

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TEMA:

**LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES NO PRIVATIVAS DE
LIBERTAD EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS
CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN EN MÍNIMA ESCALA**

AUTORA:

**ABG. MARÍELA ISABEL GONZÁLEZ VEINTIMILLA
PREVIO LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:
MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TUTOR:

DR. JUAN CARLOS VIVAR ÁLVAREZ MSC.

GUAYAQUIL, ECUADOR

2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Abogada Mariela Isabel González Veintimilla**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez

REVISOR

Dr. Francisco Dávila Álvarez

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Miguel Hernández Terán

Guayaquil, a los 02 días del mes de diciembre de 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Mariela Isabel González Veintimilla

DECLARO QUE:

El Proyecto de Investigación **La procedencia de las medidas cautelares no privativas de libertad en el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en mínima escala** previa a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 02 días del mes diciembre de 2021

LA AUTORA:

Abg. Mariela Isabel González Veintimilla



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Mariela Isabel González Veintimilla

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, **la publicación** en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, titulada **La procedencia de las medidas cautelares no privativas de libertad en el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en mínima escala** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 02 días del mes de diciembre de 2021

LA AUTORA:

Abg. Mariela Isabel González Veintimilla



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

URKUND	
Documento	AB. GONZALEZ.docx (D115424231)
Presentado	2021-10-15 15:51 (-05:00)
Presentado por	Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)
Recibido	miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com
Mensaje	Mostrar el mensaje completo
	4% de estas 61 páginas, se componen de texto presente en 3 fuentes.

AGRADECIMIENTO

Expreso mis más sinceros agradecimientos a Dios por haberme permitido cumplir con un peldaño más de mis objetivos profesionales. A mis padres que con su inmenso amor y cariño me han inspirado y dado la fortaleza necesaria para alcanzar cada una de mis metas. Al Doctor Julio Garate Amoroso y Abogada Andrea Paola Cuesta Coronel, a quienes les agradezco infinitamente por ilustrarme con sus conocimientos en Derecho y el saber actuar con ética profesional, por ser el cimiento de mi carrera en el libre ejercicio profesional. A personas y amigos que han sido parte de mi formación académica. A mis docentes de esta Maestría de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil del Sistema de Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Maestría en Derecho Mención en Derecho Procesal que me han guiado con sus conocimientos para aprender nuevos enfoques jurídicos en el ámbito del Derecho. A mis compañeros de aula por haberme asistido en los momentos en que más lo necesite.

A todos ustedes gracias.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios quien en estos momentos me permite cumplir con una meta más de las propuestas en mi vida. A mi madre pues sin su apoyo no lo habría logrado, gracias por ser tu inspiración en cada oración hacia nuestro Señor Jesucristo, por tus palabras, consejos, abrazos, cariño, amor y por tener el privilegio de ser tu hija, en ella tengo el espejo en el cual me quiero reflejar. A mi padre que por su vasto amor y guía imperecedera que me ha permitido ser una persona de bien. A mi hermano por estar junto a mí en mi día a día con su presencia, cariño y por el inmenso amor que me impulsa para seguir adelante, además de saber que mis logros también son los suyos. A mis docentes que con su sacrificada labor han sido verdaderos maestros en el largo sendero del aprendizaje del Derecho.

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	II
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD	III
AUTORIZACIÓN	IV
INFORME DE URKUND	V
AGRADECIMIENTO	VI
DEDICATORIA	VII
ÍNDICE	VIII
RESUMEN	X
ABSTRACT	XI
Introducción	1
Capítulo teórico	11
Medidas cautelares	12
Prisión preventiva	18
Tráfico de drogas	22
El tráfico y la adicción a las drogas como fenómeno social y fenómeno criminológico	34
El respaldo del Estado a la persona adicta al consumo de drogas	38
El principio de mínima intervención penal	42
El principio de proporcionalidad y su relación con el juzgamiento del delito de tráfico de drogas	46
Referentes empíricos	51
Capítulo Metodológico y de resultados	54
Metodología	55
Alcance de la investigación	55
Exploratorio	55
Descriptivo	55
Explicativo	56
Métodos a utilizar	56

Cuadros de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis (CDIU)	59
Criterios éticos de la investigación	60
Resultados de normas jurídicas	61
Constitución de la República del Ecuador	61
Código Orgánico Integral Penal	63
Resultados de las entrevistas	71
Análisis de casos	77
Caso N° 1	77
Caso N° 2	81
Capítulo de discusión	84
Capítulo de propuesta	97
Impacto social	98
Impacto jurídico	99
Características de la propuesta	99
Desarrollo de la Propuesta	100
Conclusiones	102
Recomendaciones	105
Bibliografía	107
Anexos	111

RESUMEN

Los antecedentes de esta investigación están representados por la aplicación de la prisión preventiva en los casos del delito de tráfico de drogas en mínima escala como si fuera una regla general, desconociéndose de cierta manera en algunos casos la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares distintas a ella. Por lo tanto, el problema de la aplicación de esta medida cautelar personal como medida de restricción de la libertad afecta tanto el principio de mínima intervención penal, así como el principio de presunción de inocencia, puesto que dada la escala no se puede precisar si el procesado se trata de un microtraficante o un adicto del que constitucionalmente no se puede criminalizar su adicción. Respecto del *objetivo general* se propone reformar el artículo 220 numeral 1 literal a del Código Orgánico Integral Penal con miras a aplicar únicamente medidas cautelares no privativas de libertad en sustitución de la prisión preventiva en delitos tráfico de drogas por mínima escala. La metodología investigativa empleó la modalidad cualitativa a través de la revisión de doctrina, legislación, entrevista y estudio de casos. Los resultados de la investigación determinan la factibilidad de la propuesta. La discusión evidencia algunas posturas bastante definidas en favor de la aplicación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva según el problema que se aborda en esta investigación. En tanto que la propuesta es una manera de consolidar las garantías respecto de las personas con problemas de adicción están siendo criminalizados y no se está considerando su situación de salud.

Palabras claves: Medidas cautelares, Medidas cautelares alternativas, Mínima escala, Prisión preventiva, Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

ABSTRACT

The antecedents of this investigation are represented by the application of preventive detention in cases of the crime of drug trafficking on a small scale, as if it were a general rule, while in some cases the possibility of applying other precautionary measures different from it is unknown. . Therefore, the problem of the application of this personal precautionary measure as a measure of restriction of freedom affects both the principle of minimum criminal intervention, as well as the principle of presumption of innocence, since given the scale it cannot be specified whether the The accused is a micro-trafficker or an addict whose addiction cannot be constitutionally criminalized. Regarding the general objective, it is proposed to reform article 220, paragraph 1, literal a of the Comprehensive Organic Criminal Code with a view to applying only non-custodial precautionary measures to replace preventive detention in drug trafficking crimes on a small scale. The investigative methodology used the qualitative modality through the review of doctrine, legislation, interview and case studies. The results of the investigation determine the feasibility of the proposal. The discussion shows some quite definite positions in favor of the application of alternative precautionary measures to preventive detention according to the problem addressed in this research. While the proposal is a way to consolidate the guarantees regarding people with addiction problems, they are being criminalized and their health situation is not being considered.

Keywords: Precautionary measures, Alternative precautionary measures, Minimum scale, Preventive detention Illicit traffic of scheduled substances subject to control

Introducción

La elaboración del presente examen complejo trata del tema relacionado a la necesidad de aplicar otras medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva dentro del juzgamiento del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en mínima escala previstas por el artículo 220 numeral 1 literal a del Código Orgánico Integral Penal, lo que es factible a través de la aplicación de las medidas cautelares no privativas de libertad establecidas en el texto del artículo de la norma *ibídem*. Respecto al *objeto de estudio* de esta investigación está comprendido por las *medidas cautelares* las que se caracterizan por ser un elemento de conservación de los elementos de la infracción, además de asegurar la presencia permanente de la persona procesada para prevenir cualquier altercado durante el procedimiento penal.

Entre las medidas cautelares de carácter personal nos encontramos con la prisión preventiva, misma que tiene por finalidad asegurar la comparecencia de la persona procesada dentro de la causa penal que se sigue en su contra. Por lo tanto, para asegurar su cumplimiento, es necesario que se prive de la libertad temporalmente a la persona procesada dentro de un centro de privación de libertad con el justificativo de prevenir que esta persona evada la justicia y evitar que siga cometiendo otros delitos, que incluso tengan relación al delito por el cual se lo está juzgando, además de precautelar la integridad de la ciudadanía si se trata de una persona peligrosa. Estos factores fundamentan la procedibilidad de la aplicación de la prisión preventiva, la que es una de las medidas cautelares de mayor aplicación dentro de la realidad procesal ecuatoriana, particularmente cuando se trata del juzgamiento por la causa de la comisión de delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Lo expuesto nos permite establecer el *campo de estudio* de la presente investigación, mismo que está configurado por los *delitos de tráfico de drogas*. Este tipo penal es de recurrente comisión en la sociedad ya sea a nivel nacional e internacional, por lo cuanto resulta ser de carácter universal y transnacional, del que la sociedad ecuatoriana no está exenta, por el contrario, resulta muy común la comisión que tiene este hecho delictivo, que resulta ser una de las causas de perjuicio social muy agudizado en el Ecuador. Entonces resulta que este tipo de delito es uno de los de mayor concurrencia dentro del sistema de justicia penal, por lo que no resulta extraño que a diario la Fiscalía General del Estado y las judicaturas de lo penal en el Ecuador lo conozcan, investiguen y resuelvan procesos de este tipo.

El tráfico de drogas refleja una realidad preocupante en el país, no solo por el hecho de la comisión del delito, sino también por el hecho de generarse a diario nuevos consumidores y adictos que son llevados a una vida decadente y contraria al postulado constitucional de la vida digna y del buen vivir. Esta situación constituye un problema de salud pública, siendo pues que este se configura como delito que va en contra de la salud y de la vida, por lo que es necesario sancionar a sus responsables, sea en calidad de autores o de cómplices. No obstante, dentro de esta situación no solo hay que considerar la situación jurídica de la persona responsable por la comisión de este delito, sino también hay que tener en cuenta la situación de las víctimas, representada por el consumidor-adicto y por la sociedad.

En tal caso se aprecia que de forma progresiva se destruye la vida de muchas personas que sufren a causa de la adicción a las drogas, en la que no solo se afecta su estado de salud y lo que acorta de forma considerable su expectativa de vida, sino que también

perjudica el aspecto social y de familiar dentro de diversos contextos, en tal sentido, se enfatiza la necesidad de penas rigurosas para las personas responsables del delito de tráfico de drogas, además de que la víctima representada por el consumidor-adicto sufre de quebrantos en su salud, perjuicios en sus relaciones sociales e incluso podría sufrir la pérdida de su vida, en tanto que, la sociedad se ve afectada por el terreno que va ganando el tráfico de drogas, situación que se ve reflejada en la salud pública. Adicionalmente, el delito de tráfico de drogas conlleva de forma conexa la comisión de otros tipos penales de gravedad que afectan a la sociedad, tales como: robos, tráfico de armas, trata de blancas, tráfico de menores, tráfico de influencias, asesinatos, homicidios, sicariato, entre otras formas de crimen organizado.

Dentro del contexto hemos obtenido la *delimitación del problema de la investigación*, este consiste que, en los casos de delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, se tiene en cuenta entre las medidas cautelares la prisión preventiva en delitos de mínima escala, en la que dentro de dicho contexto la persona que porte cantidades de droga en mínima escala no necesariamente sea un traficante, sino que sea un consumidor, en tal caso, al aplicarse la medida cautelar de prisión preventiva ante un posible consumidor se atentaría con lo dispuesto en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, la que establece que el consumo diario de drogas son un problema de adicción pública; y, por lo tanto, no se permitirá su criminalización ni que se vulneren derechos constitucionales. Resulta necesario que la prisión preventiva que está establecida dentro del Código Orgánico Integral Penal no aplique para casos de mínima escala, sino más bien que se considere la aplicación de otras medidas cautelares alternativas, pero al reconocerse esta propuesta de manera expresa se afianza un precepto positivo que evite una

aplicación de medida injusta hasta que se demuestre la responsabilidad penal de la persona procesada.

Tal vulneración de derechos constitucionales se ve reflejada por el hecho que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos, por tal motivo, el sistema de justicia es parte de ese modelo de Estado de Derecho, dicho modelo instituido constitucionalmente, no puede desconocer garantías establecidas en favor de los ciudadanos, en especial cuando se trata de bienes jurídicos que requieren de una mayor protección estatal, la que debe practicarse y garantizarse por medio del aparato judicial.

Entonces, debe precisarse que, si entre las normas que forman parte del texto de la Constitución se establece que las adicciones son un problema de salud pública, y si sobre una persona existe la presunción sobre su responsabilidad penal por la comisión del delito de tráfico de drogas y si esta es en mínima escala, no se tiene la certeza si esa persona es un consumidor-adicto o un traficante, por lo que por principio de favorabilidad y por el principio *in dubio pro reo*, esta persona debe ser tratada como si fuese un consumidor o adicto hasta que se demuestre lo contrario, por ello deben aplicarse las otras medidas cautelares no privativas de libertad establecidas dentro del texto del Código Orgánico Integral Penal, de ese modo se estará garantizando lo que establece el artículo 364 de la Constitución, de forma tal, se ubica en primacía el derecho a la salud por sobre el interés procesal del Estado en privar a una persona momentáneamente de su libertad, aun cuando no existen elementos de convicción suficiente para llamarla a juicio y declarar su responsabilidad para poderlo privar de su libertad con una pena en firme.

De esa manera, el derecho a la salud en tal circunstancia debe prevalecer hasta que exista el mérito procesal en que se descubra que no se trata de un adicto, sino de un traficante, en tal caso, la persona debe ser sancionada con las penas previstas dentro de la legislación penal ecuatoriana. Consecuentemente, la pena que corresponde aplicar comprende desde uno a tres años por el delito de tráfico de drogas por mínima escala, en especial por tratarse de un delito que afecta a la salud pública de los ciudadanos en el país.

Por consiguiente, dentro del sistema penal ecuatoriano, se precisa otras medidas cautelares que permitan asegurar la comparecencia del procesado dentro de la investigación penal, por el contrario, si se le impone la prisión preventiva, dicha persona tras enfrentar un problema de salud por causa de las adicciones, se le desconoce la presunción de inocencia determinada dentro del texto constitucional.

De igual manera, la Constitución establece como parte del debido proceso el *in dubio pro reo*, por lo que tal derecho no puede verse desconocido ni vulnerado, esto en consideración del tema de mínima escala prevista por el Código Orgánico Integral Penal, mismo que nos dice que existe un margen de duda que parte de la garantía de no criminalización de las adicciones previstas por la Constitución de la República del Ecuador, en efecto, se describe y se puntualiza que de no conocerse con certeza si la persona procesada es un traficante o consumidor-adicto, no debe aplicarse la prisión preventiva. Partiendo del principio *in dubio pro reo*, debemos establecer que debe aplicarse cualquiera de las otras medidas cautelares no privativas de libertad.

Esto nos lleva a reflexionar que, dentro de la legislación penal ecuatoriana regulada por el Código Orgánico Integral Penal, se determina que la prisión preventiva se aplicará

para delitos superiores a un año, pero en este caso, se podría tratar de delitos con penas de un año, por lo que no necesariamente se debe aplicar la prisión preventiva, en especial cuando dentro de la misma normativa procesal ibídem se prevé otras medidas cautelares, además, la Constitución dentro de las garantías del debido proceso en el ámbito de justicia penal, se determina que la privación de la libertad no será la regla general y también que los jueces podrán aplicar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

Al aplicarse medidas cautelares no privativas de libertad, se respeta el principio de presunción de inocencia y el principio del in dubio pro reo, y más que todo, ante la duda existente sobre si estamos hablando de un traficante o de consumidor-adicto, prevalece el derecho a la salud como parte de los derechos fundamentales reconocidos por un Estado de Derecho, donde prima el derecho a la vida, el respeto a la dignidad y el buen vivir, de tal manera, se logra fortalecer un aspecto de garantismo que a nivel procesal se preocupa por la situación jurídica y de las condiciones de salud pública de un grupo de personas que la Constitución les reconoce asistencia y protección especial dadas sus condiciones de vulnerabilidad.

Por consiguiente, se establece que la presente propuesta de investigación reúne los requisitos para ser acogida, evidentemente, como se precisó líneas arriba, se trata de proteger a un grupo de personas vulnerables como lo establece la Constitución, inclusive, el hecho de aplicar otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, no resta que en el decurso de la investigación penal, al cierre de la instrucción fiscal y en etapa de juicio se pueda demostrar la responsabilidad penal de la persona procesada e imponer la pena prevista por la normativa del Código Orgánico Integral Penal.

Al cumplirse esta prerrogativa se puede afianzar en dicho contexto los postulados garantistas del proceso penal dentro de la tipología del juzgamiento de los delitos de tráfico de drogas en el Ecuador. En tal sentido, estas disposiciones guardan conformidad con lo establecido por las normas de la Constitución enunciadas con anterioridad. En síntesis, lo que se trata de proteger es la situación de vulnerabilidad de una persona de la que no se tiene certeza si se trata de un adicto-consumidor, o si se trata de un traficante de estas sustancias vetadas por la legislación penal del Estado ecuatoriano.

Con relación a algunos aspectos que se han tratado de forma previa, el problema puede estar situado en cuanto a que las medidas cautelares de la prisión preventiva en delitos de tráfico de drogas por mínima escala son aplicadas en el ámbito de justicia penal, pero la prisión preventiva al no ser estimada y no ser del todo procedente por el margen de duda entre adicto-consumidor y micro traficante por lo tanto, debe destacarse que de esa manera se positiva un aspecto relacionado con el garantismo en favor de un grupo de personas vulnerables, tal cual está previsto por la norma constitucional.

Las consignas por las que se desarrolla esta investigación apuntan a la sistematización del principio de seguridad jurídica dentro de un escenario o contexto punible que ofrece algunas dudas, tal como se ha precisado con anterioridad en algunos apartados de este documento científico. Por consiguiente, lo que se trata de destacar es el hecho que la norma sea más puntual y expresiva en cuanto a una situación jurídica en la cual una persona procesada por mínima escala de tráfico de drogas puede verse en una situación de desventaja en tal caso, lo que se trata a su vez es afianzar este principio que al mismo tiempo valida a las garantías del debido proceso dentro de la legislación ecuatoriana, aplicando esta prerrogativa en el marco del derecho procesal penal en el Ecuador.

Dicho todo lo anterior, corresponde plantear la *pregunta de la investigación*, misma que es formulada con la siguiente consigna:

¿Cómo se puede desarrollar una reforma sustantiva al Artículo 220 numeral 1 literal a del Código Orgánico Integral Penal para establecer únicamente la aplicación de medidas cautelares no privativas de libertad en sustitución de la prisión preventiva en casos de comisión del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización cuando se trate mínima escala?

En lo que concierne a la *premisa* de la investigación debe considerarse que según lo establecido en la doctrina respecto a la prisión preventiva y a las medidas cautelares, es necesario de conformidad con el análisis documental del artículo 77 numerales 1 y 11 de la Constitución y los artículos 220 y 522 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, en conjunto con las investigaciones empíricas que comprenden entrevistas a cinco profesionales del derecho en áreas penales y constitucionales, y de sentencias de judicaturas penales, en cuestión se podría disponer de los presupuestos necesarios para a través de la Asamblea Nacional reformar el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal en su numeral 1 literal a para aplicar medidas cautelares no privativas de libertad en sustitución a la prisión preventiva en los casos por delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización en proporciones de mínima escala.

En lo que concierne a los *objetivos* de la investigación se dispone el *objetivo general* y los *objetivos específicos*. En cuanto al *objetivo general* este consiste en proponer una reforma sustantiva al artículo 220 numeral 1 literal a del Código Orgánico Integral Penal para aplicarse únicamente medidas cautelares no privativas de libertad en sustitución de la

prisión preventiva por la comisión de delitos tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización en proporciones de mínima escala.

Respecto de los *objetivos específicos* estos consisten en:

1. Explicar a través de la doctrina las características o elementos constitutivos de la prisión preventiva y de las medidas cautelares, así como del delito de tráfico de drogas.
2. Analizar las disposiciones de las normas jurídicas de la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal que fundamentan los presupuestos adecuados para la aplicación de las medidas cautelares y la prisión preventiva, especial y particularmente la aplicación de medidas cautelares por la comisión de delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización, siendo que en casos de mínima escala se requiere de la disposición de medidas cautelares no privativas de libertad.
3. Estudiar casos desarrollados en cualquiera de las judicaturas para reconocer situaciones en las que proceden medidas cautelares no privativas de libertad en sustitución a la prisión preventiva en casos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización en cantidades de mínima escala.
4. Realizar entrevistas a cinco profesionales del Derecho Penal que opinen sobre la aplicación de medidas cautelares no privativas de libertad en sustitución a la prisión preventiva en casos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización en cantidades de mínima escala.

En lo que se refiere a los *métodos de la investigación* se ha procedido a la aplicación de los métodos *teóricos* y *empíricos*. Los *métodos teóricos* comprenden el estudio de las

normas jurídicas y de la doctrina para proceder al estudio del problema de la investigación, conocer sus causas y efectos sobre un grupo de personas o unidades de observación determinadas, estos métodos consisten en el sustento de diversas investigaciones donde existen criterios, posturas y opiniones que permiten efectuar y reconocer diferentes tipos de diagnósticos al problema, así como la solución correspondiente para la problemática en cuestión. Entre los principales métodos teóricos se ha recurrido a emplear los siguientes: *Histórico-jurídico, Jurídico-doctrinal, análisis-síntesis, inductivo-deductivo, exegético-jurídico y jurídico-comparado.*

Los *métodos empíricos* se aplican mediante la recolección de datos o información donde participan otras personas de la labor investigativa con la finalidad que con su trabajo y experiencia ilustran una visión u óptica más específica de la problemática que forma parte de la investigación. Estos métodos reúnen el desarrollo de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis, para lo cual se recurre a técnicas como la práctica de *entrevistas* a profesionales de una rama específica vinculada con el área o línea de investigación, en este caso en la órbita procesal penal. Del mismo modo, se procede al *análisis de sentencias* que corresponden a esta investigación en diversas judicaturas penales.

La *novedad científica* está representada por el sustento analítico que propone la defensa de los postulados del garantismo procesal al reconocer la aplicación de las medidas cautelares no privativas de libertad en sustitución de la prisión preventiva en delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización en proporciones de mínima escala. De tal manera, se evitará el abuso de la facultad punitiva del Estado y se podrá aplicar con suficiencia las garantías del debido proceso, esto que a su vez se reconocen y satisfacen los

principios de la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, la favorabilidad de la aplicación de derechos y la seguridad jurídica.

