



EXPERIENCIAS
COMPARADAS:
MICROTRÁFICO Y
UMBRALES
LEGISLATIVOS DE
BOLIVIA - ECUADOR:
AVANCES EN TORNO A
LA PERSPECTIVA DE LA
UNASUR

MARCELO JURADO
ERIKA CENTELLAS
ENEIDA PULERI
PATRICIA CHULVER



ACCIÓN
SEMILLA

EXPERIENCIAS COMPARADAS:

Microtráfico y umbrales legislativos de
Bolivia – Ecuador: avances en torno a la
perspectiva de la UNASUR

Friedrich Ebert Stiftung – Acción Semilla

MARCELO JURADO

ERIKA CENTELLAS

ENEIDA PULERI

PATRICIA CHULVER

Febrero, 2018.

REFLEXIÓN INICIAL

Quisiera invitar a una reflexión inicial en torno a la opinión pública y las políticas de drogas en Bolivia. Tras una ola de críticas propiciadas desde actores de la oposición al Artículo 215 sobre microtráfico y la figura del consumo personal en el Nuevo Código de Procedimiento Penal recientemente abrogado, Acción Semilla junto a actores de la sociedad civil como investigadores y activistas; ha colaborado con espacios de debate informado, dado que nuestro contexto político polarizado tiene un impacto directo en la opinión pública. La población actualmente vive una profunda desinformación y percepción en lo que refiere a drogas, esto sumado al discurso del “Narco Gobierno” genera heridas sociales como el racismo y la criminalización de quienes somos ciudadanos bolivianos.

El estigma que carga nuestra sociedad (predominantemente conservadora) no hace fácil la tarea de hablar sobre la problemática con base en la evidencia. En ese sentido y habiéndonos limitado únicamente a explicar al Artículo 215 y todo lo referente a consumo, Acción Semilla inicia un proceso de diálogo, investigación e incidencia a partir de esta breve introducción a lo que significa la implementación de umbrales en la legislación boliviana.

La reflexión entonces gira en torno a que abordemos la problemática desde la estrategia y con unidad de discurso, dado que si no generamos incidencia desde la percepción de la población, difícilmente se podrá exigir un consenso político más flexible en relación a la salud pública y los derechos humanos.

Así y bajo el principio de ir eliminando dudas y prejuicios sobre el tema, nacen iniciativas libres y abiertas como este documento, que gracias al apoyo y la confianza de la Fundación Friedrich Ebert hoy ve la luz.

PATRICIA CHULVER BENITEZ
FUNDACIÓN ACCIÓN SEMILLA

INTRODUCCIÓN

Consideramos muy importante que en Bolivia las políticas de drogas sean integrales y equilibradas, formuladas desde enfoques fundamentales como salud pública, derechos humanos y género, porque la problemática de drogas no es independiente de otros problemas sociales y económicos dentro del país. Vemos necesario apoyar políticas que favorezcan sistemas y códigos penales proporcionales, que consideren factores económicos, sociales y culturales para establecer penas. En el caso de nuestro país, una nueva propuesta de legislación penal ha sido cuestionada durante los meses de noviembre, diciembre (2017) y enero del presente año; cuestionamiento directo a la nueva perspectiva sobre tráfico de sustancias controladas.

Uno de los temas que más vale la pena observar en este contexto es el microtráfico de sustancias controladas ya que en las legislaciones que analizaremos, constituye una nueva figura y probablemente pueda ser el inicio de un nuevo enfoque para tratar el problema. En el caso Boliviano, el artículo que trata la temática es el 215 de la ley 1005 del código penal ya abrogado¹. Respecto de este artículo se han dado una serie de controversias mediáticas² que dieron pie a un debate público.

La experiencia boliviana en legislación de drogas estuvo sujeta a la Ley 1008 (promulgada en Julio de 1988), ley que se encuentra vigente hasta el momento a falta de una normativa que regule la ley 913 “LEY DE LUCHA CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE DROGAS”. En este sentido es pertinente analizar los avances y retrocesos en la materia, de manera que podamos evidenciar cómo el nuevo código penal se adhiere o no a las perspectivas de organizaciones internacionales.

Un punto de luces para el presente trabajo comparativo, es la experiencia de Ecuador en su legislación sobre el microtráfico expresado en el COIP (Código Orgánico Integral Penal), ya que este se observan avances al momento de entender la situación social real que viven poblaciones vulnerables (en especial mujeres). Otro beneficio que presenta dicha experiencia (de forma constitucional) es el enfoque de salud pública en el tratamiento del consumo. Esto, gracias a que el último estatus legal sobre consumo y microtráfico en Ecuador tiene un tratamiento enmarcado en el enfoque de la UNASUR.

1 La abrogación de este código penal se dio mediante la Ley 1027 del 25 de enero de 2018.

2 Por ejemplo el alcalde José María Leyes alcalde de Cercado cuestiono el artículo 215 de la Ley 1005 expresando que este artículo no sanciona debidamente a los micro traficantes: <http://www.lostiempos.com/actualidad/pais/20180108/leyes-considera-que-codigo-penal-no-sanciona-debidamente-microtrafico>

Este trabajo servirá entonces para comparar dos experiencias: La primera propuesta en Bolivia, y la segunda en Ecuador mediante la ejecución de la normativa penal que marca distinción entre comercialización o tráfico y microtráfico, hecho que alienta a esperar mejoras en el ámbito de una normativa de sustancias controladas menos punitiva y con un enfoque más amplio sobre la problemática. Para esto se presentará la normativa de ambos países y se verán resultados en el caso de Ecuador y potencialidades en el caso de Bolivia, que puedan brindar una nueva perspectiva para tratar al microtráfico; se analizará también cómo los principios y alternativas a temas como la prisión preventiva interactúan con el establecimiento del micro tráfico como categoría y la demarcación de umbrales para la proporcionalidad de las penas.

