flexibles con las exigencias constitucionales para la ejecución de actos tales como los allanamientos o las requisas personales, siempre es presentado dentro de un ambiente de pobreza, de violencia, de insalubridad y de decadencia en general; y ¿qué podemos entonces esperar de la sociedad observadora de semejantes atroces consecuencias? Nada más y nada menos que el total repudio de estos “delincuentes” y está escoria de la sociedad.

Este resultado es el éxito impoluto y digno de aplauso que representa al etiquetamiento penal; ya que se refuerza en sí mismo con sus propios resultados, otorgando plena legitimidad a cualquier tipo de vulneración de derechos, siempre y cuando se continúe peleando en contra de este brutal enemigo.

¹¹⁹Raúl Zaffaroni, Miguel Rep. *La cuestión criminal*. 39-40.

El enemigo tampoco es una figura inventada en la modernidad; recordemos nuevamente al *Malleus Malleficarum*; sus técnicas apuntaban a garantizar la reproducción de la clientela, ya que la tortura a la mujer no se la hacía para que confesase, sino para que revelase los nombres de sus cómplices. Actualmente el ciclo de las drogas mantiene una esencia similar, por cuanto siempre habrá un interés mayor en llegar al jefe del movimiento antes que a las mulas o a los consumidores, sin embargo, los consumidores y las mulas siguen siendo cazados e interrogados ya que serán ellos los únicos que pueda otorgar información sobre las cadenas superiores del ciclo¹²⁰.

Se observa claramente como el enunciado del sistema penal de etiquetamiento se cumple a cabalidad, por cuanto quienes entran al sistema penal y se vuelven su objetivo, no son los grandes narcotraficantes, son las torpes y vulnerables mulas o consumidores.

La creación de un enemigo y el esquema que se utiliza se construye también a base de un sistemático y estratégico bloqueo de lo que Daniel Feierstein llama los procesos de conformación de relaciones de cooperación, mismos que presentan una percepción de igualdad; mediante este bloqueo se generan conceptos contradictorios y contrapuestos.¹²¹

Las relaciones de cooperación sociales a las que se refiere Feierstein son evidentemente anuladas mediante la creación de una guerra contra las drogas y la creación del enemigo, en nuestro caso el consumidor vulnerable, por cuanto todo el discurso estatal y normativo antidrogas nos aísla por completo de cualquier tipo de espacio social en el cual podríamos compartir o congeniar con quien ha sido catalogado como consumidor vulnerable.

Feierstein habla de la otredad analizando la creación del otro estereotípico estudiando los horrores del nazismo y establece que el poder utiliza símbolos, características y construye nuevos símbolos y mitos a fin de reforzar prejuicios latentes y construir un sujeto social negativamente diferente, delimitando claramente

¹²⁰Raúl Zaffaroni, Miguel Rep. *La cuestión criminal*. 42.

¹²¹Daniel Feierstein, *Seis estudios sobre genocidio. Análisis de las relaciones sociales: otredad, exclusión y exterminio*, (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000).33.

dos campos, los iguales, y aquellos que no quieren ser como todos y por lo tanto no deben ser¹²².

Este concepto de la otredad negativa, es claramente aplicable también al análisis del consumidor vulnerable y su creación y estereotipo social, mismo que es construido utilizando elementos simbólicos y características que refuerzan un prejuicio existente, de esta forma el discurso antidrogas siempre escarbará elementos que busquen generar un profundo miedo en aquellos más vulnerables, de esta forma es normal encontrar un discurso dirigido a los padres exponiendo los peligros de las drogas y utilizando a los hijos infantiles como el objetivo de este inmenso peligro.

Cuando el poder logra quebrar la concepción de otro universal, e implementar el otro negativo, “se intenta regular sus espacios, buscando limitar sus movimiento, sus zonas de desarrollo y sus propias prácticas”¹²³. En el caso del consumidor vulnerable, efectivamente la guerra contra este enemigo y contra este peligro ha logrado precisamente crear y mantener los entornos violentos de adquisición y consumo de la droga, lo cual claramente es una regularización de la zona de desarrollo del consumidor.

Feierstein al tratar sobre la limitación de las zonas de desarrollo del pueblo judío bajo el nazismo analiza la creación de los guetos, como un primer momento de aislamiento y objetivo de control para una sistemática degradación y debilitamiento de las personas, mismo que continúa con un aislamiento especial el cual se produjo ya en los campos de concentración¹²⁴.

El concepto general del aislamiento para Feierstein tiene una lógica de debilitamiento sistemático que permitirá después el aislamiento especial en los campos de concentración. Aplicada esta lógica a nuestro tema, podemos encontrar muchas similitudes, siendo el aislamiento general aquel que se estudia en este trabajo mediante la creación de los entornos de consumo y adquisición de la droga; y el aislamiento especial siendo el eventual caso de encarcelamiento del consumidor vulnerable.

¹²²Ibíd. 38.

¹²³Ibíd. 41.

¹²⁴Ibíd. 42, 43.

Finalmente Feierstein concluye la creación de la otredad, el aislamiento y el debilitamiento con el exterminio¹²⁵. En nuestro caso el exterminio no viene dado por un acto homicida estatal, sin embargo, se lo podrá observar mediante la neutralización del sujeto a través de la aplicación de una pena que no cumple con otro fin que la prevención especial negativa.

Hasta este punto, se ha reflexionado sobre quién es el consumidor vulnerable de base de cocaína, y cuál es su verdadera situación frente al sistema penal; específicamente cual es el ciclo que el sistema penal ha creado para identificar y mantener criminalizado al consumidor vulnerable de base de cocaína, resaltando nuevamente los fuertes elementos que revelan un macabro sistema operativo enfocado en crear, mantener y reproducir esquemas de discriminación. Cabe entonces analizar a continuación nuestro siguiente punto del esquema propuesto, y esto es el reflexionar sobre el proceso de adquisición de la droga que debe transitar el consumidor vulnerable.

2.2. El proceso de adquisición de la base de coca y su consumo

El siguiente paso en lograr la comprensión del problema planteado, implica el situar el análisis sobre ciertos lugares y ambientes determinados. Se trata entonces de pensar y analizar sobre el lugar en donde el consumidor vulnerable debe adquirir la base de coca, al igual que el lugar en donde la debe consumir.

Se debe entonces partir de reconocer que el consumidor vulnerable, por el hecho de ser tal, parte ya de una situación de desigualdad frente a todo el resto del mercado de consumidores; y es que el tema se lo desarrolla mercantilmente como cualquier otro negocio, cualquier otra venta de bienes; para ejemplificar, la comida se la puede adquirir en la esquina de una calle, o en un supermercado.

Los precios varían, las condiciones en las cuales se ofrece el producto varían, y por lo general, mientras mejor sea la condición del expendio, mejor servicio se otorgue al cliente, más costoso será el bien, al igual que su calidad.

Hablando de las drogas es exactamente lo mismo; existen vendedores que ofrecen drogas muy caras, pero se garantiza calidad y cantidad, al igual que se ofrece

¹²⁵ *Ibíd.* 46.

un servicio de alta categoría, como por ejemplo entrega a domicilio y con mucha discreción. El consumidor vulnerable, al no mantener el poder económico de adquisición, simplemente no puede acceder a este servicio.

Cabe mencionar en este punto, que el ámbito de la venta de drogas, no es un ámbito en el cual encontramos un negocio bilateral y consecuentemente dos actores, vendedor y comprador; existen una serie de actores que cumplen diferentes y distintos roles, todos quienes están inmiscuidos dentro de este conflicto social, y a quienes las normas no alcanzan a tratar o si quiera a considerar, lo cual demuestra que el enfoque normativo antidrogas limita muchísimo su visión al tratar únicamente con los expendedores y consumidores.

Dentro del esquema de compra y adquisición de drogas podemos encontrar a todo un entramado estructural de personas que actúan en el negocio, desde el vigilia quien controla y alarma de la presencia de autoridades de control, pasando por el o los expendedores, quienes pueden transferir el producto entre varias personas a fin de difuminar el poseedor final, quien finalmente podrá entregar al comprador, quien a su vez también puede contar con un vigilia o una serie de adquirientes que transfieran el producto con el mismo fin de difuminar y confundir el poseedor final de la droga.

En un esquema de esta complejidad en el cual interactúan una serie de actores, es claro observar que las normas antidrogas tratan únicamente con una pequeña fracción del conflicto social, mediante una perspectiva penal errónea que incluso bajo los fines normativos que se propone cumplir, esto es rehabilitar e intimidar, se presenta como inútil e insuficiente.

El servicio al cual el consumidor vulnerable accede es totalmente diferente y sus elementos poseen fuertes incidencias penales y criminológicas. El expendio de drogas muchas veces se vuelve en la única opción que nuestros ciudadanos que se desarrollan en los estratos sociales más vulnerables tienen en sus vidas; la ilegalidad del negocio lo ha rodeado de diferentes elementos, estos sí peligrosos, tales como las armas; el aspecto ilegal de todo el negocio lo ha transformado en un negocio que se lo debe ejecutar en la clandestinidad, en los lugares remotos, escondidos y oscuros de la ciudad.

Lo previamente expuesto se enmarca dentro de una realidad mucho más amplia, y esta es el mercado de las drogas, el cual es un aspecto que incumbe no solamente a la normativa antidrogas, sino a todo el desarrollo económico de los países, por cuanto el capital que proviene del mercado ilícito de las drogas tiene suma trascendencia en la misma economía legal de los países y una serie de aspectos satélites, tales como el tráfico de armas, daños medioambientales, blanqueo de capitales, creación de instituciones, corrupción de funcionarios, al igual que todos los ámbitos socio jurídicos.¹²⁶

El reconocer la importancia e inmenso peso político y económico del mercado de las drogas, es un gran primer paso para reconocer que el consumidor vulnerable no es más que una víctima dentro de este esquema capital y mercantil del mercado de las drogas.

Luciana Temer, parte de reconocer la existencia de estos mercados de drogas y de la vulnerabilidad del consumidor que se encuentra inmiscuido en este tipo de esquemas, para plantear una política aplicada en Brasil respecto a las habitaciones de uso seguro de drogas ilícitas, topando inclusive con la factibilidad de que sea el mismo estado quien suministre la droga; todo lo cual lo plantea bajo un esquema constitucional que utiliza como pilar fundamental a la dignidad humana.¹²⁷

Volviendo al análisis de los entornos, si observamos estos lugares, recónditos, apartados de las ciudades, vamos a encontrar un ambiente y un entorno ideal para el cometimiento de delitos. Es entonces a este entorno al cual el consumidor vulnerable debe obligatoriamente ingresar para adquirir la droga, y es en este entorno en el cual se consume la droga.

Es en este punto en donde se evidencian dos grandes aspectos de esta investigación; el origen de estos ambientes y entornos repletos de criminalidad, son consecuencia directa y atribuible a la guerra contral las drogas, junto con sus normas y con sus políticas; y estos ambientes de ilegalidad, de inconstitucionalidad son

¹²⁶Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías y Europol, *Informe sobre los mercados de drogas en la UE: Visión de conjunto estratégica*, (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016).

¹²⁷Luciana Temer, *Adopción de habitaciones de uso seguro de drogas ilícitas es legalmente viable*, (Brasil: Consulto jurídico, 2015). En <http://www.conjur.com.br/2015-out-02/luciana-temer-sala-uso-seguro-drogas-juridicamente-viavel> . Consulta: 30 de noviembre de 2016.

aquellos ambientes que como sociedad hemos designado para la adquisición y consumo de drogas.

La creación de este tipo de entornos viene como consecuencia de la misma marginación y discriminación que como sociedad ejercemos. Coletta A. Youngers establece que:

Un efecto especialmente malsano es que quienes participan en redes locales de tráfico de drogas a menudo no reciben su pago en dinero, sino en drogas que luego venden en la calle, estimulando así su consumo y generando nuevos mercados; todo esto se acompaña por una escalada en la tasa de comisión de crímenes violentos. El tejido social está hecho trizas, especialmente en las zonas urbanas de escasos recursos.¹²⁸

El efecto es muy claro, ya que el discurso que se ha mantenido durante mucho tiempo y con mucha intensidad sobre la relación de la criminalidad y las drogas no es cierto y no tiene sustento. Sin embargo, se lo ha mantenido tanto tiempo y con tanta intensidad que si ha generado entornos y ambientes que producen esta criminalidad.

El efecto entonces es más que maléfico, es totalmente dirigido a crear una realidad sobre hechos que no debían crear dicha realidad, sin embargo, lo han logrado. Y lo han logrado esencialmente través de la marginación del consumidor y la discriminación del mismo, creando así entornos y ambientes alejados del control y alejados de todas las infusiones positivas de una sociedad, generando automáticamente nichos de consumo que tienden por su naturaleza a ser entornos plagados de violencia.

Estos entornos creados, mantenidos y promulgados esencialmente por un discurso bélico, se presentan como abiertamente inconstitucionales, al vulnerar una serie de derechos del consumidor.

Se genera entonces un círculo vicioso en el cual se parte de la decisión de consumir la droga, y para hacerlo es necesario ingresar en estos entornos de violencia, entornos que son creados y mantenidos por las políticas y leyes penales, y en el momento en que este entorno pretenda salir de su cerrado círculo marginal, será

¹²⁸ Coletta A. Youngers, “Los daños colaterales de la “guerra contra las drogas impulsadas por los Estados Unidos”, en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009).221.

inmediatamente detenido y confrontado con el sistema penal, lo cual a su vez genera mayor marginalización y mayor violencia.

Si tomamos el inicio del círculo encontramos solamente al consumidor. Consumidor cuyos derechos constitucionales no pueden ser vulnerados

El consumidor vulnerable entonces, al ingresar a estos entornos y ambientes peligrosos, juega un doble rol; por una parte es un sujeto que está totalmente expuesto convertirse en víctima de diversos delitos; y por otro lado, es un sujeto que también está expuesto a formar parte de este submundo de criminalidad.

Gracias a nuestra guerra contra las drogas y gracias a la discriminación social que constantemente ejercemos en contra de los consumidores vulnerables de drogas, hemos creado ambientes y entornos peligrosos dentro de nuestra sociedad; y estamos creando cada día nuevas víctimas y potenciales nuevos delincuentes.

Coletta Youngers establece que “El narcotráfico engendra delincuencia, agrava la violencia política y criminal y alimenta a los grupos armados, además de agudizar los problemas relativos a la seguridad ciudadana, al orden público y en términos amplios a la aplicación de la ley”¹²⁹, lo cual encierra precisamente los efectos que se promulgan con la ilegalidad de las drogas y la exposición del consumidor vulnerable a los entornos de adquisición y consumo.

Este punto nos lleva a reconocer que como sociedad hemos decidido castigar y penalizar a aquellas personas que se encuentran inmiscuidas en el ámbito de las drogas; si bien es cierto actualmente existe una política criminal y una norma constitucional que prohíbe la criminalización del consumidor, no es menos cierto que estos consumidores son criminalizados indirectamente de otras formas, específicamente aquella que interesa a esta investigación es la criminalización del consumidor mediante la discriminación social, acto que a su vez lleva a la creación de ambientes hostiles y peligrosos, obligando al consumidor a transformarse en una víctima de delitos al igual que en un potencial delincuente.

2.3. ¿Por qué castigamos al consumidor vulnerable de base de coca?

¹²⁹ Coletta A. Youngers, *Los daños colaterales de la “guerra contra las drogas” impulsadas por los Estados Unidos*.220.

Vista la secuencia establecida en la cual el consumidor vulnerable sufre de todo el efecto de marginalización y discriminación al igual que es obligado a ingresar en entornos de adquisición y consumo plagados de violencia y peligro, surge la necesidad de cuestionar la legitimidad de su castigo.

Para el efecto debemos partir del origen; ¿cuál es la razón que existe para que como sociedad hayamos adoptado esta posición punitiva frente a las drogas? Y, ¿por qué castigamos?

David Garland establece que:

Hoy en día el castigo es un aspecto de la vida social profundamente problemático y poco comprendido, cuya razón de ser no queda clara. El que no lo percibamos de este modo es consecuencia de la apariencia de estabilidad e impenetrabilidad que tienen las instituciones formales, más que de la trasparente racionalidad de los procedimientos penales en sí.¹³⁰

Cuando discutimos el tema de drogas, surgen muchos subtemas a la palestra, y la guerra contra las drogas es claramente publicada y enfrentada por la policía y la fiscalía, quienes presentan al público constantemente las fuertes luchas, el esfuerzo y el sacrificio que deben realizar para detener a estos malhechores.

Se nos presenta una institución fuerte, que ejecuta la lucha contra las drogas y lo que vemos es a la institución, y dada su fortaleza, su trayectoria y su importancia, asumimos que todo lo que realice tiene que estar bien, pero jamás nos detenemos a pensar si lo que hacen está bien o mal; es por esta razón que Garland menciona que “Las instituciones concentradas en el castigo nos proporcionan -de manera muy conveniente- respuestas preconcebidas a los interrogantes que despertaría la presencia del crimen en la sociedad.”¹³¹

Tales respuestas nos dicen qué es la criminalidad y en qué forma deberá sancionarse¹³²; de alguna manera, las instituciones que hemos creado para mantener el orden e impartir justicia crean una verdad específica sobre los aspectos y los sujetos a quienes someten; así para la policía la lucha contra las drogas ha sido tan pronunciada y tan duradera que su verdad implica el por lo menos dudar de cualquier

¹³⁰David Garland, *Castigo y Sociedad Moderna, un estudio de teoría social*, (México: Siglo veintiuno editores, 1999). 17.

¹³¹Ibíd. 17.