En consecuencia, la novedad científica tiene como eje fundamental el destacar un aspecto que no ha sido considerado por parte de los legisladores penales, el cual es reconocer que existen otras medidas cautelares para asegurar la comparecencia de la persona procesada en la causa penal, concretamente en los casos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización en proporciones de mínima escala. Al llevarse a cabo o al producirse esta consideración, la justicia penal en el Ecuador evolucionará en materia de garantismo, dado que la facultad punitiva del Estado será empleada de forma más racional, por ende, no se aplicará la prisión preventiva de forma desproporcionada, abusiva y carente de fundamentos y motivación conforme a derecho.

Capítulo teórico

En este capítulo se destaca algunos aspectos relacionados con la descripción teórica en relación con el objeto y el campo de la investigación. Por lo tanto, a través de la doctrina se trata de destacar algunos aspectos constitutivos de estos elementos que dan forma al problema de la investigación que se aborda en este examen complejo. Es por este motivo, que las descripciones teóricas en cierta manera permiten medir o reconocer algunos

aspectos esenciales y medulares del problema, así como su trasfondo para poder aportar soluciones dentro del ámbito de la justicia procesal penal.

Medidas cautelares

Respecto a las medidas cautelares estas tienen por finalidad asegurar la presencia de la persona procesada dentro del proceso penal, así como también evitar que cometa otros delitos e inclusive imponer ciertas restricciones a sus bienes o patrimonio como forma de asegurarse las dos premisas anteriores (Martín, 2016). Como bien se conoce las medidas cautelares en materia procesal penal son personales y reales, siendo las personales las que se aplican en contra de la persona procesada y las reales en contra de sus bienes o patrimonio.

Las medidas cautelares son parte importante del proceso penal, lo que se debe a que estas medidas tienen por objeto contar con la presencia del procesado y conservar los vestigios o pruebas generalmente materiales y documentales de la comisión de una infracción penal. Es decir, el rol que juegan las medidas cautelares dentro del proceso penal es indispensable, puesto que se trata de evitar jurídicamente que se desvanezcan los indicios que permitan demostrar la materialidad de la infracción y quién es el culpable o responsable de la misma. De no existir procesalmente las medidas cautelares, no se podría en realidad llevar un adecuado proceso penal, dado que su carácter restrictivo impide que la persona sobre quien pesa la acusación evada el accionar de la justicia. Del mismo modo, las medidas cautelares tratan de evitar que se desaparezcan los elementos de los cuales se estime se pruebe la comisión del daño, e incluso se trata de evitar que el delito en cuestión u otras actividades delictivas en relación con quien las comete siga en expansión.

Considerando lo antes dicho, cabe acotar que, en relación con lo que constituyen o representan las medidas cautelares se recurre a la definición aportada por De la Rosa (2015) quien consideró que las medidas cautelares son una previsión por el legislador en la que se trata de asegurar o garantizar el éxito del proceso penal, además que estas medidas contribuyan a que la sentencia de los tribunales penales sea cumplida de manera cabal y exitosa. Estas medidas están justificadas por el hecho que trata de contribuir en la efectividad de las actuaciones procesales que ameritan para la realización de las investigaciones penales, esto con la finalidad de conocer la materialidad de la infracción y su presunto responsable.

En consecuencia, las medidas cautelares implican que se emitan para poder brindar mejores condiciones para que se lleve a cabo la investigación penal, la que puede necesitar de un tiempo más o menos considerable en algunos casos de cierto nivel de complejidad para cumplir con las diligencias que son parte esencial de la tarea investigativa. Por lo tanto, estas medidas tratan de evitar principalmente el peligro de fuga de la persona procesada para impedir que esta se oculte del accionar del sistema de justicia. En otros casos, se trata de evitar el peligro de fuga por medio de las medidas cautelares puesto que, la persona procesada trata de evitar que se ejecutoríen los efectos jurídicos de la sentencia mediante el imperio o aplicación del ministerio de la ley.

Por tales razones, se precisa que a lo largo del proceso es conveniente la adopción de diversas medidas cautelares en relación con la persona o identidad del imputado, de tal manera que estas medidas puedan ser lo suficientemente efectivas para que se cuente con su presencia dentro del proceso penal en el que se lo está investigando por la supuesta comisión de una infracción penal. Generalmente, estas medidas son aplicadas de manera

recurrente en la etapa de instrucción fiscal, orden que debe proceder por parte de órgano competente. Además, de evitar el ya mencionado peligro de fuga, también se trata de evitar que se destruyan las pruebas que puedan demostrar la existencia de la verdad de los hechos, así como lo relacionado con la verdad procesal.

En consecuencia, las medidas cautelares tienen la finalidad de precautar los intereses procesales, para esto se tienen que cumplir con ciertas actuaciones o restricciones de derechos que permitan que se cuente con la presencia de la persona procesada para así en la sustanciación procesal, en lo posterior arribar a una sentencia. Por lo tanto, se requiere de un cierto margen de tiempo para proceder con las investigaciones a nivel penal, por lo que se trata de evitar que la persona procesada escape al accionar del sistema de justicia penal.

En tal sentido, tales medidas resultan indispensables en el afán de contar con la persona procesada. y que este aporte con los elementos necesarios para la investigación penal y tener los fundamentos suficientes que contribuyan a pronunciar una sentencia a cargo de los tribunales de justicia competentes para el efecto. Al reconocer qué son las medidas cautelares, se tiene que determinar que estas son de carácter personal y de carácter real. Por una parte, las de carácter personal son las que caen sobre la persona procesada, en la que se dispone de la restricción o interdicción de ciertos derechos, y, por otra, existen las medidas de carácter real las que se aplican en cuanto a la disponibilidad de ciertos bienes o patrimonio de las personas procesada (García & García, 2005).

Como se precisó de parte de los referenciados autores, estas restricciones o bien se hacen efectivas en la persona procesada o en los bienes o patrimonio de los mismos, lo cual genera distintos tipos de impedimentos, tanto en la libertad, en la movilidad y en la

disposición de bienes, con lo que no existe otra alternativa para la persona procesada a tener que comparecer frente a la administración de justicia penal, para de ese modo contribuir con la investigación penal.

Consecuentemente, las medidas cautelares tienen el propósito de evitar el peligro de fuga o la evasión de la justicia de parte de la persona procesada, no obstante, la aplicación de las medidas cautelares debe proceder dentro de un marco de respeto de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos procesales (Grif & Allen, 2002). En dicho sentido, se requiere precisar que las medidas cautelares representan la protección del interés del proceso, en este caso de contar con la persona procesada para una adecuada investigación penal (Fábrega, 1998). En virtud de lo antes expresado, cabe remarcar que las medidas cautelares tratan de afianzar la presencia del procesado, mas no debe interpretarse como que si su función fuera asegurar la punición de la persona procesada, dado que aquello sería vulnerar las garantías del debido proceso y de la seguridad jurídica.

En la perspectiva antes mencionada, las medidas cautelares también en el contexto procesal penal son reconocidas en la doctrina de conformidad el siguiente criterio de parte de Martín (2016) quien acotó que las medidas cautelares pueden considerarse como medidas que disponen de un carácter restrictivo de los derechos. En tal caso, las restricciones de derechos versan por aspectos relativos a la libertad de la persona (libertad de tránsito) y del arbitrio o libre disposición de sus bienes jurídicos, generalmente tratándose del patrimonio de la personas imputada o procesada dentro de la causa penal.

El aspecto restrictivo mencionado líneas arriba implica el hecho de constituir un control tanto de la investigación, así como de la participación y de todo acto que pueda realizar la persona procesada y que pueda afectar los resultados de la investigación penal.

Por consiguiente, el propósito de las medidas cautelares es entendido como el hecho de aprovechar la presencia de la persona procesada, estando los operadores de justicia plenamente seguros que esta persona no podrá eludir o escapar de los actos investigativos y procesales de parte de la administración de justicia penal. Tal situación involucra la continuidad de las investigaciones procesales donde en su decurso se conformará o se negará el elemento de responsabilidad penal que se atribuye a la persona procesada.

Por lo tanto, de las deducciones de las investigaciones procesales y del razonamiento de los operarios del sistema de justicia penal, se podrá sentenciar y sancionar a la persona procesada; o, por el contrario, se ratificará el estado de inocencia dentro de la causa penal donde ha sido partícipe por las acusaciones, sea de la Fiscalía, de las víctimas y/o otros denunciantes, Consecuentemente, las medidas cautelares implican o entrañan esa finalidad de conservar la participación y la concurrencia de la persona procesada, así como la preservación de ciertos elementos de la infracción que son piezas claves para la resolución del caso que compete a la administración de justicia penal.

Según lo expresado en líneas superiores, las medidas cautelares representan precisamente un control tanto sobre la persona, así como del proceso. En dicho sentido, el proceso no puede en algunos casos llevarse a cabo en ausencia de la persona procesada; salvo el caso de los delitos en contra de la eficiencia contra la administración pública como lo es en la realidad ecuatoriana, por lo que, en el caso de no poderse llevar un juzgamiento en ausencia, se requiere asegurar la presencia de la persona procesada, lo que se debe llevar de acuerdo con los procedimientos o herramientas previstas por las leyes o las normas procesales penales.

Como bien se reconoce, el derecho penal se caracteriza por ser eminentemente garantista, en ese contexto, si el proceso penal no reconoce las garantías del debido proceso, simplemente no puede estimarse como un proceso, sino como una acusación y juzgamiento directo de la persona sobre la cual se imputa la comisión de un delito (Santos, 2009). De acuerdo con esta referencia, se establece que el juzgamiento de una persona debe reunir una serie de condiciones, las que median entre contar con la presencia de la persona procesada, pero del mismo modo se debe llevar a cabo la investigación penal respetando los derechos de esta persona. Dicho de otra forma, debe existir un equilibrio entre la aplicación de las medidas cautelares y las demás garantías que son parte del debido proceso, dado que no solo se trata de arribar a un resultado procesal, también se debe considerar los derechos de las personas que están siendo procesadas penalmente.

Lo que se trata de destacar de las líneas anteriores es el hecho que las medidas cautelares son necesarias para el desarrollo efectivo de la investigación penal, pero de la misma manera estas dentro de una causa penal deben ser solicitadas y dispuestas de forma racional, proporcional y equivalente a los hechos suscritados y que son objeto de la investigación. De la misma manera, deben atender el tipo penal cometido y acoplarse a dicho precepto normativo para que las investigaciones penales produzcan los resultados por parte de la administración de justicia penal en el sistema jurídico ecuatoriano.

En resumidas cuentas, las medidas cautelares deben aplicarse respetando de sobremanera los derechos de las personas procesadas, en especial en lo que concierne a las garantías del debido proceso y la seguridad jurídica. Es así, que las medidas cautelares deben guardar relación y correspondencia con el debido proceso penal, el mismo que según Bacigalupo (2005) es el respeto de los procedimientos y las garantías de los derechos

fundamentales, y en esencia de los derechos procesales que se consideran dentro del marco del proceso penal. Es, por lo tanto, el debido proceso penal uno de los máximos indicadores del garantismo dentro del concierto de un Estado de derechos y de justicia.

Prisión preventiva

La prisión preventiva a consideración en doctrina para Guerra (2011) supuso uno de los métodos que se podría considerar más efectivos para que las persona que son procesadas dentro de una causa penal se encuentren impedidas de evitar el accionar investigativo del proceso de los órganos de justicia penal. Por lo tanto, esta medida cautelar en cierta manera se podría considerar como una de las medidas cautelares que mayor utilidad supondrían para que el procesado esté presente dentro de la causa por lo que los jueces que la aplican saben que esta restricción a la libertad y a la movilidad del procesado implica esa certeza de contar con el procesado en el decurso del proceso penal y cada vez que resulte necesario. Esta medida cautelar en consecuencia es eminentemente favorable para que el sistema de justicia penal pueda realizar sus pesquisas.

En tanto que, en la perspectiva de Castillo (2015) la prisión preventiva no solo equivaldría a una privación temporal de la libertad para fines netamente investigativos, sino que precisa de cumplir con ciertos requisitos o ciertas prerrogativas que certifiquen su validez. Evidentemente, a criterio del mencionado autor, se tiene que considerar que la prisión preventiva no puede ser una medida que se aplique a discreción de parte de los jueces penales, sino que debe estar debidamente motivada y justificada. Esa motivación se haya cuando se trate de delitos de gran repercusión social y que impliquen el riesgo que el procesado se fugue o realice cualquier acción evasiva de las investigaciones del sistema de justicia penal.

Esta medida cautelar en opinión de Franco (1996) ha resultado la opción más práctica que tienen fiscales y jueces que aras de la intermediación penal se busca contar de un modo más seguro a la vez que estricto con la comparecencia del procesado. Sin embargo, se sostiene que tal medida debe ser lo suficientemente racional para no restringir la libertad de la persona procesada de manera injustificada e inconstitucional. De la misma forma, no se puede aplicar una medida coercible si no existe un peligro o amenaza tanto de expansión del delito, así como el hecho que se puedan desvanecer los indicios o las pruebas que lo constituyen.

El aspecto cuestionable de la prisión preventiva siempre está demarcado en torno a su procedibilidad por cuanto a criterio de Reyes (2016) no es una medida que deba aplicarse con ligereza. Este autor propuso la reflexión que toda medida que restrinja o limite la libertad de una persona debe ser evaluada con cautela, puesto que la premisa de necesidad en relación con el delito cometido debe ser altamente convincentes para privar de manera transitoria de la libertad a una persona que está siendo investigada penalmente. Precisamente, si esta medida cautelar no se ha fundamentado en los aspectos antes mencionados, puede dar lugar a una inconstitucionalidad de la causa penal, y lógicamente a su nulidad.

Otros apuntes de doctrina como el propuesto por González (2016) indicó que la prisión preventiva debe ser una de las últimas medidas que se debe practicar o aplicar por parte de los magistrados penales. Este último recurso se justifica por el hecho que la libertad se estaría viendo afectada por una medida que debe únicamente utilizarse o emplearse en casos donde se trate de delitos cuya gravedad genere conmoción social en grandes escalas o proporciones. Del mismo modo, se apuntó que la medida en cuestión

debe ser practicada o ejercida en contra de aquellas personas procesadas que representan un gran peligro para la sociedad, así como para las víctimas del delito, de la misma manera que existan indicios o sospechas fundamentadas para evitar su juzgamiento.

En la perspectiva del propio González (2016) la prisión preventiva basa su elemento de coerción en ese imperativo que tiene el Estado para ejercer su facultad punitiva. En este caso, dicha facultad no solo se centra en la imposición de elementos sancionatorios, sino en intentar generar las bases de un sistema penal justo y racional que sepa de manera acertada en qué momentos se debe aplicar esta medida de carácter cautelar. En relación con lo manifestado en estas líneas, lo que se trata de analizar es el hecho que una medida de privación de libertad, aunque sea provisional no puede ser arbitraria solo porque resulte como un recurso eficaz, sino que debe ser coherente y consecuente con los derechos y garantías que son parte del sistema de justicia dentro de un Estado de Derecho.

A lo antes manifestado, se debe agregar lo aportado por Romero (2015) quien reconoció que la prisión preventiva dentro del grupo de las medidas cautelares personales se destaca no solo por un aspecto privativo de la libertad, sino también por ser en cierta manera una pena o sanción anticipada donde su aplicación amerita en función de los hechos que se juzgan y de la situación jurídica de la persona procesada. Es decir, se debe tratar de ponderar hasta qué punto es lógica y practicable esta medida, de manera tal, que no suponga una privación de la libertad que se haya procedido a aplicar de forma ilegítima, aun cuando se intente asegurar la presencia del procesado dentro de la causa.

En relación con lo aportado en las líneas anteriores, resulta bastante sensato y admisible suponer que la prisión preventiva trata de ser aplicada por los jueces de garantías penales como una forma de cuidar y respaldar la labor investigativa de una causa penal. No

obstante, no se puede desconocer que un proceso penal es garantista y que no solo se centra dentro del ámbito penal en lo que el Estado y el sistema de justicia pueda realizar de manera racional, sino también debe evaluarse y ponderarse los derechos de la persona procesada, de tal modo, que esta medida cautelar no solo proceda en derecho, sino que sea justa y que trate de estar alineada con los postulados del garantismo.

Se expone justamente este carácter de evidente de la prisión preventiva cuando se aplica en delitos que realmente ameritan su concurso. En tanto que, en los casos en que esta medida se haya aplicado pudiendo haberse dispuesto otras medidas, se estaría configurando una posible violación de garantías al debido proceso, puesto que entraría en juego el principio de proporcionalidad. Este principio toma lugar por cuanto la privación de la libertad, aunque sea momentánea no puede ser una medida exagerada en relación con el delito cometido y a su vez de acuerdo con la situación de la persona procesada, siempre y cuando existan motivos o méritos suficientes para aplicar otras medidas cautelares.

A estimación de Mora (2015) la esencia de la prisión preventiva no se basa en ser un posible elemento de sanción que se aplique de forma previa al procesado, sino que es una previsión que busca impedir cualquier intento de esta persona por evitar que la justicia realice sobre él las actividades de investigación y de juzgamiento en función de hallar méritos en su responsabilidad penal mediando su presencia en la causa, lo que dará las pautas para la ratificación del estado de inocencia o la determinación de la responsabilidad penal. De ese modo, esta medida suele presentar esa dicotomía entre asegurar la presencia dentro del proceso o aplicar las garantías a sabiendas que una posible aplicación de otras medidas cautelares en algunos casos no tenga la misma efectividad.

Según lo indicado en las líneas precedentes, la prisión preventiva implica inclusive un factor de riesgo que conlleva la posibilidad de ser una medida aplicada de manera adecuada, racional, necesaria y motivada, a ser una medida que sea todo lo opuesto por lo que se opondría a las premisas garantistas del debido proceso. En relación con esta premisa, la persona procesada tiene a su favor garantías que no pueden ser menoscabadas, entre esas, el derecho a que en caso que amerite, se reciba una medida cautelar menos coercible, lo que en este contexto se trata acerca del proceso penal.

En síntesis, la prisión preventiva es una medida de la que no se puede cuestionar su utilidad, sin embargo, lo que se debe considerar es que esta no puede desatender ciertos criterios como se ha apuntado en esta investigación que sirven para legitimar su aplicación dentro de un sistema penal que se caracteriza por ser garantista. Dentro de ese garantismo se busca plasmar como se ha sostenido un equilibrio entre las pretensiones punitivas del Estado, así como las garantías del debido proceso como un rasgo característico y esencial que debe primar dentro del ordenamiento jurídico.

Tráfico de drogas

Los *delitos de tráfico de drogas* son delitos de amplio espectro social, esto se debe a que sus repercusiones a nivel de la ciudadanía son de gran alcance, puesto que se corrompen a personas para inducir a más individuos para su consumo y tráfico, el que puede ir desde escalas mínimas a escalas máximas. Incluso, los delitos de drogas pueden dar lugar a la existencia de otros delitos conexos, por lo que es necesario combatirlos con todos los mecanismos legales que resulten posibles. De esa manera, se trata de precautelar

la seguridad de la ciudadanía y su salud pública que se ven afectados severamente por este delito de tráfico de drogas y sus implicaciones.

No obstante, tampoco se puede invisibilizar la problemática de que las adicciones son un problema de salud pública, el mismo que, afecta a gran cantidad de personas, y en los tiempos actuales afecta a los jóvenes en especial. Sin embargo, el artículo 36 de la Constitución determina que las adicciones son un problema de salud pública, por lo que no se puede criminalizar.

En dicho contexto, la adicción a las drogas fomenta el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, por lo que, dicha situación plantea el escenario en el que se fomenta el consumo dentro de la figura de la mínima escala, por lo que resulta complejo determinar si la posesión de droga implica tráfico o consumo por adicción, lo cual no se puede conocer hasta que se resuelva el proceso penal. Por lo tanto, ante tal incertidumbre resulta improcedente que se aplique la prisión preventiva en casos de mínima escala, hasta que se pueda determinar una situación jurídica distinta en que se compruebe la evasión de las otras escalas, por lo que no sería dable aplicar la prisión preventiva, y una privación de libertad sería procedente con mayores elementos de convicción dentro de la etapa de juicio.

Según lo antes acotado, se considera como droga, siendo que la droga es “toda sustancia que, introducida en el organismo vivo, puede modificar una o más funciones de éste” (Kramer & Cameron, 1975, p. 13). Por lo tanto, la droga insertarse dentro del organismo de una persona, incluso de especies animales, genera graves perjuicios en sus funciones vitales u orgánicas. A esto se agrega que es muy amplia la cantidad de personas que consumen drogas para alcanzar ciertos placeres o satisfacciones de carácter físico o mental, lo que realizan ignorando o inobservando que le producirá en mayor o menor

medida de tiempo severos problemas de salud que comprometan o arriesguen sus propias vidas.

Por lo tanto, desde los primeros antecedentes de consumo de drogas que se remontan desde hace unos 5000 años a. C. se estima que uno de los primeros países donde se produjo el consumo de drogas se produjo en la China con la finalidad de al consumirla se trataba de escapar de la realidad, o para poder hacer frente a algún tipo de situación mediante la inhibición del miedo que producía el consumo de algún tipo de opiáceo. Desde ese entonces, hasta a la actualidad el consumo ha generado modelos de tráfico con los problemas de delincuencia y crimen organizado como se los conoce (Arana & Márquez, 2013),

En palabras de Guinot (2018) el delito de tráfico de drogas dentro del contexto jurídico y social presente algunos tipos de particularidades que deben ser descritos de conformidad con la doctrina. En efecto, se parte del hecho que el tráfico de drogas es un delitos de gran y notable repercusión y connotación social. Esta connotación está representada por el hecho que el tráfico de este tipo de sustancias implica a un atentado contra la salud y la vida de las personas que la consumen. Del mismo modo, este tipo de delitos implica la existencia de un amplio entramada de capas que ocultan diferentes tipos de delitos o crimen organizado.

En este tipo de delitos, el tráfico de drogas oculta muy bien otro tipo de operaciones en las que se evaden los controles de la fuerza pública, así como de las autoridades de justicia. A su vez, cabe acotar, que el tráfico de drogas a nivel mundial logra expandirse cada vez a mayor magnitud y escala, por lo que el derecho, tanto en los aspectos normativos, así como en los procesales, deberá disponer o aplicar las herramientas que

permitan combatirlo en derecho. De tal manera, se tratará de reducir el impacto de la comisión de estos delitos a nivel de todas las sociedades en el contexto global.