OBSERVACIONES Y ANÁLISIS AL CODIGO PENAL BOLIVIANO EN TEMA DE MICROTRÁFICO

Si bien la ley 1005 del Nuevo Código Penal Boliviano se encuentra abrogada por una solicitud por parte del Presidente del Estado Plurinacional, los cambios que en este se plasmaron merecen ser debatidos y las polémicas suscitadas deben ser tratadas de manera responsable por los participantes en la construcción de este código. Uno de los temas que fueron parte de estas polémicas fue el tratamiento del microtráfico expresado en el artículo 215 del código. La temática; sin embargo, requiere una breve descripción del estado de ley con respecto a la comercialización de drogas.

La Ley 1008 fue la normativa vigente desde el año 1988 hasta el año 2017, año en que se aprobó la nueva Ley de Lucha Contra Sustancias Ilícitas 913. La aplicabilidad de la Ley 1008, siguió durante gran parte del 2017 y sigue de manera parcial después de la abrogación de la Ley 1005. (Posteriormente se hablará de casos de consumo y microtráfico que se dieron entre la aprobación de la Ley 1005 y su abrogación). La Ley 1008, no establecía distinción entre niveles de tráfico de sustancias controladas, ni daba un marco de referencia o umbrales³ para diferenciar a un consumidor, de un microtraficante; aunque sí existía una distinción entre traficante y consumidor. El *consumidor no habitual* se definía por dictamen del instituto de farmacodependencia estipulado como “consumo personal en 48 horas” por el Artículo 49 de la Ley 1008 y el

3 El termino umbral deriva de la palabra lumbral, y esta a su vez del término en latín liminaris, que significa liminar o lo que está primero. El umbral es la entrada, el principio, el comienzo o el primer paso de cualquier cosa o proceso. El vocablo umbral posee varios significados. Fuente: <https://www.significados.com/umbral/W>

Artículo 26 de su reglamentación; en caso de la cantidad fuera mayor a ese criterio se presumiría el tráfico.⁴

Tomando en cuenta los artículos 48 y 49 en la Ley 1008, se puede ver que hay una frontera muy ambigua entre ser considerado consumidor (habitual o no habitual) o traficante, lo que en penas se traduce en dos opciones: Centro de rehabilitación o 10 a 25 años de cárcel. En el caso de la rehabilitación, la Ley 1008 establece en su Artículo 46 que se crearán centros de rehabilitación de menores, excluyendo en el hecho a los farmacodependientes mayores de 16 años.

Estos antecedentes vislumbraron la necesidad de la figura de microtráfico en el nuevo código penal boliviano ya en proceso de abrogación.

En la ley 1005 del Código de Sistema Penal Boliviano se da un tratamiento un tanto diferente a la temática, el tráfico de sustancias controladas se divide en dos ámbitos: Comercialización y microtráfico. La comercialización se trata mediante el Artículo 107 del Código Penal, el cual en su definición incluye posesión, compra, venta, oferta, intermediación, de sustancias en cantidades altas (aunque esta definición no pueda tener un criterio claro).⁵

Se distingue el “MICROTRAFICO” como; (artículo 215 del Código Penal) posesión, compra, venta, oferta, suministro, intermediación y distribución. Esta tiene una pena de 1 a 3 años cuando existen cantidades menores de 100 gramos de cannabis, 10 gramos de derivados del cannabis, 25 gramos de pasta base, etcétera. En un sentido comparativo esta forma de proporcionalidad de las penas es un avance ya que da un criterio más claro para distinguir entre grandes vendedores de sustancias y pequeños vendedores lo cual pone en una situación más justa a los afectados. En este sentido no debemos olvidar el problema social que configura el encarcelamiento de un jefe o jefa de familia, el problema de hacinamiento carcelario y el hecho de que gran parte de la población carcelaria sobre todo de población joven y de mujeres se encuentra en las cárceles bolivianas por temas de sustancias controladas.

Retomando el Artículo 215, es importante tomar en cuenta su relación con el consumo. La Ley 1008 prohibía de manera práctica

4 Vale aclarar que esta situación es transparente en el caso de que los acusados sean menores de 16 años, en cuyo caso son asignados a un programa de rehabilitación. Pero para las personas mayores a esta edad lo más probable es que se presuma que realizaban tráfico de sustancias controladas y que no eran consumidores.

5 En el caso del cannabis por ejemplo hay una tipificación que va desde los 100 gramos hasta los 5000 gramos con una pena de cárcel de entre 3 a 20 años.

el consumo y ordenaba la rehabilitación de aquellas personas que fueran consideradas consumidoras, argumentaba que “todo consumidor es adicto”. El Artículo 215 de la Ley 1005 también contempla al consumidor de manera ambigua, pero asienta una posición inicial para diferenciar el tráfico de sustancias ilícitas del autoconsumo.

IV. No será punible la persona que sea encontrada en posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, equivalentes a dosis personales que razonablemente sean para su consumo inmediato. (Art. 215. Ley 1005 Código del Sistema Penal, 2017).

Este párrafo del artículo 215 establece que el consumo no es punible si alguna persona es encontrada con una sustancia ilegal en una dosis personal de consumo inmediato, por lo que es importante aclarar que no se está “legalizando el consumo”, el consumo no está permitido, solamente es punible, aunque el llevar una sustancia controlada puede ser interpretado como microtráfico dependiendo de factores como la investigación o el contexto de la acción. Examinando los términos es observable que las palabras “razonablemente” y “consumo inmediato” abren más las probabilidades a que se interprete libremente la situación, a lo que saltan preguntas sobre la aplicación práctica de este artículo ¿Cómo se definirá lo que es razonable y lo que no es razonable en una cantidad? ¿Cómo podrá darse criterios para un consumo inmediato si las personas tienen diferentes patrones de consumo? Por esto mismo todavía existe una línea muy borrosa entre la consideración legal de un consumidor y un microtraficante, aunque sí hay que resaltar que se abre la posibilidad de una defensa con mayores recursos para los afectados.