¹³²Ibíd. 18.

persona que consuma drogas y no se diga del consumidor vulnerable de bazuco; de esta forma:

Por medio del reiterado uso y del respeto a su autoridad, estas formas establecidas de hacer las cosas crean su propio "régimen de verdad, que apuntala la estructura institucional y al mismo tiempo cualquier duda esencial que pudiera debilitarla. La existencia misma del sistema penal nos hace olvidar que hay otras posibles respuestas a estos problemas: que las instituciones se sustentan más en la costumbre que en su esencia.¹³³

Las instituciones de las cuales tratamos son creadas y subsisten gracias a las normas que como sociedad nos hemos impuesto, y cabe reflexionar: "Las historias nos enseñan, que debiendo ser las leyes pactos considerados de hombres libres, han sido pactos casuales de una necesidad pasajera: que debiendo ser dictadas por un desapasionado examinador de la naturaleza humana, han sido instrumento de las pasiones de pocos.¹³⁴"

El pacto casual del cual nos ocupamos ahora, es un pacto realizado para cubrir una necesidad que a su vez ha sido construida por el segmento de la sociedad que ostenta el poder; la represión a los consumidores de drogas, y la ilegalidad de la droga tiene consecuencias económicas, financieras, políticas y sociales.

Cabe para un estudio completamente autónomo la repercusión financiera y económica que la ilegalidad de las drogas acarrea, pero para nuestros fines, las consecuencias políticas – criminales y sociales son de mayor relevancia. Las pasiones de pocos, decía Beccaria, son la motivación detrás de ciertas leyes, y en este caso, las pasiones se traducen realmente en obsesiones, y la principal obsesión que nos ataca en nuestros días, es la de seguridad.

Estamos obsesionados con la seguridad, y estamos apasionados en conseguir seguridad; gastamos fuertes cantidades de dinero en seguridad privada, en alarmas, en vallas eléctricas, en muros cada vez más altos, en perros cada vez más bravos, en guardias, en cuidadores, en choferes, en niñeras, en cámaras, en monitoreo, en armas, en municiones, y la lista puede seguir y seguir.

Pero no solamente gastamos en bienes y servicios, ya que también trabajamos, como sociedad, en definir qué es peligroso, y más específicamente, quién es

¹³³ *Ibíd.* 18.

¹³⁴ César Bonesana Marques de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las penas*, (Brasil: Heliasta SRL, 1993). 55.

peligroso. El bazuco, y el bazuquero, son los mejores representantes del peligro, entre muchas otros estereotipos y prejuicios que hemos creado; y es entonces que los catalogamos como los otros en palabras de Zaffaroni, los peligrosos, los violentos, los indeseables; y efectivamente los aislamos y los discriminamos.

Nuestra pasión es la seguridad, una de las pasiones más peligrosas que ha visto la humanidad, y nuestras normas y leyes responden a nuestra pasión. Sin embargo, el desborde inmesurado de nuestra pasión por la seguridad trae consigo un claro costo, y esta es la libertad. Al exigir mayor seguridad, exigimos directamente mayor acción y persecución por parte de las instituciones de control, en especial de parte de la policía, lo cual llega con un fuerte coste a nuestra libertad.

Nuestra libertad se ve proporcionalmente reducida frente a una mayor exigencia en seguridad, por cuanto la misma requiere de mayor intervención penal, tanto normativamente como políticamente; atribuir mayor fuerza de acción a la policía implica reducir o bien flexibilizar las garantías constitucionales que limitan o prohíben ciertas intromisiones sobre los ciudadanos por parte del poder, tales como el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Normativamente, exigir mayor seguridad se traduce en aumentar las penas para los delitos por cuanto esta es una fórmula que políticamente funciona y aparenta brindar mayor seguridad cuando en realidad es una aplicación de prevención general negativa de la pena que ha sido demostrada no tiene ningún sustento técnico, tal como se analizará más adelante en este trabajo.

Una exigencia mayor de seguridad al otorgar mayor fuerza de acción a las instituciones de control, conlleva también el acentuar y perpetuar la aplicación de estereotipos por cuanto la acción debe recaer sobre algún grupo de personas; en nuestro caso recaerá entonces sobre el consumidor vulnerable y su estereotipo, reforzando así una cadena que genera discriminación y selectividad penal. Todo lo cual estará bajo el control de nuestras instituciones penales, mismas que envían entonces el mensaje hacia la sociedad que nos indica la guerra contra las drogas, perpetuando nuevamente las ideas que generan la discriminación hacia el consumidor de drogas.

Pero claramente, las instituciones no son el problema, son realmente la consecuencia y el instrumento que se ha establecido para la ejecución de un problema mayor de disociación de nuestros principios fundamentales como sociedad, razón por la cual Garland establece que el “problema no es de ajuste y de reforma institucionales, sino un asunto más de fondo, que cuestiona si los procesos sociales y las ramificaciones del castigo pueden ser contenidos dentro de instituciones especializadas de cualquier índole”.¹³⁵

Precisamente el análisis solamente de la institución, no presenta finalmente la solución a la incógnita, presentará resultados para el mejoramiento o crítica de la institución, lo que se necesita es determinar “los cimientos sociales del castigo, sus formas modernas características y su significación social. Sólo sobre esta base es posible desarrollar filosofías apropiadas a los problemas normativos de esta compleja institución. En pocas palabras, es necesario saber qué es el castigo para determinar qué puede y qué debería ser”.¹³⁶

El castigo del cual tratamos en esta investigación, es un castigo profundo, no solamente un castigo formal, un castigo correccional resultado de un proceso penal, sino también de un castigo social, un castigo que es una consecuencia directa de la discriminación: “Para entender el “castigo” en un momento determinado, como afirma Nietzsche, debemos explorar sus diversas dinámicas y fuerzas a fin de formar una imagen compleja de los circuitos de significado y acción dentro de los que funciona”.¹³⁷

Ahora bien, el castigo involucra una serie de elementos y factores que superan la simple existencia de una institución, y que finalmente representan el proceso penal ante los diversos estratos de la sociedad.¹³⁸

Es decir que un enfoque al castigo criminológicamente completo, no se agota con el hecho de tratar sobre la institución penitenciaria o a imposición judicial de una pena. Bajo este análisis, cuando hablamos de un sistema social que discrimina a los consumidores vulnerables de base de coca, que los aparta, los aísla y finalmente los

¹³⁵David Garland, *Castigo y Sociedad Moderna, un estudio de teoría social*. 21.

¹³⁶Ibíd. 24.

¹³⁷Ibíd. 32.

¹³⁸Ibíd. 33.

predispone a desarrollarse y vivir en un ambiente hostil y peligroso, hablamos de un sistema social que ya está castigando a los consumidores vulnerables.

Este castigo se materializa mediante un proceso penal y mediante la plena excitación de una institución como lo es la prisión, pero se debe tener muy en cuenta que “las instituciones no pueden explicarse tan sólo por sus "propósitos". Instituciones como la cárcel, la multa o la guillotina son artefactos sociales que encarnan y reproducen categorías culturales más amplias, a la vez que funcionan como un medio para lograr fines penitenciarios particulares.”¹³⁹

Precisamente, la reproducción de una categoría cultural amplia, es lo que se revela mediante nuestras normas y nuestra política criminal en contra de las drogas; y es una categoría de discriminación, de miedo y de temor que mediante la clasificación vaga, amplia y general de la peligrosidad de ciertos individuos, castiga, no solo judicialmente, sino que castiga en todo el espectro de la palabra, a los consumidores vulnerables de base de coca. Y la importancia de destacar la existencia de un castigo, radica en entender que detrás de este castigo, existen víctimas.

Bien lo dijo Beccaria:

Pero mientras sostengo los derechos del género humano y de la invencible verdad, si pudiese contribuir a salvar de una muerte horrenda, algunas de las desgraciadas víctimas de la tiranía, o de la ignorancia que es igualmente funesta, las bendiciones y las lágrimas de un solo inocente, vuelto a las sensaciones de alegría y de felicidad, me consolarían del desprecio del resto de los hombres.¹⁴⁰

La muerte horrenda, las desgraciadas víctimas y la tiranía, son conceptos que aparentemente son parte solamente de un terrible pasado de la humanidad; sin embargo, esto no podría ser más falso. Si la sociedad construyó, trabaja y mantiene una actitud de discriminación y separación de aquellos a quienes los ha catalogado como peligrosos, como indeseables, como drogadictos, y a quienes se les niega efectivamente toda oportunidad de superación y crecimiento, podemos afirmar que quienes son discriminados, quienes son abandonados y marginados tendrán una muerte horrenda, serán unas víctimas desgraciadas, y serán víctimas de una tiranía, una tiranía que no se estructura como un régimen de control político, sino como una sociedad, como una sociedad tirana.

¹³⁹Ibíd. 35.

¹⁴⁰César Bonesana Marques de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las penas*. 57.

La ignorancia, cosa igual o más peligrosa que la tiranía, es también un eje principal y una fuerte contribución para toda esta sociedad de exclusión y construcción de normas penales que generan víctimas y delincuentes; y es que la ignorancia en el tema de la base de coca abunda; y la ignorancia más peligrosa es aquella sobre el consumidor de base de coca; el consumidor vulnerable, como lo hemos denominado, es en esencia un misterio, pero en apariencia un hecho innegable para la sociedad de los buenos.

Y es que el conocimiento útil para la sociedad sobre el consumidor de base de coca vulnerable, no se refiere al presente, no se refiere a quien es el consumidor vulnerable, no se refiere a si es o no peligroso, ya que toda esta información no son más que consecuencias. El conocimiento útil para la sociedad, se refiere a una conciencia informada sobre el porqué; la causa, el antecedente, la raíz, la razón, por qué este hermano ciudadano está donde está hoy.

Y este conocimiento es de profundo arraigo; y el estudio hacia el pasado, nos lleva a una horrenda verdad, en la cual somos nosotros quienes hemos caído en la trampa política de la inseguridad, somos nosotros quienes hemos caído en la trampa política de la peligrosidad de las drogas, somos nosotros quienes engañados, hemos exigido seguridad, hemos exigido normas, hemos exigido penas, hemos exigido discriminación y hemos exigido aislamiento del peligroso, sin saber que el resultado de nuestro ejercicio macabro, de nuestra pasión y obsesión por la búsqueda de seguridad, deja un sangriento rastro de personas discriminadas, aisladas, violentadas y obligadas a vivir una deplorable vida de adicción, de violencia, y de cárcel.

Ahora bien, al tratar sobre el castigo que infringimos al consumidor vulnerable de coca, vamos a encontrar que no existe el menor interés sobre el delito mismo y peor sobre el bienestar del consumidor, afirmar esto no es más que una hipócrita excusa para mantener un sistema penal represivo; “no es el "crimen ni el conocimiento criminológico sobre éste lo que afecta las políticas al respecto, sino la percepción oficial del problema del crimen y las posiciones políticas que motivan aquéllas (...) los regímenes institucionales y los marcos de condena, están más

determinados por la convención social y la tradición que por los perfiles de criminalidad.”¹⁴¹

Es de evidente claridad que el problema de las drogas, motiva muchas posiciones políticas que se benefician de una cierta imagen de pulcritud, de rectitud y de un futuro imaginario de arco iris y felicidad; todo lo cual es retribuido y aceptado por una convención social, por una idea internalizada que tiene su único sustento en un prejuicio social y en un miedo desbordado.

Sobre el tema, Boiteux y Pádua establecen que “la cuestión principal es si la incriminación de una conducta mediante una norma penal realmente protege a las personas y a las comunidades del daño causado por la conducta criminalizada y en qué medida la cantidad de pena para esa conducta va en consonancia con su capacidad para hacer daño”.¹⁴²

Bajo esta posición, podemos ratificar que la consecuencia penal para el consumidor vulnerable de base de coca, no responde en absoluto a un claro interés de la sociedad y tampoco del individuo, por el contrario, agrava la situación situando a la persona ante el sistema penal y sus naturales consecuencias, al igual que agrava a la sociedad misma a la cual le será devuelto no un consumidor, sino un criminal hecho y derecho formado en la mejor escuela del crimen que es la prisión.

Garland establece que se “considera al castigo como una institución social que es, en primera y última instancias, un asunto de moralidad y solidaridad sociales. Los fuertes lazos de solidaridad moral son la condición que provoca el castigo y, a su vez, éste es el resultado de la reafirmación y el reforzamiento de esos mismos vínculos sociales.”¹⁴³

Entender el castigo bajo esta óptica implica entender que nosotros como sociedad hemos decidido castigar ciertos actos que repudiamos personal y solidariamente para con todos nuestros conciudadanos; de aquí surge la “solidaridad social”, ya que no basta con que algo moleste al individuo para que pueda ser

¹⁴¹David Garland, *Castigo y Sociedad Moderna, un estudio de teoría social*. 36.

¹⁴²Lucia Boiteux y Joao Pedro Pádua, “La desproporción de la ley de drogas: los costes humanos y económicos de la actual política en Brasil”, en Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*, (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013).83.

¹⁴³David Garland, *Castigo y Sociedad Moderna, un estudio de teoría social*. 45.

aceptado socialmente como digno de ser castigado y reprochado por toda la nación mediante un sistema penal; tiene que molestar a la sociedad en tal magnitud que se repudie el cometimiento del acto de forma colectiva, y solidaria; recordemos que al hablar de la solidaridad debemos entenderlo como un sentimiento de magna fuerza en el cual el individuo siente como suyo el dolor o la alegría de otro, lo siente solidariamente.

Estos actos entonces, que vulneran un sentimiento colectivo, social que ha sido catalogado como inviolable, y cuyo cometimiento afecta a toda la sociedad no solamente a la víctima inmediata, son los delitos:

“Los delitos son aquellos actos que violan seriamente la conciencia colectiva. En esencia se trata de una violación al código moral básico que la sociedad considera sagrado, por lo cual provoca el castigo. Debido a que los actos delictivos violan las normas sagradas de la conciencia colectiva, producen una reacción punitiva. (...) los delitos son, de hecho, escándalos morales que "conmocionan" a las "conciencias sanas" y dan lugar a la exigencia del castigo, más que a cualquier forma menor de reacción social”.¹⁴⁴

Si analizamos concienzudamente el texto citado, deberíamos tratar con una seria violación a la conciencia colectiva, una violación a un código moral sagrado.

Estas palabras tienen una inmensa fuerza que tiene que ser reconocida para poder realmente analizar a las normas y a nuestra sociedad. Entonces un acto criminal, es aquel que:

Viola sentimientos y emociones profundamente arraigados en la mayoría de los miembros de una sociedad -escandaliza sus conciencias sanas, y esta violación provoca una fuerte reacción psicológica incluso en los que no están directamente involucrados. Produce una sensación de violencia, furia, indignación, y un deseo intenso de venganza.¹⁴⁵

La pregunta en este punto y utilizando el antecedente criminológico expuesto sobre lo que realmente es el delito, se centra en determinar la razón de ser de la punibilidad en el ámbito de drogas; pero mucho más específico, la punibilidad del consumidor de base de coca.

Retomando las palabras de Garland quien analiza profundamente el pensamiento de Durkheim referente a la esencia del castigo como aquella reacción a

¹⁴⁴Ibíd. 46.

¹⁴⁵Ibíd. 47.

una violación de la conciencia colectiva y el código moral¹⁴⁶, viene a lugar una reflexión sobre la moral de la sociedad frente a la base de coca; al tratar sobre los antecedentes de la droga se presentó la forma en la cual el imperio español condenó en un primer momento al consumo de la hoja de coca, pero lo explotó en el momento en que se encontró un beneficio; la historia se ha repetido en el curso de los años, pero el beneficio ahora ya no se presenta como una fuerza laboral más resistente al castigo y al trabajo exhaustivo; ahora se presenta como una fuente de ingresos monetarios de escalas monumentales mediante la cual se han amasado fortunas descomunales. Este simple hecho, no puede dejar de ser considerado para que por lo menos se marque de “sospechosa” toda la política criminal en contra de las drogas; y es que detrás de una industria que mueve semejante cantidad de capital, existen demasiados intereses.¹⁴⁷

La legalización es para aquellos grupos de inmenso poder, un mal negocio. La criminalización en cambio, es un gran negocio, ya que existen una serie de elementos que transforman al proceso de elaborar, transportar, vender y consumir drogas en algo riesgoso, peligroso, no por sus efectos sino por su trayecto; esto explica la razón por la cual un kilo de droga cerca al lugar de manufactura mantiene determinado precio; cuando ese mismo kilo de droga, lejos del lugar de manufactura, mantiene un precio exponencialmente superior y mayor. Y es que el precio no es irracional, por el contrario es muy racional, ya que para que la droga toque suelos europeos, deberá cruzar y atravesar la seguridad y persecución de todo un continente al igual que de todo un océano; y el riesgo es alto, por cuanto implica arriesgar la vida, la libertad, la dignidad.

Es entonces indudable que la punibilidad de las drogas y la criminalización de los consumidores tienen fuertes vínculos con aspectos financieros, monetarios, políticos y geopolíticos. Ahora la pregunta es, ¿en dónde están aquellos fuertes sentimientos y principios morales y sociales vulnerados?, ¿Qué parte de la sociedad es aquella a quien el consumo de una droga indigna, vulnera y atormenta? Y claro, que esta vulneración a un sentimiento social y comunitario, debe ser de tal magnitud que hemos decidido como sociedad rechazar por completo y aborrecer a los

¹⁴⁶Ibíd. 46

¹⁴⁷Coletta A. Youngers, *Los daños colaterales de la “Guerra contra las drogas” impulsada por los Estados Unidos*. 239 – 240.

delincuentes que lo comenten, al imponerles una pena. ¿Acaso cuando se consume nuestra droga de preferencia, nuestro vecino inmediatamente es atacado, vulnerado y se siente insultado? La respuesta para todas estas incógnitas no son más que absolutos negativos.

No existe ningún sentimiento social detrás de la punibilidad de las drogas; no existe ningún principio moral que justifique la punibilidad de las drogas; nadie en la sociedad es vulnerada o atormentada por el consumo de drogas; y es que nuestra sociedad no es una de comunidad, y de camaradería o si quiera buenos vecinos; somos una sociedad de pánico, de miedo a lo ajeno, de grandes aislamientos voluntarios y todo nace de la preconcepción del peligro y del peligroso; por lo tanto no existe ningún elemento social que permita justificar la punibilidad de las drogas y que sea coherente con el pensamiento criminológico y que a fin de cuentas sea coherente con la consecuencia penal que hemos impuesto.