Naturalmente, el tráfico de drogas es un delito que se caracteriza porque afecta distintos aspectos de la vida en sociedad. A dichos aspectos de orden de salud pública, de seguridad familiar, de prevención contra la delincuencia a través del crimen organizado y delitos conexos, el derecho penal guarda especial atención tanto en la forma de establecer las penas, y del mismo modo de llevar a cabo el procedimiento en que se trata de investigar minuciosamente el *modus operandi* de la comisión de este delito. En tal caso, los delitos de tráfico de drogas representa un problema de criminalidad en expansión que todos los Estados tratan de erradicar o cuando menos de reducir su comisión y de minimizar los impactos que producen en las distintas aristas sociales. A esto se puede decir, que el derecho procesal penal está en la búsqueda permanente de comprender el fenómeno de la criminalidad en los delitos de droga, tanto en la personalidad de sus partícipes como en los medios o mecanismos que utilizan para cometerlos.

En tanto que, en la perspectiva de Soto (1988) el tráfico de drogas dentro del contexto del derecho procesal penal implica algunas valoraciones interesantes que son expuestas por este autor quien sostuvo que los delitos de tráfico de drogas por el peligro social que representan implican la imposición de una condena o sanción drástica a sus responsables. Por lo tanto, las penas deben ser drásticas en la magnitud que haya cabida según el tipo de daño que genere este tipo penal, el que generalmente refleja daños graves tanto en el deterioro de la salud como en el de las relaciones sociales de la persona consumidora o adicta.

En lo que concierne a los daños, se debe destacar que el tráfico de drogas no solo implica la afectación de un bien jurídico singular. Por el contrario, este tipo penal entraña la comisión y la afectación simultánea de varios bienes jurídicos, lo que ocurre de manera megadiversa. Esta situación es corroborable por el hecho que el tráfico de drogas está precedido del consumo y la demanda de venta o expedición de drogas en diferentes escalas. Este factor a su vez se asocia con problemáticas de salud pública, así como de seguridad ciudadana puesto que no es desconocible la relación con delitos de delincuencia organizada. Estos delitos de criminalidad organizada a su vez invoculan: tráfico de armas, tráfico de influencias, sobornos o extorsiones, trata de personas, sicariatos, homicidios, entre otros.

Principalmente, bien cabría puntualizar que el tráfico de drogas *per sé* es una expresión o forma de delitos contra la vida. Esta caracterización propuesta obedece porque el consumo de drogas conlleva al deterioro de la salud, así como el riesgo de la integridad física y psicológica, y este deterioro puede derivar en la muerte de la persona consumidora o adicta. Esta inducción al consumo, como se ha destacado en algunos puntos de esta investigación siempre tendrá entre sus características visibles el generar un estado agudo de adicción, el que multiplica de manera sustancial las dificultades del adicto en sostener relaciones interpersonales normales. Por lo tanto, se ven afectadas las relaciones con la familia, amigos, trabajo, estudios y todos quienes ocupen distintos espacios dentro de su círculo social.

Debe remarcarse, que el tráfico de drogas por los aspectos de delitos anexos que conlleva, como algunos de los mencionados con anterioridad, implica la financiación de otros tipos penales que son parte de la delincuencia organizada y sus ganancias que se

producen a nivel de una comunidad, así como a nivel internacional o de contexto global. Según estos tipos de delitos, la legislación penal trata de ser lo más severa posible en sancionar a los responsables de este tipo de delitos. En cuanto a la arista procesal, se señala que la complejidad de las investigaciones son parte de la actividad procedimental para sancionar los delitos de tráfico de drogas, por lo que, cada vez resulta más necesario actualizarse en el aspecto criminológico en que se producen las formas como se comete el delito de tráfico de drogas.

En relación con lo expresado en las líneas precedentes, el delito de tráfico de drogas es un delito que conlleva la ejecución de muchas facetas, lo que se debe al gran alcance que este tiene. Por lo tanto, es imperativo que la legislación penal contemple que la carga punible o la pena para este tipo de delitos sea rigurosa cuando se compruebe la materialidad de la infracción. No obstante, se puede precisar que cualquier Estado dentro de su ordenamiento jurídico está consciente de la gravedad que implica la comisión del tráfico de drogas, por lo que buscará que las penas sean severas, pero proporcionales de acuerdo con la gravedad de la infracción. Sin embargo, para determinar las penas en cuestión para los casos de la comisión de delitos de tráfico de drogas, es necesario ponderar todos los daños que son colaterales y que se derivan del tráfico de este tipo de sustancias dentro de distintos niveles de escala.

Por consiguiente, para que la legislación penal imponga penas acordes al delito en cuestión y a su gravedad, debe considerarse el alcance y las implicaciones que tiene el delito de tráfico de drogas, que como se mencionó con anterioridad no solo afecta a la salud, sino que el ámbito de afectación de los derechos y demás aspectos fundamentales de la vida del ser humano es bastante amplio. En tal sentido, se debe reconocer por parte de la

legislación que el daño puede ser incalculable, por lo que las penas deben guardar correspondencia con los daños o lesiones a los bienes jurídicos antes mencionados que pueda ocasionar el tráfico de drogas. Por otra parte, si bien es cierto, no todo puede ser severidad en el castigo, sino que debe mediar también el garantismo procesal, pero este garantismo precisamente debe ser antesala dentro de un criterio de proporcionalidad a los daños graves que puede significar o que se puedan determinar del tráfico de drogas, en especial atención por los diversos tipos de daños y secuelas que puedan dejar en las víctimas.

En cuanto al daño de las víctimas no se estima que solamente el tráfico de drogas implica que la única víctima sea el consumidor ocasional o el adicto, ellos además de su familia, sino que en la realidad la sociedad también es víctima de la comisión de este tipo de delitos. En este caso, se precisa que la sociedad tiene el papel de víctima porque como se ha afirmado con anterioridad, el tráfico de drogas es un delito en expansión y de rápida difusión a escala global, por lo que la sociedad no está exenta de las implicaciones que conlleva el hecho que se cometa este tipo de delito. En tal virtud, se tiene que reconocer que, el derecho penal y el derecho procesal penal se hacen eco de la peligrosidad del delito de tráfico de drogas, por lo que, en tal virtud las sanciones y la forma de cómo se llega a llevar el procedimiento debe ser lo más precatorio posible en función de proteger a los bienes jurídicos de la sociedad.

Esta protección de los bienes jurídicos de la sociedad está representada por el hecho expuesto por el autor citado en las líneas anteriores, en la que se determina que el delito de tráfico de drogas no solo tiene implicaciones individuales en la salud del consumidor o adicto, no solo en sus relaciones interpersonales, sino que, también se considera que la

conexida con otros delitos es prácticamente algo innegable, razón por la cual el proceso penal pondera todas estas situaciones en las que concurren delitos tanto o más graves, por lo que, resulta indispensable una adecuada punición del tráfico de drogas. Es en tal contexto, que el derecho procesal trata de establecer medidas restrictivas de los procesados por delitos de tráfico de drogas, esto por los peligros que entraña. No obstante, a pesar de tal peligrosidad, la brecha entre traficantes, consumidores y adictos puede ser confusa y difícil de dilucidar, razón por lo que la ley debe ser severa, pero tampoco exagerar su punición en cuanto a este delito en cuestión, lo que se explica de forma concreta y concisa en la delimitación del problema.

Considerando lo antes dicho, un criterio similar fue desarrollado por Morant (2005) quien dentro de su enfoque doctrinal propuso que el tráfico de drogas es un delito de carácter multidisciplinar. Este carácter multidisciplinario responde a que este delito por las particularidades de cómo se lleva a cabo, resulta ser una útil cortina para la comisión de otros tipos penales, incluso de mayor gravedad. En consecuencia, se trata de delitos que se ocultan en el entramado de la droga. De tal manera, se logra fortalecer la comisión de otros tipos punibles, siendo que a través del tráfico de drogas logran detectar y visualizar la oportunidad adecuada para que se puedan perpetrar y reportar los beneficios, intereses o resultados de parte de los agentes del delito.

El tráfico de drogas de acuerdo con la visión doctrinal antes aportada representa un delito de múltiples perspectivas y de diversas esferas de lo punible por parte del derecho procesal penal. En este caso, se menciona que la versatilidad y la amplitud del factor de punición del tráfico de drogas se presenta o se constituye porque es un delito de gran alcance de afectación jurídica, dado que, afecta a la salud, a la propia vida, a la familia, a

las relaciones laborales, académicas, comerciales, a la propia economía, e incluso es puente a la comisión de delitos de grave ultraje como son los delitos en contra de la propiedad y contra la vida de las personas (Molina, 2008).

Es por este motivo, que los delitos de droga dentro de la actividad procesal penal están llamados a ocupar un lugar especial dentro del catálogo de delitos de toda legislación penal. En tal caso, los delitos de tráfico de drogas suelen encontrar penas severas, las que se gradan de acuerdo con la gravedad del delito, que por ejemplo, en el caso ecuatoriano se determinan por la cantidad de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización que circulan o están en poder para la distribución y venta de personas consumidoras, sea que prueben por curiosidad o porque estén inmersos en graves problemas de adicción.

El punto de partida en cuanto al análisis de las normas jurídicas que son parte integrante de la fundamentación en derecho de esta investigación está constituido por el artículo 220 numeral 1 literal a del COIP. Dicha normativa precisa el tipo penal que es objeto de análisis investigativo, en este caso, se trata de delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, la que se conoce en la órbita de la praxis procesal penal como el delito de tráfico de drogas, siendo este delito comprendido por cuatro niveles o escalas, la que parten de la mínima escala, mediana escala, alta escala y gran escala. Dicho delito forma parte de los derechos contra el buen vivir, en este caso siendo un atentado directo contra los bienes jurídicos de la salud y la vida.

En la perspectiva de Osorio (2009) resulta importante precisar que un delito en contra de la salud es aquel que se caracteriza por una infracción cometida por personas naturales o jurídicas que acarrearán padecimientos o quebrantos en el estado de salud de las

personas, desde síntomas leves hasta síntomas de gravedad, lo que genera responsabilidad penal porque de forma dolosa o culposa existe un daño a un bien jurídico primordial de un ser humano, por lo que existe un reproche social que obliga a establecer penas privativas de libertad y/o pecuniarias por comprometer la salud y posiblemente hasta la vida de una persona. Es por este motivo, que el delito de tráfico de drogas por el factor de consumo y de adicción que pueda generar en una persona implica grandes riesgos en el deterioro del estado de una persona, lo que podría generar secuelas incluso irreversibles para un ser humano, lo que deteriora su calidad de vida, siendo ese motivo más que suficiente para que el delito de tráfico de drogas independientemente de la escala, sea una conducta sancionada por el derecho penal ecuatoriano.

Según la perspectiva teórica aportada por Palacios (2015) los delitos contra la vida se consideran como aquellas infracciones en la que la conducta de un ser humano de forma violenta o ausente de violencia, sino por cuestiones circunstanciales pone fin a la existencia de una persona (inclúyase animales y plantas, flora y fauna o delitos de contexto ambiental) por lo que se despoja a una persona del bien jurídico supremo por excelencia base y fuente de la realización de los demás derechos humanos y fundamentales. Evidentemente, existen múltiples delitos contra la vida, sin embargo, el delito de tráfico de drogas, aunque no es reconocido directamente como parte de los delitos contra la vida, no está demás considerar que si es un delito contra la salud, el bien jurídico de la vida se puede ver afectado como un factor o circunstancia concurrente. De tal manera, que el delito de tráfico de drogas no está exento de estimárselo o podérselo incluir como un delito contra la vida, siendo que la salud su se ve afectada, la vida puede verse acortada o incluso afectada de forma simultánea en relación con el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

El derecho a la vida es reconocido como el bien jurídico que mayor tutela requiere de parte de un Estado, no solo por su valía sino por el compromiso moral y ético que supone para la entidad estatal y para la sociedad (Nogueira, 2007). Es así, que este derecho es la base sobre la que se ejercen todos los demás derechos universales y los derechos fundamentales que forman parte del ordenamiento jurídico de los diferentes Estados ante la comunidad internacional. Por lo tanto, la lucha contra los delitos de droga representa la batalla por proteger el derecho a la salud, y, en consecuencia, el derecho a la vida como parte de la premisa fundamental del ordenamiento jurídico estatal, en este caso del ordenamiento o del sistema jurídico ecuatoriano.

Es así, que al analizarse el artículo 220 numeral 1 literal a del COIP, se aprecian algunos verbos rectores que tipifican o describen la conducta o tipo penal del tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. En esencia, la oferta, el almacenamiento, la intermediación, distribución, compra, venta, envío, transporte, comercialización, importación, exportación, tenencia o posesión en general que constituyan algunas de estas modalidades a la conducta de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, constituyen en sí el presupuesto para la comisión del tipo penal enunciado. Como se manifestó en pasajes anteriores de esta investigación, el tráfico de drogas tiene mínima, mediana, alta y gran escala, siendo sus penas de 1 a 3 años, de 3 a 5 años, de 5 a 7 años y de diez a trece años respectivamente (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008). En tal circunstancia, en lo que se refiere a la mínima escala, se está en presencia de una pena de menor rigor por tratarse de una menor cantidad de droga como parte del tráfico, estableciéndose así la mínima escala.

Para precisar las escalas por tráfico de drogas, es necesario recurrir a la tabla de tráfico de drogas expedida por la Secretaría Técnica de Prevención Integral de Drogas (SETED)¹ la que establece la mínima, mediana, máxima y gran escala para las sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Respecto de las sustancias estupefacientes, la mínima escala para para heroína comprende una medida mínima de 0 gramos y máxima de 0.1 gramos. Para la pasta base de cocaína, la mínima escala tiene un peso mínimo de 0 gramos y máximo de 2 gramos. El clorhidrato de cocaína comprende un mínimo de 0 gramos y un máximo de 1 gramo. En tanto que la marihuana, dentro la mínima escala tiene un valor mínimo de 0 gramos y un valor máximo de 20 gramos. En lo que concierne a las sustancias psicotrópicas, las anfetaminas tienen en la mínima escala de 0 gramos y una máxima de 0,090 gramos. Respecto a la metilendioxifenetilamina en la mínima escala el valor mínimo es de 0 gramos y el máximo de 0,090 gramos. En cuanto al éxtasis en la mínima escala el peso mínimo es de 0 gramos y el máximo es de 0,090 gramos.

Como se puede apreciar por medio de lo expuesto en las líneas anteriores, existen valores mínimos del tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, por lo que de conformidad con tales valores en cuanto al peso mínimo y máximo que son parte de la mínima escala y cuya pena de 1 a 3 años de prisión, lo que está previsto por el artículo 220 numeral 1 literal a del COIP, presente un elemento de duda razonable si frente a tales cantidades se está investigando, procesando y juzgando o a un traficante o a un consumidor-adicto. Es por tal motivo, que con el detalle expresado líneas arriba, resulta lógico y procedente establecer o formular una propuesta para que en casos de mínima

¹ Organismo suprimido por el presidente Lenín Moreno mediante Decreto Ejecutivo N° 376 del lunes 23 de abril de 2018.

escala, a la persona procesada se le aplique una medida cautelar personal distinta a la prisión preventiva.

El tráfico y la adicción a las drogas como fenómeno social y fenómeno criminológico

Como punto de partida se debe precisar que el tráfico de drogas y la adicción al consumo de estas sustancias pese a estar relacionados entre sí, suponen dos situaciones muy distintas la una de la otra. Por una parte, el tráfico de drogas es un tipo penal por tratarse de un delito que afecta a los bienes fundamentales de la salud y del buen vivir, premisa que se desprende de las normas del régimen jurídico penal ecuatoriano que reconoce a esta acción como un tipo penal sobre el que existen penas privativas de libertad, así como otras penas alternativas a esta, de la misma manera que existen penas de carácter económico y pecuniario según lo establecido por el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 220. En tanto que, la adicción al consumo de drogas es una enfermedad o padecimiento de salud que en cierto sentido se lo podría considerar como una patología donde el adicto se convierte en una persona drogodependiente, por lo que el estado de alteración mental y física según lo previsto por el artículo 364 de la Constitución ecuatoriana lo releva de responsabilidad penal por considerarse que el adicto es una persona que padece de un problema de salud.

Justamente, al realizarse la referencia que la persona adicta al ser víctima de un problema muy serio de salud por ser dependiente al consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, resultaría un hecho social y jurídicamente injusto que esta persona reciba una sanción penal, dado que existe una gran diferencia entre el tráfico o comercialización de las drogas y el consumo de estas sustancias desde una perspectiva de adicción. En tal caso, la persona que adecua su conducta en el tráfico de drogas busca hacer daño a los

consumidores para convertirlos en adictos, lo que a su vez trata de llevarlos a ser clientes habituales o pertinentes afectando su salud, sus relaciones personales y su calidad de vida, por lo tanto, existe una conducta o propósito de daño deliberado lo que evidentemente supone ser una conducta que amerita la sanción de las leyes penales en el país. En tanto que el adicto, es una persona vulnerable en su situación de salud mental y física, lo que a su vez implica que sobre este recaigan estigmas o etiquetas sociales de desprecio, indiferencia o discriminación. Además, bien se podría considerar que la mayoría de los adictos no representan una grave amenaza social, siendo que el daño queda para sí mismo y para el círculo social de persona que le rodea.

En pocas palabras, el traficante de drogas lleva una oferta que provoca daño en diferentes estratos sociales, en cambio el adicto sufre un daño y es una víctima que sus actos tiene efectos colaterales, pero en dimensiones más específicas o restringidas. En relación con lo planteado en estas líneas, se pretende realizar una distinción concreta y precisa entre el traficante de drogas y el adicto dado que sus acciones y motivaciones son distintas. Tal distinción es necesaria y es útil en cuanto al propósito de explicar las connotaciones y las secuelas que presenta el fenómeno del tráfico de drogas, tanto en lo social como en lo jurídico desde una perspectiva criminológica en la que no se confunda ni la identidad ni las acciones que realizan este tipo de personas que se ven involucradas en el desarrollo material de la comisión de uno de los delitos más graves que pueden existir a la luz de cualquier ordenamiento jurídico en el mundo.

Una vez realizada la distinción, tal como se lo precisó en las líneas anteriores, se destaca cuál es la implicación social que tiene el delito del tráfico de drogas, distinción que se explica tanto desde el enfoque del traficante, así como del adicto al consumo de estas

sustancias prohibidas por las normas penales. Desde las observaciones realizadas por Pontes (2010) el tráfico de drogas es un delito que deteriora diversas esferas sociales, puesto que corrompe los valores y los patrones de conductas de personas a quienes se les ocasiona un perjuicio al cortarse la continuidad o el normal desarrollo de un proyecto de vida. Por tal motivo, se trata de una conducta inhumana y dolosa puesto que el traficante sabe el daño que va a desencadenar en la sociedad al traficar diversos tipos de droga, además de estar consciente en el tipo de daño que va a ocasionar a las personas a quienes les ofrezca y les entregue las drogas para su consumo teniendo la expectativa de generar una adicción. Del mismo modo, se apunta a que este daño se extiende en grandes magnitudes y de forma proporcional en la persona del adicto y de su círculo social, las que verán el desarrollo de conductas anormales produciéndose una distorsión en cuanto a los elementos de una conducta normal y adecuada que debería tener una persona libre de adicciones a las drogas.

En atención a lo señalado por el mismo Pontes (2010) en relación con la persona del adicto, este puede ver cómo se generan cada vez más necesidades de consumo lo que lleva al adicto a prácticas contrarias a la sociedad y sus buenas costumbres. Estas prácticas evidentemente consisten en conductas de aislamiento, represión y violencia por parte del adicto que siente no encajar en su entorno y busca escapar de su realidad a través del consumo habitual y permanente de diversas sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En tal caso, este tipo de conductas llevan al adicto a cometer actos reprochables, inclusive violentos que rayen en la esfera de lo delictivo, todo para seguir buscando la manera de obtener estas sustancias para su consumo. Estas acciones en cuestión notoriamente afectan las relaciones interpersonales del adicto, lo que se evidencia en las conductas antes

detalladas las que son corroboradas por familiares, amigos, compañeros de estudio, trabajo, en la vida de pareja, en fin, en todos los contextos sociales en los que el adicto deba relacionarse con otras personas.

Al analizarse lo manifestado en las líneas anteriores, debe estimarse que estas conductas de represión y agresividad pueden irse agravando en la medida en que aumentan los niveles de acción al consumo de drogas. Es por esta razón, que el adicto genera una problemática social muy delicada y compleja para el Estado, porque se trata de una persona que lejos de recibir algún tipo de reproche o discriminación necesita que se le provean los medios y las oportunidades para que pueda llevar a cabo un óptimo proceso de rehabilitación para superar la adicción al consumo de estas sustancias. En cuanto a esta rehabilitación, el éxito de la misma no solo se subordina o se supedita a superar o dejar la adicción a las drogas, sino que el adicto pueda reestablecer sus relaciones interpersonales de manera eficiente y pueda reconstruir su vida de manera tal que pueda superarse como ser humano y estar en mayor capacidad para lograr sus metas y acceder a una mejor calidad de vida.

Al realizarse el enfoque jurídico y criminológico propuesto por De Assis (2010) se reconoce que el traficante es un delincuente que obedece o toma parte de los intereses de organizaciones criminales establecidas, las que mediante el tráfico de drogas inclusive pueden financiar otras actividades delictivas como parte de delitos conexos. Por lo tanto, el traficante de drogas desde la concepción de esta autora implica que se trata de un delincuente de potencial peligrosidad dado que el tráfico de drogas por lo regular no es una actividad aislada. Precisamente, este tipo penal suele estar asociado con otros delitos, por lo

que el traficante solo representa un elemento o sujeto medianamente visible de una red delictiva que podría ser mucho más extensa de lo que cree o estima el sistema de justicia.

En tanto que el adicto, es una persona que quizás no tenga culpa de su padecimiento, pero en tal caso, el Estado no puede desatender la situación de esta persona a través de políticas de prevención y rehabilitación, no solo para que pueda superar la adicción a las drogas, sino que se puedan trazar políticas y acciones adecuadamente definidas para que a más de abandonar el consumo habitual de estas sustancias tampoco incurra en la comisión de delitos que afectarán a otros sectores de la sociedad. Para esto, el Estado debe asumir un compromiso serio y firme con este tipo de personas, para de esa manera cumplir con el cometido de ayudar a un grupo de personas que realmente necesita del apoyo de la sociedad y de los entes estatales.

En relación con este tipo de enfoques, se puede apreciar que el traficante de drogas es uno de los elementos corruptores de sociedad más grandes y peligrosos que pueden existir, puesto que a raíz de la comercialización de drogas como sustancias altamente nocivas, no solo que se atenta contra la vida, la salud pública y otros derechos conexos en relación con otros delitos vinculados o subsumidos dentro del tipo penal del tráfico de drogas, sino que se genera una problemática social bastante amplia, extensa y compleja. En consecuencia, tanto las acciones administrativas de parte del Estado, así como la promulgación de normas jurídicas para combatir este delito, no logran dar una respuesta plenamente satisfactoria a la solución de esta problemática.