La Ley 1005 del Nuevo Código Penal también tiene algunos aspectos que es importante resaltar y que se ligan al microtráfico como el “delito” y su procedimiento penal. Tenemos primero el artículo 43 de “INDIVIDUALIZACIÓN” como un principio para construir la sanción que se aplique a cada persona en base a sus características específicas, para lo que se toman los criterios de particularidad de la persona (género, condiciones económicas, educación, costumbres, cultura). Otros criterios a cumplir para la construcción de la individualización son: naturaleza y gravedad del hecho, la comprensión de la persona y los motivos que le llevaron a realizar la infracción penal, los efectos que una sanción pueda causar en la persona, el grado de participación y etcétera.

Este artículo podría permitir que personas en un estado vulnerable tengan una pena proporcional en relación a su situación y a como esta afecte a sus relaciones, lo que significa un avance para la forma

en cómo se aplica la justicia desde una mirada social y orientada hacia las personas. Pero de igual manera puede tener una aplicación que perjudique a las y los imputados, ya que el estigma que cargan las personas relacionadas con drogas, puede generar imparcialidad a la hora del juicio. Sin embargo, esto es algo que habría que observar de manera práctica.

Un recurso que influye mucho en el microtráfico como problema social y como problema carcelario de manera positiva, es la forma en la que se da tratamiento de las medidas cautelares. En la Ley 1005 estas son de carácter excepcional y son beneficiosas -en este caso- si se observa la forma en cómo la prisión preventiva ha pasado a ser una medida que se aplica solo a crímenes y a delitos en los que la sanción pueda ser mayor a seis años de prisión; existiendo otras 10 alternativas a la prisión preventiva como medida cautelar. Este hecho se relaciona con el microtráfico ya que este delito no tiene una pena mayor a los seis años de prisión y esto permite que las cárceles no reciban de manera innecesaria a personas que probablemente tengan un proceso extenso, lo que atenúa que de manera individual se generen problemas como descuido de menores de edad a cargo de personas imputadas, las cuales por principio todavía se presume su inocencia.

Un tema a resaltar sobre el Código Penal Boliviano que influye en los imputados por tema de microtráfico, es la posibilidad de la “SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO” descrita en el artículo 492. Este artículo plantea la posibilidad de la suspensión de procesos en los tres casos siguientes: 1. Delitos con una sanción privativa de libertad de 6 años o menos; 2. Delitos no sancionados con prisión; 3. En el caso sea previsible la suspensión condicional de la sanción. Lo cual aplicado al tema de microtráfico da la posibilidad de suspender los procesos, que como ya se mencionó de manera reiterada, constituye una distensión en el problema carcelario de hacinamiento y permite a las personas continuar de manera relativamente normal sus vidas.

Finalmente debemos considerar el Artículo 3 (parágrafo 3 punto 1) y el Artículo 61 “PARTICIPACIÓN SOCIAL”. El primero es definido como parte de los principios procesales del código específicamente referido a “Solución del conflicto”, donde se procura una solución del conflicto que haya surgido del hecho con preferencia a la reparación del daño surgido a la víctima o a la comunidad, siendo la sanción el último recurso y la prisión su última alternativa. El segundo artículo (“participación social”) se refiere a la posibilidad que tienen las organizaciones públicas y privadas de ofrecer programas de justicia restaurativa. Esto hace que la justicia se abra a la

sociedad civil mediante organizaciones dispuestas a ocuparse de este tipo de programas, lo que podría tener buenos resultados para la persona imputada en el contexto individual y social

Con estas observaciones a la Ley 1005 es preciso evaluar su progreso en materia de delitos relacionados a sustancias controladas y específico de microtráfico. Acá entra en debate la efectividad de una lógica más punitiva como en nuestra normativa anterior o una lógica donde se flexibilizan criterios en favor del contexto de las acciones tipificadas como delitos. Nuestra experiencia como país nos ha mostrado que ver la temática desde un panorama de enfoque social, facilita ver la cadena de problemas que se generan para las personas y para el estado cuando los castigos se dan en base a una estigmatización y simplificación de problemas reales.

LA EXPERIENCIA DE UN CAMBIO EN LA LEGISLACION DE DROGAS EN ECUADOR: AVANCES Y RETROCESOS.

Ecuador en los últimos años ha sido protagonista de un cambio en su legislación penal y un cambio en el enfoque sobre la problemática de las sustancias controladas y su uso en tanto “drogas”. En base a estos cambios Ecuador ha evaluado su propia experiencia con una legislación similar al Código Penal Boliviano ahora abrogado, ya que establecía proporcionalidad en las penas, daba umbrales para la caracterización y tipificación de las acciones (consumo, microtráfico, tráfico, etcétera).

El comienzo del enfoque de la legislación actual de Ecuador se da con el antecedente de su nueva Constitución Política del Estado. Ecuador pasó por un proceso constituyente entre los años 2007 y 2008, cuyo resultado en materia de drogas da al consumo un enfoque neto de salud pública. En el artículo 364 de la constitución de Ecuador se establece tres ejes importantes para su política de drogas: 1) que las adicciones son un problema de salud pública, 2) que el estado está encargado de planes informativos- preventivos, así como de la rehabilitación de los consumidores y 3) que en ningún caso el consumo de drogas podrá ser criminalizado.

Este hecho establece la base para tratar el tema de la política de drogas del país, para lo cual se crearon dos instrumentos legales que rigen en el mismo: el COIP (Código Orgánico Integral Penal) y la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización.