Paladines establece que “Vivimos en una sociedad que exige seguridad a cualquier costo, que justifica la abolición de garantías y que empodera al Estado a partir de sus miedos”¹⁴⁸. En el aspecto de la base de coca los miedos son muchos. El discurso estatal del peligro de la droga y de la peligrosidad de sus consumidores ha creado entonces una realidad en la cual la sociedad se siente vulnerable frente a la mera existencia de la droga y vulnerable frente a la existencia de su consumidor, ya que el mismo ha sido presentado como un potencial criminal.

Esto ha generado que la sociedad renuncie a sus libertades y renuncie a su libre desarrollo aceptando y exigiendo mayor control y mayor intromisión en la vida de las personas para precautelar que este peligro de crimen y criminales no exista. Nuevamente la solución tanto estatal como penal ha sido la marginalización y la discriminación y eventualmente la penalización y encierro del consumidor, todo lo cual se encuentra plenamente avalado y aceptado por la sociedad en base a un miedo construido y aun miedo irreal. Paladines lo define a través del riesgo: “El riesgo construye a su vez una nueva sociedad: la del miedo”¹⁴⁹

Esta sociedad del miedo tiene consecuencias desastrosas, ya que “El miedo tiene un efecto indirecto especialmente fatal: las personas o grupos que resultan

¹⁴⁸Jorge Vicente Paladines, *La sociedad del riesgo en la dogmática penalizada de las drogas*. 18.

¹⁴⁹Ibíd. 20.

“personas de riesgo” o “grupos de riesgo” pasan por no-personas y sus derechos fundamentales son amenazados el riesgo divide, segrega, estigmatiza”¹⁵⁰.

Bajo este esquema el consumidor de la base de coca, es en efecto una no persona, y esta afirmación tiene una fuerte consecuencia tanto social como jurídica. Socialmente el consumidor de base de coca es una persona totalmente anulada de cualquier oportunidad ya sea laboral, familiar, o social.

Judicialmente el consumidor de base de coca posee un riesgo particular cuando ingresa al sistema penal, sus probabilidades de escapar ileso del mismo son prácticamente nulas, ya que si dentro de la investigación de un supuesto delito, resulta que el procesado es un consumidor activo de base de coca, será esta la causa suficiente para que el sistema penal encuentre en este sujeto a un criminal cuyos derechos se encuentran prejuiciosamente decididos.

Beccaria estableció la idea de los motivos sensibles y la usurpación a los principios morales y sociales que justificaban el castigo, y estableció que

Para evitar estas usurpaciones se necesitan motivos sensibles, que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre, cuando quisiese sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes. Llámelos motivos sensibles, porque la experiencia ha demostrado que la multitud no adopta principios estables de conducta, ni se aleja de aquella innata general disolución, que en el universo físico y moral se observa, sino con motivos que inmediatamente hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento, para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal.¹⁵¹

Beccaria establecía a la esencia de la nación como aquella sumatoria de las libertades que renunciamos en virtud de alejarnos del constante estado de guerra y violencia en el cual nos encontrábamos; pero estas libertades reunidas debían también ser protegidas de las usurpaciones que un individuo pueda realizar; la forma de proteger nuestras libertades entonces son mediante las penas, las cuales son los motivos sensibles de Beccaria.¹⁵²

El carácter preventivo de la pena desde la visión de Beccaria es evidente; sin embargo, no podemos olvidar que Beccaria toma a la ley y a las libertades protegidas

¹⁵⁰Ibíd. 21.

¹⁵¹César Bonesana Marques de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las penas*. 59.

¹⁵² Ibíd. 59.

como aquellas destinadas a obtener el bien universal, lo cual difiere por completo con la normativa antidrogas, por cuanto la normativa antidrogas no es más que una pantalla basada en un supuesto peligro cuyas consecuencias reales no han obtenido el bien común, por el contrario han sido el motivo de incontables arbitrariedades e incoherencias penales, tales como el encierro mayoritario en nuestras cárceles de los consumidores de drogas, y el encierro indefendible de las conocidas “mulas”.

¿Acaso entonces nos estamos topando con normas penales sobre las cuales no somos y jamás hemos sido parte como sociedad? ¿Acaso como nación hemos condenado de tal forma el consumo de drogas como para encerrarnos a morir y degradarnos en cárceles y prisiones?

Beccaria menciona:

Consultemos el corazón humano, y encontraremos en él los principios fundamentales del verdadero derecho que tiene el Soberano para castigar los delitos; porque no debe esperarse ventaja durable de la política moral, cuando no está fundada sobre máximas indelebles del hombre. Cualquiera ley que se separe de éstas, encontrará siempre una resistencia opuesta que vence al fin¹⁵³.

Sin embargo, cabe reflexionar que la forma en la cual nuestra sociedad internaliza la necesidad de imponer una pena se encuentra muy alejada de aquella “consulta al corazón humano”, que más allá del sentido poético que se pueda apreciar, es esencialmente el deber ser del castigo.

Paladines establece que:

Para poner en marcha al sistema la lucha tiene que ser asumida por la sociedad. Esto no es más que la construcción de un orden a través de las habitualidades de los sujetos, logrando que las estructuras se internalicen en su ser por medio de las instituciones, falseándose así la realidad social y provocando una vez más el triunfo del sistema sobre las personas(...) Berger y Luckmann señalan tres momentos de construcción de la realidad social (...) 1) La habituación, que es personalísima y se desarrolla a través de pautas o repeticiones de acciones que empelan cada vez menos energía; 2) La tipificación, que es la acción absorbida o compartida por otro ser humano, denotándose una relación intersubjetiva y no personal, y; 3) La objetivación, que son las relaciones institucionalizadas que deviene del vis a vis de las personas, reduciendo la incertidumbre y otorgando una visión prometida del mundo a través del sistema.¹⁵⁴

Efectivamente nuestra realidad social responde perfectamente a lo mencionado por Paladines, ya que basta observar nuestras instituciones y la forma en

¹⁵³Ibíd. 60.

¹⁵⁴Jorge Vicente Paladines, *La sociedad del riesgo en la dogmática penalizada de las drogas*. 27.

la cual el consumo de drogas es presentado a los ciudadanos. Desde la institución de instrucción primaria, pasando por la secundaria y por los estudios superiores, se nos enseña una cierta imagen y una cierta cultura de lo que está bien y como debemos ser; se nos impone una imagen tanto corporal como espiritual; se nos impone una idea del mundo que busca mantener al sistema; debemos estudiar, debemos trabajar, debemos formar una familia, debemos endeudarnos, debemos pagar nuestras deudas, y finalmente debemos perecer tratando de causar el menor alboroto posible.

La idea del consumo de drogas, la idea de la alteración de la psiquis y la idea de alterar el sistema es totalmente repudiada y rechazada. Claramente se trata de un control social. Paladines establece al tratar sobre el tema establece: “Control social a simple vista (...) demonizándose el comportamiento humano para asegurar la convivencia pacífica en sociedad”¹⁵⁵.

Efectivamente se demoniza un comportamiento humano en busca de la convivencia pacífica, sin embargo, el efecto es adverso ya que al demonizar el comportamiento del consumidor de base de coca se lo aísla, se lo margina, y al marginarlo se lo fuerza a ingresar en un sistema de violencia y de verdaderos peligros, por lo tanto es acertado afirmar que todo nuestro sistema que pretende crear y mantener un ciudadano “bueno” y productivo, tiene un verdadero efecto contraproducente en el cual aquellos que son marginados ingresan a un entorno violento el cual a su vez repercute sobre toda la sociedad.

Está en duda entonces la misma legitimidad social de las normas antidrogas, del mismo bien jurídico que estas son llamadas supuestamente a proteger; son este tipo de bienes jurídicos amplios, colectivos que siempre tendrán por lo menos un pequeño germen de inconstitucionalidad y de ilegitimidad ya que brindan un campo muy amplio y abierto para que el poder punitivo pueda extender sus garras.

En este punto cabe reflexionar respecto del principio de lesividad. Siguiendo las palabras de Ferrajoli, el principio de lesividad constituye uno de los elementos sustanciales del delito y se refiere a la existencia una naturaleza lesiva en el resultado del ilícito.¹⁵⁶

¹⁵⁵Ibíd. 30.

¹⁵⁶Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. 466.

El principio de lesividad impone a la práctica jurídica y judicial la carga de demostrar que un determinado acto general un real y apreciable daño; Ferrajoli establece al tratar de la lesividad que debemos tener en cuenta la máxima kantiana según la cual “la única tarea del derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno”¹⁵⁷

Siguiendo la misma línea de pensamiento, Ferrajoli menciona:

“el art. 4 de la Declaración de derechos de 1789 establece que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás; de este modo, la existencia de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos”¹⁵⁸

De lo previamente expuesto podemos analizar que el consumo de una droga no se configura como un acto que tenga un resultado lesivo para terceros, por cuanto la lesión se la ocasiona el mismo consumidor. El consumir una droga se enmarca dentro del ámbito de las libertades de las personas, lugar en el cual el derecho no debe entrometerse y peor el derecho penal.

Volviendo al análisis de la razón del castigo, ¿cuál es la máxima indeleble del hombre que motiva la pena del consumidor? ¿Acaso no tenemos el control sobre nuestras vidas y sobre nuestro destino? ¿Acaso al Estado le ha sido otorgado el poder y el control sobre nuestro cuerpo? ¿Acaso en ese conglomerado de libertades que entregamos para vivir en paz, entregamos nuestra vida? ¿Nuestra salud? ¿Nuestro libre albedrío? ¿Nuestro derecho de elegir qué tipo de veneno ingresa o no a nuestro cuerpo? Los problemas criminológicos sobre la esencia de la punibilidad de las drogas, como se verá son muchos.

La punibilidad de las drogas no solo se agota en ser criminológicamente insuficiente, ya que también es un tema que políticamente no tiene el menor sentido; pero cuando me refiero a políticamente, me refiero a la política entendida en la mejor de sus acepciones sociales morales y éticas, de esta forma el análisis parte de determinar lo que nosotros como individuos hemos renunciado para formar parte del estado y formar parte de este régimen de orden paz y tranquilidad al cual acudimos después de estar hartos, cansados y agotados de matarnos los unos a otros.

Paladines establece que:

¹⁵⁷ *Ibíd.* 467.

¹⁵⁸ *Ibíd.* 467.

Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso, y no justicia; es hecho, no derecho.¹⁵⁹

El derecho de castigar entonces jamás se lo puede percibir como infinito y tampoco se lo puede concebir sin regresar nuestra mirada y entender la esencia de lo que nosotros como sociedad hemos pactado, y es sobre este punto en el cual la legitimidad del derecho de castigar actos tales como el consumo de drogas debe ser fuertemente cuestionado.

Coletta A. Youngers establece que el consumo de las drogas no desaparecerá, y las formas mediante las cuales se han enfrentado el problema de las drogas ha demostrado ser un fracaso total; los incentivos económicos de la producción de drogas son tan atractivos y altos, que la demanda sigue siendo muy alta a pesar del alto costo que pagan quienes son atrapados por las fuerzas de la ley¹⁶⁰.

El castigo judicial se lo puede ahondar y analizar desde una perspectiva procesal penal, pero la realidad es que este castigo judicial no es más que una consecuencia, del castigo real, el castigo social, el castigo material que los consumidores vulnerables sufren día a día por parte de nuestra sociedad y por parte de un sistema que ha sido creado para suministrar este castigo;

¿Es entonces el castigo judicial penal una consecuencia? Por supuesto que sí, ya que una acción conlleva una reacción, y una acción discriminatoria conlleva aislamiento; el aislamiento conlleva separación de los núcleos productivos, familiares y afectivos de la persona; aislamiento que conlleva un consumo descontrolado y desesperado de sustancias estupefacientes; consumo que junto al factor de la discriminación y el aislamiento lleva a su vez a daños en la salud y afectaciones emotivas y psicológicas; daños emotivos y psicológicos que ya escapan muchas veces del entendimiento científico; y finalmente el producto es un individuo sobre quien la sociedad ha fallado, alguien que ha ingresado en esta viciosa cadena de discriminación y aislamiento. Y entonces, ¿cuál esperamos que sea el resultado?

¿Acaso podemos esperar que después de todo este influjo de agentes negativos sociales, normativos y personales, encontremos a un prestigioso y

¹⁵⁹Jorge Vicente Paladines, *La sociedad del riesgo en la dogmática penalizada de las drogas*. 61

¹⁶⁰ Coletta A. Youngers, *Los daños colaterales de la "Guerra contra las drogas" impulsada por los Estados Unidos*. 239 – 240.

motivado doctor en jurisprudencia? ¿O un incansable y abnegado médico? El resultado de este curso de acción no puede ser más que lógico; vamos a encontrar a un drogadicto, desamparado, desesperado, hambriento, inestable e impredecible.

De todo lo previamente expuesto, las conclusiones preliminares son claras. En primer lugar es parte de una realidad innegable, y esta es la existencia del consumidor vulnerable de base de coca; quien a su vez se encuentra inmerso dentro de un sistema complejo que trabaja y se alimenta recíprocamente entre la sociedad, las normas y las instituciones; cuya forma de operación genera una fuerte descarga de discriminación en contra del consumidor vulnerable de base de coca; discriminación que a su vez genera el aislamiento social del consumidor; aislamiento que dirige al consumidor a determinados sectores y lugares en los cuales se adquiere y se consume la droga; entornos que gracias al aislamiento y a la discriminación generada por el sistema, contienen muchos elementos criminógenos; entornos en los cuales el consumidor vulnerable juega un doble papel tanto de potencial víctima como de potencial delincuente; entornos que luego son el objetivo claro de las instituciones punitivas penales. El fundamento y motivación que mantiene este sistema vivo y trabajando es la política criminal en contra de las drogas y específicamente en contra de la base de coca; política que hasta este punto se presenta como un sistema discriminatorio generador de víctimas y delincuentes; lo cual genera la siguiente natural y lógica incógnita desde un esquema penal: ¿Cuál es el fin de la pena que persiguen nuestras normas penales antidrogas?; veremos a continuación si la aplicación de una pena a consumidor vulnerable cumple con los fines de la pena.

2.4. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DESDE LA TEORÍA DE LA PENA

El consumidor vulnerable de base de cocaína se encuentra socialmente en una posición de vida vulnerable, creada y mantenida por un sistema jurídico penal discriminatorio y aislante; por cuanto estamos tratando con personas que desde el inicio de su vida, deben enfrentarse a situaciones socio económicas y familiares totalmente adversas a aquellas que propenden a un desarrollo integral y sano; y al nunca haber tenido las oportunidades necesarias para un desarrollo normal, ingresan a un esquema de adquisición y consumo de una droga altamente adictiva, que está plagado de elementos criminógenos que los convierten en una dualidad de víctimas y

potenciales delincuentes; efecto abiertamente inconstitucional tanto para el consumidor como para la sociedad en general.

¿Cuál es el fin de la aplicación de una pena para el consumidor vulnerable? La reflexión y análisis se vuelve trascendental para esta tesis, por cuanto si determinamos que la punibilidad en contra de las drogas no tiene razón de ser, o no cumple con el fin de la pena, entonces todos los efectos satélites que esta ilegalidad de la base de coca genera y que han sido expuestos en esta tesis, tales como el entorno de violencia en la adquisición, el entorno de violencia en el consumo, la dualidad de víctima y potencial ofensor impregnada al consumidor, se transforman en consecuencias ilegítimas e inconstitucionales que nacen de una ilegalidad instaurada normativamente que no contiene legitimidad alguna.

Para el efecto se va a analizar las diferentes teorías de la pena, en virtud de determinar, cual es la teoría de la pena que en el Ecuador estamos aplicando al penalizar y castigar a los consumidores vulnerables de base de coca. Se iniciará revisando generalidades respecto a la idea de la pena y sus diferentes formas de concebirla y entenderla, para finalmente revisar las teorías concretas que han sido propuesta por la doctrina y determinar en este punto, a qué teoría responde nuestra realidad normativa antidrogas.

Francesco Carrara define a la pena como “el mal que, de conformidad con la ley del Estado, infligen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito, habiéndose observado las debidas formalidades”¹⁶¹, y al referirse a la característica de “justa” establece que: “(...) si el legislador conminó la pena por fines irracionales o excediendo los límites del derecho penal, la pena podrá ser calificada de injusta, de abusiva o perjudicial, pero siempre será una pena”¹⁶². Efectivamente la problemática planteada en esta tesis se inclina por discutir la legitimidad de la pena, dentro del contexto propuesto.

La historia de los orígenes de la pena nos remite a reconocer la fuerza del elemento de venganza, como fundamento principal del castigo de los delincuentes, sin embargo, con el avenimiento del concepto del Estado, el delito ya no fue considerado como una ofensa a una persona particular, sino como una ofensa a la sociedad en general, y la pena pasó de ser una venganza privada o divina, a ser una

¹⁶¹ Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen II*, (Bogotá: Temis, 1973). 34.

¹⁶² *Ibíd.*35.

venganza de la sociedad ofendida¹⁶³. Parecería que las penas establecidas por los delitos de drogas, no pueden ser consideradas más que como una venganza social infundada; efectivamente parece ser que los fines de la pena, en aplicación al consumidor vulnerable de base de coca, tiene un fuerte elemento retribucionista.