El respaldo del Estado a la persona adicta al consumo de drogas

Se debe partir de la premisa que la persona adicta es una persona vulnerable, por lo tanto, esa condición de vulnerabilidad exige que la persona en cuestión reciba mayor

protección de parte del Estado en cuanto a la tutela de sus derechos fundamentales. Bien se podría indicar que no es tan solo suficiente con disponer o determinar que una persona adicta por causa de su adicción como un problema de salud no deba ser objeto de criminalización. Sino que también debe considerarse que las personas adictas tienen una gama de derechos más amplias de lo que se podría precisar en términos muy simples.

Para la óptica desarrollada por Cuatrocchi (2008) la persona adicta en forma lógica el primer derecho que se le debe reconocer es el derecho a la salud, en lo posterior el derecho a una vida libre de discriminación. En efecto, si a una persona adicta se le reconoce el derecho a la salud, deberá tener las oportunidades adecuadas para acceder a un sistema de salud que se preocupe mediante estrategias y acciones efectivas a impulsar sus procesos de rehabilitación de sus adicciones. De la misma manera, no solamente el tratamiento médico implica cuestiones relacionadas con la desintoxicación del organismo, sino que es necesario un apoyo psicológico para que el adicto comprenda la gravedad de sus adicciones y las implicaciones que estas tienen no solo en relación con su círculo social, sino en las repercusiones que puede generar para la sociedad en general.

A criterio del propio Cuatrocchi (2008), el apoyo psicológico es fundamental también en el sentido de contribuir a que la persona adicta no se sienta rechazada ni marginada socialmente. Un punto trascendental para lograr este cometido es evidenciar al adicto que no es una persona diferente a los demás y que no es menos que nadie, del mismo modo, se debe transmitir que sus adicciones se pueden superar y que es posible mejorar sus condiciones de vida y las relaciones con su entorno. Elemento clave resulta el establecer y concientizar en la persona adicta que tiene cosas positivas que aportar a la sociedad y que tiene mucho por conseguir. Tal motivación es esencial para que la persona adicta pueda

rehabilitarse en lo anímico y pueda superar un mal muy agudo y complejo, pero no imposible de solucionar.

En relación con lo expresado por la autora indicada líneas arriba, se asume que en este proceso de rehabilitación de la persona adicta el concurso del Estado es trascendental e imprescindible. En tal caso, se podría reconocer que el Estado es el único capaz para llevar a cabo un proceso de rehabilitación de una persona adicta, siendo que dicha capacidad estaría comprendida por que el Estado es el que se supone tiene los recursos necesarios para poder diseñar las políticas y los planes de acción para que la persona adicta pueda rehabilitarse de manera adecuada. No obstante, el aparato estatal debe identificar y reconocer que la rehabilitación no solo es un proceso de salud física, sino mental en aras que esta persona no vuelva a recaer en el padecimiento de este tipo de enfermedades. De la misma manera, cabría destacar que los procesos de la recuperación de las personas adictas no solo atañen al Estado, sino que la sociedad en general debe involucrarse para fortalecer tanto las acciones, así como los resultados en la lucha contra las drogas y superar las adicciones.

Entre otros criterios, se establece que según Añaños (2017), la persona adicta requiere o precisa de un proceso de reeducación. En tal caso, el proceso reeducativo que se propone es llevar a cabo la capacitación o transmisión de información y de conocimientos en que se instruya al adicto desde un plano educativo y psicológico de cómo las adicciones generan un impacto muy negativo en las sociedades a nivel mundial y cómo los adictos llegan a situaciones tan precarias que llevan por delante una vida tormentosa que destruye a más de su persona a todos quienes le rodean y se preocupan por él, incluso pudiendo generar daños a terceros. La magnitud de los daños incluso puede derivar en episodios

mucho más trágicos donde se ve comprometida la salud y la vida del adicto, lo que se entiende porque al ser un consumidor habitual suelen presentarse patologías que complican el funcionamiento normal de los sistemas del cuerpo humano, lo que puede provocar graves cuadros clínicos que pueden desembocar en la muerte del paciente que ha sufrido de un grave episodio de adicción al consumo de drogas.

En cuestión, según lo precisado en las líneas anteriores, sobre la condición de la persona adicta debe realizarse un proyecto educativo que debe generar conciencia en el adicto para que pueda superar sus problemas de adicción, de la misma manera, que después de haberse cumplido con tal objetivo se trace nuevas metas y objetivos que permitan su superación personal, bienestar y de la misma manera mantenerse al margen de cualquier recaída que genere nuevos episodios de adicción al consumo de las drogas, lo que incluso podría devenir en episodios de adicción mucho más graves. Por tales razones, resulta necesario que exista un apoyo estatal no solo desde un punto de vista médico, sino desde un enfoque educativo que permita que las personas adictas desarrollen capacidades que les permitan mejorar sus condiciones de vida apartados de cualquier posibilidad de incurrir nuevamente en este padecimiento crónico de las adicciones a la ingesta de diferentes tipos de droga.

Entre algunas de las presiones realizadas o formuladas en las líneas anteriores, se debe establecer que las personas adictas no siempre cuentan con medios propios o recursos que les permitan afrontar y solucionar tal problema, es por este motivo que el apoyo brindado por el Estado debe ser efectivo y oportuno porque solo de esa manera se protege a un ser humano y se evita que la sociedad se encuentre cada vez más afectada por los problemas que trae consigo el tráfico de drogas y las adicciones. Por consiguiente, el

Estado debe establecer políticas públicas más funcionales y utilitarias que se conjuguen o traduzcan en acciones palpables en la lucha contra el fenómeno de las drogas para así proteger a las personas que tengan adicciones y poder rehabilitarse, así como la protección en favor de toda la sociedad.

Efectivamente, las políticas de luchas contra las drogas precisas de presupuestos legislativos y administrativos claros y concisos para de esa manera disponer de normas y garantías que en la práctica puedan cumplir con los cometidos relacionados con el respaldo que necesitan las personas adictas al consumo de drogas para superar esa situación de vulnerabilidad que es propiciada por tal padecimiento. En síntesis, el Estado debe reflexionar que se encuentra cada vez más involucrado en el deber de proteger a estas personas y brindarles el auxilio necesario para poder rescatarlas de un abismo del que difícilmente podrían salir por medios propios. Es por estas razones, que los Estados deben contar con los planes, recursos, estrategias y personal debidamente capacitado para ayudar a los adictos a que mejoren sus estándares de calidad de vida tal como se lo mencionó, desde la rehabilitación, el apoyo psicológico y la reeducación.

El principio de mínima intervención penal

El principio de mínima intervención penal evidentemente implica ser uno de los postulados del derecho procesal penal donde a nivel del procedimiento solo se aplica las penas o medidas restrictivas de libertad en aquellos casos en que se considere estrictamente necesario. En esencia, este principio trata de establecer la privación de la libertad como un recurso de *última ratio*, lo que supone que existen casos donde la persona procesada no está necesariamente obligada a que se le prive de su libertad, sino que sobre ella pueden establecerse o dictarse otro tipo de medidas o de sanciones que aseguren que esta persona

cumplirá con la deuda o compensará de alguna otra manera prevista por la ley por las infracciones penales que haya cometido según las normas del ordenamiento jurídico punible del Estado.

En consecuencia, el Estado reconoce que el principio de mínima intervención penal es un principio que por sus características evita que se produzca un exceso o extralimitación en el ejercicio de la facultad punitiva que tiene este ente de derecho público a través de los mecanismos jurídicos y procedimentales previstos dentro del sistema de justicia. Es así, que el este principio trata de ser no solo una garantía, sino un enunciado o premisa de justicia racional donde se entienda que todo hecho punible no siempre debe ser sancionado con una pena privativa de libertad.

Por lo tanto, el Estado a través del sistema de justicia reconoce y determina que existen otras vías, acciones o mecanismos para imponer una pena, sanción o medida cautelar sin tener que coartar o restringir la libertad de una persona sobre la que pesa una acusación penal donde su estado de inocencia busca la ratificación o por el contrario se establece la responsabilidad penal a la que hubiere lugar, para lo cual se debe aplicar una sanción o medida racional, pertinente y justa. Es decir, que el cumplimiento de estos postulados certifica que no siempre todo acto que represente la comisión de una infracción punible sea únicamente castigable con una pena privativa de libertad, sea que se trate de una sentencia en firme o de la determinación de una medida cautelar.

Al realizarse algunas precisiones de doctrina, Morillas (2016) determinó que el principio de mínima intervención penal supone una visión que tiene el sistema de justicia penal de un Estado por el que se establece dentro de sus cuerpos legales de la correspondiente jurisdicción que deben existir otras vías sancionadoras o precautelatoria de

los intereses del sistema de justicia en cuanto a términos de coerción donde la pena no implique estrictamente la privación de la libertad, sino que a ella sobrevengan otras alternativas, soluciones o medidas. Por consiguiente, la privación de la libertad de una persona debe ser el último recurso para el Estado en casos de gravedad de un delito cuyo daño e impacto tanto en la víctima como en la sociedad demanden necesariamente la imposición del castigo de la restricción de la libertad de la persona sobre la que pesa una acusación penal.

En relación con lo aportado por las líneas anteriores, la privación de la condición de ciudadano libre no es un elemento *sine qua non* tanto de la normativa como del propio proceso penal. Por tal razón, el marco de las normas procesales en materia penal trata de buscar otras alternativas que evidentemente en caso que exista cierto o determinado nivel de responsabilidad penal, se aplique una medida, pena o sanción pero que, de no implicar un delito y un daño grave, se pueda disponer una medida o una pena que no estribe solo en la privación de la libertad. En tal caso, bien se puede decir que una medida, pena o sanción alternativa bien puede ser suficiente como para que el procesado una vez que se haya establecido su responsabilidad penal, responda por sus actos y compense a la víctima y a la sociedad por los daños ocasionados. De la misma manera, el cumplimiento de este tipo de sanciones coadyuva a disponer de mejores oportunidades para que el condenado o sentenciado pueda llevar a cabo de mejor manera su proceso de rehabilitación social.

En la perspectiva de Rodríguez (2016) se estimó que el principio de mínima intervención penal es uno de los principios que más garantías aporta dentro del proceso penal puesto que contempla que la privación de la libertad de una persona procesada y sobre la que exista responsabilidad penal comprobada no sea únicamente coaccionada por

una pena de prisión, sino que existan otras penas o medidas en la que el procesado cumpla con la responsabilidad penal a través de ciertas acciones o disposiciones establecidas por la ley, y por otra parte, las víctimas y las sociedades reciban cierto grado de compensación sin que sea menester encarcelar a la persona procesada. De tal manera, este principio implica que el Estado dispone de una visión más racional, garantista, humanitaria y justa tanto de la valoración de los derechos fundamentales dentro del proceso penal, así como del establecimiento y aplicación de las leyes o normas penales en relación con la acción o procedimiento penal.

Según lo manifestado a través de las líneas anteriores, el principio de mínima intervención penal es una forma por la cual el Estado se ahorra o se evita una privación de libertad innecesaria e incluso injustificada de una persona procesada. Una de las razones evidentemente responde a la determinación de si la pena privativa de libertad en realidad es necesaria de ser aplicada respecto de la persona procesada. En tal caso, si no existe esta necesidad, lo lógico y razonable es que esta pena sea sustituida por otras alternativas donde el responsable de la infracción penal responda o compense a la víctima y a la sociedad por el delito cometido.

Del mismo modo, se determina que la aplicación de penas o medidas alternativas son un elemento racional, puesto que estas vías o sanciones alternativas sean más congruentes y proporcionales en relación con la infracción penal cometida. Por lo tanto, se evita un exceso de poder o un abuso de la facultad punitiva del Estado siendo que se aplicó la acción o medida que resultare la más lógica y pertinente ante un delito que al no revestir mayor gravedad no precisa de la aplicación de una pena privativa de libertad. También debe indicarse, que en lo referente a la compensación o reparación del daño, la aplicación

de penas o medidas alternativas busca satisfacer la restitución de daños que no sean graves sin tener que restringir o suspender la libertad de una persona, sea por disposición de medidas cautelares, tal es el caso de la prisión preventiva, o bien, cuando se trate de una sentencia que determine el tiempo de privación de libertad según la pena prevista por las normas sustantivas penales.

En lo concerniente a la forma de cómo el principio de mínima intervención penal trata de no garantizar impunidad, se podría reconocer lopreciado por Villalta (2012) quien acotó que igual existe la aplicación de una pena o medida de coerción donde se restringen otros derechos de la persona procesada y se imponen obligaciones de cumplimiento de tales medida, así como las de reparación de daños. Del mismo modo, este autor acotó que las medidas que se fundamenten dentro de este principio a su vez buscan un Estado cada vez más racionalista en la aplicación de la pena donde no todo delito amerita contextos de encierro. Además, no se puede dejar de lado o soslayar que al aplicarse las prerrogativas de este principio se contribuye a que la persona procesada esté en mejores condiciones de poder llevar a cabo su rehabilitación social, siendo que el encierro suele ser un limitante para asimilar el aprendizaje que el sentenciado debe llevar a cabo para rectificar su proceder y ser una persona de provecho en la sociedad.

El principio de proporcionalidad y su relación con el juzgamiento del delito de tráfico de drogas

El principio de proporcionalidad es una de las garantías primordiales que pueden existir en un Estado de derecho, en especial en lo relativo a la administración de justicia penal. En tal contexto, el Estado a través del sistema de justicia debe procurar que las penas o sanciones aplicadas sean acordes al hecho punible en el sentido de la gravedad de la

infracción. Por lo tanto, si se trata de un hecho que no reviste mayor gravedad y factor de daño, en consecuencia, la pena deberá ser menor o menos severa en relación con el rango de penas establecidos en las normas penales respecto de determinados delitos o infracciones penales.

Bien se reconoce que el principio de proporcionalidad conlleva la aplicación de penas necesarias, congruentes, pertinentes y justas según la magnitud de los resultados de la acción u omisión que configure una infracción de carácter punible. Si bien es cierto, existen penas establecidas en las normas penales, tampoco se puede desconocer que existen otro tipo de sanciones que en cierta manera pueden ser más benignas, pero que no desconocen el elemento de responsabilidad y sanción por la comisión de una infracción penal. En ese determinado contexto, las penas son aplicables, pertinentes y racionales por lo que perfectamente son compatibles y necesarias frente a la conducta que se pretende o se precisa sancionar sin tener que aplicar penas más duras o severas.

Por ejemplo, se debe reconocer la existencia de diversas infracciones penales que pueden establecer diferentes tipos de penas, en tales casos serían penas privativas de libertad. Sin embargo, la propia normativa penal ofrece otra alternativa de aplicar penas menos rigurosas porque se ajustan a la realidad de la materialidad de la infracción, por lo que tal congruencia, incluso necesidad por compatibilidad de esa sanción que puede ser menos gravosa, en efecto estaría cumpliendo con los postulados y las prerrogativas que son parte del principio de proporcionalidad. En relación con esta premisa, la proporcionalidad de las penas se podría esgrimir como un argumento y a su vez como un acto de justeza en cuanto a la pena que se estime la más acorde para sancionar a la persona que haya cometido un delito.

Respecto de algunas posturas doctrinales que establecen los rasgos esenciales así como el propósito del principio de proporcionalidad aplicado en el ámbito de la administración de justicia penal, se tiene que considerar lo desarrollado por Alfaro (2017) quien expuso un razonamiento en el que indicó que la proporcionalidad conlleva el equilibrio y la razón entre el hecho que se juzga por ser contrario a las leyes, el daño que se produce por la presencia o satisfacción de un verbo rector y la pena que se estima es la procedente para el juzgamiento o sanción de la mencionada conducta. Por lo tanto, este principio en cuanto a lo que supone la labor de la administración de justicia penal conlleva la institucionalidad de una de las mayores garantías que puede existir dentro de un ordenamiento jurídico dentro de dicho ámbito.

Al analizarse lo acotado en las líneas anteriores, este factor de equilibrio y razón se puede entender dentro de la perspectiva o enfoque de la pena justa. En tal caso, el factor de equilibrio se podría reconocer porque existe una pena que se estima podría ser la que mejor se ajuste al hecho que se ha cometido, por lo que trataría de ser el mecanismo o acción que mayor connotación de justicia podría tener respecto de la imposición de una sanción. En dicho sentido, el equilibrio implica ese balance y armonía entre el acto delictivo cometido y la sanción al que este es acreedor según lo que se encuentre previsto dentro de las penas establecidas por parte de la normativa penal correspondiente.

En cuanto al factor de la razón, se estima que la ley penal está inspirada en establecer relaciones adecuadas, precisas y concisas entre el tipo penal que le corresponde sancionar y las penas que correspondan para dichas infracciones punibles. Es por este motivo, que la razón es ese criterio que conlleva a de manera racional y consecuente en señalar o establecer en el texto de las leyes penales las sanciones que de mejor modo se

puedan acoplar ante la conducta punible y los resultados que se producen a nivel del ordenamiento jurídico del Estado. En resumidas cuentas, la razón es un elemento intrínseco del principio de proporcionalidad al momento de administrarse justicia dentro del ámbito penal.

Atinente al principio de proporcionalidad para juzgar el delito de tráfico de drogas e imponer las penas justas y necesarias, se debe atender ciertas precisiones que se pueden deducir desde algunos aportes de doctrina. En cuanto a lo manifestado por Barak (2017) el principio de proporcionalidad conlleva el buscar la imposición de la pena que mejor se ajuste no solo al delito como tal, sino que observe las dimensiones de los hechos o de los elementos fácticos que desembocaron en la comisión del delito. Al realizarse esta observación, se dispondrá de un criterio más objetivo que contribuya a la determinación de la pena entre los rangos que se identifiquen dentro de las normas punitivas.

Al relacionarse lo expuesto por el mencionado autor líneas arriba, en cuanto al delito de tráfico de drogas se puede apreciar que no siempre en estos delitos se puede tener certeza que existe una conducta que responda precisamente a eso, al verbo rector del delito de tráfico. Sin embargo, corresponde considerar que en algunos casos como se ha sostenido a lo largo de esta investigación que puede presentarse un escenario de duda como en los casos de tráfico de drogas por mínima escala, por lo que hay una brecha muy fina entre el microtraficante y el adicto. En tal situación, la proporcionalidad en caso de mínima escala por necesidad, racionalidad, pertinencia y justeza como se mencionó con anterioridad, tendría que resolverse aplicando medidas cautelares no privativas de libertad, lo que está acreditado y establecido en las normas penales ecuatorianas, específicamente en el texto del COIP.

Al atenderse la prerrogativa antes señalada, no toda situación de tráfico de drogas por mínima escala puede contar con los presupuestos de seguridad de si la persona procesada es microtraficante o adicto, por lo que la imposición de una prisión preventiva no sería proporcional al hecho que no reviste gravedad en demasía hasta que se compruebe la materialidad de la infracción para determinar una pena privativa de libertad. Hasta eso, en el contexto de las medidas cautelares bien se podría establecer o aplicar otras medidas que no restrinjan la libertad de la persona procesada aun cuando en el decurso de la investigación y del proceso penal está en duda su calidad por la que está siendo sometido a un proceso penal. Precisamente, en tales casos, los presupuestos de racionalidad estimarían que la medida cautelar de la prisión preventiva no es del todo proporcional cuando existen algunas otras medidas cautelares que se ajustarían mejor a la situación jurídica que está en revisión, lo cual ha sido explicado en el apartado de las medidas cautelares que constan en el desarrollo de esta investigación.

De tal manera, el principio de proporcionalidad dentro de los procesos penales por tráfico de drogas, muy específicamente en lo que tiene que ver con mínima escala debe ser considerado con bastante amplitud para así cumplir con las garantías del debido proceso. En tal contexto, esta garantía invoca la aplicación de este principio como una de las máximas a nivel de derechos fundamentales y dentro de la esfera del derecho procesal penal. En síntesis, si se cumple con los criterios de proporcionalidad, las medidas cautelares alternativas en el juzgamiento de tráfico de drogas por mínima escala satisfarán de manera más adecuada los presupuestos de congruencia, pertinencia, necesidad y racionalidad señalados con anterioridad.

Referentes empíricos

Los métodos empíricos tratan de ofrecer el descubrimiento de la verdad o la realidad a través de un contexto práctico fundamentado a través de la experiencia del ejercicio de ciertas acciones que permiten comprobar el conocimiento a través del desarrollo de ciertas tareas (Gavilanez, 2013). Consecuentemente, las referencias empíricas son todos aquellos datos o información que se puede recabar a través de la práctica donde se puede comprobar ciertos hechos o sucesos que no siempre pueden precisarse o describirse en su totalidad a través de métodos de carácter teórico. Dicho de otro modo, los referentes empíricos ofrecen lo que la teoría no siempre puede satisfacer o cumplir a plenitud o de forma cabal.

En este caso, lo que se destaca a través de estos referentes es la síntesis de trabajos investigativos previos que hayan abordado los mismos problemas de esta investigación, o bien problemas procesales similares o análogos en el contexto del delito de tráfico de drogas y la aplicación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva. En tal caso, los antecedentes investigativos que se precisan en este apartado, han constituido una guía para el desarrollo de este documento científico y académico sobre una problemática donde se trata de ahondar en la situación jurídica de aquellas personas que son procesadas por el delito de tráfico de drogas en mínima escala.

En la investigación desarrollada por Rosero (2017) de su parte se procedió al estudio de la Resolución 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia, la propone la aplicación de la acumulación de penas cuanto se trata del delito relativo al tráfico de drogas. En este caso, se realiza una propuesta en que se destaca esta acumulación al tratarse de delitos continuados en relación que a través de los delitos de tráfico de estas sustancias que están sujetas a fiscalización por su carácter ilícito, en líneas generales se trata de hechos que

encubre a otros delitos, razón por la cual se propone la acumulación de penas. En consecuencia, se trata de controlar el micro tráfico y la delincuencia organizada.

En el planteamiento investigativo de Naranjo (2016) se aprecia que el delito de tráfico de drogas principalmente es un delito contra la salud de las personas quienes incurren en consumo o adicciones. En este contexto, en este documento investigativo se trata de considerar la favorabilidad de la persona procesada dada que la circunstancia del tráfico de drogas en mínima escala es bastante relativa. Por lo tanto, ante las tablas que contemplan el tráfico de drogas se ha expandido el micro tráfico de estas sustancias, por lo que, debe estimarse que se puede estar ante la presencia de un adicto y no de un micro traficante, razón por la cual debe aplicarse penas más favorables por esta falta de certeza de tal situación o hecho jurídico.