El COIP es entonces la principal norma para regular el tema de tráfico de sustancias controladas, apoyado en segunda instancia por la Ley Orgánica. El Artículo 220 “Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización” establece que la compra, venta, oferta, almacenamiento, transporte, comercialización, tenencia, posesión, importación, exportación, de sustancias psicotrópicas o estupefacientes será castigada si la cantidad encontrada está entre la establecida por la normativa vigente⁶ y se cataloga según una escala de cuatro niveles: a) Mínima escala, de dos a seis meses de prisión; b) Mediana escala de uno a tres años; c) Alta escala de cinco a siete años; d) Gran escala de diez a trece años. Este artículo en su párrafo 2 tiene dos especificaciones relevantes para nuestro análisis, la primera es que en caso de que se vendan, entreguen u oferten a niños o adolescentes se impondrá la pena máxima más un tercio y segundo, la tenencia o posesión para el consumo no será punible⁷.

Como se observa, existen en la normativa criterios claros establecidos por la Ley en casos de tráfico de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, que aunque no se especifique la figura como “microtráfico”, es apreciable que se da en razón a un criterio de proporcionalidad de penas con miras a una distribución más justa en base a la gravedad del delito. Así mismo el marco constitucional logra que el tema del consumo sea refrendado y tratado como un problema de salud pública, aunque para esto es necesario analizar las tablas.

Las tablas de consumo fueron establecidas por el CONSEP (Concejo Nacional de Control de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes) el año 2014. En la primera versión de la tabla, las sustancias tomadas en la mínima escala se definían con las siguientes cantidades máximas: marihuana 300g, cocaína y pasta base 50 g, heroína 1 g, anfetaminas 2.5g, MDA 2,5 g y MDMA 2.5g. (ver Tabla I). Es esta escala mínima la que podría definir el microtráfico en Ecuador. Si bien la tabla logra que el tráfico en menor escala no sea castigado de forma taxativa, -dado también que el COIP permite la absolución del proceso en la escala mínima y media de tráfico y no establece la prisión preventiva en estos casos- el consumo es juzgado de manera muy ambigua, ya que un consumidor puede al igual entrar en posesión de las cantidades establecidas dentro de la tabla. Debido a esto se genera un vacío, y aunque la acción del consumo no sea criminalizada ni pueda ser punible, el detenido por posesión de sustancias psicotrópicas y estupefacientes será juzgado por un juez quien determinará su condición de consumidor o traficante.

6 La tabla de consumo de drogas que regula esta situación ha tenido dos versiones, cambiando de acuerdo a la coyuntura del país y a una constante en el consumo problemático de heroína en Ecuador.

7 Así mismo el artículo 228 de COIP reitera esta medida sobre la tenencia para el consumo de estupefacientes.

Tabla I.

SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES								
Escala (gramos) Peso neto	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	1	>0	50	>0	50	>0	300
Mediana escala	>1	5	>50	500	>50	2.000	>300	2.000
Alta escala	>5	20	>500	2.000	>2.000	5.000	>2.000	10.000
Gran escala	>20		>2.000		>5.000		>10.000	

FUENTE:https://www.tni.org/files/styles/content_full_width/public/table1.png?itok=MT-tAYx3V

En un primer momento del análisis esta ambigüedad todavía se encuentra en el centro de la controversia. Dado que no existe una certeza para catalogar a un consumidor, es probable que se mantenga la estigmatización social que se genera hacia las personas que son encontradas en posesión o tenencia de drogas. Por otra parte, cuando las investigaciones revelan que el poseedor entra en la escala mínima o media, este tiene mayores posibilidades en cuanto a su defensa sin tener que empeorar la situación carcelaria debido o los efectos colaterales que traía consigo la prisión preventiva y una legislación punitiva en extremo.

En general la experiencia de Ecuador significó un progreso en relación de su política de drogas, sobre todo al tratarse de un país de tránsito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Pero desde el año 2015 se definieron nuevos umbrales para ser distinguidos en la escala ya mencionada del COIP, lo cual podríamos denominar un retroceso en el tema de microtráfico dado que la cantidad establecida para cada nivel de la escala baja drásticamente. Se define en la nueva tabla un máximo de 0.1g de heroína, pasta base 2g, cocaína 1g, marihuana 20g, anfetaminas 0.09 g, MDA 0.09 g y MDMA 0.09 g. (ver Tabla 2).

TABLA II.

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

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

FUENTE: <http://ecuadorec.com/wp-content/uploads/2017/03/TABLA-DE-CONSUMO-DE-DROGAS-ECUADOR.jpg>

Este retroceso que reduce las cantidades de sustancias establecidas en la escala, aumenta la incertidumbre para establecer la situación de una persona encontrada con sustancias ilícitas, por lo que es de esperar que la cantidad de personas imputadas por tráfico en la escala mínima y media del COIP se vuelva a incrementar.

DE LA UNGASS A LA UNASUR: UN MARCO CONSTRUCTIVO PARA LA POLÍTICA DE DROGAS

Estos cambios en la legislación penal sobre el problema de las drogas, no se respaldan exclusivamente en la experiencia específica y las características particulares de cada país, sino que se sustentan en una perspectiva de consenso internacional sobre la problemática, dado que el tráfico de sustancias es un problema que sobrepasa las fronteras y que requiere una visión comparativa construida entre los distintos países que se ven implicados en el tema.

El marco regional de este esfuerzo por construir un consenso tiene avances importantes en la posición de la UNASUR con respecto a la problemática de las drogas. Esta posición se origina en la UNGASS (que es la Sesión Especial de la Naciones Unidas en relación a las Drogas) que sienta como marco referencial a la UNASUR, para lanzar recomendaciones a los Estados sobre cómo llevar a cabo reformas legales y dar tratamiento al amplio espectro que constituye el problema de las drogas.