Carlos Nino establece que:

Para la concepción moral utilitarista la cuestión es muy clara: la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho algo malo en el pasado (eso ya no se puede evitar), sino para promover la felicidad general, haciendo que mediante las distintas funciones de la pena, en el futuro se cometan menos delitos, lo que constituye un beneficio social que puede compensar el sufrimiento implícito de la pena.¹⁶⁴

Esta concepción utilitarista de la pena, que desemboca finalmente en la prevención general negativa, se aplica de forma tajante a la función que nuestras normas pretenden imponer mediante la sanción de los temas de drogas; sin embargo, al reflexionar sobre el alcance de este fundamento debemos necesariamente reconocer que esta finalidad útil de la pena, no se aplica a la problemática propuesta en este trabajo; por cuanto quienes consume la base de coca, no lo hacen considerando las consecuencias legales de su actuar. El consumo de la droga responde a su vez a una función utilitarista, y esta es principalmente la eliminación de ciertos limitantes tales como el hambre, el sueño, el frío y el miedo, los cuales operan en contra de la situación social y económica que los consumidores viven en determinado momento.

Por lo tanto sería increíble pensar que el encierro de un consumidor de base de coca va a asustar al resto de consumidores; de la misma manera, igual de increíble es pensar que el hecho de mantener una ilegalidad generalizada sobre esta droga presenta un beneficio para la sociedad, cuando en realidad el perjuicio de la ilegalidad repercute no solamente sobre el mismo consumidor sino sobre toda la sociedad que debe vivir con la reproducción y creación de estos nichos de adquisición y consumo que son entornos plagados de violencia y germinación de delincuentes y víctimas.

El retribucionismo por su lado establece que la pena “no se justifica como medio para minimizar los males sociales futuros, sino como respuesta a un mal

¹⁶³ *Ibíd.* 42.

¹⁶⁴ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, (Buenos Aires: Astrea, 1995). 428.

pasado, cualesquiera que sean las consecuencias que esa pueda tener”¹⁶⁵ Nino establece que para adoptar el retribucionismo se requiere de una ética que pocos comparten, y esta es el aceptar que la suma de dos males da como resultado un bien; lo cual parecería reducir todo el sistema penal a un sistema de venganza formalizada¹⁶⁶.

Tratar de explicar la finalidad de la pena para la problemática planteada desde el punto de vista retribucionista presenta también serios problemas. Comparto en mayor medida la visión retribucionista que la utilitarista por cuanto la considero más honesta con la realidad de la pena, sin embargo de la difícil tarea de tener que aceptar el resultado positivo de la suma de dos males.

Ahora bien, los presupuestos de aplicación del retribucionismo parecen ser más sinceros al momento de definir el porqué de la punibilidad de las drogas, lo cual se reduce a determinar que se castiga porque sí. El punto relevante es que no se evidencia en donde está el primer mal; cuando el consumo es un acto que afecta única y exclusivamente al consumidor, el mal que interesa al derecho penal no se configura; se configura un mal que interesa solamente al mundo de lo moral y lo ético más no de lo penal.

Por lo tanto, vista la pena en el tema de drogas desde el retribucionismo considero que se lo deforma por completo al ser la suma de un mal, irrelevante, y un mal impuesto. El resultado es también deformado por completo, por cuanto la pena se justificaría con el resultado, bien, pero el resultado en el tema de drogas, es peor; por cuanto el consumidor en la prisión tiene libre acceso a todas las drogas, además de encontrarse en un ambiente propicio para que multiplique su conocimiento sobre actividades ilegales.

Carrara, indica diversos sistemas y filosofías de concebir la pena; se refiere a la teoría de la conservación, misma que establece: “La sociedad, al castigar, ejerce el derecho que tiene todo ser a su propia conservación, y no puede conservarse si no detiene el brazo de los demás castigando al delincuente”¹⁶⁷. Carrara, claramente menciona que esta es una idea muy peligrosa, por cuanto pone en manos de la

¹⁶⁵Ibíd. 429.

¹⁶⁶Ibíd. 430.

¹⁶⁷Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*. 46.

autoridad un autoridad terrible, al igual que establece la razón por la cual se debe castigar, pero no demuestra el por qué la sociedad tiene el derecho de castigar a uno, por temor de los otros¹⁶⁸

Parecería que la filosofía detrás de nuestras normas penales que sancionan la tenencia de drogas, fuera de las escalas permitidas, utilizan de alguna manera esta teoría, por cuanto debemos recordar que todos los temas de drogas están siempre correlacionados con el elemento del peligro, aquel discurso que nos ha sido introducido en nuestras siquis del cual se desprende que las drogas son peligrosas. La autoridad terrible, en nuestro caso es clarísima, por cuanto recordemos que las escalas para habilitar la tenencia como las escalas para determinar el nivel por el cual una persona será sancionada está en manos de una autoridad administrativa, quien efectivamente puede alterar dichas escalas conforme lo considere prudente.

Carrara apoya y se adhiere a la teoría defendida por Locke, quien al definir la pena reflexiona lo siguiente:

Todo derecho debe tener la potestad, la facultad de ser defendido, ya que de otra forma no sería un derecho sino un deseo; el hombre está entonces investido de la potestad de defender sus derechos; sin embargo es materialmente imposible ejercer una defensa del derecho a priori que sirva efectivamente para impedir una ofensa, por cuanto esto implicaría la ejecución de una coacción constante sobre el ofensor (...)“es fuerza que la defensa del derecho, que compete al hombre, se manifieste en una coacción moral, obtenida mediante la amenaza de un mal que ha de infligirse al violador del derecho, para que el temor de este mal disuada al ofensor de repetir el agravio y aparte a los demás de imitarlo. Y así tenemos la pena, y así tenemos el derecho de castigar.¹⁶⁹

Esta concepción de la pena en efecto parte desde el individuo, siendo la sociedad quien lo ejerce en representación del individuo, y en su contenido se contempla tanto la prevención especial como la prevención general. Ahora bien, siguiendo este pensamiento debemos reflexionar sobre la aplicación de esta idea a la punibilidad de los delitos de drogas y en especial al consumo de la base de coca.

La concepción de la pena surge del individuo y trabaja para el individuo, ramificándose en sus efectos a beneficiar a la sociedad en general; pero el primer impulso es el individuo. Si el derecho de un individuo es vulnerado, entonces la pena

¹⁶⁸ Ibíd. 48.

¹⁶⁹ Ibíd. 50.

empieza a tener una finalidad y una lógica, pero, si ese derecho del individuo es muy difuso, difícil de observar, o inexistente, entonces ¿qué sucede con la pena?

Al establecer que el consumo de una droga afecta única y exclusivamente a quien decide consumirla, no se evidencia la generación del efecto principal y primordial para la razón de ser de una pena y esta es la afectación al derecho de un individuo, por cuanto en el consumo de drogas, la calidad de agresor y afectado se fusionan en una misma persona.

Carrara establece que:

La justicia penal, entregada por precepto absoluto a la autoridad social en virtud de la ley suprema del orden, tiene su origen primero en el derecho del individuo; y la autoridad pública no habría podido venir a imponerla a su antojo, valiéndose de la ilusoria fórmula de que es un milagroso producto de la sociedad, si ella no tuviera su germen en los atributos del individuo, de quien la autoridad social se constituía en sierva, representante y protectora.¹⁷⁰

Este tipo de pensamientos refuerzan entonces la idea sobre la cual una pena no puede tener un fin legítimo si la misma no protege, no se refiere o no tiene un vínculo con el derecho de un individuo; situación que en los delitos de drogas es por decir lo menos, confusa y muy difícil de observar, ya que recordemos que en drogas el bien jurídico protegido no es individual, es comunitario, social, general, mismo que es radicalmente complejo en su definición y en su concreción.

Gualker nos habla de los objetivos de un sistema penal, y por consiguiente de una pena. El primer objetivo expuesto se refiere a la protección de los delincuentes y los sospechosos en contra de la retaliación extraoficial, dado que esta retaliación produce desórdenes ulteriores, al igual que abre las puertas a un sufrimiento excesivo o innecesario.¹⁷¹

Este primer objetivo dentro del contexto de esta tesis, se cumpliría si en efecto el delito genera una pasión suficiente como para excitar otra pasión desbordada y con un fuerte contenido de venganza, lo cual no sucede con el consumo de drogas, por cuanto nuevamente no se aprecia el punto en el cual el acto de consumir una determinada droga afecte a otra persona más que al propio consumidor. La afectación a una moral social no basta y ni siquiera es suficiente o motiva una reacción personal

¹⁷⁰Ibíd. 51.

¹⁷¹ Nigel Gualker, *La técnica de sentenciar en una sociedad racional*, (Caracas: Monte Ávila, 1971). 13.

de venganza mediante la cual se evidencie que la pena, el procesamiento o el encarcelamiento de un consumidor pueda funcionar o trabajar en pro de la misma integridad del consumidor.

El segundo objetivo propuesto por Gualker es el denominado reductivismo, objetivo mediante el cual se busca reducir la frecuencia de los tipos de comportamiento prohibidos por la ley criminal. El reductivismo sin embargo es una técnica que abre un abanico de posibilidades que chocarán directamente contra la misma esencia de la protección constitucional a la cual estamos sometidos, por cuanto se explica que un reductivismo puro no tendrá reparo alguno en imponer medidas tales como la higiene social, eliminando barrios pobres o medidas disuasivas generales.¹⁷²

Parecería efectivamente que la normativa antidrogas responde en su esencia a una idea reductivista pura, ya que la técnica legislativa revela un intento desesperado de incluir verbos nucleares en los tipos que pretenden penalizar una amplio sector de la actividad humana relacionada con las drogas.

Incluso se llega a incoherencias lógicas que no tienen explicación o justificación tales como permitir la tenencia en cierta escala pero penalizar la adquisición o transporte de la droga, situaciones fácticas que no se las puede concebir una sin la otra. De esta manera el camino para una actividad legal (tenencia dentro de los limites) es ilegal (compra o transporte de droga).

Sin embargo, el reductivismo contiene un norte económico, por cuanto debe preguntarse si la vía escogida es la más económica, situación que evidentemente no se cumple con la penalización de los delitos de drogas, por cuanto evidentemente la dirección penal para tratar los temas relacionados con drogas es la vía con mayor carga financiera, ya que implica la activación de diferentes instituciones y sus correspondientes recursos, tales como la policía, la fiscalía, los jueces y los tribunales penales.

El siguiente objetivo de un sistema penal y en mi opinión el objetivo más relevante para esta tesis es el denominado humanitarianismo. Implica esto que “el

¹⁷²Ibíd. 14.

sistema penal sea tal que cause el mínimo de sufrimiento, tanto a los delincuentes como a otros, al intentar lograr su objetivo”.¹⁷³

Este objetivo presenta muchos puntos sobre los cuales debemos reflexionar al tratar sobre la punibilidad en temas de drogas y principalmente bajo el esquema propuesto en esta tesis. ¿Cuáles son entonces los sufrimientos que el sistema penal antidrogas ha creado para llegar a su objetivo? Muchísimos, entre ellos aquellos planteados en esta tesis; la creación de entornos de violencia y peligro en la obtención de la droga; la creación de entornos de violencia y peligro en el consumo de la droga; la creación de víctimas y potenciales delincuentes.

Efectos necesariamente creados para llegar al objetivo de la ley que finalmente necesita un culpable, necesita una persona que adquiera la droga para ejecutar el delito de tenencia, compra o tráfico; necesita de una persona que consuma la droga para ejecutar el delito de tenencia de drogas; y solo en esos puntos podrá el sistema judicial actuar, pero además de llegar a sus inútiles fines, deja un rastro sangriento de víctimas, de potenciales delincuentes, de sociedades aisladas, de personas discriminadas y de malestar general. ¿Es entonces la normativa antidrogas humanitaria? Y la respuesta es no.

Punto álgido en el estudio y análisis de la teoría del delito resulta ser aquel que comparte en esencia los postulados que estudia la criminología, y se refiere a qué tipo de comportamiento se debe penalizar. Gualker establece que existen interminables listas de propósitos y fines que responden no a un principio general sino finalmente al ánimo, ideología y tendencia que en determinado momento de cada sociedad serán relevantes¹⁷⁴.

Sin embargo, el avance de la ciencia penal no trabaja hacia postulados inamovibles, ya que resulta en un ejercicio infructuosa que podrá ser caduco conforme el paso del tiempo, por el contrario si es posible establecer lo que Gualker define como los principios limitantes, y entre ellos resalta que “la ley criminal no debe ser utilizada para castigar el comportamiento que no cause daño”¹⁷⁵.

¹⁷³Ibíd. 15.

¹⁷⁴Ibíd. 37.

¹⁷⁵Ibíd. 39.

Al regresar la mirada y buscar el verdadero daño que el consumo de base de coca ocasiona, encontramos una sola víctima, que se confunde con el mismo agresor. Y es que esto revela la inexistencia de daño alguno a terceras personas, ya que los efectos del narcótico son nocivos para la salud y bienestar del consumidor.

Otro principio limitante se define en que “la ley criminal no debe ser utilizada para lograr un propósito que pueda lograrse con la misma efectividad a menos costo en sufrimiento.”¹⁷⁶

Es evidente que existen muchas otras medidas sociales y legales para abordar el conflicto social que genera el consumo de drogas; todas las cuales generan mucho menos costo en sufrimiento que la medida penal. Esto efectivamente responde al principio de última ratio en la intervención penal.

Indica Gualker que “la ley criminal no debe ser utilizada si el daño hecho por la pena es mayor que el daño hecho por el delito”¹⁷⁷

La problemática planteada no se limita a observar únicamente los efectos nocivos de la consecuencia final de una condena por drogas, es mucho más amplia la influencia negativa de esta ilegalidad, y esto se revela en un efecto directo de creación de ambientes hostiles y violentos tanto para la adquisición como para el consumo de la droga.

Esto se corrobora con otro principio limitante que establece que “la ley criminal no debe incluir prohibiciones cuyos subproductos sean más dañinos que la conducta que tienden a desalentar”¹⁷⁸; Gualker en su texto se refiere precisamente al tema del consumo drogas, por cuanto es este uno de los mejor ejemplos para demostrar la vulneración de esta limitante; y trata sobre los delitos autoinflingidos, mismos que “causaban daño solo al delincuente y que él consideraba inconveniente castigar”.

De igual manera establece: “(...) el único propósito para el cual el poder puede ejercitarse con derecho sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada,

¹⁷⁶Ibíd. 40.

¹⁷⁷Ibíd. 41.

¹⁷⁸Ibíd. 41.

contra su voluntad, es para prevenir que haga daño a otros. Su propio bien, ya sea físico o moral, no es una razón suficiente”.¹⁷⁹

Precisamente el acto autoinflingido de consumir una droga como la base de coca, tiene repercusiones sobre el cuerpo y mente del consumidor, más no sobre otra persona. Visto desde este punto, es prudente establecer que no existe un real daño a otra persona; pero la ilegalidad de las drogas y de la base de coca, si generan un daño para el mismo consumidor, no solo en su acepción procesal penal por estar dispuestos a cumplir una pena, sino por todos los subproductos que esta ilegalidad ha generado; y estos subproductos son claramente los entornos de consumo y adquisición repletos de violencia y criminalidad.

Carlos Nino, siguiendo las palabras de Hans Kelsen establece que “Si la sanción consiste en la privación de un bien a cierto individuo, se podría pensar que no se lo sanciona cuando el sujeto no considera valioso lo que se le quita, o sea cuando no es un bien para el”¹⁸⁰

La prisión es el mejor lugar para conseguir todo tipo de narcóticos; es el lugar en el cual más fácilmente se consigue el narcótico. ¿Qué sucede entonces cuando la ley pretende privar a la persona del consumo de narcóticos y lo envía a la prisión? En efecto no está privando a la persona del bien que le interesa privarlo, por el contrario le está facilitando el cometimiento del mismo delito, solo que en un lugar diferente.

De las concepciones generales de la pena previamente expuesta, es necesario abordar las teorías concretas de la pena, y determinar en ellas si la finalidad de las teorías se aplica a la punibilidad del consumidor vulnerable de coca.

Zaffaroni indica:

Respecto de la pena se han sostenido (y se sostienen) teorías positivas, es decir, que creen que el castigo es un bien para la sociedad o para quien sufre la pena. Se trata de posiciones que hacen acto de fe de alguna función manifiesta y en ella fundan la legitimidad de la pena y de ella deducen una teoría del derecho penal. Así, se dice que la pena tiene una función de prevención general (se dirige a quienes no

¹⁷⁹Ibíd. 42.

¹⁸⁰ Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, (Córdoba: Garzón Valdés, 1962). Citado por: Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, (Buenos Aires: Astrea, 1995). 428.

delinquieron para que no lo hagan) o de prevención especial (se dirige a quien delinquirió para que no lo reitere).¹⁸¹

Zaffaroni presenta una extensa crítica a las teorías positivas de la pena, por cuanto afirma que “la pena no es un bien para nadie ni un bien para la sociedad, es un hecho, de los tantos que existen y que demuestran lo irracional de la sociedad moderna¹⁸²”

Explica el autor que existen dos grandes grupos de teorías legitimantes de la pena, llamadas relativas, y le asignan a la pena funciones prácticas y verificables:

(a) las que sostienen que las penas actúan sobre los que no han delinquido son las llamadas teorías de la prevención general y se subdividen en negativas (disuasorias, provocan miedo) y positivas (reforzadoras, generan confianza); y (b) las que afirman que actúa sobre los que han delinquido, llamadas teorías de la prevención especial y que se subdividen en negativas (neutralizantes) y positivas (ideologías re: reproducen un valor positivo en la persona).¹⁸³

Respecto a la teoría de la prevención general negativa, Zaffaroni indica que “la pena se dirige a quienes no delinquieron para que en el futuro no lo hagan. Ello basado en la intimidación que produciría la pena sobre el que fue seleccionado.”¹⁸⁴

Los consumidores vulnerables no tendrán mayor miedo a la ley penal; sin embargo del ambiente y entorno en el cual este tipo de consumidor se desarrolla, será el propenso y adecuado para buscar perfeccionar el actuar. Zaffaroni ejemplifica claramente esto al establecer que:

Una criminalización que selecciona las obras toscas no ejemplariza disuadiendo del delito, sino de la torpeza en su ejecución, pues si no hay cambio de las constantes sociales dominantes, impulsa el perfeccionamiento criminal al establecer un mayor nivel de elaboración delictiva como regla de supervivencia para quien delinque.¹⁸⁵

Zaffaroni establece que: “(...) esta teoría tiene el serio inconveniente de confundir el poder punitivo con todo el poder jurídico y, además, con todo el valor regulativo de la ética social, porque es obvio que el efecto preventivo general no es

¹⁸¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, (Buenos Aires: Ediar, 2006). 34.