La aportación investigativa de García (2018) precisó que desde la reforma de la tabla de tráfico de drogas vigente desde el 2015, se ha intentado combatir la actividad delincencial de los pequeños traficantes. No obstante, el micro tráfico de drogas se encuentra bastante expandido dentro de la sociedad ecuatoriana, lo cual supone un problema jurídico de compleja resolución al interior del ordenamiento jurídico del país. Es por este motivo, que a través de la autoría de este estudio que se presenta como referente empírico se sostiene la idea que el sistema de justicia penal puede inclinarse en muchos casos por sancionar al adicto, muchas veces quedando impune el micro traficante, por lo que en dicho trabajo investigativo se planteó que para combatir tal problemática es necesaria la prevención por sobre los aspectos sancionatorios que pueden ser injustos.

La investigación realizada por Guevara (2015) propuso que en los casos de tenencia de drogas, cuando esta sea para consumo personal sea despenalizada del ordenamiento

jurídico ecuatoriano. La justificación de la propuesta realizada en tal labor científica de la autora consiste en el hecho la Constitución en su artículo 364 determina que las adicciones al ser un problema de salud pública, por lo tanto, tales personas no deberían ser criminalizadas. No obstante, el Código Orgánico Integral Penal precisa la tipificación sustentándose en una tabla como una disposición administrativa donde no se distingue si se está frente a una persona adicta o un micro traficante, razón por la cual tal normativa penal adolecería de inconstitucionalidad, lo que da a entrever que la ley es la que debe determine las cantidades que se entiendan como consumo permitido y así evitar la imposición de sanciones injustas dentro del ámbito procesal penal teniendo en claro la existencia de parámetros que establezcan que una persona es adicta, y que no se trate de un micro traficante. En tal caso, una consulta de constitucionalidad o una reforma legislativa serían las normas pertinentes para cumplir con dicho cometido.

En lo que concierne al estudio efectuado por Castillo (2017) también se remite a lo expuesto o determinado en la Resolución N° 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia en la que se propone la acumulación de penas por el delito de tráfico de drogas. En tal caso, a criterio de este autor se manifestó que tal resolución vulnera el principio de proporcionalidad como parte de las garantías previstas por la Constitución de la República del Ecuador. Por lo tanto, esta investigación también apunta a la favorabilidad en cuanto a medidas o sanciones en los casos de mínima escala, siendo un referente para el desarrollo de este examen complejo.

Capítulo Metodológico y de resultados

En el caso de la presente investigación compete el estudio o descripción de las medidas cautelares de carácter personal las que están previstas dentro por la legislación penal ecuatoriana. De la misma manera, se analiza el tráfico de sustancias ilícitas catalogadas sujetas a fiscalización lo que implica un estudio descriptivo jurídico, jurisprudencial y de criterios de expertos sobre ambos elementos relacionados con el problema de la investigación. Por lo tanto, en este capítulo se aplican las distintas técnicas

teóricas y empíricas que permitan analizar la problemática en cuestión y disponer de los criterios adecuados para resolverla.

Metodología

En esta investigación se precisa el uso de la *modalidad cualitativa* la que tiene por propósito ilustrar a través de la doctrina, del estudio de las normas constitucionales y procesales penales el reconocer los aspectos constitutivos del problema de este estudio de corte académico. De la misma manera, estos elementos informativos y descriptivos se unen o se amalgaman con la revisión de casos y la opinión de expertos para proceder a comprender la realidad del problema y tributar la solución científica y jurídica correspondiente. Por lo tanto, el uso de esta modalidad contribuye a que esta investigación pueda cumplir con los objetivos planteados

Alcance de la investigación

Exploratorio

Comprende el análisis del objeto y campo de la presente investigación. El estudio de la doctrina permite comprender las principales características del objeto y campo. El estudio jurisprudencial se desarrolla a través de casos que den lugar a la demostración de la realidad problemática que se plantea en este examen complejo.

Descriptivo

El estudio descriptivo, tiene que ver con los casos en que no se ha considerado la aplicación de otras medidas cautelares en los casos de delitos de tráfico de drogas en mínima escala. Su caracterización versa sobre el análisis y estudio de hechos o casos donde no se han aplicado otras medidas cautelares para los delitos de tráfico de drogas en mínima escala. Las propiedades están representadas por la forma de cómo se aplican las medidas cautelares en este tipo de delito.

Explicativo

Se procede a la argumentación de las normas constitucionales y procesales en el ámbito penal. Se lleva a cabo la interpretación de las normas antedichas. La contrastación evidencia la falta de aplicación de medidas cautelares más benignas frente al estado de duda de estar frente a un adicto o frente a un traficante de drogas.

Métodos a utilizar

En referencia a los *métodos teóricos* de la investigación, al respecto se precisa que estos se caracterizan por el hecho de tratarse de la agrupación de diversas técnicas por las cuales diferentes investigadores y autores explican o describen el contenido de una información que versa sobre el estudio de un determinado fenómeno científico, esto a su vez en que se justifica cómo se obtuvo la información y cómo se procedió a su estudio y razonamiento (Santillán, 2015). En tal virtud, los métodos teóricos se caracterizan por ser ampliamente descriptivos, y en ese contexto de descripción, los investigadores pueden ilustrar a los lectores por medio de diferentes técnicas que permitan comprender la visión o enfoque desarrollado respecto del proceso descriptivo del objeto de estudio dentro de una investigación. En consecuencia, los métodos teóricos representan uno de los métodos que mayor información proveen en el desarrollo de una investigación.

Las aplicaciones de los métodos teóricos cumplen entonces el rol de informar y de orientar al investigador y a sus lectores, dado que, mientras más elementos de descripción se puedan aportar en el desarrollo de la labor investigativa, los resultados serán más fructíferos. No obstante, se debe tener cuidado con el empleo de estos métodos, y utilizarlos de forma apropiada y pertinente, de modo tal que se exponga la información con claridad, porque en el caso de poseer gran cantidad de información y múltiples descripciones que aporte la misma, entonces se puede incurrir en el error de confundir al lector y al propio

investigador (Millán, 2015). Por lo tanto, es necesario que mediante los métodos teóricos el investigador realmente conozca e identifique la información que en realidad le resultará útil tanto para él como para sus lectores, lo que procede con el fin de generar mejores posibilidades de comprensión del tema que es objeto del desarrollo de una labor científica, investigativa y descriptiva.

Histórico jurídico: Las evidencias históricas son el soporte que registra las particularidades más concretas que se deben solucionar dentro del problema de la investigación (Pérez, 2009). Por medio de lo teórico y lo empírico se comprende quiénes son las personas o sujetos afectados por ciertos acontecimientos jurídicos (Álvarez, 2017). Es así, que, se pretende determinar en que la prisión preventiva en delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización en la proporción de mínima escala es indebidamente aplicada y en qué casos las medidas cautelares alternativas deben ser dispuestas en el contexto del derecho procesal en el Ecuador.

Jurídico doctrinal: A través de este método, se logran recopilar distintas clases de argumentos, los cuales tienen como propósito demostrar la realidad de un problema y cómo este genera afectaciones en diversos contextos del derecho, en este caso en los derechos fundamentales al debido proceso, lo cual parte de ciertas particularidades de la interpretación de las normas y las instituciones jurídicas.

Análisis síntesis: Es necesario desarrollar modelos de análisis jurídico que permitan a la judicatura a establecer mejores criterios para la aplicación de medidas cautelares alternas a la prisión preventiva en casos de delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización en proporciones de mínima escala. La aplicación de este método

permite en el mejor sentido posible desarrollar criterios o fórmulas de comprensión respecto del problema que representa el objeto de estudio en cuestión (Paredes, 2007) .

Inductivo deductivo: Los valores o principios que conforman las normas jurídicas justifican la promulgación de las mismas y las incidencias que tienen en este ordenamiento jurídico, lo que se puede comprender a través de este método. Para Prat y Peña (2015) las deducciones representan las apreciaciones más puntuales del tema, y de ellas se trata de establecer un diagnóstico de la realidad. En este caso, por medio de las deducciones se trata de demostrar cómo la prisión preventiva mal aplicada relega y afecta procesalmente a las personas procesadas que le corresponden otras medidas cautelares personales.

Exegético jurídico: El enfoque interpretativo del artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal es concreto, por lo que no existen dudas acerca de que se debe tener mayor consideración a las otras medidas alternas a la prisión preventiva para que se apliquen en los delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización en proporciones de mínima escala.

Jurídico comparado: Se recurre a los acontecimientos procesales dentro del derecho ecuatoriano en relación con procesos desarrollado en alguna de sus judicaturas, y de ser posible se puede constatar con algún caso de la realidad jurídica internacional.

En lo que concierne a los *métodos empíricos* también son muy importantes, dado que se caracterizan por tener un abordaje directo de ciertos temas en relación con la obtención de datos importantes para ser demostrados en el desarrollo de una investigación. Estos datos en sí se caracterizan por tratar hechos concretos y por proveer información casi exacta de lo que se desea demostrar, generalmente suele ser demostrable numéricamente

(Mora, 2015). Por lo tanto, se determina que mediante este método los resultados quizás sean menos descriptibles, pero sí son más precisos.

Los datos que proporcionan los métodos empíricos y sus diferentes técnicas, como tales se diferencian del aporte del método teórico por cuanto se trata que en lo empírico los datos son más específicos o exactos, por lo que, no se puede efectuar una interpretación muy amplia de lo que puede ser concebido como una idea, criterio u opinión de un tema, incluso si fuere una afirmación ampliamente aceptada que pretenda ser concebida como una verdad, sino que en lo empírico se tiene que mencionar los resultados obtenidos sin extenderse demasiado en la interpretación o análisis. Es por lo tanto, este uno de los métodos de la investigación más empleados en el ámbito de las ciencias.

Consecuentemente, las ciencias se caracterizan por establecer hechos demostrables, en este caso lo empírico resulta una evidencia de la existencia de un problema y de los resultados que este produce.

Estos métodos están representados por un aspecto que se torna visible en cuanto al análisis de cada uno de los criterios aportados por los expertos de las ciencias jurídicas consultados acerca de la problemática que se aborda dentro de esta investigación. En tal caso, esos expertos del área procesal penal aportan con una visión que sirve para el diagnóstico del problema y de la consecuente solución que se puede aplicar al efecto. De la misma manera, el estudio de la realidad procesal es la que permite demostrar la realidad de una particularidad asociada con el problema y por medio de ella tratar de arribar a alguna solución.

Cuadros de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis (CDIU)

Tabla 1

Métodos empíricos

Categorías	Dimensiones	Instrumentos	Unidades de análisis
Medidas cautelares	Tráfico de drogas	Análisis de documentos Análisis de precedentes judiciales Entrevistas	Constitución de la República del Ecuador Artículos 35, 76. 2, 76.5, 77.1, 77.11, 364 Código Orgánico Integral Penal Artículos 5.3 220.1, 522, 534.4 Dos procesos de judicaturas penales Cinco expertos en el área procesal penal

Elaborado por: Abg. Mariela Isabel González Veintimilla

Criterios éticos de la investigación

Se precisa que el desarrollo de las entrevistas cuenta con el consentimiento de las personas entrevistadas a fin de garantizar el respeto a sus declaraciones y opiniones reflejadas en el mismo documento. En la elaboración de la presente investigación se tratan los estudios de casos de las correspondientes de las judicaturas penales con reserva de la identidad de las personas involucradas, donde por medio de la obtención de los expedientes se demuestra la realidad de la problemática de la investigación.

Resultados de normas jurídicas

Constitución de la República del Ecuador

El artículo 11.5 dispone constitucionalmente a través de lo contenido en la Carta Magna la prevalencia del principio in dubio pro reo. Por lo tanto, este principio es atribuible como una de las garantías de connotación relativa a las normas del debido proceso, en especial porque se trata de resolver dudas en el contexto de la justicia penal. En el caso del problema que se trata en esta investigación, ante la duda de estar frente a un adicto o un micro traficante, debería en la práctica tenerse a esta persona como adicto, por lo que no se lo debería de sancionar, en especial porque la duda está motivada dado que se trata de una situación de tráfico de drogas en mínima escala (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

Como se puede apreciar, el artículo 35 de la Carta Magna reconoce y dispone que las personas que padecen de adicciones son parte del grupo de personas vulnerables. Al efectuarse este reconocimiento, queda en claro que este grupo de personas requiere de una protección especial de sus derechos por parte del Estado ecuatoriano. Por lo tanto, sus derechos en todos los ámbitos, en especial por cuestiones relativas con su salud deben tener un carácter de satisfacción prioritario. De la misma manera, los derechos de este grupo especial de personas no pueden ser desconocido por la administración de justicia en el Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

El artículo 76.2 precisa las garantías del debido proceso en relación con el principio de la presunción de inocencia. Por lo tanto, si no está probado en juicio y a través de sentencia ejecutoriada la responsabilidad penal, en este caso de una persona que sea traficante o micro traficante de drogas, ante la duda de tal situación, prevalece su estado de

inocencia. Esta presunción por lo tanto existe en este caso concreto para evitar la imposición de sanciones o medidas injustas respecto de una persona de la que no se ha comprobado aún una posible culpabilidad (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

Concerniente al artículo 76.5 de la norma constitucional, en ella se establece lo relacionado con el principio de in dubio pro reo. En síntesis, en los casos de duda acerca de la situación jurídica de una persona, puntualmente si entraña responsabilidad penal, bien podría no reconocerse tal responsabilidad o imponer la sanción menos rigurosa según sea el caso que corresponda. Como se ha manifestado a lo largo de esta investigación, si no se tiene certeza en el delito de tráfico de drogas en mínima escala si se trata de un adicto o de una persona vinculada con la actividad del micro tráfico, se deberá considerar que esta persona es adicta (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

Respecto del artículo 77.1 de la Constitución, esta norma prevé que la privación de la libertad no es la regla general. Por consiguiente, deben existir presupuestos fácticos y de derechos que justifiquen plenamente que una persona sea privada de su libertad. Esta disposición debe ser tenida en cuenta y aplicada, tanto en casos de expedición de sentencias y en la aplicación de medidas cautelares. Por lo tanto, en la legislación penal existen otros medios sancionatorios así como de medidas cautelares, para que la persona procesada, no necesariamente sea privada de su libertad (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

En cuanto a lo dispuesto por el artículo 77.11 de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano, se aprecia que existen y que deben aplicarse otras medidas cautelares distintas a la privación de la libertad en los casos que existan los presupuestos para que estas

apliquen. Efectivamente, esta es una prerrogativa y un axioma que debe ser reconocido y cumplido por parte de los jueces de garantías penales. De esa manera, se podrán consolidar postulados relacionados con las garantías del debido proceso en el ámbito de la justicia penal (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

El artículo 364 de la Constitución reconoce que las adicciones son un problema de salud pública, y que por tal razón no puede una persona ser sujeto de sanciones o de criminalización cuando se trata de un padecimiento grave que compromete su salud tanto a nivel físico como a nivel mental. Es por ese motivo, que las personas adictas o consumidoras de drogas no pueden ser criminalizadas y precisan de un apoyo por parte del Estado para superar esas adicciones y mejorar su calidad de vida. En tal caso, criminalizar a una persona por su aducción a las drogas sería una medida irracional, injusta y llena de prejuicios (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

Código Orgánico Integral Penal

La prohibición de ausentarse del país consiste en impedir la salida de la persona procesada por tener asuntos pendientes con la justicia, en este caso en el ámbito procesal penal. La aplicación de esta medida cautelar personal tiene como finalidad evitar la fuga o evasión de la justicia de parte de la persona procesada, la que debe permanecer dentro del país para comparecer dentro de la causa que se está promoviendo en su contra, lo cual se aplica una vez que se formulan cargos y se da paso a la etapa de instrucción fiscal (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014). *La obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe*, simplemente representa el hecho de aproximar a la persona procesada ante las autoridades de justicia, de esa manera se asegura estar al tanto de las

actividades y de la permanencia de este sujeto procesal dentro de la jurisdicción donde existe una causa penal donde se presume su responsabilidad de un hecho punible (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014).

El *arresto domiciliario* es una medida en la que se obliga a que la persona procesada no salga de su lugar de residencia, esto con la finalidad de evitar el peligro de fuga y de tener un lugar plenamente identificado donde se la pueda localizar (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014). Esta medida a su vez asegura que la persona procesada no cometa o al menos trate de impedirse que continúe cometiendo delitos. Del mismo modo, esta medida se aplica en ciertas condiciones especiales, tales como: condiciones de edad, enfermedad, estado de gestación, entre cualquier otro factor de necesidad y humanidad se establezca que esta medida cautelar sea la más apropiada (Guerrero, 2013). El *dispositivo de vigilancia electrónica* es aplicado como un medio tecnológico que permita identificar el lugar donde se encuentre la persona procesada cuando ésta precisamente disponga de cierta medida de libre tránsito cuando no tiene mayores restricciones a su libertad (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014).

En cuanto a la **detención** esta medida es practicada cuando para efectos de investigación se retiene momentáneamente a una persona para poder reunir información cuando el fiscal lo haya solicitado motivadamente el fiscal al juez de garantías penales, siendo que esta medida no puede durar más de veinticuatro horas, para lo que la práctica de dicha versión debe efectuarse en presencia del defensor público o privado, esto según lo establecido en los artículos 530 y 532 del COIP (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014). En lo que concierne a la *prisión preventiva*, esta es la medida cautelar personal de mayor aplicación dentro del contexto del derecho procesal penal, siendo esta

medida de reconocida y amplia ejecución dentro del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

Precisamente, la prisión preventiva se caracteriza por asegurar la presencia de la persona procesada dentro de la causa penal y en la respectiva judicatura donde se cometió el delito y se está investigando y juzgando los hechos, de forma tal que la persona procesada está privada transitoriamente de su libertad pudiéndose estimar que está al alcance del fiscal y de juez para poder ser investigado y juzgado con mayor prontitud y eficiencia respecto de lo que se pudiera hacer practicando otras medidas cautelares de carácter personal (Llobet & Castillo, 2016). Por lo tanto, la prisión preventiva es una medida cautelar personal restrictiva de la libertad donde la persona procesada está obligada a permanecer en un centro de reclusión con carácter temporal de acuerdo con la gravedad de la pena por el delito que se lo juzga. Es así, que la gravedad del delito y de la pena son presupuestos esenciales para que se ejecute la medida cautelar personal de la prisión preventiva.

De acuerdo con el artículo 534 del COIP, la prisión preventiva tiene la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada y el cumplimiento de la pena. Para que proceda la aplicación de la prisión preventiva y que el fiscal la pueda solicitar de forma motivada al juez de garantías penales, debe existir elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública. Del mismo modo, es necesaria la concurrencia de los elementos de convicción que el procesado es autor o cómplice de la infracción. También corresponde que se disponga de indicios de los que se pueda concluir que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes para asegurar la presencia de la persona procesada en el juicio o para el cumplimiento de la pena, para lo

que es indispensable la aplicación de la prisión preventiva, además que se trate de una infracción cuya sanción penal sea superior a un año (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

Conforme a lo expuesto en las líneas anteriores, la prisión preventiva debe cumplir con todos los elementos o requisitos detallados previamente, lo que justifica su aplicación como medida cautelar personal dentro del proceso penal. Sin embargo, en el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, en el caso que se trate por mínima escala de acuerdo con lo establecido por el artículo 220 numeral 1 literal a del COIP, en relación con la tabla de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas donde se establece las cantidades de mínima escala, los presupuestos de admisibilidad y aplicación de la prisión preventiva no se cumplen a cabalidad. Esto se debe porque respecto de la persona procesada existe la duda sobre si esta persona es traficante o consumidora – adicta, por lo que, en el caso de ser una persona consumidora o adicta, no existe un delito de acción pública, siendo que el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador es claro en reconocer y disponer que las personas adictas como parte de un problema de salud pública no serán criminalizadas (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

Además, si no existe el elemento de existencia del delito por tratarse posiblemente de un consumidor o adicto, entonces tampoco hay elementos de convicción que permitan determinar que la persona procesada por delito tráfico de drogas sea precisamente autor o cómplice de tal infracción penal. Corresponde también precisar que las otras medidas cautelares privativas de libertad si se pueden aplicar y son suficientes para asegurar la comparecencia de la persona procesada. En síntesis, la falta de materialidad plena de estos

tres requisitos da lugar a que no sea viable la aplicación de la prisión preventiva sobre la persona procesada por el tráfico de drogas en mínima escala. En contraste, la prisión preventiva para que pueda ser solicitada por el fiscal y aplicada por parte del juez de garantías penales, debe reunir los cuatro requisitos del artículo 534 del COIP, por lo que, al no ser así, es menester considerar que se deje sin efecto o se inaplique la práctica o imposición de la prisión preventiva en los casos de delitos de tráfico de drogas cuando se trata de mínima escala.

Respecto de la duración de la prisión preventiva, el COIP establece en su artículo 541 que la prisión preventiva no puede excederse de 6 meses en delitos cuya pena privativa de es de hasta 5 años, y no podrá excederse de 1 año cuando la pena de privación de la libertad sea superior a 5 años (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014). Esta disposición del COIP guarda relación con lo dispuesto en la Constitución, dado que la norma suprema reconoce esos mismos plazos dentro de su artículo 77 numeral 9. Por lo tanto, la prisión preventiva precisa una privación momentánea de la libertad dentro de un intervalo temporal considerable, por lo que debe aplicarse solo si procede de estricta necesidad según los requisitos o condiciones previstos por el artículo 534 del COIP.

Analizados los presupuestos normativos procesales del COIP, se requiere revisar los principios, derechos y garantías de la Constitución de la República del Ecuador que son aplicables a la propuesta de la eliminación de la prisión preventiva en los casos de delitos de tráfico de drogas por mínima escala, y que en su lugar se apliquen las otras medidas cautelares no privativas de libertad previstas en el artículo 522 del COIP. Por lo tanto, el punto de origen de esta propuesta se fundamenta en lo que está establecido en el texto del artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, la que precisa con absoluta

claridad que las adicciones son un problema de salud pública, y que por ningún caso se criminalizará a las personas adictas al consumo de drogas, ni vulnerarán sus derechos constitucionales (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008). Por consiguiente, esta norma es de carácter matriz por lo que prevalece por sobre las normas procesales por cuanto se protege a un grupo de personas vulnerables, que lejos de ser condenadas por un problema ampliamente conocido como de salud pública según el texto de la Constitución como norma suprema, por el contrario, necesitan del apoyo y protección del Estado para rehabilitarse y continuar con sus vidas de manera saludable y dignificante, cosa que difícilmente podrían realizar a plenitud si les es aplicada una medida cautelar de prisión preventiva, y en peor medida si llegasen a sufrir una pena privativa de libertad.