Con la conformación del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas (CSPMD), se llegó a un resultado importante plasmado el texto “Visión regional del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas de la UNASUR para UNGASS 2016”, donde mediante seis ejes se construye dicha visión. De los ejes que componen esta visión resaltan: 1.) Perspectiva de derechos humanos como elemento transversal a todas las políticas de drogas, 2.) El enfoque de salud pública centrado en las personas y sus circunstancias. 3.) Una visión del desarrollo de políticas de carácter integral, equilibrado, sostenible y sustentable.

Entre estos ejes se encuentran recomendaciones más puntuales, que visiblemente tuvieron efectiva influencia en la forma en que se trató la legislación de los dos países observados. Para comenzar se enfatiza mucho que los derechos humanos sean transversales al tratamiento de la problemática, tomando en cuenta acceso a la salud, educación, trabajo, justicia y asistencia social; que se maneje un enfoque de género y de atención a poblaciones vulnerables; que se tenga como principio la proporcionalidad de las penas y se opte por medidas alternativas a la privación de libertad para delitos menores relacionados con drogas; que se garantice el derecho a la salud a los usuarios de drogas y la no criminalización de uso de drogas. Principalmente estas cuestiones planteadas en la visión de la UNASUR para la UNGASS 2016, son las que podemos observar que han tenido un desarrollo palpable en el COIP de Ecuador y en el ahora abrogado Código del Sistema Penal Boliviano; ya que en ambos códigos han establecido proporcionalidad de las penas y escalas en las sustancias para poder fijar las penas (en cierto sentido una re-clasificación), se han dado también medidas alternativas a la prisión preventiva en ambos casos y se ha descriminalizado el consumo y en el caso concreto de Ecuador, mediante un enfoque de salud pública.

Es considerable entonces que existan aspectos en ambas normativas penales que en primera instancia se enmarquen en una posición internacional con enfoque regional y que, en la medida de lo que caracteriza a cada estado, hayan establecido penas proporcionales y medidas alternativas a la inmediata privación de libertad en casos

de consumo y delitos menores. A lo que cabe preguntar: ¿Cómo se matizan las diferencias entre la legislación penal ecuatoriana y la boliviana? ¿Cuáles son los vacíos y qué se puede recomendar para seguir progresando hacia un mayor respeto de los derechos humanos y la atención de poblaciones vulnerables?

BOLIVIA Y ECUADOR ¿Una experiencia similar?

Como nos mostró la revisión específica de la legislación relacionada a microtráfico, ambos países se orientaban a reducir el carácter punitivo de su legislación respecto a las drogas en relación a su legislación anterior. En Bolivia esto es un paso de la Ley 1008 a la Ley 913 y a la Ley 1005 del Nuevo Código Penal, en Ecuador se cambió la Ley 108 por el COID y otras normativas de apoyo. Tanto la Ley 1008 en Bolivia como la Ley 108 en Ecuador tenían un enfoque que se supeditaba a la política de “guerra contra las drogas” vigente durante las últimas décadas del siglo XX y principios del siglo XXI. Nuestra experiencia como país productor de hoja de coca nos ha mostrado la poca efectividad de este enfoque geopolítico para tratar el problema. Pero este paso a un nuevo enfoque para el tratamiento del problema de las drogas, ha llevado a que se den ambigüedades internas y se ve necesario proponer en base a debate, la resolución de las mismas para lo que la comparación detallada de estas legislaciones puede echar una luz que nos guíe a una recomendación .

Preliminarmente en el tema uso de sustancias, ambos códigos penales descriminalizan y despenalizan el consumo pero cometen el mismo error al dejar en ambigüedad la posesión de sustancias, sin dar un criterio objetivo de cantidades que por lo menos sirva de referencia al juez , esto con el propósito de que se sobreponga el principio presunción de inocencia. Dada esta situación legal, podría ocurrir que personas consumidoras que tengan un consumo habitual - y por ende podrían transportar una cantidad mayor a la necesaria para consumo inmediato – sean imputadas por microtráfico o en la escala mínima y media en Ecuador, lo que es caer en un penalización de facto de los consumidores.

En cuanto al microtráfico una comparación de los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal boliviano y el artículo 220 del COIP ecuatoriano, nos revela en líneas generales que ha habido un progreso en relación a especificaciones desde la visión de UNASUR, en tanto que se estableció proporcionalidad de las penas, se descriminalizó y despenalizó el consumo y por la posibilidad de suspender el proceso y el carácter de individualización de las penas, lo que procura (en teoría) la prevalencia de los derechos fundamentales en

el imputado. En relación a la forma punitiva de las dos legislaciones, ambas redujeron drásticamente las penas en relación a su legislación anterior, pero Bolivia mantiene un carácter más punitivo dado que fácilmente un consumidor podría ser considerado micro traficante si la cantidad de la sustancia no es considerada de “consumo inmediato”. Ecuador por otro lado no pena el consumo en general.

De igual manera las penas establecidas en Ecuador por micro tráfico son menores a las establecidas en el código penal ya abrogado en Bolivia, en la escala mínima de consumo del COIP la pena para un micro traficante es de dos a seis meses en base a la escala de posesión de sustancias ya mencionada (ver supra), pero en Bolivia la pena es de uno a tres años de cárcel si se demuestra la intención de comercializar o si se juzga que la cantidad no puede significar un consumo inmediato.⁸ Dado esto, Ecuador tiene una política de drogas parcialmente menos punitiva, aunque su reversibilidad en el año 2015 (mediante una nueva tabla de definición de cantidades) haya significado un retroceso dada la lógica del castigo, como solución a problemas sociales estructurales.