¹⁸² *Ibíd.* 37.

¹⁸³ *Ibíd.* 38.

¹⁸⁴ *Ibíd.* 40.

¹⁸⁵ *Ibíd.* 41.

sólo del derecho penal, sino que todo el derecho nos disuade de no actuar antijurídicamente”¹⁸⁶

El valor regulativo de la ética social al cual Zaffaroni se refiere se puede evidenciar en el presente estudio, como existente pero contrario a las normas que como sociedad consideramos adecuadas o normales; y es que precisamente la ética social y el entorno del cual los consumidores vulnerables se rodean y se inmiscuyen prácticamente los obliga a actuar antijurídicamente; y es este el punto álgido de la reflexión porque resulta que todo este entorno social y jurídico al cual los consumidores vulnerables se enfrentan y que los obliga a delinquir, es un entorno creado por las normas y la política criminal antidrogas.

Zaffaroni establece que “(...) la lógica de disuasión intimidatoria propone una clara utilización de la persona como medio o instrumento del estado para sus fines propios: la persona humana queda convertida en una cosa a la que se hace sufrir para atemorizar a otra.”¹⁸⁷

Claramente nuestra normativa antidrogas busca este tipo de disuasión e intimidación, sin embargo su utilidad no se ve reflejada en la realidad y finalmente se atenta en contra de la dignidad de las personas al convertirse a estas en un instrumento, un medio para un fin estatal.

2.4.1. Respetto de la prevención general

Al tratar de la prevención general positiva, Zaffaroni establece que: “(...) la función de prevención general positiva: produciría un efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico reforzador de su confianza en el sistema social en general (y en el sistema penal en particular).”¹⁸⁸ Bajo este esquema, se reconoce que la pena no tiende a retribuir el daño causado, y simplemente es un mal para el autor del delito, pero este mal es parte de un proceso de comunicación, ya que la pena es un bien para la estabilidad social.¹⁸⁹

¹⁸⁶Ibíd.41.

¹⁸⁷Ibíd.42.

¹⁸⁸Ibíd.43.

¹⁸⁹Ibíd.43.

Roxin al tratar la teoría de la prevención general establece que la misma: “no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación; fue desarrollada en su forma más eficaz históricamente por Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833).”¹⁹⁰

Roxin establece que esta es una doctrina que constituye lo que denomina la amenaza penal, pero también constituye una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, ya que son estos los elementos de los cual depende la eficacia de la amenaza.¹⁹¹

Zaffaroni establece que “Esta teoría se apoya en más datos reales que la anterior. Para ella, una persona sería criminalizada porque de ese modo tranquiliza la opinión pública. (...) la pena no sirve pero debe hacerse creer que sí lo hace para bien de la sociedad. Y la sociedad cree esto como resultado de un prejuicio intimidatorio.”¹⁹²

Zaffaroni indica que:

No es posible afirmar que la criminalización del más torpe, mostrada como tutela de los derechos de todos, refuerce los valores jurídicos: es verdad que provoca consenso (en la medida en que el público lo crea), pero no porque robustezca los valores de quienes siguen cometiendo ilícitos impunes en razón de su invulnerabilidad al poder punitivo, sino porque les garantiza que pueden seguir haciéndolo, porque el poder seguirá cayendo sobre los menos dotados (los más torpes o brutos).¹⁹³

Dentro de la problemática planteada en esta tesis vemos que existe una fuerte discriminación hacia los consumidores vulnerables de base de coca; ahora bien esta discriminación proviene de diversas fuentes, tanto estatales como sociales. Lo preocupante se presente cuando el consumidor de base de coca, responde no solamente al hecho de consumir, sino que responde a todo un entorno que lo califica como tal, al igual que responde a una cierta imagen social predeterminada; es así que sus vestimentas, su apariencia personal, son parte de todo el paquete que lo identifica como aquel consumidor de base de coca.

¹⁹⁰ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (Madrid: Civitas, 1997). 89.

¹⁹¹ *Ibíd.* 90.

¹⁹² Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General*.43.

¹⁹³ *Ibíd.* 44.

Esto opera en contra del consumidor, ya que será el mejor sospechoso que una agencia estatal penal podrá tener; y también opera a favor de otro tipo de consumidores de otros estratos sociales, quienes realmente se benefician de la existencia del consumidor vulnerable de base de coca. Así aquel consumidor que no aparenta ser consumidor, gracias a su estrato social, o a su poder adquisitivo económico que le permita tener ropa de calidad, jamás ingresará al mundo de la sospecha y al mundo del peligro de ser detenido por la policía, solo por como aparenta ser.

Zaffaroni indica que:

La lógica de la prevención general positiva indica que, cuando un sistema se halle muy desequilibrado por sus defectos, por la injusticia distributiva, por las carencias de la población, por la selectividad del poder, por la violencia social, etc., será necesario un enorme esfuerzo para crear confianza en él, y para ello no debiera dudar en apelar a criminalizaciones eventualmente atroces y a medios de Investigación inquisitorios, con tal que proporcionen resultados ciertos en casos que, por su visibilidad, preocupan por sus posibles efectos desequilibrantes.¹⁹⁴

No hay lugar a duda que la problemática del consumidor vulnerable de base de coca se remite directamente a un sistema de grandes injusticias sociales con lógicas y racionales consecuencias; en virtud entonces de crear confianza en este sistema, criminalizar al consumidor de base de coca es lo más fácil, lo más visible y lo más expreso para buscar confianza en el sistema; en palabras de Zaffaroni, esta criminalización es atroz, ya que pretende generar confianza en un sistema mediante el castigo de aquellos que han nacido castigados y no son sino la consecuencia de un sistema plagado de injusticias.

Roxin explica que dentro de la teoría actual, se distingue un aspecto negativo y uno positivo de la prevención general; y sostiene que el aspecto negativo se puede describir con "el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes".¹⁹⁵

Sobre este punto Roxin indica que:

Existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una "intimidación" y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente

¹⁹⁴ *Ibíd.* 45

¹⁹⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*.91

la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados.¹⁹⁶

Roxin indica que la conclusión político social sobre este teoría nos indica que la agravación de las penas y las amenazas penales no son los elementos que repercuten de forma positiva en la prevención, sino una intensificación en la persecución penal, tales como la intensificación y mejoramiento de la policía.¹⁹⁷

Respecto al aspecto positivo de la prevención general, Roxin establece que "comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico". Conforme a ello, la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo".¹⁹⁸

Establece Roxin que el punto de partida ideológico de la teoría preventivo general está claro. En cuanto tiende a la evitación de delitos, está orientada, al contrario de la teoría de la retribución, inmediatamente a la misión de protección del Derecho penal y no pierde tampoco su sentido por un reconocimiento de la prevención especial "(...) es deseable político socialmente prevenir además la comisión de delitos en general y desde un principio, y justamente ésta es la meta del planteamiento preventivo general."¹⁹⁹

Roxin indica que "a la objeción de que todo delito demuestra la ineficacia de la prevención general, puede contraponerse siempre que su efectividad se muestra en el hecho de que, con independencia de toda criminalidad, la mayoría de la población se comporta de acuerdo con el Derecho"²⁰⁰

Roxin presenta las deficiencias de la prevención general y establece que:

Al igual que la prevención especial, no incluye ninguna medida para la delimitación de la duración de la pena. Así, por lo menos la prevención general negativa, se encuentra siempre ante el peligro de convertirse en terror estatal. Pues la idea de que penas más altas y más duras tengan un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente (a pesar de su probable inexactitud) la razón más frecuente de las penas sin medida.²⁰¹

¹⁹⁶Ibíd. 92.

¹⁹⁷Ibíd. 93.

¹⁹⁸Ibíd. 91.

¹⁹⁹Ibíd. 92.

²⁰⁰Ibíd. 93.

²⁰¹Ibíd.93.

De igual manera Roxin establece que:

La objeción de que un castigo con fines preventivos atenta contra la dignidad humana tiene más peso en la prevención general que en la prevención especial. Es decir, mientras la resocialización debe ayudar (por lo menos también) al condenado, el castigo por motivos de prevención general sólo pesa sobre el autor por motivo de la comunidad (o sea, de otro) y la facultad para ello requiere una justificación que esta teoría no puede ofrecer por sí misma.²⁰²

Jakobs mantiene un especial acercamiento con la teoría de la prevención general; y establece que:

No es posible respetar la norma sin el conocimiento de cómo está conformado el mundo y de según qué reglas están interrelacionados los cambios, a pesar de lo cual sólo está garantizada jurídicamente la voluntad de respetar la norma, pero no así el conocimiento pertinente para considerar aplicable la norma. Esta limitación tiene el siguiente fundamento: sin el conocimiento necesario para orientarse en el mundo nadie puede vivir metódicamente; el esforzarse suficientemente por conseguir este conocimiento viene ya garantizado por el hecho de que en caso contrario amenaza producirse un fracaso vital como pena natural. A la disposición a observar la norma le falta una garantía «natural» de ese tipo; tal es el motivo de que sea necesaria una pena.²⁰³

Jakobs mantiene que:

Jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica. La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual «persona singular», sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social.²⁰⁴

De igual manera el autor establece que, la misión de la pena no debe considerarse como el evitar lesión de bienes jurídicos, sino el reafirmar la vigencia de la norma, por cuanto la vida social exige la garantía de ciertas orientaciones y comportamientos y de esta manera los efectos de la pena se los observa en la interacción social y en la forma en la cual se la protege.²⁰⁵

Jakobs explica que:

La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza. La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delincuentes potenciales, ni menos aún se trata de cualquier pronóstico especialmente referido al comportamiento futuro del autor. Destinatarios de la norma no son primariamente

²⁰²Ibíd. 94.

²⁰³Ibíd.11.

²⁰⁴ Gunther Jakobs, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, (Madrid: Marcial Pons, 1997). 12.

²⁰⁵Ibíd. 18.

algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ellas pueden esperar. En esta medida la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma.²⁰⁶

Jakobs encuentra una función secundaria de la pena en esta teoría y menciona que: “Secundariamente, la pena puede impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros que éstos se abstengan de realizar hechos futuros. Estos efectos producidos, no por reconocimiento de la norma, sino por miedo, son algo que cabe desear que se dé por añadidura en la pena, pero no es función de la pena provocar tales efectos”²⁰⁷

Finalmente Jakobs sostiene que, la prevención general mantiene la idea de que la pena debe intimidar a potenciales autores, variante en la cual se trata del carácter drástico del sufrimiento propio de la pena como un elemento desalentador para el infractor.²⁰⁸

2.4.1.1. Conclusión de la prevención general

Se han expuesto los criterios jurídico penales de tres grandes representantes de la doctrina penal respecto de la prevención general; si bien la naturaleza de la prevención general por definición se encuentra de una u otra manera en consenso, no es así con su alcance y su utilidad; ya que para Zaffaroni la prevención general positiva, utiliza una lógica dañada desde un inicio que pretende ocultar falencias sociales gravísimas, y para recobrar una confianza en el sistema, se recurren a penas y criminalizaciones arbitrarias.

Para Roxin la prevención general presenta serios problemas en el quantum y la medida de la pena, en especial con la prevención general negativa, por cuanto la disuasión e intimidación ha sido siempre muy mal entendida como proporcional a la dureza o tiempo de la pena en su aplicación política; afirmando que la capacidad de actuación del estado, en fuerza y especialización policial, es el elemento que mayor utilidad podrá presentar.

Finalmente Jakobs, utiliza un criterio radicalmente distinto para acercarse a la prevención general, y la defiende en su acepción positiva, al utilizar el concepto de la

²⁰⁶ *Ibíd.* 18.

²⁰⁷ *Ibíd.* 19.

²⁰⁸ *Ibíd.* 26.

vulneración de la norma, la cual a su vez crea un conflicto social y desconfianza total en el sistema, siendo la pena aquella medida que ataca a la vulneración de la norma, afirmando y confirmando la vigencia de la norma y la necesidad de su respeto.

Recordemos en este punto que el Código Orgánico Integral Penal establece en su artículo 52 la finalidad de la pena de la siguiente manera:

Art. 52.- Finalidad de la pena.- Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.²⁰⁹

Nuestra norma trata de la prevención general, más no precisa si se trata de la prevención general positiva, o negativa. Sin embargo, apliquemos a la problemática propuesta los principios de la prevención general, tanto positiva, como negativa.

Vista la problemática desde la prevención general positiva, debemos entonces afirmar que la razón de ser de establecer una pena en contra de un consumidor de base de coca, tiene su fundamento en crear una confianza de la sociedad que establece que este tipo de actos, y comportamientos no son tolerados por la sociedad; y no son tolerados por cuanto son repudiados por la misma.

El repudio de la sociedad hacia este tipo de actos, debe venir entonces de la existencia de un daño, real, concreto y palpable. Hemos ya mencionado que el consumo, no produce daño alguno más que al consumidor, por lo tanto no se puede observar mediante la lógica de la prevención general, que la instauración de un pena tenga un efecto ratificadorio sobre el sistema, o produzca mayor confianza en el sistema.

Respecto al delito del tráfico o venta de la droga, cabe resaltar que la confianza que se pretendería generar, es absolutamente falsa, ya que partimos de un presupuesto hipócrita y errado en el cual, las falencias del sistema social, que obligan a las personas a ingresar a un mundo de criminalidad, no pueden ser después el justificativo para penalizar y tratar de reasegurar la confianza sobre el mismo sistema que es el culpable desde un inicio del propio delito; la lógica se vuelve bastante maléfica, ya que implicaría reconocer que nuestro sistema opera en contra de este

²⁰⁹Ecuador; *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 52.

mundo de persona, y después las utiliza para ratificar la confianza en el mismo sistema.

Respecto a la prevención general negativa, vemos claramente que nuestra política criminal y nuestras normas, buscan la prevención general negativa, la disuasión, el miedo, mediante el aumento del quantum de las penas; lo cual bajo todos los criterios doctrinarios se entiende como inútil y no más que una medida política que brinda mayor imagen política pero ningún tipo de resultado; sobre este punto recordemos que Roxin indica que no es el aumento de penas el elemento que puede ayudar a esta teoría, sino el aumento en la eficacia estatal en la persecución penal.

Dentro de la problemática de este trabajo, debemos afirmar categóricamente que la disuasión y el miedo que las normas pretenden instaurar, es absolutamente inútil, ya que la realidad social de los consumidores de la droga es mucho más fuerte y presenta muchos más elementos que justifican continuar en este tipo de ámbitos, frente a los elementos que podrían disuadirlos; de esta manera, los consumidores de la droga aprenderán a manejar la ley; aprenderán a tratar con la policía; aprenderán a mantenerse alejados de las instituciones penales; pero finalmente, los resultados que devienen ya sea del uso o de la venta del narcótico, pesan mucho más que el riesgo que el sistema penal presenta en caso de ser descubiertos. Por lo tanto, no vemos que la teoría de la prevención general negativa cumpla con su función en nuestra realidad social.

2.4.2. La prevención especial.

Al tratar la teoría de la prevención especial, Roxin establece que: la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla, pues, según esta interpretación, de la prevención especial como fin de la pena.”²¹⁰

Indica el autor que el portavoz de esta teoría fue Franz v. Liszt (1851-1919), quien según su concepción, “la prevención especial puede actuar de tres formas:

²¹⁰ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*.85.

asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección”²¹¹

Jakobs establece que “Cuando se considera misión de la pena desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se habla de prevención especial.”²¹²

Afirma Roxin que la teoría preventiva especial sigue el principio de resocialización, afirmando que:

Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (cfr. supra § 2), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social.²¹³

Roxin al tratar de los defectos de esta teoría establece que: “Su defecto más grave consiste probablemente en que, al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. Este consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. “

Adicionalmente Roxin critica esta teoría por cuanto establece que la aplicación de la misma “(...) podría considerar un tratamiento (re)socializador, cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad, sin que se pudiese probar que hubiese cometido ningún delito hasta el momento”²¹⁴,”

Adicionalmente Roxin establece que:

La teoría preventivo especial se enfrenta con la cuestión de que, de todas formas, con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado. Kant y Hegel veían en ello una violación de la dignidad humana (cfr. sólo la cita de Hegel en nm. 4). Pero también el BVerfG dijo una vez (E 22, 219): “No es misión del Estado... 'corregir' a sus ciudadanos.”²¹⁵

²¹¹ *Ibíd.* 86.

²¹² Gunther Jakobs, *Derecho Penal Parte General*. 29.

²¹³ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*. 87.

²¹⁴ *Ibíd.* 88.

²¹⁵ *Ibíd.* 89.

Zaffaroni establece, respecto de la prevención especial positiva, que “Si la pena es un bien para el condenado, su medida será la necesaria para realizar la ideología re que se sostenga y no requerirá de otro límite. El delito sería sólo un síntoma de inferioridad que indicaría al estado la necesidad de aplicar el benéfico remedio social de la pena.”²¹⁶

Hemos expuesto en su momento todos los problemas que se observaron en la deshabitación para los consumidores de drogas; claramente este tipo de figuras penales responde a la teoría de la prevención especial positiva. Dentro de la problemática planteada, es claro que nuestras normas antidrogas operan bajo esta concepción, ya que todo el discurso antidrogas se justifica siempre en la “salud” y en la lucha por la integridad y bienestar de nuestra sociedad, por lo tanto se debe reconocer que este tipo de acercamiento a la normativa antidroga responde a una clara ideología de rehabilitación del consumidor.