Inclusive, se puede considerar que las personas consumidoras-adictas son parte de los grupos de atención prioritaria reconocidos y establecidos por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 35. Dicha norma establece que son parte de los grupos de atención prioritaria a aquellas personas que adolezcan de enfermedades de alta complejidad (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008). Esta consideración tiene su sustento en el principio *in favor debilis*, el que consiste en el hecho considerar o prever ciertos supuestos actos jurídicos, en los cuales las personas débiles deben ser protegidas por su vulnerabilidad o debilidad frente a ciertas situaciones (Isler, 2019). Evidentemente, las personas que padecen de problemas de adicción a las drogas padecen de una enfermedad de características psicológicas y fisiológicas de gran severidad, por lo que tratar de rehabilitar a esas personas para que se puedan recuperar tanto en su

estado de salud, así como también sus relaciones familiares, sociales y de diversa índole es una tarea de suma complejidad.

Por lo tanto, las personas que padecen de enfermedades de alta complejidad deben tener un trato preferencial en el reconocimiento de sus derechos fundamentales, dado que por su condición no pueden hacerlos valer de forma efectiva por cuenta propia. En consecuencia, en el marco de un Estado garantista no se puede empeorar la situación jurídica de una persona que requiere protección especial de su integridad y de sus demás bienes jurídicos. De acuerdo con lo precisado, las personas consumidoras-adictas padecen de una enfermedad de adicción a las drogas que resulta de un largo y extenuante tratamiento, lo que da lugar a su complejidad, por lo que se pueden reconocer dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano como personas parte del grupo de atención prioritaria. Al ser parte de este grupo, estas personas no pueden ser sujetos criminalizados por el consumo y adicción a las drogas por lo que ante el estado de incertidumbre de no saberse si una persona es traficante de drogas o adicto, por respeto, reconocimiento y aplicación del in dubio pro reo, en tal caso no debe de aplicarse la prisión preventiva, sino que es menester la aplicación de las otras medidas cautelares distintas a la mencionada medida cautelar privativa de la libertad.

En efecto, al formularse un razonamiento sustentado en lo precisado por las líneas anteriores, la eliminación de la prisión preventiva y la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de libertad no supone eximir de responsabilidad penal a la persona procesada, sino que se respeta su derecho a la presunción de inocencia y al in dubio pro reo, dado que ante la duda de ser considerado como traficante o adicto, por favorabilidad de sus derechos, debe ser tratado como consumidor o adicto hasta que se demuestre lo uno o lo

otro, y en el caso de ser traficante y haber cometido el delito de tráfico de drogas será sancionado con la pena que corresponde. En el caso de ser consumidor o adicto, en dicha circunstancia es inimputable por lo que en ambos casos se respetó los derechos fundamentales de la persona procesada, en especial al debido proceso, la presunción de inocencia, y al in dubio pro reo como parte de la favorabilidad en la aplicación de sus derechos fundamentales. En dicha perspectiva, en el caso de tratarse realmente de un traficante, del que no se tenía certeza de tal condición, en ningún momento se generó impunidad ni se eximia de responsabilidad penal a la persona responsable del delito de tráfico de drogas.

El artículo 76 numeral 2 de la Constitución precisa que la presunción de inocencia prevalece en toda persona procesada mientras no se declare su responsabilidad penal a través de resolución firme o por sentencia ejecutoriada (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008). Es por ese motivo, que las personas procesadas por la comisión del delito de tráfico de drogas en mínima escala tienen en su favor el beneficio de la duda razonable en cuanto a considerar si son personas consumidoras-adictas o si en realidad son traficantes de droga, por lo que ante tal incertidumbre debe proceder la presunción de inocencia y en tal caso tal presunción se vería fortalecida al aplicarse medidas cautelares no privativas de libertad por ser distintas a la prisión preventiva. De la misma manera, esa situación de duda razonable se ve sustentada por lo que establece el artículo 76 numeral 5 de la Constitución, siendo que dicha norma precisa que “en caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se le aplicará en el sentido más favorable a la persona infractor”, lo cual guarda relación con lo precisado en el artículo 5 numeral 3 del COIP, lo que se conoce como el principio in dubio pro reo.

También compete determinar que los artículos 77 numerales 1 y 11 disponen que privación de la libertad no será la regla general y que los jueces de garantías penales deben procurar aplicar medidas cautelares a la prisión preventiva, (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008) lo cual, en cierta manera, es una forma de consolidar los postulados garantistas donde la facultad punitiva del Estado busca sancionar a los responsables de infracciones penales, pero sin desconocer que existen medidas y procedimientos menos coercitivos para asegurar la presencia de la persona procesada y sancionar como corresponde a dichas personas sin sancionar con más rigor de lo debido, y en caso que corresponda, se habrá respetado las garantías básicas de la persona procesada hasta que se haya podido demostrar que era necesario proceder con mayor coercibilidad por parte del sistema de justicia penal.

Resultados de las entrevistas

Un aspecto importante de ilustración jurídica, se obtiene a través de la realización de las entrevistas efectuadas a profesionales de derecho en el contexto de la praxis procesal penal, lo que permitirá que estos profesionales a través de su experiencia contribuyan a una amplia y profunda descripción del problema de la aplicación de la prisión preventiva en casos de delitos de tráfico de drogas por mínima escala como medida atentatoria contra el principio de presunción de inocencia, del in dubio pro reo y de la aplicación de medidas cautelares no privativas de libertad. Efectuada esta descripción, existirán mejores presupuestos para poder elaborar una propuesta de solución a la situación problemática antes enunciada y que es constituye en el objeto medular de esta investigación.

En relación con lo precisado en cuanto al aporte del criterio formulado por parte de los expertos en derecho procesal penal se aporta lo siguiente:

1. ¿Qué tipo de trato procesal se debe aplicar a las personas que son consumidoras en mínima escala?

A decir de las personas entrevistadas, el trato procesal que se le debe proporcionar a este tipo de personas implica que se les respete principalmente la aplicación de las garantías del debido proceso. Evidentemente, los delitos de tráfico de drogas son muy severos, por lo que generalmente tras este delito existen otras infracciones penales muy graves que se encuentran enmascaradas u ocultas dentro de este tipo penal en cuestión, sin embargo, en el proceso penal es necesario que se realice una distinción entre lo que representan el adicto y el consumidor y lo que representa el traficante. De acuerdo con nuestra legislación a nivel constitucional, las adicciones son un problema de salud pública por lo cual no se puede criminalizar a estas personas por padecer un problema de salud.

En tal circunstancia, según los expertos entrevistados, se presenta la dificultad de distinguir entre los adictos-consumidores y los traficantes, porque en casos de mínima escala, por el tipo de delito y el volumen o peso en cuestión, fácilmente se puede presentar la confusión para distinguir a este tipo de personas. Ante esta situación, lo mínimo que puede hacer el Estado y el sistema de justicia penal, es respetar las garantías del debido proceso de estas personas para no tener que aplicar medidas cautelares severas y que restrinjan la libertad de estos ciudadanos cuando se sabe que no se puede criminalizar a las personas que padecen de adicción a las drogas.

En tal caso, se debe garantizar el derecho a la presunción de inocencia como parte de las garantías del debido proceso. En este ámbito de la presunción de inocencia, se debe analizar con bastante detenimiento cuáles son las medidas cautelares que más convienen a ser aplicadas a las personas que se presume que son responsables del tráfico de drogas por mínima escala. En este aspecto, se debe recordar que el sistema de justicia ecuatoriano se

caracteriza por ser garantista, por lo tanto, al existir garantías no puede obviarse que las personas adictas no pueden ser criminalizadas por padecer de un problema de adicción pública.

2. ¿Cómo se podría distinguir en el Ecuador entre la persona consumidora y el traficante de drogas?

Los entrevistados apuntan a que en el Ecuador lamentablemente no existen políticas, programas o mecanismos por los cuales en el sistema de justicia se pueda distinguir con certeza quién es un traficante de drogas, lo que comprende sus diversas escalas, en especial la mínima y quién es adicto o consumidor. Para esto al Estado ecuatoriano dentro del rol que le compete al sistema de justicia debe diseñar estrategias por medio de las cuales se pueda identificar a las personas que realmente padecen de adicciones que los impulsan al consumo de drogas. De esa manera, al existir este tipo de estrategias, se puede generar un contexto donde a las personas adictas y consumidoras no se las criminalice considerando que padecen de un grave problema de salud pública.

Evidentemente, resulta muy difícil, muy complejo que esta distinción entre adictos-consumidores y traficantes se lleve a cabo. No obstante, el Estado está en el deber de aportar una solución al respecto al ser garantista de los derechos de los ciudadanos, en especial de las personas que más requieren de una protección o asistencia en la tutela efectiva de sus derechos que pueden verse vulnerados por ciertos problemas de orden social. En este caso, las adicciones son un problema complejo donde fácilmente se podría criminalizar a una persona adicta o consumidora, la que por principio y por esencia es inocente, por lo que el Estado debería, en primer lugar considerar a través del sistema de justicia que en casos de falta de certeza sobre la calidad de esta persona sobre si es adicto o traficante, se debe considerarla a estas personas dentro del sentido más favorable que el

derecho los beneficia, por lo tanto, se los debe tratar como personas adictas y que apliquen medidas cautelares más favorables para estas personas para no tener que recurrir a medidas más severas que básicamente las criminalizan.

En relación con estos criterios, las personas entrevistadas coinciden en determinar que en el Ecuador no existe un apoyo auténtico a las personas adictas, las que suelen ser desprotegidas de parte del Estado, y en temas de delitos de tráfico de drogas más importa el castigo a los responsables de este tipo de delitos que el respaldo y el apoyo para que las personas adictas y consumidoras puedan rehabilitarse y no recaer en contextos de criminalidad. En resumidas cuentas, esta observación por parte de las personas entrevistadas representa una obligación que para el Estado es de carácter ineludible.

3. ¿Cómo se podría justificar la no criminalización de las personas consumidoras?

En relación con lo expresado por parte de las personas entrevistadas, la no criminalización de los consumidores o adictos está justificada desde la perspectiva de la problemática de adicción pública que está prevista por el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador. En efecto, la Constitución trata de reconocer una problemática real, puesto que la situación de las personas adictas es muy delicada y generalmente son estigmatizadas como personas que tienen hábitos delictivos, cuando no necesariamente es así. Por lo tanto, desde este enfoque de la Constitución, se trata de reconocer un mayor estatus de dignidad de las personas adictas y consumidoras, las que regularmente son estigmatizadas y contextualizadas dentro de un ámbito de criminalidad dentro de la sociedad ecuatoriana.

Es por este fundamento de carácter constitucional, que las personas adictas disponen de una tutela especial de sus derechos, lo que se debe a su propio padecimiento de salud por

sufrir de una enfermedad grave que afecta su entorno de relaciones humanas, sea a nivel familiar, social, laboral, educativo entre otros. Inclusive, las personas que padecen de problemas de salud pública, en este caso de adicción a las drogas, son incluibles dentro de los grupos de atención prioritaria reconocidos por el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador. Esto obedece por cuanto las personas adictas a las drogas enfrentan un problema de salud muy complejo, esta complejidad afecta muchos ámbitos de su vida, por lo que a estas personas que padecen de esta enfermedad les cuesta recuperarse y rehabilitarse. Es por este motivo, que las personas adictas y consumidoras necesitan de un mayor apoyo de parte del Estado para que puedan superar sus problemas de adicción o consumo de drogas. En tal aspecto, al criminalizarse a estas personas, prácticamente se le están coartando las posibilidades de disponer de un mejor marco de rehabilitación, así como también el derecho a una vida digna y ser parte de la sociedad, por lo que sufrirían de marginación en el ejercicio pleno de sus derechos.

4. ¿Qué medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva se puede aplicar a las personas traficantes por mínima escala?

El Código Orgánico Integral Penal se caracteriza por ser garantista y por generar condiciones para que aplique y se efectivice el principio de mínima intervención penal. Por lo tanto, las personas adictas y consumidoras no pueden ser criminalizadas como se ha manifestado, pero en el caso de los traficantes de mínima escala, que pueden ser confundidos con el grupo de personas antes mencionados, por existir un factor de duda, se pueden acoger a las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, esto en atención a lo previsto por el artículo 77.1 y 77. 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

En consecuencia, para las personas entrevistadas las medidas cautelares como: la prohibición de ausentarse del país, la presentación periódica en juzgados de garantías

penales, el arresto domiciliario, el dispositivo de vigilancia electrónica, la detención son los métodos o las medidas cautelares que se pueden estimar como los más idóneos para asegurar la comparecencia de las personas procesadas, puntualmente de las personas que están siendo procesadas por el tráfico de drogas en mínima escala. De esa manera, no se criminaliza a este tipo de personas en caso de duda, tampoco se deja en impunidad del delito y se investiga de forma tal que no se afecta la dignidad de este tipo de personas en caso que se confirme que tienen la calidad de adictos o consumidores, las que tendrían que injustamente sufrir y cumplir con una medida restrictiva de su libertad, lo cual no es procedente o no tiene razón de ser cuando no se tiene la certeza que se trata de un grupo de personas que tiene el padecimiento de una enfermedad de grave connotación en el ámbito de la salud pública.

5. ¿Qué derechos fundamentales considera usted que se ven vulnerados por la aplicación de la prisión preventiva en casos de mínima escala por tráfico de drogas?

A decir de los entrevistados, los derechos que principalmente se ven vulnerados, son los derechos a la seguridad jurídica, el derecho al debido proceso y el respeto por su problema por padecer de una enfermedad grave en el ámbito de la salud pública. La seguridad jurídica se ve afectada por cuanto se trata el hecho que no existe un método que dentro del contexto jurídico permita distinguir a un traficante de drogas por mínima escala de una persona que en realidad es una adicto o consumidor. De la misma manera, el debido proceso se ve afectado por cuanto no existe la aplicación de una medida cautelar proporcional de acuerdo con el delito que se imputa y que se persigue a sabiendas que se puede dar lugar con un severo problema de adicción pública.

Análisis de casos

En este contexto de la investigación, lo que se requiere realizar es la revisión de situaciones en los que se aplicaron medidas cautelares alternativas o distintas de la prisión preventiva por casos de delitos de tráfico de drogas por mínima escala, con lo que se destaca la procedibilidad de medidas cautelares no privativas de la libertad dentro de tal contexto. En tal caso, los precedentes judiciales sirven de sustento para demostrar la existencia de una realidad en el ámbito procesal penal, de la que se deriva un problema que requiere ser abordado y analizado en el ámbito de las ciencias penales. Por lo tanto, esta investigación trata de demostrar a través de la casuística como es imperativo que se reconsidere eliminar la prisión preventiva en casos de delitos de tráfico de drogas por mínima escala e incentivar la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de libertad en el juzgamiento del mencionado tipo penal. En lo concerniente a este referente empírico los casos que se van a tratar obedecen a sentencias de las judicaturas penales de cantones de la provincia del Guayas, sin perjuicio de poder haberse ubicado causas por el delito de tráfico de drogas en otros cantones del territorio ecuatoriano.

Caso N° 1

En el presente proceso N° 09281-2019-05606 se estudia la situación jurídica del ciudadano N.N. quien fue procesado penalmente por haber aparentemente encuadrado su conducta en el tipo penal descrito en el artículo 220 numeral 1 literal a del Código Orgánico Integral Penal, concretamente por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización dentro del rango de mínima escala. En cuanto a los hechos y a la prosecución de la respectiva causa penal, se expone como punto de partida los sucesos acaecidos con fecha de 5 de diciembre de 2019 en la que en labores de patrullaje de rutina por parte de los agentes de la Policía Nacional en las inmediaciones del sector del Bloque 1

de Flor de Bastión habían entre cinco a seis individuos que salen en precipitada carrera, a lo que se quedó solo uno de ellos, efectuándosele un registro y a un metro de donde se hallaba el ciudadano en cuestión se encontró en el piso un bolso de color negro en el que en su interior habían nueve fundas transparentes con una sustancia de color verdosa.

Acto seguido, en esa misma fecha se procede a la realización de la audiencia de calificación de flagrancia, habiéndose procedido al pesaje de la droga, la que en su peso neto en el total de esas nueve fundas dio como resultado un peso de tres gramos, por lo que se trataba de un nivel de drogas en mínima escala. En cuanto a la pericia química se determinó que la sustancia aprehendida en cuestión era marihuana según lo establecido tras la práctica de la prueba preliminar de campo. En dicha audiencia, la Fiscalía y la defensa del procesado establecen los respectivos acuerdos en materia probatoria. En consecuencia, se determinó la práctica de la pericia o examen psicológico y toxicológico por parte de un médico perito de la Fiscalía General del Estado.

Posteriormente, las partes convienen la celebración de un procedimiento directo según los términos previstos del artículo 640 y siguientes del COIP. Dentro de tal procedimiento la Fiscalía no solicitó la prisión preventiva, sino que solicitó medidas cautelares alternas a la prisión preventiva. En este caso, se solicitaron la prohibición de que la persona procesada se ausente del país mientras dure el proceso penal, así como la presentación periódica ante el juez de la causa, lo cual se encuentra establecido según el artículo 522 numerales 1 y 2 respectivamente del COIP. En efecto, estas medidas fueron solicitadas por el Fiscal encargado en este caso, para lo cual se reconoció de parte de la Fiscalía que la defensa del procesado había justificado el elemento de arraigo social, motivo

por el cual procedía la solicitud y la aplicación de otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

Ya instalada la audiencia de procedimiento directo, entre el acervo probatorio, los resultados del examen psicológico y toxicológico arrojaron entre sus conclusiones que el ciudadano N.N. presentó un patrón de consumo abusivo compulsivo que determina la impresión diagnóstica de adicción a la marihuana. Desde este presupuesto fáctico, de antemano se puede afirmar la ausencia de responsabilidad penal por lo que el mencionado ciudadano tenía certificada su calidad de adicto, por lo que de acuerdo con el mandato del artículo 364 de la Constitución al padecer de una adicción a las drogas no podía ser criminalizado. De la misma manera, la conducta de consumo por adicción probada no advierte materialidad de la infracción por un supuesto tráfico de drogas, lo que conforme a la verdad fáctica del proceso nunca aconteció.

Justamente, al evacuar la prueba de Fiscalía, las versiones de los agentes policiales no determinaban que el ciudadano N.N. haya estado en actitud de tráfico de drogas, por lo que nunca se estableció por parte de los miembros de los agentes en cuestión que el bolso con las sustancias encontradas haya estado en poder del citado ciudadano. En tanto que, de conformidad con la prueba documental de parte de la defensa de N.N. el mencionado arraigo social quedó justificado por cuanto hubo certificaciones que esta persona disponía de un trabajo, además de constar una impresión del SRI en que se determinaba el RUC con la actividad económica del procesado. Del mismo modo, consta una declaración juramentada de la madre del referido ciudadano donde se determinó que este vive con ella. Adicionalmente, se probó por parte de la defensa que no existían antecedentes penales respecto del procesado.

Entre los alegatos finales según lo expresado por la Fiscalía se establece que el testimonio del agente policial es claro al señalar que el bolso que contenía la marihuana no había sido visto en poder del procesado y que en el ambiente había un olor a marihuana, es decir, que las otras personas que huyeron del lugar estaban consumiendo, por lo que la policía deslinda de responsabilidad al procesado. Incluso, el fiscal que se hizo presente en la audiencia de juicio directo estimó que ni siquiera se debió haber formulado cargos en contra del ciudadano N.N. En consecuencia, el propio fiscal indicó que el examen toxicológico determinó que el ciudadano en cuestión es consumidor por lo que se destruye la antijuridicidad como elementos fundamentales que configuran o determina el tipo penal. Con todas estas consideraciones, la Fiscalía manifestó no disponer de una teoría sólida para acusar por la que se abstiene de acusar a N.N.

En cuanto al alegato final de la defensa, el abogado defensor resalta la decisión adoptada por el fiscal por cuanto estimó que se apega al principio de objetividad y que la carga de la prueba no disponía de los elementos ni los méritos suficientes para que se sentencia a N.N. al cumplimiento de una pena privativa de libertad. Con todos estos elementos, la jueza que conoció la presente causa determinó y motivó su decisión de ratificar el estado de inocencia por cuanto el procesado no era microtraficante sino un consumidor, y al no haber adecuado su conducta en ninguno de los verbos rectores del artículo 220 numeral 1 del COIP, no existía la responsabilidad por el tráfico de drogas, por lo que la calidad probada de adicto, a más de disponer de un reconocido arraigo social eran motivos más que suficientes para la ratificación del estado de inocencia que se aprecia en esta causa.

Caso N° 2

El presente caso consiste en el juzgamiento al que se vio sometido un ciudadano por haber supuestamente incurrido en el tipo penal de tráfico de drogas por mínima escala de acuerdo con lo previsto en el artículo 220 numeral 1 literal a del COIP. Dentro del **Proceso N° 21282-2018-00876** que se ventiló en el Cantón Lago Agrio en una judicatura multicompetente en materia penal, al ciudadano N.N. según los hechos de este caso se le encontraron dos sustancias tanto marihuana como cocaína, lo cual guarda relación con el relato de los hechos que corresponde a lo conocido y resuelto por la mencionada judicatura.

El 26 de agosto de 2018 el ciudadano N.N. fue aprehendido como resultado de una labor de patrullaje dado que se lo encontró solo y al observarse la actitud sospechosa se procedió a realizársele una revisión de sus pertinencias. En dicho acto, al procesado se le encontraron en su poder tanto una funda de color azul en la que había una sustancia de color verdosa, así como unos sobres en los que en su envoltura de papel habría presumiblemente sustancias estupefacientes.

Posteriormente, al realizarse las pericias que determinen tanto la calidad o el tipo de sustancia, así como su respectivo peso, se estableció que estas eran marihuana con un peso bruto de once gramos y de peso neto ocho gramos, y cocaína con un peso bruto de cuatro punto cuatro gramos y de peso neto de uno punto sesenta y ocho gramos. Por lo tanto, al aplicarse la tabla de porte de sustancias estupefacientes y psicotrópicas se pudo constatar que las cantidades aprehendidas correspondían a la mínima escala.

Esta situación en cuestión conlleva a plantearse el supuesto de duda razonable si N.N. ante la cantidad de las sustancias que le fueron encontradas en realidad era un adicto o un microtraficante. Además, en las circunstancias del hecho se puede apreciar que se lo

encontró solo, sin ninguna otra pertenencia, sin dinero, además de no haberse verificado si existió el cruce de manos o algún otro tipo de pruebas que permitiera con claridad establecer que tenía los nexos o los contactos para cumplir con el expendio o alguno de los otros verbos rectores del artículo 220 numeral 1 del COIP respecto del tráfico de drogas. En consecuencia, este ciudadano presentaba una situación de duda por lo que presumir su responsabilidad penal podía significar un supuesto más no una certeza a nivel procesal.