En el caso de agravantes a la sanción, Bolivia contempla 4 situaciones agravantes mientras Ecuador solo contempla una. En Bolivia, una situación agravante existe cuando se fracciona la sustancia; cuando el microtráfico se realiza en establecimientos culturales, deportivos o educativos; cuando el microtráfico se realiza sobre varias sustancias y si el microtraficante es encargado del establecimiento donde se realiza el delito. Por otro lado en Ecuador el único agravante se da cuando el micro tráfico tiene relación a niños o adolescentes (venta, distribución, suministro, etcétera).

MICROTRAFICO Y SALUD

Para complementar nuestro análisis de las experiencias legales, y poder pensar en la problemática de drogas como un problema de salud pública, es necesario relacionar aspectos legales con otros referidos a salud pública y derechos humanos.

Sobre las alternativas de “defensa de los Derechos Humanos” es importante comparar casos que respaldan los mismos. Ecuador cuenta dentro del tema de políticas de drogas con un Plan Nacional de Prevención Integral de Drogas 2012-2013, vinculado con ámbitos de salud, educación, justicia y derechos humanos, seguridad, defensa y

⁸ Las cantidades de sustancias establecidas para considerar el microtráfico deben ser menores a 100g de marihuana, 10g de derivados de la marihuana, 50g de pasta base, 25g de cocaína, 5g de opio y 5 unidades de drogas sintéticas.

desarrollo socioeconómico; además de otros aportes de especialistas. Este plan de prevención cuenta con el aporte del Comité Consultivo del Observatorio Nacional de Drogas, integrado por representantes de la academia, de organismos de investigación y de instancias de protección, especialmente de niñas, niños, adolescentes y jóvenes. Ecuador también cuenta con una Secretaría Técnica de Drogas desde 2015, en la que se busca que la Dirección de Control de Drogas Ilícitas, proponga y elabore políticas de drogas a nivel nacional e internacional y gestione y coordine con otras entidades públicas la ejecución de proyectos para la reducción de la demanda de tabaco, alcohol y otras sustancias psicoactivas. Dentro de esta secretaría, se cuenta con un presupuesto anual asignado para reducir la oferta y demanda de drogas en territorio nacional. En relación a la oferta, se intenta el ejercicio de un control estricto sobre las actividades ilícitas sobre producción y distribución de sustancias psicoactivas. En este punto existe un presupuesto general considerado desde las entidades públicas que se encargan de enfrentar dicha problemática. Por el lado de la demanda, se consideran los esfuerzos del sector público por impulsar programas de prevención integral de drogas y así lograr reducciones paulatinas en el consumo de sustancias psicoactivas. En este punto, el presupuesto general del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP) se toma en cuenta debido a que, en 2015 era esta la institución encargada para tal fin.

Por otro lado comparando algunas alternativas en favor de los Derechos Humanos lo que se planteó recientemente en Bolivia, es decir, la Ley 1005 y la Ley 913, tienen como base un enfoque que aborda la problemática de drogas alejada del punitivismo y se centra en el ser humano, su bienestar y de su comunidad. Según la Constitución Política del Estado se promueve uno de los principios fundamentales del diario vivir, el Suma Qamaña. “Este paradigma implica el vivir bien, en equilibrio y armonía con todo lo que nos rodea como el derecho a la vida, la salud y la seguridad pública, como derechos fundamentales, constituyen aspectos que se relacionan íntimamente con la problemática del tráfico ilícito de sustancias controladas, pues son bienes jurídicos puestos en peligro que se pretenden proteger” (Proyecto de Ley, 2016, pág 2). Sin embargo los alcances de esta propuesta son ambiguos y dejan abierta la libre interpretación, además de que no se cuenta con un presupuesto específico para el estudio, investigación, rehabilitación y lucha para la reducción de consumo o propuestas para el trabajo dentro de política de drogas.

En relación a nuestro contexto internacional como ya se mencionó anteriormente, Bolivia al formar parte de la Unión de Naciones

Suramericanas, puede basar su enfoque en el reconocimiento de que el consumo de drogas constituye un asunto de salud pública que los Estados deben asegurar que las políticas de reducción de la demanda contemplen:

- Una perspectiva de género analizando las necesidades con especial atención de los grupos vulnerables y de los sujetos de protección especial
- Rehabilitación e inclusión social de las personas afectadas por el consumo problemático de drogas, así como tratamiento y rehabilitación de las mismas.

La perspectiva de género se desarrollará en detalle como parte importante de este trabajo, pero primero se analizará el tema de la rehabilitación.

Tomando en cuenta que el tema de Rehabilitación es contemplado dentro de la Salud Pública, es importante hacer un análisis sobre los alcances que realmente tiene esta propuesta dentro de los procesos judiciales y si la capacidad de los centros de rehabilitación en Bolivia pueden hacer frente a esta problemática.

Aunque la Ley 1008 hace referencia a la multitud de unidades sanitarias en nuestro país las cuales se enfocan en la rehabilitación, nuestra investigación muestra que en realidad estas son escasas. Según la nota del periódico La Patria contamos con algunos datos adquiridos de la Fundación del Sistema Educativo de Acción y Movilización Social (Seamos), que informa la existencia de (sólo) 80 centros de tratamiento, rehabilitación y comunidades terapéuticas en Bolivia⁹. Las mismas se encargan de atender a personas en situación de riesgo o con problemas de consumo de drogas y alcohol. (La Patria, 2011).

Hay que recordar, que el enfoque de salud pública implica considerar las condicionantes sociales del fenómeno para desarrollar políticas basadas en evidencia para que de esta manera, se pueda buscar soluciones de reducción de consumo y ofrecer ayuda realista para personas que necesiten ser rehabilitadas o recuperarse de algún consumo problemático.

9 Relevamiento los centros tratamiento y rehabilitación en drogas y alcohol, además de comunidades terapéuticas en los nueve departamentos de Bolivia a cargo de la Fundación Seamos en coordinación con el Viceministerio de Deportes y la Asociación Boliviana de Comunidades Terapéuticas (ABCT).