Respecto de la prevención especial negativa, Zaffaroni establece que: “Para la prevención especial negativa la pena también opera sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social”²¹⁷

La aplicación de una pena al consumidor vulnerable de base de coca, efectivamente genera esta ilusión del bien para el cuerpo social, por cuanto como sociedad aceptamos que este tipo de personas molestan nuestro ambiente, molestan a nuestra percepción de seguridad y molestan incluso la imagen que buscamos en nuestras calles; es decir que en pro del bienestar del cuerpo social decidimos aislar y de ser posible eliminar a estas personas.

2.4.2.1. Conclusión de la prevención especial

Dentro de la prevención especial se apunta exclusivamente al autor del delito, y busca prevenir que cometa o vuelva a cometer delitos. Engloba la idea de que la pena aporta una utilidad para el procesado. Esta utilidad necesariamente cae sobre alguna de las teorías re; ya se la rehabilitación, reinserción, resocialización etc.

²¹⁶Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 47.

²¹⁷Ibíd. 48.

Recordemos que el artículo 52 del COIP nos da ya la finalidad de la pena; y dentro de la finalidad, no se contempla expresamente los postulados de la teoría de la prevención especial; sin embargo el artículo 673 del mismo cuerpo normativo establece lo siguiente:

CAPITULO SEGUNDO SISTEMA NACIONAL DE REHABILITACION SOCIAL Art. 673.- Finalidad.- El Sistema tiene las siguientes finalidades: 1. La protección de los derechos de las personas privadas de libertad, con atención a sus necesidades especiales. 2. El desarrollo de las capacidades de las personas privadas de libertad para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar completamente su libertad. 3. La rehabilitación integral de las personas privadas de libertad, en el cumplimiento de su condena. 4. La reinserción social y económica de las personas privadas de libertad. Las demás reconocidas en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado.²¹⁸

Como se puede observar, nuestro sistema penal sí contempla teorías re, expresamente, la rehabilitación y la reinserción social.

Pensemos entonces en la prevención especial, aplicada a la problemática de esta tesis. La prevención especial busca que el delincuente no cometa nuevos delitos, y esto pretende realizarlo mediante la instauración de un régimen de rehabilitación. ¿Cuál es la realidad?; y no hace falta indagar de mayor forma por cuanto es una realidad más que conocida en nuestro medio; la prisión es una institución en la cual el delincuente perfecciona sus modos ilegales, y en la cual se rodea a la persona de una serie de elementos que lejos de contribuir a su rehabilitación, empeoran su situación.

Más allá de la utopía normativa que implica pensar en la rehabilitación, dado nuestro actual sistema y realidad de la prisión, debemos referirnos a una realidad mayor y mucho más relevante que cualquier tipo de ideología y que se ha evidenciado en esta tesis. El consumidor vulnerable de base de coca, se encuentra inmerso en un sistema viciado y violento, un entorno de vida del cual muy difícilmente podrán salir; un eventual ingreso a la prisión solamente perpetuará este estilo de vida y será el eslabón final para ingresar nuevamente en un círculo vicioso de nunca acabar; bajo esta perspectiva, que opción de rehabilitación puede brindar la prisión a estas personas, cuando fuera de ella la vida a la cual deben enfrentarse les obliga a mantenerse en determinados entornos.

²¹⁸Ecuador; *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 673.

Por lo tanto, no se puede observar o concluir que la pena en los delitos relacionados con drogas, pueda cumplir con el fin de la teoría de la prevención especial. Sobre este punto me adhiero a la posición que mantiene Zaffaroni sobre el concepto negativo y agnóstico de la pena.

La posición de Zaffaroni respecto a la teoría de la pena implica un concepto negativo de la misma y agnóstico; establece el autor que

Las personas que molestan con cierta frecuencia a las burocracias deben ser eliminadas. Esta eliminación se practicó desde que las burocracias existen, en ocasiones matando a los molestos. Desde que la mayoría de la población se concentra en ciudades (siglo XIX), las personas molestas para la policía y demás burocracias estatales son las que alteran el paisaje urbano (la disciplina de las ciudades) (...) Finalmente, en la ciudad molestan los que son sospechosos pero no se les pueden probar delitos. Estos son el conjunto que se llamó en su tiempo mala vida: prostitutas, jugadores, gays, tóxico dependientes, ebrios, curanderos, desempleados, etc. A su respecto debía darse amplia potestad a la policía para que dispusiese de ellos; Se deja por sentado que las teorías positivas de la pena ignoran por completo los datos sociales, por lo tanto es imposible determinar la función del poder punitivo, y de aquí se determina el aspecto agnóstico de la teoría.²¹⁹

Establece Zaffaroni que:

El concepto negativo de pena se podría construir conforme a todo lo dicho hasta aquí, considerando a la pena como (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. (...)Este concepto de pena es negativo, tanto porque no le asigna ninguna función positiva a la pena como por ser obtenido por exclusión (...) Como vimos, es agnóstico en cuanto a su función, pues parte de su desconocimiento.²²⁰

De igual manera el autor establece que:

“El concepto pretende dotar a la pena de una idea muy amplia, que contemple todos los escenarios sociales reales que son causas de diferentes delitos, y frente a esta realidad permite también reconocer las consecuencias negativas que tiene la pena, para de esta manera utilizar el derecho penal para contener estos efectos negativos.”²²¹

Contener los efectos negativos de la pena entonces responde a una idea racional que aplicada a la problemática de esta tesis presenta un escenario bastante complejo al momento de preguntarnos si la pena aplicada al consumidor de base de coca es legítima; y después de determinar si es o no legítima, determinar si la función que esta cumple devuelve a la sociedad un mayor daño que aquel que pretende evitar.

²¹⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General*.51

²²⁰ *Ibíd.*56

²²¹ *Ibíd.*57

Si el esquema de vida al cual el consumidor vulnerable de base de coca se ve obligado a ingresar, contiene un segmento que implica que en cierto punto el consumidor tendrá que ingresar al sistema penal, entonces debemos reconocer que la pena, la prisión, no es más que un eslabón dentro de una círculo vicioso macabro que opera no solamente en contra del consumidor de base de coca, sino en contra de nuestra sociedad, ya que la prisión para los consumidor vulnerable de coca, representa tal vez un paso en su vida que ayudará a perfeccionar sus actos delictivos; y perpetuará su vida dentro de los entornos violentos y agresivos en los cuales se ha desarrollado.

Entender a la pena desde esta perspectiva amplia y social, implica entonces trabajar sobre los elementos necesarios para contener los efectos negativos de la pena, y dentro de la medida de lo posible no agravar la situación de la persona, causando un doble daño, tanto al detenido, como a la sociedad.

Capítulo tres

Un acercamiento a la realidad social del consumo de base de coca

3.1. Presentación y explicación del método de investigación utilizado

Frente al tema planteado se ha visto la necesidad de elaborar un plan de investigación social que pueda representar e identificar las ideas y la problemática planteada teóricamente. El objetivo es tener un acercamiento a la realidad social, misma que a su vez debería inspirar al legislador.

Durante la investigación, se presentó una dificultad en encontrar y acceder a datos estadísticos útiles y plenamente relevantes para el trabajo; la actual Secretaría Técnica de Drogas ha puesto a disposición del público en general una serie de estadísticas e indicadores; de esta manera contamos con indicadores de interdicción, mismos que arrojan principalmente información cuantitativa relacionada con el número de personas aprehendidas por drogas, número de personas procesadas, cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas aprehendidas, número de causas judiciales resueltas, y datos similares²²².

La información y estadística disponible se relaciona con la investigación en el campo de las consecuencias, y la abundante prueba de que el problema existe; sin embargo no es útil para la esencia de la investigación, en tanto y en cuanto la investigación requiere información diversa; tal como el antecedente del consumidor, de donde proviene el consumidor, de qué forma y como adquiere la droga el consumidor, el lugar en el cual consume la droga, sus características y sus peligros. Este tipo de información no existe en datos estadísticos.

Vista entonces la problemática de acceso a información, se optó por utilizar como fuente de información a tres historias de vida, de verdaderos consumidores vulnerables de base de cocaína; personas que pueden dar cuenta y fe de las experiencias que ha tenido frente a la sociedad y al sistema judicial por su decisión de consumir base de cocaína, indicando los detalles de su vida, los detalles del acceso y el consumo de la droga.

Las historias de vida, otorgarán la información y el conocimiento de primera mano, tendiente a acercarnos a una realidad que ha sido teóricamente planteada sobre

²²² Secretaría Técnica de Drogas, *Indicadores del fenómeno socioeconómico de las drogas*, Secretaría Técnica de Prevención de Drogas, (2016), En <http://186.46.218.227/consep/public/#>. Consulta: 15 de marzo de 2016.

el consumidor vulnerable, sus antecedentes, su trayecto y sus experiencias con el sistema judicial y con la sociedad; lo cual permitirá analizar si la normativa antidrogas, tiene un efecto contradictorio con los ideales y preconcepciones de la existencia del delito, vistos estos como la materialización de la voluntad de una sociedad de evitar delitos y evitar la generación y multiplicación de delincuentes.

Las historias de vida fueron obtenidas mediante un trabajo de campo, el cual ha contado con tres personas distintas consumidoras de base de coca, y se ha procedido a realizar una entrevista. La entrevista ha sido pensada en función de que el entrevistado pueda realizar una narración que revele los siguientes puntos de su vida: 1) El entorno y antecedentes relevantes respecto al inicio del consumo de la droga; 2) El entorno y la forma de adquisición de la droga; 3) El entorno la forma y el lugar del consumo de la droga; y, 4) la existencia o no de experiencias judiciales del consumidor.

Para la ejecución de las entrevistas, el primer paso fue el conseguir las personas aptas para ser entrevistadas; y para este proceso se utilizó conocimiento práctico previo. De esta forma, se utilizó el conocimiento existente dentro de un determinado grupo social que frecuenta establemente espectáculos musicales, y conciertos de música pesada. Dentro de este grupo social, nos dirigimos a tres consumidores de base de cocaína.

Determinados entonces las personas que pueden aportar información relevante para esta investigación, se procedió a tomar contacto con los potenciales entrevistados. Se aseguró a los entrevistados, de forma verbal y por escrito, los fines exclusivamente académicos de la entrevista.

Aceptadas entonces las condiciones de las entrevistas, se procedieron a ejecutar, para lo cual fue importante brindar a los entrevistados un ambiente en el cual se sientan cómodos y tranquilos para elaborar sobre los diversos temas que se trataron, razón por la cual las entrevistas se realizaron principalmente en las noches, y en la vía pública.

3.2. Presentación de las historias de vida.

A continuación se presentará un resumen de la información obtenida durante la entrevista con tres participantes, quienes declararon ser consumidores activos de pasta base de cocaína.

3.2.1. Primera persona entrevistada

Nombre:Diego C.

Edad: 28 años

Sexo: Masculino

Ocupación: Trabajador informal.

Resumen de la entrevista:

1) El entorno y antecedentes relevantes respecto al inicio del consumo de la droga: Diego C, nació en la ciudad de San Miguel de Los Bancos. Parte de su niñez se desarrolló dentro de una finca ganadera de la zona de San Miguel de Los Bancos, en la cual su padre trabajaba cuidando ganado, mientras que su madre realizaba labores de limpieza en casas aledañas. Es el menor de 4 hermanos. Las memorias de su niñez relativas a su familia y su entorno social revelan que estudiaba en una escuela cercana a su lugar de residencia, y vivía en una casa humilde de madera que contaba con 2 cuartos, uno destinado a ser cocina y otro destinado a dormitorio, mismo que lo compartía con toda su familia.

Diego recuerda que su padre siempre tuvo problemas con el alcohol, y se embriagaba de forma constante, casi todos los días; recuerda que su padre, estando embriagado, siempre tenía muchos problemas con su madre, a quien su padre constantemente agredía físicamente, frente a él y todos sus hermanos.

Cumplidos los 11 años de edad, el padre de Diego abandonó el hogar, razón por la cual junto a su madre y sus hermanos se mudaron a un pueblo conocido como la once, lugar en el cual su madre tenía una hermana. Vivieron en la casa de su tía durante aproximadamente 1 año, tiempo en el cual Diego dejó de acudir a la escuela y se dedicó a trabajar como ayudante de su tío en el campo, por cuanto debía ayudar con la economía de su madre.

Durante este tiempo conoció a su primo mayor, quien recuerda tenía aproximadamente 15 años. Junto con su primo, empezó a tener su primer contacto con diferentes drogas, mismas que en ese tiempo se limitaron a cigarrillos y alcohol (puntas), mismos que poco a poco se volvieron un hábito regular de fin de semana.

Cuando cumplió 13 años, su primo tenía aproximadamente 20 años; quien le propuso que se vaya con él a Quito. Diego aceptó y dejó a su madre y hermano. Al llegar a la ciudad empezaron a buscar trabajo.

Recuerda que los primeros días se quedaron en unas casas viejas que eran de unos amigos de sus primos. Durante el primer año en la ciudad, Diego acompañaba a su primo quien cuidaba carros en las noches en la Mariscal; con el paso del tiempo recuerda que su primo eventualmente se empezó a distanciar por cuanto conoció a una mujer.

Finalmente el primo de Diego se fue de Quito, junto con su mujer quien lo llevó a Guayaquil, cree porque estaba embarazada. Diego cursando los 15 a 16 años de edad se encontró solo en la ciudad de Quito. Algunos de los amigos que había hecho junto con su primo le acogían ciertas noches en algunas casas que tenían, y muchas otras noches debía pernoctar ya sea en la calle, buscando lugares calientes o por lo menos un techo.

Se dedicó a lo único que podía hacer y esto es cuidar carros en las noches en las calles. Recuerda que las noches frías y largas fueron el lugar en donde probó por primera vez el bazuco, y recuerda que pronto la droga se volvió en su mejor amigo para poder “camellar²²³”, por cuanto era lo único que le podía quitar de la mente el hambre y el frío que debía soportar noche tras noche.

2) El entorno y la forma de adquisición de la droga: Diego indica que después de haber probado el bazuco empezó a destinar casi la totalidad de sus recursos para poder comprar la droga, lo cual desde un inicio fue duro, ya que primero tuvo que encontrar un “brujo²²⁴” que le venda la droga.

Afirma que para comprar bazuco por lo general tenía que irse por el sector del panecillo; o por el centro. Recuerda la primera vez que realizó una compra e indica que llegó a una casa vieja por el panecillo, solo y con plata para comprar. Ingresó a una casa en donde los brujos en lugar de venderle la droga le robaron todo su dinero y le agredieron físicamente, dejándolo botado en la calle.

Tuvo esta experiencia algunas otras veces con este tipo de “sapos²²⁵” pero poco a poco aprendió a ir acompañado a las “vueltas²²⁶”; después de algunas experiencias encontró finalmente a un brujo de confianza, quien le vendía bazuco.

Afirma Diego que hasta llegar a adquirir un poco de experiencia con la droga, muchas veces le vendieron hasta tierra en fundas en lugar de la droga. Indica que el

²²³ Jerga callejera que se entiende como trabajar.

²²⁴ Jerga callejera para identificar a un traficante, vendedor, expendedor de drogas.

²²⁵ Jerga callejera que describe a una persona que se aprovecha de una situación, un pillo, un estafador, un aprovechador.

²²⁶ Jerga callejera que describe la actividad de ir a comprar drogas.

adquirir bazuco, es complicado y el consumidor tiene que conocer muy bien la droga y quien la suministra para que no le “vean la cara²²⁷”, al igual que tiene que cuidarse mucho porque los lugares en donde se la adquiere son muy remotos, y son lugares que describe como “huecos” a donde hasta a los “tombos²²⁸” les da miedo ir.

3) El entorno la forma y el lugar del consumo de la droga: Diego explica que después de adquirir la droga hay que encontrar un lugar para “volarse²²⁹”, e indica que para consumir la droga también hay que tener mucho cuidado, por cuanto el bazuco emite un mal olor, y si se lo consume en lugares concurridos inmediatamente se los puede identificar y ocasionar un problema; por lo cual para consumir el bazuco siempre buscan lugares desolados y alejados de centros poblados.

Indica que al principio fue un problema para él, porque se escondía en algunas quebradas pero a veces se quedaba dormido o muy “volado” y después se despertaba para darse cuenta que le habían robado hasta los zapatos.

De igual manera afirma que estos lugares escondidos también eran concurridos por otros consumidores, quienes muchas veces iban no a consumir drogas sino a tratar de robarles al resto, y ha tenido muchas veces que pelear para defender su droga. Estas peleas afirma Diego eran muy fuertes, por cuanto muchas veces los ladrones iban armados; afirma que era raro que alguien logre conseguirse un arma de fuego, pero si ha experimentado ese tipo de circunstancias en las cuales su única opción ha sido permitir que le roben.

En estas experiencias ha sido apuñalado aproximadamente unas 4 o 5 veces, con las “puntas²³⁰”. Al tener que enfrentarse a este tipo de situaciones, Diego aprendió a elaborar diferentes armas corto punzantes y a siempre andar “filo²³¹”. Diego indica que él nunca ha matado, pero si ha herido a muchas personas con sus “puntas”, defendiendo su droga y sus pertenencias.

4) La existencia o no de experiencias judiciales del consumidor: Diego nos indica que ha tenido muchos encuentros con la ley y con los policías. Empieza indicando que en esta vida hay que ser “pilas” con los policías, y saber cómo son y cuáles son las cosas por las cuales pueden molestar.

²²⁷ Jerga callejera que describe el acto de ser engañado, estafado, confundido, aprovechado.

²²⁸ Jerga callejera mediante la cual se refieren a los policías.

²²⁹ Jerga callejera que describe el acto de drogarse.

²³⁰ Arma corto punzante, elaborada precariamente afilando cualquier tipo de metal y forrando el mango con cinta aislante.