Precisamente, ante esta situación de supuesto, se estaría vulnerando el derecho a la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* previsto en los artículos 76.2 y 76.5 además del 5.4 y 5.3 del COIP. Tal ámbito de duda precisamente debió haber sido subsanado por la aplicación del artículo 364 de la Constitución que prohíbe la criminalización de las adicciones. Por lo tanto, en este caso, ante la falta de certeza de si N.N. era adicto o microtraficante se debía en cuestión y en virtud de las garantías ya señaladas el considerarlo como un adicto al momento de solicitarse y aplicarse las medidas cautelares hasta que se hubiera podido demostrar lo contrario en la etapa de prueba y esta ventilada en el juzgamiento y consignada en la sentencia. Desde esta perspectiva, resultó improcedente a criterio de esta investigadora que se haya dictado prisión preventiva en contra de N.N. cuando por favorabilidad y estado de duda razonable se lo debió considerar como un adicto y aplicar otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

Sin embargo, el desconocimiento de las garantías anteriormente mencionadas implicó el desconocimiento, inobservancia e inaplicación del artículo 11.3 de la CRE que determina que las garantías de los derechos constitucionales y de los derechos humanos son de aplicación directa e inmediata. En efecto, en el decurso de la causa nunca se pudo probar la relación entre el procesado y otras personas que pudiese justificar una actitud de tráfico

de drogas y el hecho de ser cantidades mínimas encuadra en el contexto del consumo personal propio de un cuadro de adicción a las drogas.

Además, las pruebas como el video de la cámara del ECU 911 del sector donde se aprehendió al ciudadano se evidenció con claridad que este se encontraba solo. Se enfatiza que no se le encontraron otros elementos materiales más que las sustancias señaladas, por lo que de qué manera puede existir una relación de tráfico si se necesita la concurrencia de otras personas para que se produzca la materialidad de la infracción, hecho que como se ha sostenido no fue parte en ningún momento de la verdad tanto material como de la procesal. Sin embargo, uno de los errores de N.N. fue no probar su adicción, no obstante, este elemento se podía sufragar ante la falta de evidencia contundente y concordante que determinara que el citado ciudadano traficaba las sustancias encontradas, hecho que como se destacó nunca se produjo.

A pesar de lo expresado en las líneas anteriores, N.N. fue sentenciado a una privativa de libertad de dos años, lo cual era por los argumentos señalados con anterioridad como una decisión improcedente pues se considera no está probada la materialidad de la infracción. Del mismo modo, tampoco era procedente la medida cautelar de prisión preventiva, lo cual debió haber sido sustituida por otra de las medidas cautelares previstas en el artículo 522 del COIP que perfectamente hubieran cumplido con el cometido de asegurar la presencia y la comparecencia de la persona procesada dentro de la presente causa que es objeto de estudio dentro de este trabajo de investigación.

Capítulo de discusión

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe el estigma de criminalización de las personas presuntamente responsables por la comisión del delito de tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización cuando esta se produce a mínima escala. Si bien es cierto, la conducta manifestada es un acto típico, antijurídico y culpable, la normativa penal, concretamente el artículo 220 del COIP reconoce que existen escalas dentro de la materialidad de dicha infracción. En tal caso, ante escalas de mayor magnitud tiene cabida

que se persiga a las personas procesadas por la comisión de tal delito y que se actúe con severidad en contra de ellas de comprobarse su responsabilidad penal. En cuanto a las personas que se presume su responsabilidad por el delito de tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización previsto por la norma ibídem en lo que concierne a mínima escala, sobre estas personas también amerita la investigación y de ser comprobarse su responsabilidad, en consecuencia, se aplique la penalidad prevista por el COIP, en tal caso la que comprende de 1 a 3 años de privación de la libertad.

No obstante, respecto de esas personas, el paradigma de esta investigación y a su vez lo que representa su realidad problemática a nivel procesal penal y constitucional, es que estas personas antes de ser llamadas a juicio y de comprobarse que han actuado como traficantes ilícitos a sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, les es aplicada la medida cautelar de prisión preventiva establecida por el artículo 534 del COIP, lo cual se estima como improcedente, inadmisible e inconstitucional, por lo que existe un margen de duda en los casos de mínima escala sobre si la persona procesada es un consumidor o un adicto. De acuerdo con tal prerrogativa, la persona que le sea hallada una cantidad mínima de droga de carácter ilegal, genera ese margen de duda entre esa personificación del consumidor-adicto o el traficante de dicha sustancia que tiene como propósito lucrarse a costa de una adicción o necesidad de consumo perjudicando el estado de salud de otra persona. De acuerdo con esta perspectiva, en un caso en que se encuentre una mínima cantidad de una sustancia catalogada sujeta a fiscalización resulta más probable que la persona a quien se le halle tal sustancia sea un adicto o un consumidor, y no necesariamente un traficante, aunque también podría serlo. En tanto que, en los casos de mediana, alta y gran escala prácticamente resulta improbable que a la persona que se le halle en su poder este tipo de

sustancias sea un adicto, por lo que sobre dicha persona resulta más viable y necesario que se aplique la medida cautelar real de la prisión preventiva.

Es importante precisar y enfatizar que la postura de esta investigación reconoce que el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que “las adicciones son un problema de adicción pública” además de precisarse que “En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales” (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008). Desde este reconocimiento, se sabe que ninguna persona adicta puede ser criminalizada, es decir, que ninguna persona adicta puede ser procesada y sentenciada a una pena privativa de libertad por el hecho de consumir drogas, dado que se trata de un problema de salud reconocido constitucionalmente, por lo que per sé, no es un delito. Sin embargo, en lo que respecta de los traficantes de las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, sobre estas personas sí debe recaer todo el rigor de las normas penales, lo que es debido a como se precisó con anterioridad por tratarse de personas que ilegítimamente tratan de lucrarse mediante el expendio y venta de sustancias prohibidas que representan un peligro real e inminente para la persona que la consume, generando así adicción o dependencia, lo que deteriora su estado de salud y puede terminar con la vida de la persona que la consume, esto sin perjuicio de dañar o malograr el entorno familiar, social, laboral, educativo, económico, entre otros de la persona que se vea perjudicada por el consumo y la adicción a las drogas.

Es así, que en consideración de lo antes dicho, partiendo de la mencionada prerrogativa, se busca la sanción del traficante, no del consumidor o del adicto. Respecto de este último sujeto que reúna la característica o condición de consumidor-adicto, en el caso de tráfico de drogas mínima escala debe existir el beneficio de la duda razonable en cuanto

a considerar si se está procesando a un traficante o a un consumidor-adicto, por lo que ante esa duda en alusión a lo que manifiesta la doctrina penal, debe aplicarse el *in dubio pro reo*. Es decir, en dicha situación si se pretende averiguar sobre si es traficante de drogas por mínima escala, lo que conlleva responsabilidad penal, o si es un consumidor-adicto, por consideración de este principio, para asegurar su comparecencia al proceso y poder determinar cuál es su situación jurídica real, es menester que se aplique alguna de las medidas cautelares personales previstas en el artículo 522 del COIP, sin que sea requisito sine qua non la aplicación de la prisión preventiva.

En este caso, dichas medidas son: 1) La prohibición de salida del país; 2) Presentación periódica del infractor ante el juez o autoridad; 3) Arresto domiciliario; 4) Dispositivo de vigilancia electrónica; y, 5) Detención.

En efecto, el aplicar la prisión preventiva a una persona sobre la que se duda si es traficante o consumidor-adicto, es desconocer y vulnerar lo establecido en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, lo cual es una garantía de los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos ecuatorianos por el referido texto de la Carta Magna. Además, la propia Constitución precisa en su artículo 76 numeral 5 que en el caso que exista duda sobre una norma que imponga sanciones, se aplicará la que más favorezca a la persona infractora (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008). En este sentido, compete precisarse que dentro de la Constitución el artículo 11 numeral 5 establece el principio de favorabilidad en la aplicación de los derechos, por lo que los derechos constitucionales deben aplicarse de modo tal que mejor favorezcan los intereses y dignidad de las personas. A través de este axioma, se puede precisar sin dubitaciones que el principio del *in dubio pro reo* se ve fortalecido, por lo que en el caso de

tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización es común y muy recurrente que se desconozca que se está frente a una persona traficante o consumidora- adicta, por lo que ante tal duda, debe beneficiársele con la aplicación de una medida cautelar personal más benigna o favorable de las reconocidas en el artículo 522 del COIP, lo que guarda relación con las disposiciones del artículo 76 numeral 5 y del artículo 11 numeral 5 de la Constitución.

En tal contexto, este mismo principio de duda a favor del reo o in dubio pro reo se encuentra establecido en el artículo 5 numeral 3 del COIP. Si bien es cierto, la aplicación de alguna de las medidas cautelares personales previstas por el artículo 522 del COIP, particularmente la de la prisión preventiva no representa en sí una sanción penal en firme, incluso estas medidas tienen el carácter de revocables, no se puede desconocer que estas medidas al ser aplicadas pueden afectar de gran manera los derechos fundamentales de las personas procesadas. Es por este motivo, y a raíz de este argumento, que lo establecido en el artículo 11 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador en cuanto al principio de favorabilidad en la aplicación de los derechos fundamentales, que se remarca y a su vez, tiene fundamento que se aplique una medida cautelar personal más benigna en favor de la persona procesada por incurrir presuntamente en el tipo penal del artículo 220 numeral 1 del COIP literal a, concretamente por estimarse que sea posiblemente responsable de la comisión del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en mínima escala.

Por lo tanto, en virtud y en estimación de lo expresado en las líneas anteriores, la prisión preventiva no es per se una pena o una sanción penal, pero sí es limitativa y restrictiva de derechos fundamentales, esencialmente del derecho a la libertad. Es en ese

contexto, que el principio de favorabilidad en la aplicación de los derechos fundamentales genera una vía para que a la persona procesada por tráfico de drogas pueda verse beneficiada por la aplicación de alguna de las otras medidas cautelares personales distintas a la prisión preventiva. De conformidad con lo expresado, es menester aclarar que la propuesta de esta investigación no tiene como trasfondo dar cabida o lugar a la impunidad o inimputabilidad de las personas que sean responsables del delito de tráfico de drogas, concretamente en mínima escala, lo que se pretende es simplemente aplicar una medida cautelar personal más benigna, y en la medida en que el proceso avance, si se descubre que la persona aprehendida y luego procesada ha sido consumidor- adicto simplemente le es ratificado su estado de inocencia, previamente de haber tenido en su favor la garantía de la aplicación de una medida cautelar personal distinta a la prisión preventiva. En cambio, en el hecho que esta persona se descubra su responsabilidad penal por ser traficante de drogas por mínima escala, se procederá a aplicar la pena de 1 a 3 años prevista por el artículo 220 numeral 1 literal a del COIP.

En ese último caso, se está frente a una persona que es responsable por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, por lo que debe ser sancionada como corresponde de acuerdo con las normas penales. Sin embargo, dentro de tal situación, si a dicha persona se le aplicó una medida cautelar a la prisión preventiva, se demostró que se respetó la aplicación de los principios del debido pro reo, de la favorabilidad en la aplicación de los derechos constitucionales, e incluso hasta ese entonces su estado de inocencia como parte de las normas y principios que integran el debido proceso. Igualmente, se puede afirmar que en tanto dicha persona fue favorecida momentáneamente con la aplicación de medidas cautelares alternativas a la prisión

preventiva, nunca se puso en peligro la facultad punitiva del Estado, ni se generó inimputabilidad o impunidad, puesto que se mantenía la presencia y la comparecencia de la persona procesada, y al cumplirse la obtención y verificación de los elementos de convicción, dicha persona ahí sí podía ser sancionada penalmente de forma pertinente. En este contexto, esta consideración no sería posible aplicar en delitos de mayor escala, dado que existen mayores probabilidades que la persona procesada sea un traficante de drogas con lo que no tendría la misma cabida la duda razonable si se trataba de un consumidor-adicto o de un traficante de drogas.

Es por los motivos antes enunciados que dentro de esta investigación, se pretende cambiar el paradigma de la aplicación de la prisión preventiva en los casos en que se presuma que una persona es responsable por el delito del artículo 220 numeral 1 del COIP literal a por tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. En consecuencia, lo que se pretende es garantizar la favorabilidad de la aplicación de los derechos constitucionales como un medio que consolide la concientización del Estado sobre proteger de un modo más efectivo, tangible y con mayor alcance los derechos fundamentales de sus ciudadanos (Álvarez & Tur, 2017). Por consiguiente, en la medida en que se apliquen con mayor favorabilidad los derechos constitucionales de las personas en todo tipo de contexto, siempre y cuando se garanticen mejores condiciones de bienestar a los ciudadanos, sin perjudicar a sus semejantes, el modelo de Estado de Derecho se verá más afianzado por cuanto es su deber respetar y hacer cumplir algunos presupuestos esenciales en el respeto de la integridad y el bienestar humano.

En esa misma perspectiva, se precisa una aplicación más coherente, idónea y garantista de las medidas cautelares dentro de casos específicos en el proceso penal,

concretamente en el caso de la investigación por delitos de tráfico de drogas, implica que el aparato de justicia penal opera de forma más racional y considerando no solo el satisfacer el afán punitivo, sino que también debe procederse a conceder un trato justo y acorde a la dignidad de los sujetos procesales, siendo esta una premisa del garantismo penal de la que no se puede excluir a la persona procesada (Morillas, 2016).

Igualmente, Pérez (2015) precisó que si existen medidas más favorables para resolver la situación jurídica de una persona procesada, estas por supremacía constitucional y por respeto a los derechos humanos, no deben verse supeditadas a la irrestricta ambición del sistema penal por querer sancionar a las personas procesadas de una forma determinada cuando no existen los méritos para que proceda y se aplique un tipo de sanción penal pretendida que se aparte de dichos méritos. En tal caso, estas consignas al verse cumplidas se alinean a los postulados del garantismo, de modo concreto en lo relativo con el debido proceso.

El debido proceso es una de las máximas garantías de tipo constitucional y procesal existentes en el ordenamiento jurídico de un Estado. En principio del análisis de este apartado, es conveniente precisar conforme con Ferrer (2015) que el debido proceso está presente en todas las materias de litigio, es decir, que no es *ratione materiae*, por lo que es una garantía cuya omnipresencia no puede ser excluida de ningún tipo de procedimiento. En consecuencia, de lo antes aportado, el debido proceso acorde con Fernández (2002) ha supuesto históricamente a un derecho que le concierne a toda persona para disponer de un proceso justo y equitativo, de lo que resulta una gama de garantías que implican otros derechos que le asisten al justiciable.

Todo tipo de juzgamiento conlleva la posibilidad de que se vulneren derechos procesales y bienes jurídicos fundamentales de las personas accionadas mediante determinada causa judicial. En el caso de un proceso penal, esa posibilidad entraña un gran riesgo de afectación de ciertos derechos y garantías. Por tal motivo, es necesario que todo tipo de procedimientos estén lo suficientemente apegados a lo que dispone la Constitución en materia de garantías de derechos fundamentales, así como también las demás normas procesales que establezcan los procedimientos adecuados, de forma tal que el proceso no incurra en vicios y en violaciones a derechos constitucionales de los procesados. En breves palabras, todo procedimiento y sus normas aplicables deben guardar conformidad y cumplir con los principios dispuestos por la Constitución de la República, la que se encarga de generar la normativa que conduzca a una tutela judicial efectiva de derechos y a la seguridad jurídica de las partes involucradas en la causa.

Estas violaciones de derecho se pueden producir por negligencias, arbitrariedades o criterios errados de parte del juez y de los funcionarios de justicia, siendo que el factor de error siempre va a estar latente, el cual es prácticamente imposible de erradicar, dado que las equivocaciones son una condición propia del ser humano. Debe considerarse también, que el error en la administración de justicia puede ser inducido de parte de imprecisiones normativas contenidas en el texto de las propias normas jurídicas. No obstante, la previsibilidad también es tal tipo de condición, por lo que se precaven garantías que puedan remediar los factores antes descritos para salvaguardar los derechos de la persona procesada. Además, adentrándonos en lo que nos compete, los delitos relativos a las drogas tienen características o particularidades muy complejas en cuanto a la forma de cómo se pudieron haber producido, lo que sin ningún tipo de dudas genera grandes probabilidades

de incurrir en errores tanto en la ejecución de ciertas actuaciones, así como en la expedición del fallo respecto a la causa que le concierna.

Aquello obliga, a que las garantías del debido proceso demanden una mayor disposición o aplicabilidad en este tipo de procesos de alta complejidad, dado que un error motivado por falta de aplicación efectiva de esta garantía, puede derivar en una condena injusta, improcedente y desproporcionada en relación a lo que debería corresponder. Lo mencionado, tiene que ser considerado notoriamente de parte de los servidores de justicia y de todos los profesionales del derecho, porque se podría causar una grave afectación a la dignidad y demás libertades de la persona, incluso agudizando los estigmas sociales que son inherentes de parte de la opinión pública al tratarse de delitos de drogas.

Como se conoce, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 364 prohíbe la criminalización del consumo de drogas, por lo que un consumidor o adicto no debe ser procesado por aquello. Sin embargo, como se ha enfatizado, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no es preciso en la determinación de las escalas y medidas de tráfico de drogas. Al mismo tiempo, que muchos traficantes se escudan en el argumento de que no trafican drogas, sino que son consumidores, al menos esta situación se produce en el grado de mínima escala. No obstante, en el Estado ecuatoriano se desconoce de forma general, uniforme, concisa y legislada una cuantificación respecto de la medida admisible para el consumo.

Al no existir tales precisiones, no se puede hablar de un debido proceso, el que supone pautas regladas para la actuación judicial, las que son inexistentes dado que la imprecisión de las medidas de tráfico de drogas y sus distintas modalidades derivan en una peligrosa discrecionalidad de los jueces de garantías penales, quienes no disponen de

parámetros claros de actuación y pueden vulnerar los derechos constitucionales de las personas procesadas por tráfico de drogas, al no producirse fallos que sean equitativos entre casos análogos. En el mismo sentido, se puede ver perjudicado el consumidor, si es que no existe una disposición jurídica clara y ampliamente conocida para reconocerlo como tal, y de ese modo no ser indebidamente sancionado, lo que en la práctica no ocurre y que se explicará este aspecto en líneas posteriores.

La mencionada falta de precisión de las normas jurídicas, en cuanto a los delitos relacionados con las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, concretamente del tráfico de drogas, en líneas generales da lugar a la desproporcionalidad tanto del criterio para procesar como de la sanción en sí, lo que produce sanciones injustas y lesivas al debido proceso. Precisamente, para poder resolver este problema que afecta a los derechos fundamentales del procesado, se debe establecer pautas más concisas del debido proceso, el que debe prevalecer por supremacía constitucional que de acuerdo con Morales y Ochoa (2010) implica que la Constitución dentro de todos los aspectos jurídicos debe ser la fundamentadora del orden jurídico. Al darse el cumplimiento de la supremacía constitucional, se afianza al Estado de Derecho, el que según Silva (2016), tal principio siempre ha buscado la armonización de las normas procesales con las garantías reconocidas con el texto constitucional en materia de tutela de derechos fundamentales.

En resumidas cuentas, el debido proceso en primer paso requiere para poder llevarse a cabo, de la precisión del lenguaje jurídico, o mejor dicho de las normas que son relativas a los aspectos sustantivos y adjetivos del derecho. Es por tal motivo, que de la premisa de Clavero (2016) se afirmó que las dinámicas relaciones entre las personas suponen conflictos de difícil previsión de parte de las normas jurídicas. Este hecho complica la labor

al juzgador y al legislador en tanto se trató de plasmar la realidad de la manera más precisa posible dentro de las normas jurídicas, por lo que tal imprecisión normativa atenta contra el desarrollo de su adecuado accionar para poder resolver la causa que le compete.

Por consiguiente, el debido proceso como parte de los derechos fundamentales, debe primar en todo procedimiento judicial para guardar conformidad con los preceptos de la Constitución, lo cual sistematiza un ordenamiento jurídico representado por el imperio o regencia de normas garantistas. El garantismo como parte del debido proceso en el juzgamiento del delito de tráfico de drogas, debe empezar desde la claridad normativa para evitar ambigüedades o imprecisiones que desemboquen en criterios errados, inconsistentes y sin uniformidad para imponer una sanción de acuerdo con las escalas de tráfico de drogas. Sieckmann (2015) concibe a las normas jurídicas como las disposiciones que son parte de un sistema jurídico, en la que tales normas y subnormas deben tener propiedades específicas. De acuerdo con tal criterio, el tráfico de drogas al ser un delito de mecanismos muy complejos, no puede verse más complicado en su juzgamiento si es que las normas no son precisas, por lo que amerita que, ante mayor complejidad, las normas jurídicas deben ofrecer más claridad.

Uno de los aspectos que atenta contra las prerrogativas del debido proceso es el de la desproporcionalidad de las penas. En el caso del juzgamiento en cuanto a la sentencia del delito de tráfico de drogas, las penas aplicadas son desproporcionadas. Esto se debe al ya analizado hecho de la imprecisión en la tabla de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. La proporcionalidad en consecuencia, es el hecho de imponer de forma pertinente y apropiada las sanciones de acuerdo con la responsabilidad que se derive de una conducta penal específica y concreta. No obstante, se debe enfatizar el cuestionamiento de

que no existe proporcionalidad cuando las escalas de tráfico de drogas son imprecisas y contradictorias. En peor medida si se trata de determinar la escala de conformidad con una tabla que es meramente referencial.

La proporcionalidad de la pena y de las medidas cautelares conforme a la perspectiva de Navarro y Zabala (2020) conllevó el hecho de generar una medida de equilibrio y racionalidad de los fundamentos que son parte constitutiva de la respuesta penal ante un delito, y a su vez a la imposición de la pena respectiva. Al interpretar lo que implica esta apreciación doctrinal, la proporcionalidad es la consecuencia justa y lógica de cómo se ve sancionado un delito o infracción penal, siendo que la sanción en cuestión es la que se estima en la valoración procesal como la pertinente de acuerdo con la conducta penal cometida y las consecuencias que se han desprendido de la misma. De tal modo, que la proporcionalidad siempre tratará de ser la medida de sanción justa frente a la comisión del delito.

En tanto que de la postura de Zaffaroni (2005) se puede decir que la proporcionalidad de las penas y de las medidas cautelares deviene del control de constitucionalidad de las leyes penales, las que tratan de limitar y contener al poder punitivo. Es que, si las penas y las medidas cautelares no tuvieran un límite o un carácter de correspondencia y pertinencia, éstas podrían desencadenar una serie de vulneraciones desde el punto de vista de la arbitrariedad, la que daría paso a que los jueces impusieran hipotéticamente penas o sanciones exageradas, crueles, injustas, impertinentes e incompatibles respecto del hecho punible que se castiga. Es por tal motivo, que la Constitución establece como parte de sus garantías de derechos de protección y concretamente del debido proceso a la proporcionalidad de las penas, las que tratan de

evitar la penalización desmedida la que vulnere una serie de derechos y libertades que le pertenecen a la persona procesada.