MIRANDO EL MICROTRAFICO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El enfoque de género es importante porque el rol de la mujer en la sociedad demanda políticas integrales y multisectoriales que la consideren el centro del bienestar de la familia, de la comunidad y la sociedad. Incorporar una perspectiva de género en la política de drogas implica abordar la influencia de los factores sociales y económicos, que marcan la vida de las mujeres, para mejorar así la eficiencia y equidad de la Ley. Partiendo de este entendimiento, no podemos analizar la problemática de drogas desde un enfoque de género, sin considerar que posibles soluciones a esta se encuentran en dos tipos de políticas (1) preventivas que toman en cuenta factores sociales, económicos y culturales que influyen el consumo personal así como el “delito” y se enfocan en resolver tales factores para prevenir riesgos y (2) políticas que favorecen sistemas y códigos penales proporcionales, los cuales consideran los factores mencionados para establecer penas partiendo de este entendimiento. La oficina UNGASS así declara: “Reconocemos la importancia de incorporar adecuadamente las perspectivas de género y de edad en los programas y políticas relacionados con las drogas... Seguir determinando y abordando los factores de protección y de riesgo y las condiciones que continúan haciendo que las mujeres y las niñas sean vulnerables a la explotación y a la participación en el tráfico de drogas, así como alentar a que se tengan en cuenta las necesidades específicas y los posibles múltiples factores que hacen vulnerables a las mujeres encarceladas por delitos relacionados con las drogas. (UNASUR y FES en su reporte agregan) debemos resaltar que las mujeres son un grupo vulnerado con las leyes de drogas. El número de mujeres privadas de libertad se ha disparado en los últimos 15 años. Los delitos vinculados con drogas y especialmente el micro tráfico son el primer motivo de encarcelamiento.”(Friedrich Ebert Stiftung y UNASUR, 2016, pág. 29 y 46).

Si las políticas de drogas dentro de Bolivia continúan discriminando a la mujer, se ignorará la importancia de su bienestar física, mental y emocional dentro de la familia, así como dentro la sociedad y ha de generar futuras repercusiones. Según el informe del 2016 de la Defensoría del Pueblo “en la actualidad Bolivia tiene una población carcelaria de 13.940 personas. Del total de personas privadas de libertad, el 9% son mujeres, lo que supone un promedio superior en un 50% al de la región, poniendo en evidencia que la criminalización resulta altamente selectiva y discriminatoria, pues las mujeres, especialmente las más pobres, son explotadas en el tráfico y transporte de drogas y son castigadas duramente.” (DEFENSORIA DEL PUEBLO ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2016, pág.23)

Otros datos que nos ilustran en esta problemática nos dicen que en Bolivia un 34.48% de la población carcelaria se encuentra ahí por temas de sustancias controladas. En el caso de la población femenina, datos de 2012 reflejan una población total de 1753 mujeres de las cuales 1177 están por drogas, esto representa un 67,14% del total, es decir mayor a la mitad de toda la población carcelaria femenina. (FES y UNASUR, 2017, pág. 64)

En el Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se encuentra información relevante sobre las repercusiones de políticas des-proporcionales que no abordan la influencia de los factores sociales y económicos, y no consideran el rol de la mujer en la sociedad así como la importancia de su bienestar. Según este informe, las más vulnerables son las mujeres en situación de pobreza, hecho visible cuando se toman en cuenta los factores que aumentan el riesgo de cometer un “delito”, además de la dificultad que implica recibir ayuda jurídica después. La situación económica y social de la mujer abre camino a una posible victimización que se repite en el proceso judicial y durante su estadía en la cárcel, así como en el impacto sobre su familia y su futuro. “El impacto de la pobreza extrema sobre la situación de las personas privadas de libertad es bidireccional...por un lado, la exclusión social puede favorecer la propensión a cometer delitos cuya consecuencia sea la aplicación de penas de cárcel; y por otro, la estadía en la cárcel empeora las condiciones de vida de las personas pobres privadas de libertad, y también de sus familias... en particular las mujeres en situación de pobreza, frecuentemente encuentran barreras adicionales para acceder a la justicia.”(CIDH, 2017, pág. 146)

La victimización de la mujer es también la victimización de los hijos, de la familia entera y de la sociedad. En Bolivia, la mujer encarcelada por un “delito” (el cual podría considerarse consumo personal o categorizado como “microtráfico”, y que actualmente no está categorizado desde la proporcionalidad) en condición de detención preventiva, puede llegar a perder la custodia de sus hijos.

“De acuerdo a lo señalado por la Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia, de una muestra que abarca cerca de 2.000 encuestados, se tiene que un 55% no ha solicitado audiencia de revisión de la prisión preventiva porque se encuentra detenida hace menos de un año y porque no cuenta con los recursos económicos para cubrir pago de abogados, notificaciones y otros... Esta situación se agrava en los casos de mujeres indígenas detenidas...todas las mujeres indígenas encuestadas se encontraban en situación jurídica preventiva y en la mayoría de los casos se debía

por falta de información...llevando como consecuencia que su situación de prevención se prolonge. Además, por sus escasos recursos y ante la imposibilidad de mantenerlos en el establecimiento penitenciario, es común que los hijos o hijas sean derivados a Centros de Acogimiento de Niños, dependientes de las Gobernaciones.” (CIDH, 2017, pág.149)

En este caso, las repercusiones son múltiples porque la mujer no solo pierde su libertad, la detención le significará una pérdida de cuidado para el/la hijo/a y el principio de una cadena de sufrimientos, posibles abusos y maltratos (ya que según OMS niños y niñas en centros de acogida son los más vulnerables) que tendrán consecuencias para la salud emocional y el futuro de los niños y las niñas.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El microtráfico como parte del problema de las drogas es un terreno poco explorado en materia legal de los dos países, esto se entiende desde la reciente posición de la UNASUR a partir del proceso UN-GASS entre 2013 y 2016.