²³¹ Jerga callejera que describe que la persona está armada con algún tipo de arma corto punzante.

Indica que cuando era “chamo²³²”, no tenía experiencia y que lo arrestaron algunas veces por hurtos, pero que por ser menor de edad solo les encerraban un par de horas y después les dejaban salir. Afirma que ha aprendido a no molestar a los policías manteniéndose tranquilo al menos en los lugares donde cuida carros; indica que cuando tiene oportunidad les “bolsillea²³³” a los “gringos” o a algún borracho.

Diego indica que los policías en muchas ocasiones lo han detenido por cuanto reportan algún robo por donde él puede estar, pero es lo suficientemente “sabido²³⁴” como para que nunca le encuentren con cosas robadas. Con la policía ha tenido múltiples experiencias en las cuales afirma que dependiendo de qué tan bravos estén, por lo general los policías les detienen a golpes, les pegan un rato y después se los llevan a botarles en las afueras de la ciudad, por lo general indica que le han llevado por Zambiza o por la mitad del mundo amenazándole que no vuelva y que se largue.

Respecto de la venta de drogas, indica que cuando finalmente encontró un brujo de confianza, se hizo amigo, y hubo una época en la cual empezó a trabajar con él vendiendo marihuana y bazuco en la “zona” y estaba haciendo buen dinero, pero indica que hace aproximadamente unos 3 años a su amigo brujo lo detuvieron y ahora está cumpliendo una condena penal; ahora vende poco pero siempre cuidándose mucho y solo cuando tiene la oportunidad.

3.2.2. Segunda persona entrevistada

Nombre: Nelson B.

Edad: 25 años

Sexo: Masculino

Ocupación: Trabajador informal.

Resumen de la entrevista:

1) El entorno y antecedentes relevantes respecto al inicio del consumo de la droga: Nelson B. nació en la ciudad de Quito. Su familia está compuesta de 2 hermanos menores y su madre; nunca conoció ni supo quién era su padre. Recuerda que su niñez se desarrolló cerca del barrio conocido como el Comité del Pueblo.

Durante su niñez recuerda que su madre no estaba mucho en el hogar, y fue criado principalmente por su abuela. Nelson B. estuvo en la escuela pero nunca concluyó el cuarto grado, por cuanto tuvo que dejar la escuela para ayudar en el

²³² Jerga callejera utilizada para referirse a un niño o menor de edad.

²³³ Jerga callejera utilizada para referirse al hurto.

²³⁴ Jerga callejera que se traduce en listo, inteligente, precavido.

trabajo a su abuela, quien salía todos los días a vender caramelos por el parque de la Carolina.

Aproximadamente cuando tenía 10 o 11 años probó su primer cigarrillo, y a los 12 probó alcohol. Indica que llegó un punto en el cual su abuela se enfermó y falleció, y su madre le indicó que él tiene que ayudar con la plata del hogar y trabajar. Por lo tanto tomó el trabajo de su abuela y empezó a vender caramelos en el parque de la Carolina.

En su trabajo indica que un día conoció a unos amigos que se dedicaban a robar en el parque de la Carolina y le convencieron de unirse a ellos ya que se hacía mucha más plata que vendiendo caramelos. Nelson B. empezó a robar junto con sus nuevos amigos en el Parque de la Carolina y fue una de esas noches en las cuales se quedaron tomando en el parque que alguien le hizo probar por primera vez bazuco y afirma que le pareció muy bueno por cuanto le quitó el hambre y le quitó el cansancio, además de tener bastante energía, sentirse eufórico, y capaz de hacer cualquier cosa, por lo cual podía seguir robando casi toda la noche y de alguna manera sin miedo.

Nelson B, al cumplir los 15 años de edad salió de su casa ya que su mamá le regañaba mucho por llegar tarde y por cuanto sabía que estaba robando en el parque. Se fue a vivir junto con 4 amigos alquilando un cuarto en el centro de la ciudad, para lo cual junto con sus amigos continuaban robando en el parque y en general en las calles, por las noches.

2) El entorno y la forma de adquisición de la droga: Nelson recuerda que la primera vez que fue a comprar bazuco, se fueron a una casa que quedaba por el sur de la ciudad, ya que un conocido les había recomendado ir a comprar allá. Indica que cuando llegaron seguramente los vieron muy “jóvenes” y les empezaron a molestar, para finalmente quitarles todo el dinero que llevaban encima y les sacaron de la casa a golpes.

La segunda vez que fue a comprar bazuco, fue por el antiguo terminal terrestre, y en esa ocasión después de haber comprado la droga fue perseguido por la policía quienes lo detuvieron, le subieron a un patrullero a golpes y lo encerraron en una oficina, donde lo tuvieron un par de horas; después lo subieron nuevamente a un patrullero y lo fueron a dejar por la mitad del mundo; recuerda que se burlaban de él por cuanto le indicaron que ni siquiera le habían vendido bazuco sino harina de cocinar.

Posteriormente empezó a conocer mejor la droga y a conocer mejor a los brujos hasta que encontró a las personas de confianza que le vendían bazuco. Recuerda que su vida era robar para comprar la droga, comer y pagar el cuarto con sus amigos. Ahora indica que con la experiencia sabe reconocer bien la droga y sabe quiénes son las personas que le pueden vender sin problemas.

3) El entorno, la forma y el lugar del consumo de la droga: Nelson indica que consumir el bazuco es complicado, por cuanto no se puede simplemente prender en la calle o cerca de gente porque tiene un fuerte olor a químico. Es necesario entonces “refundirse” para poder consumir la droga.

En la ciudad hay muchos lugares en donde esconderse a consumir bazuco, entre ellos están las quebradas, o hay casas abandonadas, edificios abandonados, o a veces la casa de los mismos brujos. Indica que en esta experiencia de buscar lugares ocultos para consumir la droga ha tenido que lidiar muchas veces con situaciones muy violentas y principalmente por cuanto siempre hay personas que no tienen droga y quieren o que se les comparta o bien robar la droga de otras personas.

Por esta razón Nelson indica que ha aprendido a nunca ir solo a “volarse” porque las veces que ha ido solo siempre le ha ido mal, ya sea porque se ve involucrado en alguna pelea con otras personas defendiendo la droga, o porque se ha quedado dormido en esos lugares y se despierta sin nada.

En el curso de su experiencia se ha visto involucrado en numerosas peleas, al igual que indica que en una ocasión recibió un disparo en su pierna izquierda.

4) La existencia o no de experiencias judiciales del consumidor: Nelson indica que ha tenido muchas experiencias principalmente con la policía. Indica que cuando era más joven, en reiteradas ocasiones fue detenido por los robos que realizaba en el parque de la Carolina.

Con los policías indica que siempre tiene problemas, por cuanto solamente por como lo ven a él, inmediatamente lo molestan, haya o no cometido algún delito. Indica que el no vende droga por cuanto es muy riesgoso y muchos de sus amigos están detenidos por esa causa, adicionalmente para poder vender drogas se necesita de más dinero del cual dispone.

Indica que en ocasiones si hurta a personas que “se prestan” para ser robadas, entre ellos indica principalmente turistas o personas que caminan embriagadas por las calles, con lo cual obtiene dinero para la compra de la droga. Adicionalmente informa que desde que tiene 18 años ha conocido el penal en diversas ocasiones, e

indica que las experiencias que ha vivido dentro de la cárcel han sido muy violentas y traumáticas; indica que dentro de la cárcel existe todo tipo de drogas, se aprende a pelear y se aprende a sobrevivir, lo cual no es muy diferente de su vida fuera de la cárcel.

3.2.3. Tercera persona entrevistada

Nombre:Humberto V.

Edad:27 años

Sexo: Masculino

Ocupación: Trabajador informal / zapatero

Resumen de la entrevista:

1) El entorno y antecedentes relevantes respecto al inicio del consumo de la droga:Humberto nació en la ciudad de Ambato; es hijo único; acudió a la escuela y curso hasta el 5 grado. Dejó la escuela por cuanto sus padres se separaron, ya que su madre tenía problemas con el alcohol y le fue infiel a su padre.

Su padre nació en la ciudad de Quito, por lo tanto después de la separación, su padre lo llevó a vivir en Quito; vivieron en el sur de la ciudad en donde su padre trabajaba como zapatero. Humberto acudió un tiempo más a la escuela pero finalmente la situación económica de su padre se complicó, razón por la cual tuvo que dejar sus estudios y se dedicó a trabajar junto a su padre y aprendió el oficio de zapatero.

La relación con su padre nunca fue buena, y cuando Humberto tenía 14 años su padre lo abandonó y se fue con una mujer a vivir en Cuenca. Humberto a partir de los 14 años empezó entonces a trabajar en las calles buscando cualquier cosa que pudiera hacer, entre ellas se dedicó a lustrar zapatos, a vender caramelos, a limpiar parabrisas y a pedir plata en las calles. Se quedó viviendo en un cuarto que una tía le alquiló en el sur de la ciudad, cerca del barrio El Calzado.

Humberto indica que durante su desarrollo en las calles conoció a algunos amigos que realizaban las mismas labores que él, los betuneros. Trabajaba todos los días en los juzgados, ya que ahí es donde más se lustraban zapatos, pero le quedaba muy lejos de su cuarto en el sur, por lo cual al cumplir 15 años junto con 4 amigos betuneros, alquilaron un cuarto en el centro de la ciudad, en donde pernoctaban.

Junto con la convivencia de sus 4 amigos, la primera droga que probó fue la goma; constantemente se “fundeaba” ya que le adormecía y le permitía trabajar sin

sufrir mucho por el hambre y el sueño que constantemente tenía. Recuerda que uno de sus amigos le hizo probar por primera vez el bazuco afirmando que le sirvió mucho para lustrar zapatos sin hambre. A partir de eso, empezó a consumir bazuco de forma constante y en cada oportunidad que tenía, hasta la actualidad.

2) El entorno y la forma de adquisición de la droga:Humberto indica que después de haber probado el bazuco debía aprender en donde y como comprar la droga. Las primeras experiencias afirma fueron desastrosas; la primera vez le dijeron que podía comprar bazuco en los túneles cerca del antiguo terminal terrestre, para lo cual fue y se metió dentro de uno de los huecos de los túneles y se encontró con muchas personas consumiendo bazuco y otras drogas, pero cuando intentó comprar bazuco, las personas que estaban en ese lugar le agredieron, le pegaron, le robaron y tuvo que salir corriendo.

En otras ocasiones fue a comprar cerca del sur de la ciudad y le vendieron harina con tierra. Afirma que en la actualidad compra bazuco al brujo esté cargando, pero siempre es en lugares escondidos y recónditos, por lo que nunca hay que ir solo ya que siempre existe la probabilidad de que les peguen y les roben.

3) El entorno la forma y el lugar del consumo de la droga:Humberto afirma que el consume la droga principalmente en el cuarto que alquila, ya que consumir en la calle es muy peligroso, primero porque el mal olor se identifica inmediatamente, y en segundo lugar por cuanto en su experiencia hay lugares en los cuales se puede consumir pero son lugares escondidos en donde suelen estar otras personas también consumiendo drogas, y lo más común es ir allá para que te “remen” toda la droga a las buenas o a las malas.

Humberto afirma que en esos lugares de consumo hay peleas, hay gente armada, y pueden existir robos o actos peores.

4) La existencia o no de experiencias judiciales del consumidor:Humberto indica que ha tenido algunas experiencias con los policías y principalmente por las drogas. Humberto se ha dedicado a lustrar zapatos y también a reparar zapatos cuando tiene la oportunidad; sin embargo cuando empezó a consumir bazuco, uno de sus amigos tuvo la oportunidad de vender un lote de un brujo, y empezó a vender bazuco en las calles con su amigo, ya que lustrando zapatos apenas y lograba comer una vez al día, ya que todo el resto se lo gastaba en la droga.

Indica que al principio empezaron a tener buen dinero con la venta de marihuana y bazuco, pero que siempre los policías estaban atrás de él. Relata que en

una ocasión tenía una funda de bazuco y otra de marihuana y estaba realizando la venta respectiva cuando cincopolicías lo empezaron a perseguir, y para evitar la detención ingirió la droga que tenía consigo. No recuerda mucho más que despertarse en el hospital Eugenio Espejo en donde le habían salvado la vida por cuanto tuvo una fuerte sobredosis.

Humberto relata que por lo general la policía al tratar con personas como él se limita a tratar de asustarles, y cuando los aprehenden generalmente les quitan todo lo que tienen, les agreden y les encierran en algún lugar o les llevan a las afueras de la ciudad.

Indica que ha estado inmiscuido en procesos penales: en cierta ocasión lo detuvieron con unas fundas de marihuana, y después estuvo en una audiencia donde mantuvo silencio por cuanto esas fueron las indicaciones que recibió de su abogado quien era un defensor público. Cumplió una condena durante aproximadamente dos años.

Humberto relata que dentro de la prisión aprendió muchas cosas: desde como forjar armas corto punzantes, hasta como pelear para defenderse. Indica que en ningún lugar le ha sido más fácil conseguir drogas que en la cárcel, en donde se dedicó a reparar zapatos de los compañeros y con lo que le colaboraban se compraba su tan ansiada droga.

3.3. Análisis de los resultados

Las historias de vida previamente expuestas otorgaron datos relevantes que permiten realizar un análisis comparativo cuyo objetivo será determinar si la propuesta teórica y dogmática de este trabajo mantiene o no una base objetiva real que pueda comprobar o rechazar la hipótesis propuesta.

La fuente de información que se utilizó ha presentado resultados interesantes que deben ser contextualizados dentro de la hipótesis del presente trabajo. Iniciaremos entonces analizando la información que ha sido obtenida mediante las entrevistas realizadas.

Las entrevistas realizadas fueron dirigidas en virtud de obtener información relevante respecto a los siguientes temas. 1) El entorno y antecedentes relevantes respecto al inicio del consumo de la droga: 2) El entorno y la forma de adquisición

de la droga 3) El entorno la forma y el lugar del consumo de la droga 4) La existencia o no de experiencias judiciales del consumidor.

Cada uno de los entrevistados presentó su historia de vida y sus experiencias que revelaron los cuatro puntos. De la información obtenida podemos empezar a identificar elementos comunes en los entrevistados como divergentes. A continuación analizaremos cada uno de los objetivos, cotejando con la información de las tres personas entrevistadas.

3.3.1. El entorno y antecedentes relevantes respecto al inicio del consumo de la droga.-

Este primer punto buscó obtener información relevante que nos permita determinar un ambiente previo que impulsó, motivó o contribuyó al consumo de la droga; de esta manera era necesario conocer la situación social, la situación familiar, y económica del entrevistado, por cuanto la hipótesis presenta al consumidor vulnerable y se presume que el consumo de la base de coca, en las escalas, estratos y contextos que se proponen en esta tesis, tiene como antecedente un entorno familiar, social y económico conflictivo, problemático y anómalo.

El resultado fue variable entre los tres entrevistados, sin embargo se desprenden los siguientes elementos comunes y que se repitieron en las tres historias de vida:

1. Los entrevistados reportan algún tipo de quebrantamiento temprano de su núcleo familiar;

En el caso de Diego, su padre abandonó el hogar en el caso de Nelson, nunca conoció a su padre y su madre no se encontraba muy presente en el hogar, criándose principalmente con su abuela; en el caso de Humberto, sus padres se separaron, por cuanto su madre, quien también tenía problemas con el alcohol, abandonó el hogar.

2. Los entrevistados reportan el abandono de sus estudios de primaria en diversos grados.

Los entrevistados mantienen en común la necesidad de abandonar sus estudios de primaria principalmente por razones económicas, y por la necesidad existente de colaborar financieramente dentro de su hogar.

3. Los entrevistados reportan la necesidad económica de trabajar a tempranas edades;

Precisamente es esta la necesidad imperante que obligó a los entrevistados a proceder con el abandono de sus estudios; cabe resaltar que este hecho es común con la forma en la cual los entrevistados se vincularon con el ambiente, el entorno y las oportunidades adecuadas para tener el primer contacto con la droga.

Es de esta manera que la base de coca se presenta en la vida de los entrevistados como una droga sumamente útil para la situación que en determinado momento atravesaron. Los entrevistados reportan que la droga sirvió como una ayuda para el trabajo, por cuanto permitía soportar determinados impedimentos naturales al igual que medioambientales, tales como el hambre, el sueño, el cansancio, y el frío de las noches.

4. Los entrevistados reportan la salida de sus respectivos hogares a tempranas edades;

Los entrevistados tienen en común que a edades muy tempranas, salieron de sus respectivos hogares para vivir solos o en compañía de otras personas que no forman parte del núcleo familiar.

5. Los entrevistados reportan la ejecución de trabajo informales callejeros;

Los entrevistados tuvieron en común la informalidad de su trabajo, entendido esto como la ejecución de trabajos tales como la venta ambulante y la mendicidad. Este punto es de suma importancia, por cuanto se encuentra muy relacionado con la utilidad que los entrevistados encontraron para la droga.

6. Los entrevistados reportan un uso útil de la droga, para su situación

Tal como fue expuesto en puntos anteriores, los entrevistados reportan como uno de los efectos principales de la droga, la utilidad práctica que aminora los males a los cuales se ven expuestos en virtud de sus labores, su situación social, su entorno habitacional y su vida en general; principalmente se reportan efectos tales como la eliminación del hambre, el sueño, el frío y el cansancio; la presencia de euforia y sentimientos de invencibilidad, mismos que en un caso sirvieron para el cometimiento de ilícitos.

3.3.2. El entorno y la forma de adquisición de la droga.-

El segundo punto útil a determinar se enfocó en conocer la experiencia y la realidad de la adquisición de la base de coca, por cuanto la hipótesis propuesta expone que este es un primer momento, y un gran primer entorno de violencia y peligro al cual el consumidor de base de coca, necesariamente tiene que ingresar. Los entrevistados indicaron lo siguiente:

1. Los entrevistados reportan haber sido víctimas de delitos violentos en la adquisición de la droga.

Los entrevistados indican que la experiencia de adquirir la base de coca implica el ingresar en determinados ambientes y entornos en los cuales han sido víctimas de delitos, principalmente el delito de agresiones físicas, robo, estafa y hurto.