Al tratar de comprender la forma de cómo se ve instituida la proporcionalidad de las penas y de las medidas cautelares, se formula un criterio que toma como referencia las ideas de Lopera (2006) siendo que la proporcionalidad está adscrita a los derechos fundamentales, los que en el ordenamiento jurídico de un Estado participan como un entramado de reglas y principios. Precisamente, la proporcionalidad de las penas como la sanción justa y acorde a determinada conducta constitutiva de infracción, parte de su preceptualización en la Constitución.

Al ser esta la norma suprema a nivel de cada comunidad jurídica en el mundo, sus principios son mandatorios e irrefutable para el resto de normas y procesos dentro del ordenamiento jurídico, el que debe cumplir con sus normas para así consolidar al Estado de Derecho y a la seguridad jurídica, las que son instancias y expresiones de respeto por los derechos más trascendentales de los que pueda disponer el ser humano. Considerando tal premisa, es que las penas no pueden ser más severas a las ya establecidas, y deben guardar conformidad con el hecho punible que se sanciona.

Capítulo de propuesta

La propuesta de este examen complejo está encaminada a reformar el artículo 220 numeral 1 literal a del Código Orgánico Integral Penal para que en los casos de delitos tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización en proporciones de mínima escala se apliquen medidas cautelares no privativas de libertad. El objetivo de esta propuesta está representado por el hecho que el sistema de justicia penal, tanto a nivel de fiscales y de jueces de garantías penales que promuevan que la aplicación de la prisión preventiva no

siempre es la medida cautelar más eficaz y pertinente para asegurar la comparecencia de la persona procesada en la respectiva causa penal.

Por consiguiente, en esta investigación se ha insistido en la problemática en que en los casos de tráfico de drogas por mínima escala existe un gran factor de duda, en la que no existe la certeza suficiente sobre si la persona procesada en realidad es un adicto o un consumidor. Por lo tanto, no es aconsejable que se aplique la prisión preventiva como una restricción temporal o transitoria de la libertad de la persona procesada, puesto que se estaría anticipando la condena de una persona posiblemente inocente. En este caso, se debe recordar que el artículo 364 de la Constitución determina que las personas que padecen de adicciones, las que obviamente incluyen a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, al padecer de un problema de salud pública no pueden ser criminalizadas. Por consiguiente, este axioma constitucional es una garantía que no puede ser ignorada u obviada por el sistema de justicia penal en el Ecuador.

Impacto social

En cuanto al impacto social de esta propuesta, lo que se busca es tratar de generar condiciones de respeto por los derechos y garantías de las personas que padecen de adicciones a las drogas. En este caso, el sistema de justicia penal en el Ecuador no puede proceder con ligereza a aplicar sanciones o medidas cautelares privativas de libertad por cuanto las personas adictas tienen un problema de salud, y esta es la premisa que debe prevalecer en el momento en que se presenta la duda sobre si la persona procesada es adicto o consumidor. Por lo tanto, es necesario que a través de esta propuesta en realidad se apliquen las políticas de protección a las personas adictas para que dispongan de mejores oportunidades para que puedan llevar a cabo una rehabilitación de su problema de adicción

y mejorar su calidad de vida, lo que constituye el objeto social de esta propuesta de la investigación.

Impacto jurídico

Este tipo de impacto está representado por la defensa del derecho a la presunción de inocencia establecido en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador. Por lo tanto, la presunción de inocencia de una persona procesada debe prevalecer con mayor razón si no se dispone de la certeza sobre si esa persona es un adicto o un traficante de drogas. Es en este contexto en que se reafirma la protección constitucional del artículo 364 puesto que una persona adicta al tener un serio problema de salud ni siquiera debería ser criminalizada puesto que existe una garantía que le asiste para que disponga de la oportunidad recibir un trato procesal justo mientras se desarrolla la investigación penal para comprobar en realidad sí existe responsabilidad penal al comprobarse que más bien se trata de un traficante de mínima escala en vez de un consumidor.

Características de la propuesta

Esta propuesta está constituida por el respeto al derecho de la no criminalización de las personas que padecen de adicciones a las drogas como parte de una problemática de salud pública. En este caso, la propuesta está dirigida para garantizar el derecho a la presunción de inocencia y el respeto a la dignidad por parte de personas que tienen problemas de salud. En este contexto, las personas adictas no pueden ser criminalizadas, y la reforma del artículo 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal busca que se resuelva adecuadamente la situación jurídica de las personas que están siendo procesadas por delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en mínima escala, de forma tal que se apliquen otras medidas cautelares para asegurar su

comparecencia en la causa penal. Al ejecutarse esta propuesta, se logrará respetar la dignidad de la persona adicta, de forma tal que se al no aplicarse de forma exclusiva la prisión preventiva, no se criminalizará a esta persona de forma anticipada, sino que se estará investigando reconociendo las garantías del debido proceso en favor de las personas que padecen problemas de adicción a las drogas mientras se resuelve su situación jurídica.

Desarrollo de la Propuesta

Propuesta de reforma al artículo 220 numeral 1 literal a del Código Orgánico Integral Penal para aplicarse medidas cautelares no privativas de libertad en sustitución de la prisión preventiva por la comisión de delitos tráfico ilícito de sustancias catalogadas a fiscalización en proporciones de mínima escala

De acuerdo con los antecedentes que sirven de fundamento para el desarrollo de la presente propuesta de la investigación, se reconoce la necesidad de reformar el texto del artículo 220 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, el que en su tenor literal precisa lo siguiente:

“Art. 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. - La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

a) Mínima escala de dos a seis meses.

b) Mediana escala de uno a tres años.

c) Alta escala de cinco a siete años.

d) Gran escala de diez a trece años”.

En su lugar, a través de la presente propuesta de examen complejo, se plantea el siguiente texto:

“Art. 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. - La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

a) Mínima escala de dos a seis meses.

b) Mediana escala de uno a tres años.

c) Alta escala de cinco a siete años.

d) Gran escala de diez a trece años”.

Cuando se trate de tenencia de sustancias en referencia a escala mínima, es cuando se deben aplicar las soluciones alternativas y precisar la investigación para que

se pueda establecer la condición de traficante o ya sea de consumidor, teniendo en cuenta que esta última debe ser tratada como parte del sistema de salud público.

Conclusiones

La presente investigación permite establecer que sí es factible proponer una reforma al artículo 220 numeral 1 literal a del Código Orgánico Integral Penal de manera tal que en cuanto tráfico de drogas por mínima escala se apliquen medidas cautelares que no restrinjan la libertad de la persona procesada, además que se garantiza el establecimiento de medidas más justas y proporcionales para no privar de manera precautelatoria de su libertad a una persona del que exista duda sobre si es adicto o microtraficante. De tal manera, se cumple con el principio de presunción de inocencia y la favorabilidad en cuanto a medidas más benignas en caso de duda de la situación jurídica del procesado.

La doctrina estableció una amplia fundamentación sobre las características y los elementos constitutivos tanto de la prisión preventiva, así como de las otras medidas cautelares previstas en el COIP que obedecen a las necesidades del caso concreto, pero que a su vez deben ser aplicadas de manera racional, justa y proporcional. De igual manera, el delito de tráfico de drogas fue abordado desde una perspectiva social, jurídica y criminológica donde este tipo penal es el resultado de una sociedad fragmentada que se puede ver afectada por la comisión de este delito el cual incluso guarda relación con delitos conexos.

En cuanto al análisis de las disposiciones de las normas jurídicas de la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal se pudo identificar que las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar que la comparecencia de la persona procesada dentro de la respectiva causa penal por la que se lo está procesando, y que la prisión preventiva sería la medida cautelar que mejor cumpla con este cometido. No obstante, las otras medidas cautelares previstas por el COIP igualmente están en capacidad de asegurar la permanencia de la persona procesada en la causa penal que se lleva en su contra, siendo estas medidas de recomendable aplicación en los casos de tráfico de drogas por mínima escala.

El estudio de los casos que se revisaron en cuanto al juzgamiento por los delitos por tráfico de drogas por mínima escala evidencia claramente que es factible y que es menester aplicar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva en casos de mínima escala. Esta factibilidad y necesidad como se pudo verificar o constatar en ambos casos es porque es una cuestión latente que en varios procesos penales por tráfico de drogas por mínima escala se esté procesando a una persona adicta, de la que no se tiene certeza plena de sí lo es o si

es que se trata de un microtraficante, por lo que se puede dar lugar a sanciones injustas, tal como se revisó y analizó en el apartado del estudio de caso.

Respecto a las entrevistas a los profesionales del Derecho Penal en relación con la aplicación de medidas cautelares no privativas de libertad en sustitución a la prisión preventiva por casos de tráfico de drogas en mínima escala, se puede advertir que estos coincidieron en el argumento que estos casos suelen presentar con cierta constancia el factor de duda entre si el procesado es adicto o microtraficante. Por tal razón, hasta que se resuelva tal duda en el decurso de la causa, los entrevistados opinaron que lo más aconsejable es que se apliquen otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, sin que esto signifique absolver al procesado o favorecer la impunidad, dado que de comprobarse la materialidad del tráfico de drogas y no disponer de la calidad de adicto, se podrá aplicar de acuerdo con la sentencia la pena de uno a tres años de prisión según el artículo 220 numeral 1 literal a del COIP.

Entre otras consideraciones adicionales, se precisa que las adicciones de acuerdo con el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador son un problema de salud pública, por lo que las personas adictas requieren de una protección del Estado que se requiere ver reflejada a nivel procesal. Esto se debe porque existen casos de delitos de tráfico de drogas en que por mínima escala se confunde a los adictos o consumidores con los traficantes, lo cual ante esta falta de certeza perjudica el derecho a la no criminalización de las personas que padecen de este problema de salud pública, lo cual genera un marco de incertidumbre jurídica a nivel procesal penal.

Del mismo modo, cabe reafirmar que la prisión preventiva en casos de delitos de tráfico de drogas es una medida cautelar que se presenta y se practica de forma habitual y recurrente a nivel de los procesos penales por este tipo de delitos. Sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe un método claro para distinguir a los adictos y consumidores de drogas de los traficantes, por lo que no es aconsejable que en delitos de tráfico de drogas por mínima escala se aplique la prisión preventiva, puesto que no existe la certeza sobre si se trata de una persona adicta o traficante, siendo que las primeras no pueden ser criminalizadas o juzgadas como tal por lo establecido en la Constitución de la República.

Recomendaciones

Se propone tanto al Ministerio de Justicia, Consejo de la Judicatura y a los organismos técnicos de drogas en el país, realizar mayores investigaciones en el entorno social para conocer la realidad tanto de las adicciones como del tráfico de drogas en Ecuador.

Se recomienda a la Asamblea Nacional de la República del Ecuador establecer una reforma por medio de la cual se disponga que en el caso de los delitos de tráfico de drogas por mínima escala se apliquen medidas cautelares alternativas distintas a la prisión

preventiva, tal como se lo dispone en el artículo 77.1 y 77.11 de la Constitución. De esa manera, se respeta la presunción de inocencia de las personas adictas o consumidoras que ante la falta de certeza no pueden ser criminalizadas por padecer de un problema de adicción pública.

Se sugiere que la Universidad Católica Santiago de Guayaquil continúe con el desarrollo de las labores de investigación tanto con un enfoque social, así como jurídico y criminológico para reconocer el alcance dentro de la sociedad así como de la comunidad jurídica respecto del impacto del delito de tráfico de drogas, por consiguiente, se podrá generar un acervo investigativos que pueda ofrecer distintos enfoques científicos y jurídicos que contribuyan a la resolución de la mencionada problemática.

Bibliografía

- Alfaro, E. (2017). *El principio de proporcionalidad: su aplicación en la jurisprudencia constitucional*. San José de Costa Rica: IJSA Investigaciones Jurídicas S.A.
- Añaños, F. (2017). *En prisión: realidades e intervención socieducativa y drogodependencias en mujeres*. Madrid: Narcea.
- Arana, X., & Márquez, I. (2013). *Drogas, legislaciones y alternativas: de los discursos sobre el tráfico ilegal de drogas a la necesidad de políticas diferentes*. Bilbao: Gakoa.
- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: R.O. N° 449 de 20-oct-2008.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: R.O. N° 180 de 10-feb-2014.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra Editores.
- Castillo, G. (2015). *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley.
- Castillo, G. (2017). *El efecto jurídico de la resolución N° 12-2015 emitida por el pleno de la Corte Nacional de Justicia vulnera el principio de proporcionalidad*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Cuatrocchi, E. (2008). *La adicción a las drogas: su recuperación en comunidad terapéutica*. Buenos Aires: Espacio Editorial.

De Assis, M. (2010). *Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

De la Rosa, J. (2015). *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.

Fábrega, J. (1998). *Medidas cautelares*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez.

Franco, M. (1996). *La prisión preventiva*. Montevideo: Editorial Universidad.

García, E., & García, J. (2005). *Medidas cautelares: introducción a su estudio*. Bogotá: Temis.

García, J. (2018). *Políticas criminales contra el microtráfico ¿La represión es la solución?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Gavilanez, L. (2013). *El estudio de los métodos de investigación*. México: McGraw Hill.

González, J., & Sales, J. (2016). *Medidas de coerción: la prisión preventiva: discusión-jurisprudencial*. Asunción : Lexijuris editora.

Grif, J., & Allen, H. (2002). *Medidas cautelares*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores.

Guerra, C. (2011). *La decisión judicial de la prisión preventiva: análisis jurídico y criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Guerrero, A. (2013). *Detención, comparecencia y arresto domiciliario en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Guevara, F. (2015). *Despenalización de la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo personal*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Guinot, M. (2018). *La reforma del principio de justicia universal y el delito de tráfico de drogas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Isler, E. (2019). Del favor debilis al favor consumatore: consideraciones históricas. *Derecho PUCP*, 35-59.
- Llobet, J., & Castillo, J. (2016). *Prisión preventiva: límites constitucionales*. Lima: Grijley.
- Martín, M. (2016). *Medidas cautelares personales: detención, libertad provisional y prisión preventiva*. Porto: Jurúa.
- Millán, A. (2015). *Técnicas de investigación*. Lima: Miraflores.
- Mora, J. (2015). *Investigación empírica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Mora, J. (2015). *Prisión preventiva y control de convencionalidad*. San José de Costa Rica: Editorial Juritexto.
- Morant, J. (2005). *El delito de tráfico de drogas: un estudio multidisciplinar*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho.
- Morillas, L. (2016). *Sistema de derecho penal. Parte general: Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal, ley penal*. Madrid: Dykinson.
- Naranjo, R. (2016). *El tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización y el principio de favorabilidad del procesado*. Ambato: Universidad Técnica de Ambato.

- Nogueira, H. (2007). *El derecho a la vida*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Osorio, C. (2009). *Delitos contra la salud*. México: Porrúa.
- Palacios, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad corporal*. México: Trillas.
- Paredes, A. (2007). *Métodos jurídicos de investigación*. Madrid: Reus.
- Pontes, P. (2010). *Crimes, drogas e políticas*. Bahía: Editora da UESC.
- Prat, J., & Peña, A. (2015). *Manual de escritura académica*. Madrid: Paraninfo.
- Reyes, S. (2016). *Prisión preventiva y su motivación*. México: Porrúa.
- Rodríguez, S. (2016). *La evaluación de las normas penales*. Madrid: Dykinson.
- Romero, C. (2015). *Manual de Derecho Penal: Aspectos procesales*. Bogotá: Leyer.
- Rosero, D. (2017). *Análisis de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia sobre Acumulación de Penas en el delito de Tráfico Ilícito de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización*. Quito: Universidad San Francisco de Quito.
- Santos, J. (2009). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Bogotá: Temis.
- Soto, F. (1988). *El delito de tráfico ilegal de drogas: su relación con el delito de contrabando*. Madrid: Trivium.
- Villalta, A. (2012). *Los límites del ius puniendi*. Bogotá: Leyer.

Anexos

Anexo 1 Preguntas de investigación

- 1. ¿Qué tipo de trato procesal se debe aplicar a las personas que son consumidoras en mínima escala?**
- 2. ¿Cómo se podría distinguir en el Ecuador entre la persona consumidora y el traficante de drogas?**
- 3. ¿Cómo se podría justificar la no criminalización de las personas consumidoras?**
- 4. ¿Qué medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva se puede aplicar a las personas traficantes por mínima escala?**
- 5. ¿Qué derechos fundamentales considera usted que se ven vulnerados por la aplicación de la prisión preventiva en casos de mínima escala por tráfico de drogas?**

Anexo 2

Personas entrevistadas

Persona entrevistada #1



Abogada Andrea Paola Cuesta Coronel

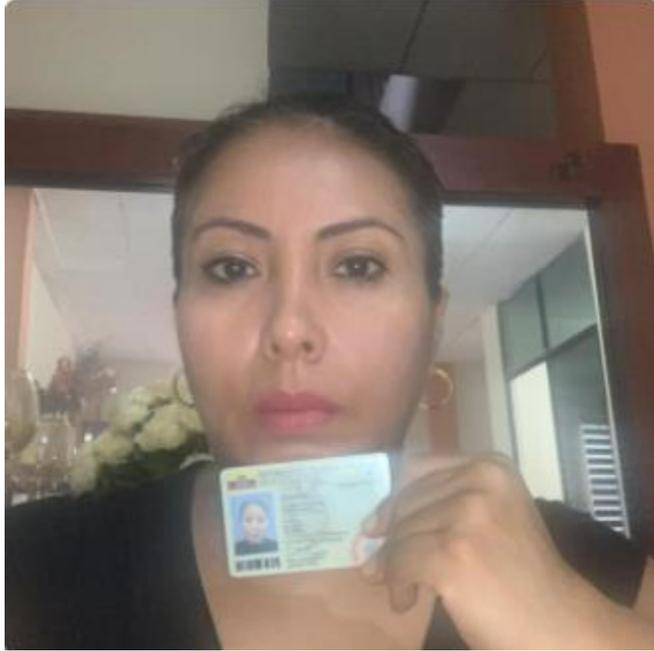
Profesión: Abogada

Cargo: Defensora Pública del Cantón La Troncal

Competencia jurídica: Profesional Derecho Penal

Fecha entrevista: 17 de marzo de 2021

Persona entrevistada #2



Abogada Jenny Eugenia Llivisaca Guevara.

Profesión: Abogada

Cargo: Agente Fiscal Fiscalía de Violencia de Género # 3

Competencia jurídica: Profesional Derecho Penal

Fecha entrevista: 17 de marzo de 2021

Persona entrevistada #3



Doctor Milton Emiliano Bernal Patiño.

Profesión: Abogado

Cargo: Agente Fiscal de Flagrancia Única de la Troncal

Competencia jurídica: Profesional Derecho Penal

Fecha entrevista: 17 de maro de 2021

Persona entrevistada #4



Dr. Bolívar Patricio Andrade Martínez

Profesión: Abogado

Cargo: Agente Fiscal Fiscalía de Administración Pública # 1

Competencia jurídica: Profesional Derecho Penal

Fecha entrevista: 17 de maro de 2021

Persona entrevistada #5



Dr. Julio Cesar Garate Amoroso

Profesión: Abogado

Cargo: Docente Universidad Católica de Cuenca Sede San Pablo de la Troncal

Competencia jurídica: Profesional Derecho Penal

Fecha entrevista: 17 de maro de 2021

Anexo 3

VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR	
Nombre:	Nelson Javier García Zea.
Cédula N°:	0923071328
Profesión:	Abogado en libre ejercicio profesional
Dirección:	Ciudadela Corina del Parrales.

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertinencia	X				
Secuencia		X			
Premisa	X				
Profundidad		X			
Coherencia		X			
Comprensión	X				
Creatividad		X			
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica		X			
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad		X			
Universalidad		X			
Moralidad social	X				

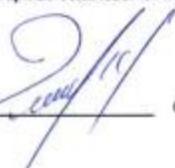
Fuente (Obando, 2015)

Comentario:

La presente propuesta es adecuada, no obstante, sería apropiado establecer un mayor grado de factibilidad de poder ser aplicada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Fecha: 29 de marzo del 2021

Firma



Ci: 0923071328



Presidencia
de la República
del Ecuador



Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Mariela Isabel González Veintimilla, con C.C: # 0941153116 autor(a) del trabajo de titulación: La procedencia de las medidas cautelares no privativas de libertad en el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en mínima escala previo a la obtención del grado de **MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 02 de diciembre de 2021

f. _____

Nombre: Mariela Isabel González Veintimilla

C.C: 0941153116



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN EN MÍNIMA ESCALA		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	González Veintimilla, Mariela Isabel		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Francisco Obando Freire; Dr. Juan Carlos Vivar		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	02 de diciembre de 2021	No. DE PÁGINAS:	110
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal Y Garantías Procesales		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Medidas Cautelares, Medidas Cautelares Alternativas, Mínima Escala, Prisión Preventiva, Tráfico Ilícito De Sustancias Catalogadas Sujetas A Fiscalización. Sujetas A Fiscalización.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>Los antecedentes de esta investigación están representados por la aplicación de la prisión preventiva en los casos del delito de tráfico de drogas en mínima escala como si fuera una regla general, desconociéndose de cierta manera en algunos casos la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares distintas a ella. Por lo tanto, el problema de la aplicación de esta medida cautelar personal como medida de restricción de la libertad afecta tanto el principio de mínima intervención penal, así como el principio de presunción de inocencia, puesto que dada la escala no se puede precisar si el procesado se trata de un microtraficante o un adicto del que constitucionalmente no se puede criminalizar su adicción. Respecto del <i>objetivo general</i> se propone reformar el artículo 220 numeral 1 literal a del Código Orgánico Integral Penal con miras a aplicar únicamente medidas cautelares no privativas de libertad en sustitución de la prisión preventiva en delitos tráfico de drogas por mínima escala. La metodología investigativa empleó la modalidad cualitativa a través de la revisión de doctrina, legislación, entrevista y estudio de casos. Los resultados de la investigación determinan la factibilidad de la propuesta. La discusión evidencia algunas posturas bastante definidas en favor de la aplicación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva según el problema que se aborda en esta investigación. En tanto que la propuesta es una manera de consolidar las garantías respecto de las personas con problemas de adicción están siendo criminalizados y no se está considerando su situación de salud.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 593 99 134 2144	E-mail: marielag-@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando		
	Teléfono: 0982466656		
	E-mail: : ing.obandoo@hotmail.com		