A pesar de que Ecuador implementó un enfoque de salud en su Constitución Política del Estado anteriormente, la experiencia que viven Ecuador y Bolivia sobre el microtráfico es relativamente nueva y en ese sentido, considerar el problema de las drogas y en específico el microtráfico desde un enfoque menos punitivo, es un intento de mitigar la tendencia geopolítica de “guerra contra las drogas”. Consideramos entonces que ambas legislaciones (en el caso Boliviano con un NCP abrogado), son un avance en relación a sus anteriores legislaciones y establecemos como “avance el enfoque “menos punitivo”, dadas las consecuencias sociales (de salud pública y género) que tienen la privación de libertad y las penas no proporcionales. Como consecuencias de la problemática penitenciaria en Bolivia están el hacinamiento carcelario, la separación de familias (y la imposibilidad de un desarrollo económico y psicosocial para estas) y la retardación de justicia, entre otros; que en lugar de contribuir al desarrollo de una solución a la problemática solamente la empeoran.

Entonces la clasificación de tipos de tráfico en relación a la gravedad del delito y el establecimiento de umbrales, expresados en ambas normativas analizadas, es un gran avance en tanto se quiera cumplir con el criterio de proporcionalidad de penas. A esto hay que sumarle que existen efectivamente figuras positivas para los imputados, hablando ya de la suspensión del proceso y de las medidas sustitutivas a la prisión preventiva. En el caso del microtráfico entonces (indiferentemente de que la Ley 1005 en Bolivia haya sido

abrogada) se sienta precedente en ambos países. Esto ya es base para orientar el debate. Para Ecuador, significa un gran avance contemplar el consumo como un problema de salud pública, pero en relación a la última regresión realizada se pierden las posibilidades para hacer prevalecer este enfoque al momento de juzgar a personas acusadas.

Otro punto relevante al análisis comparativo son los atenuantes a la sentencia y la personalización de la sentencia. Los atenuantes en el caso de la Ley 1005 son más punitivos y en el COIP se establece solo un atenuante para protección de población infantil y juvenil.

Ante esta serie de avances y retrocesos de carácter más legal, es importante considerar que la problemática de drogas en Bolivia es sumamente estigmatizada, esto hace prioritario el trabajo con la opinión pública para contribuir a la educación y al debate informado, dada la enorme desinformación creada y mediatizada con fines políticos. Es importante tomar en cuenta que en Bolivia la opinión pública incide en la interpretación de las leyes e incluso en el proceso de las mismas. Esto pone en riesgo de subversión las condiciones favorables que las legislaciones puedan propiciar.

Finalmente basándose en la evidencia sobre las repercusiones que sistemas de penas des-proporcionales tienen en el contexto social, particularmente en relación al bienestar de mujeres y niños y su consecuencia como problema de salud pública; se propone que el contenido del Artículo 215 de la Ley 1005 (lo más cerca de un sistema proporcional) sea un punto de partida para futuras leyes de drogas en Bolivia. Consideramos importante trabajar para la inclusión de marcos más claros que sienten una diferenciación entre consumo personal y microtráfico, así como crear categorías específicas para limitar múltiples interpretaciones.

BIBLIOGRAFIA (Consultada)

Friedrich Ebert Stiftung y UNSAUR (2017) De la Guerra al cuidado de las personas: políticas de drogas en Sudamérica después de un-gass. Ecuador, FES.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS(CIDH). (2017) Informe Sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Améri-cas. OEA.

DEFENSORIA DEL PUEBLO ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIV-IA.(2016) Presos sin Sentencia - Situación Actual de las Personas Privadas de Libertad Preventivas en los Recintos Penitenciarios de Bolivia. La Paz, Bolivia: Defensoría del Pueblo.

Naranjo F y Naranjillon, D (Marzo de 2017) Costo del fenómeno de las drogas en Ecuador en 2015. Quito: Ecuador.

LEY N° 913, Ley de lucha contra el tráfico ilícito de sustancias con-troladas.. Estado Plurinacional de Bolivia, 16 de Marzo de 2017.

Proyecto de Ley de Lucha contra tráfico de Sustancias ilícitas. Estado plurinacional de Bolivia., 13 de Diciembre de 2016.

LEY N° 1005, Código del sistema Penal. Estado Plurinacional de Bo-livia, 15 de diciembre de 2017.

LEY N° 1008, Ley de régimen de coca y sustancias controladas. República de Bolivia, 19 de Julio de 1988.

Decreto Supremo N° 22099, Reglamento a la ley 1008 Sobre régi-men de la coca y sustancias controladas. República de Bolivia, 28 de diciembre de 1988.

Código Orgánico Integral Penal (COIP). República del Ecuador, 3 de febrero de 2014.

Ley orgánica de prevención integral del fenómeno socioeconómico de las drogas y de regulación y control del uso de sustancias cata-logadas sujetas a fiscalización. República del Ecuador. República del Ecuador, 26 de Octubre de 2015.

RECURSOS DIGITALES

LA PATRIA (11 de Abril de 2011). En Bolivia existen cerca de 80 centros en rehabilitación de drogas y alcohol. Recuperado de: <http://www.lapatriaenlinea.com/index.php/somos-noticias.html%3Ft%3Del-dia-de-la-mujer-boliviana%26nota%3D44370?t=en-bolivia-existen-cerca-de-80-centros-de-rehabilitacion-en-drogas-y-alcohol¬a=64970>

BURGOS, Christian (8 de enero de 2018) Leyes considera que el código penal no sanciona debidamente el micro tráfico de drogas. Recuperado de: <http://www.lostiempos.com/actualidad/pais/20180108/leyes-considera-que-codigo-penal-no-sanciona-debidamente-microtrafico>