2. Los entrevistados reportan la existencia de un entorno violento y peligroso para la adquisición de la droga.

Los entrevistados indican que los entornos en los cuales se adquiere la droga se encuentran plagados de personas violentas, agresivas y peligrosas.

3. Los entrevistados reportan la necesidad de aislarse para el consumo de la droga.

Los entrevistados indican que el consumo de la droga se lo tiene que realizar en aislamiento por cuanto el olor que se desprende de la droga en el acto de consumo es evidente.

3.3.3. El entorno la forma y el lugar del consumo de la droga.-

El tercer punto se enfocó en conocer la realidad por la cual atraviesa el consumidor para ejecutar el consumo de la base de coca. La hipótesis presentó que el consumo de esta droga requiere de un fuerte aislamiento por cuanto su consumo es por demás evidente gracias al fuerte olor que desprende la droga; este sería un segundo gran entorno de violencia y peligro que se genera en el esquema propuesto. Los entrevistados indicaron:

1. Los entrevistados reportan la existencia de violencia en los entornos de consumo de la droga.

Los entrevistados indican que existen diversos lugares en la ciudad para el consumo de la droga; los lugares son por lo general quebradas, casas o edificios abandonados, o similares. Indican que en estos entornos se vive también mucha violencia, principalmente por cuanto existen otros consumidores que acuden para

robar la droga de otros consumidores, por lo cual existe mucho conflicto. Los entrevistados han sido víctimas de delitos en contra de su integridad personal y en contra de su propiedad en estos entornos.

3.3.4. La existencia o no de experiencias judiciales del consumidor.-

a) Los entrevistados reportan tener constantemente encuentros y problemas con la policía.

Los entrevistados indican de forma general que los problemas con la policía pueden variar, desde una detención informal, hasta una detención que efectivamente ingresa al control del sistema ya sea mediante la elaboración de partes policiales o de remisión del detenido ante un juez de garantías penales. Este tipo de experiencias informales, revisten un cierto grado de violencia por parte de la policía, ya que se reporta el uso de agresión física en contra del detenido, y el traslado del detenido a las afueras de la ciudad.

b) Los entrevistados reportan haber cometido el delito de Hurto y Robo.

Los entrevistados en mayor o menor medida han cometido diversos delitos en contra de la propiedad. Delitos que se encuentran dentro del esquema necesario de conseguir dinero para la compra de la droga.

c) Los entrevistados reportan haber vendido droga.

Los entrevistados indican una o más actividades de venta de sustancias estupefacientes, como actividad lucrativa que se encuentra dentro de su alcance.

3.4. Reflexión del estudio social práctico

El uso de las historias de vida dentro de esta tesis, pretende generar un impacto mayor en el entendimiento del problema jurídico – penal propuesto, al evidenciar una realidad latente. Como ha sido expuesto, los entrevistados han otorgado una serie de información relevante para el estudio de esta tesis; información que presenta un fuerte indicador hacia ciertos puntos sociales que al ser desatendidos aparentemente tienden a generar un efecto adverso tanto para la persona como para nuestra sociedad.

Entre estos punto sociales encontramos a problemas de inmensa magnitud e importancia nacional tales como la familia, el trabajo, y el dinero. En el ámbito familiar, las entrevistas nos han presentado un escenario en el cual es común encontrar una familia de una u otra manera afectada en su integridad y su formación;

lo cual a su vez nos lleva a otro gran punto de gran relevancia: el dinero. El dinero se presenta como el gran elemento que motiva y genera las diferentes cadenas de actos y hechos, tales como el abandono de los estudios para poder trabajar, el trabajo informal para conseguir dinero, o finalmente el cometimiento de actos ilícitos para conseguir dinero.

Adicionalmente a las potenciales causas sociales expuestas, los entrevistados han presentado importante información respecto a dos puntos esenciales de la investigación: la forma de adquisición de la droga y los lugares de consumo. Dentro de estos actos los entrevistados han suministrado diferentes detalles que se enfocan en la violencia que se puede vivir en los actos de adquisición y consumo de la droga, todo lo cual nos refiere nuevamente a nuestros presupuestos teóricos expuestos que denuncian esta realidad.

Capítulo cuatro

Conclusiones.

En la presente investigación se planteó una pregunta central, misma que buscó encontrar una respuesta que determine, de qué forma nuestra legislación antidrogas crea entornos hostiles y violentos de adquisición y consumo de base de coca; para lo cual se analizó la problemática vista especialmente desde el consumidor vulnerable de la droga.

El consumidor vulnerable de la droga ha sido definido como aquel ciudadano que no utiliza la droga con fines estrictamente recreativos, sino que por el contrario, debido a su situación social, la droga ingresa a su vida como una verdadera consecuencia del desarrollo y el curso de su existencia.

Encontramos entonces que, la creación de fuertes normas antidrogas genera un discurso de guerra contra las drogas y peligrosidad del consumidor, mismo que es materializado por nuestras instituciones de control quienes envían este mensaje a la sociedad con la intención de internalizar un errado concepto de equiparar al consumidor con el delincuente o al consumidor con el peligroso, lo cual no tiene ningún asidero científico, técnico y atenta directamente en contra de la prohibición constitucional de criminalizar al consumidor.

Este discurso al internalizarse en la conciencia de la sociedad y sus individuos genera temor y un fuerte sentimiento de inseguridad, lo cual a su vez es correspondido con una mayor exigencia del actuar estatal penal, aumentando penas y aumentando fuerza en la acción policial, lo cual repercute proporcionalmente en contra de la libertad de las personas.

Adicionalmente, genera en la sociedad un lógico sentimiento de rechazo y finalmente de discriminación en base a estereotipos creados por el mismo discurso bélico antidrogas; lo cual genera la creación de entornos aislados hacia los cuales empujamos a los consumidores de drogas.

El consumidor vulnerable se ve entonces obligado social e institucionalmente a ingresar a estos entornos para la adquisición y consumo de drogas, en los cuales se expone a ser víctima de diferentes delitos al igual que se rodea de elementos criminógenos que lo pueden guiar a una vida delincencial, todo lo cual atenta contra la integridad del consumidor como de la sociedad en general, lo cual nos lleva a

concluir que la normativa antidrogas opera en contra de la comunidad a la cual pretende proteger.

La situación fáctica que ha sido revelada en esta tesis, efectivamente construye un esquema vicioso que puede ser representado de la siguiente manera:

- a) La sociedad se encuentra en una guerra en contra de las drogas;
- b) Por lo tanto, crea y genera normas penales antidrogas;
- c) Estas normas deben entonces ser ejecutadas y se inicia la persecución penal a manos de las agencias estatales;
- d) Estas agencias estatales se preguntan, ¿a quién perseguimos?;
- e) La respuesta: a quien aparente ser delincuente, o a quien cometa un delito; es decir que la persecución penal requiere un estereotipo, un prejuicio;
- f) Y, ¿Cómo es el consumidor de la droga?;
- g) Es una persona pobre, sucia, callejera, con ropas viejas, zarrapastroso; este es el estereotipo del “peligroso”;
- h) Ahora bien la pregunta es, ¿Cuál es el origen de esta persona?;
- i) Nos remitimos entonces a la vida de estas personas y encontramos un antecedente de deficiencias sociales: familias quebrantadas, falta de educación, falta de salud, falta de trabajo, entre otras;
- j) ¿Cuáles son las consecuencias de estas deficiencias sociales?;
- k) Condena a una vida repleta de dificultades sociales y personales, y principalmente una vida en la cual la persona deberá hacer lo que pueda para conseguir dinero, y consecuentemente, sobrevivir;
- l) Esta vida implica trabajo infantil y trabajo informal;
- m) Este trabajo se desarrolla exclusivamente en las calles;
- n) En las calles la persona ingresa ya a un entorno hostil;
- o) Dentro del entorno en el cual la persona ingresa, se encuentra la base de cocaína; esta droga al consumirla, quita el hambre, quita el sueño, y efectivamente droga a la persona, otorgando un escape de la realidad, mayores sentimientos de euforia, coraje, valentía, todo lo cual ayuda y adiciona a sobrevivir el día a día;
- p) Una vez que la persona inicia el consumo de la droga, tiene que adquirirla;
- q) Para adquirir la droga, la persona debe ingresar a otro entorno plagado de violencia y peligros; entorno en el cual la persona es normalmente agredida y se convierte en víctima de diversos delitos;

- r) Una vez adquirida la droga, la persona para consumirla debe aislarse y dirigirse a remotas locaciones, en las cuales se encuentra con otro entorno de violencia y hostilidad; lugar en el cual nuevamente está expuesta a convertirse en víctima;
- s) La persona después de tener este tipo de experiencias, aprende a cuidarse, y aprende a reaccionar, lo cual lo expone a convertirse a su vez en potencial delincuente;
- t) Al existir este tipo de entornos violentos y plagados de criminalidad, se genera un verdadero peligro en estos entornos;
- u) Al existir estos entornos, poblados por este tipo de personas, se genera una imagen social, que los cataloga como criminales, delincuentes, y peligrosos;
- v) Al realizar esta categorización social, se profundiza el estereotipo del consumidor de la droga como criminal, lo cual ocasiona que se legitime la guerra en contra de las drogas;
- w) Inicia nuevamente el círculo vicioso; la guerra contra las drogas.

Dentro de este esquema fáctico se evidencia la existencia del ciclo de discriminación ilegal e inconstitucional en contra de los consumidores de la droga previamente expuesto, quienes ingresan al mismo no por voluntad y no por decisión, sino por consecuencia lógica; consecuencia que deviene de las faltas y deficiencias sociales de nuestra sociedad y del estado; por cuanto la deficiencia educacional, laboral y familiar tiene su génesis en la misma estructura estatal, social, política y económica.

El círculo vicioso que vivimos y hemos instaurado como estado y como sociedad genera entonces violencia y discriminación no solamente para los consumidores, sino para toda la sociedad.

Si a la ecuación añadimos el ingreso del consumidor a la prisión, la permanencia en el esquema expuesto simplemente se agrava y se arraiga de una manera exponencial, por cuanto es claro que la prisión no rehabilita, no reinserta al condenado a la sociedad, por el contrario, lo perfecciona en sus formas delincuenciales y lo aísla definitivamente de la sociedad.

Se concluye entonces que el efecto de la ilegalidad de la droga, es el generar este círculo vicioso, mismo que afecta tanto al consumidor como a la sociedad en general. Por lo tanto se ratifica que las normas penales antidrogas, operan y actúan en

contra de los consumidores, y en contra de la misma sociedad, generando a su paso solamente males, discriminación, violencia y hostilidad.

La aplicación de una pena bajo la problemática propuesta, no responde de ninguna manera a los fines de prevención general, tanto positiva como negativa; y, no responde a los fines de prevención especial positiva.

Aparentemente el único fin que puede considerarse lógico dentro de la realidad penal de nuestro país, es un fin de prevención especial negativa, esto es eliminar y aislar al procesado.

Se comparte en esta tesis el criterio de la teoría de la pena de Eugenio Raúl Zaffaroni, bajo el esquema del concepto negativo agnóstico de la pena, el cual en esencia implica utilizar el derecho penal para contener los efectos negativos de la pena.

Contener los efectos negativos de la pena, dentro del círculo vicioso expuesto, resulta ser una tarea por lo demás inútil, por cuanto incluso en el evento en el cual el derecho penal logró contener todos los efectos negativos de la pena aplicados al consumidor vulnerable, este continuará inmerso dentro del círculo vicioso. La pena entonces dentro de esta problemática, simplemente afianza y condena definitivamente al consumidor a no tener opción alguna de salir de este círculo vicioso.

Después de toda esta información la conclusión es que los efectos de utilizar el derecho penal para enfrentar el problema de las drogas, y en especial el problema del consumo de la base de coca, no es solamente un error, es un ataque directo y violento en contra de todos quienes conformamos la sociedad ecuatoriana.

Las soluciones para esta problemática son evidentemente sociales y políticas; pero estas soluciones jamás podrán ejecutarse si dentro de nuestro fuero interno como personas, no logramos observar estos problemas considerando toda su magnitud y en especial considerando las causas que las originan.

Mientras como personas, como familias, como individuos, como amigos, como padres y como hijos, prioricemos aquel falso concepto de seguridad como elemento vital de nuestras vidas, y no exista la generación de un sentimiento de comunidad, de hermandad y de solidaridad con el resto de conciudadanos, nunca podremos salir de este círculo vicioso, al cual legitimamos día a día, construyendo una sociedad de rechazo, de aislamiento y de temor.

Bibliografía

- Achá, Rose Marie. “Desproporcionalidad en el sistema penal antidrogas boliviano”. En Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013.
- Aller Maisonnave, Germán. *Aspectos Penales y Criminológicos sobre las drogas prohibidas*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.
- Ambos, Kai. *Control de Drogas, Política y legislación en América Latina EE.UU. y Europa. Eficacia y Alternativas*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.
- Ávila, Ramiro. “Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal”. En César Rodríguez Garavito, coord., *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011.
- . *La injusticia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2013.
- Boiteux, Lucía y Joao Pedro Pádua. “La desproporción de la ley de drogas: los costes humanos y económicos de la actual política en Brasil”. En Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013.
- Bonesana, César (Marqués de Beccaria). *Tratado de los Delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta, 1993.
- Borrador Segundo Debate Código Orgánico Integral Penal. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado.
- Bustos Ramírez, Juan. “Análisis crítico y propuestas en torno a la legislación regulatoria del consumo y tráfico de drogas ilícitas” En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.

- Camaño Vera, Diego. “Legislación Antidrogas: ¿Una amenaza para el Estado de Derecho?”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, Parte General*. Volumen II. Bogotá: Temis, 1973.
- Constitución de la República del Ecuador*. 2008.
- Corda, Alejandro. “Desproporción de la respuesta penal sobre estupefacientes en Argentina”. En Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013.
- Cordero Heredia, David. “La ley de drogas vigente como sistema jurídico paralelo”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.
- Dávalos, Javier. “El principio de igualdad como eje transversal de la nueva legislación sobre drogas en el Ecuador”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.
- Ecuador: *Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial, Suplemento*, No. 180, 10 de febrero de 2014.
- Feierstein, Daniel, *Seis estudios sobre genocidio. Análisis de las relaciones sociales: otredad, exclusión y exterminio*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. Séptima Edición. Madrid: Trotta, 2005.
- Gargarella, Roberto. “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”. En *Seminario en Latinoamérica de teoría Constitucional y Política*. (2010): <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/82/>
- Garland, David. *Castigo y Sociedad Moderna, un estudio de teoría social*. México D.F.: Siglo veintiuno editores, 1999.
- Gualker, Nigel. *La técnica de sentenciar en una sociedad racional*. Caracas: Monte Ávila, 1971.

- Guerrero, Efrén. “La no criminalización del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.
- Guzmán, Diana Esther. *Las Cortes de Drogas. Los alcances y retos de una alternativa a la prisión*. Londres: International Drug Policy Consortium, 2012. <http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-col/las-cortes-de-drogas.pdf>
- Jakobs, Gunther. *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997.
- Mangelinckx, Jerome. “El principio de proporcionalidad en los procesos por tráfico ilícito de drogas en el Perú”. En Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013.
- Martínez, Mauricio. “El fracaso de la política antidrogas y los conflictos institucionales que genera en Colombia”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.
- Morales Viteri, Juan Pablo. “Un nuevo esquema legal para las drogas”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.
- Neuman, Elías. *La legalización de las drogas*. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- . *Los que viven del delito y los otros, la delincuencia como industria*. Tercera edición. Bogotá: Temis S.A., 2005.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- Paladines, Jorge Vicente. “La sociedad del riesgo en la dogmática penalizada de las drogas”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.

- . “La (des) proporcionalidad de la ley y la justicia antidrogas en Ecuador”. En Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013.
- “*La respuesta sanitaria frente al uso ilícito de drogas en el Ecuador*”, Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013.
- Pavarini, Massimo. “Cárcel y Droga en la Política Criminal”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.
- Pérez Correa, Catalina. “Delitos contra la salud y el principio de proporcionalidad en México”. En Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013.
- Ramírez, Tania. *Cortes de drogas en México: persiguiendo a los consumidores*. México: Nexos, 2015. <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4743>
- Rosales, Elsie. “*Globalización del control penal, sistema penal y drogas en Venezuela*”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- Temer, Luciana, Adopción de habitaciones de uso seguro de drogas ilícitas es legalmente viable. Brasil: Consulto jurídico, 2015. En <http://www.conjur.com.br/2015-out-02/luciana-temer-sala-uso-seguro-drogas-juridicamente-viavel>
- Uprimny, Rodrigo, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra. “¿Des – proporción en la judicialización de los delitos de droga? El caso colombiano”. En Jorge Vicente Paladines, coord., *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de estudios, drogas y derechos – CEDD, 2013.
- Valle, Alex. “Control de drogas en el derecho penal máximo y el derecho penal mínimo”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control*

social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.

Youngers, Coletta. “Los daños colaterales de la “guerra contra las drogas” impulsadas por los Estados Unidos”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas.* Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl y Miguel Rep. *La cuestión criminal.* Buenos Aires: Grupo Editorial Planeta, 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. “La legislación “anti-droga” latinoamericana y sus componentes de Derecho Penal Autoritario”. En *Hacia un realismo jurídico penal marginal.* Caracas: Monte Ávila editores, 1994.

-----.“*La Legislación anti-droga latinoamericana: Sus componentes de Derecho Penal Autoritario*”. En Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas.* Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2009.

-----.*Manual de Derecho Penal, Parte General.* Segunda Edición. Buenos Aires: Ediar, 2006.