



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

TRABAJO DE TITULACIÓN

**LA PRISIÓN PREVENTIVA DEL PROCESADO EN EL DELITO DE
DROGAS Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO PENAL
MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL PENAL**

**AUTORES:
DARWIN GEOVANY REINA VILLARREAL
LILIBETH CORAZÓN AYALA GARCÉS**

**TUTOR:
DR. MERCK BENAVIDES BENALCAZAR PhD**

OTAVALO, noviembre 2022

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Nosotros, **DARWIN GEOVANY REINA VILLARREAL Y LILIBETH CORAZÓN AYALA GARCÉS**, declaramos que este trabajo de titulación denominado “**La prisión preventiva del procesado en el delito de drogas y el principio de proporcionalidad**”, es de nuestra total autoría y no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por el Código Orgánico de la economía social de los conocimientos, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

DARWIN GEOVANY REINA VILLARREAL

C.C.: 1003074539

LILIBETH CORAZÓN AYALA GARCÉS

C.C.: 1003418694

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado **“LA PRISIÓN PREVENTIVA DEL PROCESADO EN EL DELITO DE DROGAS Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”**, bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister de Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, de los estudiantes **DARWIN GEOVANY REINA VILLARREAL Y LILIBETH CORAZÓN AYALA GARCÉS**, cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.

DR. MERCK BENAVIDES BENALCAZAR PhD

CC. 0400554606

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación se lo dedico en primer lugar a Dios, porque me ha dado la fortaleza necesaria para superar los obstáculos que he encontrado en mi camino, en segundo lugar, se lo dedico a mis Padres que con su esfuerzo me han sabido encaminar y darme siempre sus bendiciones a fin de cumplir a cabalidad esta meta y mis hermanos los cuáles me han apoyado constantemente y son también mi motor a seguir adelante.

Darwin Reina

DEDICATORIA

Comienzo dando gracias a Dios por ser mi mayor fuente de inspiración, a mis padres por su apoyo y soporte incondicional, a mi hermano Pablo para que siga mi ejemplo de entrega, dedicación y saber que con esfuerzo se puede lograr todo lo que se propone, y a mi pueblo Otavaleño para poder poner en práctica mis conocimientos y ser ese apoyo a las personas que requieran de mis servicios profesionales.

Lilibeth Ayala

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, debo agradecer a Dios, porque gracias a la fortaleza y paz que me ha dado he podido culminar este trabajo de grado de la mejor manera.

A mi madre, por ser una gran mujer y mi apoyo incondicional, la cual siempre me ha aconsejado en todo este proceso y gracias a esto he tenido la fuerza necesaria para superar todo obstáculo y culminar con el trabajo de grado.

Al Dr. Merck Benavides por haberme hecho las correcciones necesarias en este trabajo y también por ser una persona exigente, cabal y un excelente maestro.

Darwin Reina

AGRADECIMIENTO

Gracias a Dios, por ser mi mayor fuente de inspiración.

A mis padres por todo su apoyo incondicional y por su enseñanza continua que me ha permitido dar pasos firmes y seguros en el cumplimiento de mis metas profesionales.

Al Dr. Merck Benavides por su generosidad en el compartir todos sus conocimientos durante este año de maestría.

Lilibeth Ayala

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA.....	1
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR.....	2
DEDICATORIA	3
DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO.....	5
AGRADECIMIENTO.....	6
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
1. INTRODUCCIÓN.....	11
2. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	20
CAPÍTULO I.....	20
2.1. MARCO TEÓRICO	20
2.1.1. Aspectos generales del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal	20
2.1.1.1. Generalidades del principio de proporcionalidad	20
2.1.1.2. Conceptualización del principio de proporcionalidad.....	24
2.1.1.3. Características del principio de proporcionalidad	27
2.1.1.4. Función del principio de proporcionalidad	28
2.1.1.5. Aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal	30
2.1.1.6. El principio de proporcionalidad y sus subprincipios idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.....	34
2.1.2. Delito de tráfico sustancias estupefacientes y psicotrópicas y sus elementos constitutivos	36
2.1.2.1. Definición del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.....	38
2.1.2.2. Elementos constitutivos del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefaciente y psicotrópicas.....	39
2.1.2.2.1. El delito de drogas como un fenómeno colectivo	40
2.1.2.2.2. Posesión de drogas para favorecer el consumo ilegal.....	41
2.1.2.2.3. Posesión de drogas para el consumo personal	42
2.1.2.2.4. El consumo de drogas como riesgo para la salud	42
2.1.2.3. La tipicidad en el delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.....	43
2.1.2.4. Elementos objetivos del tipo.....	44
2.1.2.5. La sanción del delito de tráfico sustancias estupefacientes y psicotrópicas.	45
2.1.2.6. Elementos subjetivos del tipo en el Juzgamiento del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.....	46
2.1.3. La aplicación generalizada de la prisión preventiva del procesado en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización y el	

principio de proporcionalidad.....	48
2.1.3.1. La prisión preventiva como medida de excepción	48
2.1.3.2. La prisión preventiva en la aplicación del principio de proporcionalidad	
50	
2.1.3.3. La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad	50
2.1.3.4. Prisión preventiva en el Derecho Constitucional.	51
2.1.3.5. Consecuencias jurídicas de la prisión preventiva y vulneración del	
principio de proporcionalidad.....	52
2.1.4. Análisis de caso	53
2.1.5. Estudio comparativo con otras legislaciones sobre la prisión preventiva del	
procesado en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes sujetas a	
fiscalización y el principio de proporcionalidad.....	57
2.1.5.1. Legislación chilena	57
2.1.5.2. Legislación colombiana	59
2.1.5.3. Legislación peruana	60
CAPÍTULO II.....	61
2.2. ANÁLISIS CRÍTICO	61
2.2.1. Introducción	61
2.2. Tabulación y análisis de la información.....	61
2.2.1. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro.1	65
2.2.2. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro. 2	69
2.2.3. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro.3	74
2.2.4. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro. 4	78
2.2.5. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro. 5	82
2.2.6. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro. 6	86
2.3. DISCUSIÓN.....	86
3. CONCLUSIONES	88
4. RECOMENDACIONES.....	90
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

RESUMEN

El presente trabajo de grado tiene como finalidad aportar al conocimiento de los profesionales en Derecho acerca del tema de la prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal. En el desarrollo de esta investigación se han abordado aportes de los juristas e investigadores de este tema en particular, considerando el orden jurídico de las normas como es el estudio de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución de la República del Ecuador, y las demás leyes que incorpora el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En consecuencia, se irá desarrollando un estudio minucioso en cuanto a la problemática que se suscita por la falta de aplicación del principio de proporcionalidad en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en mediana escala por parte de los Jueces afectando de esta manera el derecho a la libertad de los procesados.

Dentro de la investigación se ha llegado a la conclusión que la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva en los delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, son notoriamente diferentes mientras los jueces justifican esta medida cautelar argumentando que es un delito que afecta a un conglomerado social y que por ende se debe adoptar esta medida; los abogados libre ejercicio consideran que claramente hay vulneración de principio de proporcionalidad, en razón de que resuelta excesiva a una medida que tiene el carácter de excepcionalidad.

Finalmente cabe indicar que la adopción indiscriminada de la prisión preventiva respecto de los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización en mediana escala contribuye al hacinamiento de sistema carcelario que ha colapsado en estos últimos tiempos. Por lo que, el principio de independencia judicial debe ser respetado tanto por los medios de comunicación, como por el órgano administrativo de la función judicial a fin de que no se ejerzan presiones mediáticas que con lleva a la vulneración de derechos, puesto que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia y tiene como finalidad el respeto y garantía de los derechos constitucionales.

Palabras clave: Proporcionalidad, libertad, excepcionalidad, sanción, tráfico.

ABSTRACT

The purpose of this degree work is to contribute to the knowledge of legal professionals about the subject of preventive detention as a precautionary measure of a personal nature. In the development of this research, contributions from jurists and researchers on this particular topic have been addressed, considering the legal order of the rules such as the study of International Human Rights Treaties, the Constitution of the Republic of Ecuador, and the the other laws that incorporate the Ecuadorian legal system.

Consequently, a detailed study will be developed regarding the problems that arise from the lack of application of the principle of proportionality in the crime of illicit trafficking in narcotic substances on a medium scale by the Judges, thus producing the right to liberty of the defendants.

Within the investigation, it has been concluded that the precautionary measure of a personal nature of preventive detention in the crimes of illicit trafficking of scheduled substances subject to control, are notoriously different while the judges justify this precautionary measure arguing that it is a crime that it affects a social conglomerate and therefore this measure should be adopted; the free lawyers practice considering that there is clearly a violation of the principle of proportionality, because of the excessive result of a measure that has an exceptional nature.

Finally, it should be noted that the indiscriminate adoption of pre-trial detention with respect to drug trafficking crimes subject to medium-scale control contribute to the overcrowding of the prison system that has collapsed in recent times. Therefore, the principle of judicial independence must be respected both by the media and by the administrative body of the judicial function so that media pressure is not exerted that leads to the violation of rights, since Ecuador It is a Constitutional State of Rights and Justice and its purpose is the respect and guarantee of constitutional rights.

Keywords: proportionality, freedom, exceptionality, sanction, traffic.

1. INTRODUCCIÓN

El presente proyecto de investigación titulado “*La prisión preventiva del procesado en el delito de drogas y el principio de proporcionalidad*”, cuyo objeto de estudio se centró en analizar si existe vulneración en el principio de proporcionalidad cuando se aplica la prisión preventiva en el delito tipificado en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal como es el Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, en tanto que, la medida cautelar de prisión preventiva, siendo de *última ratio* se aplica en este delito cuyo bien jurídico protegido es la salud pública, y en relación con el principio de proporcionalidad se debe garantizar también el derecho de la parte más débil del proceso penal como es el procesado en un Estado constitucional de derechos y justicia.

La problemática se genera debido a que la proporcionalidad en el Ecuador constituye la racionalidad de las actuaciones del poder público, este principio de proporcionalidad nace desde una perspectiva garantista constitucional base de los derechos y garantías del que el Estado ecuatoriano atraviesa actualmente. Específicamente en la rama del Derecho Penal constituye la aplicación de una sentencia apegada a la valoración de la gravedad de la conducta y el daño al bien jurídico protegido. Este principio podría encontrarse vulnerado respecto de la medida cautelar de prisión preventiva por cuanto el juzgador debe valorar estas condiciones o características de afectación y de gravedad no solo en el momento de resolver en audiencia de juicio sino también en el momento de resolver la situación jurídica del procesado en la solicitud de medidas cautelares de carácter personal específicamente la prisión preventiva.

La prisión preventiva del procesado en el procedimiento penal por el delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización debe ser observada respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad, la desproporcionada aplicación de la prisión preventiva respecto de todas las escalas del tipo penal de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización como mínima y media escala se contraponen al principio de proporcionalidad. La falta de aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva en el delito de tráfico de drogas, el desconocimiento de los operadores de justicia como de fiscalía como titular de la acción penal del ejercicio público de la excepcionalidad de la prisión preventiva como de la

inefectividad de las medidas alternativas a la prisión preventiva por falta de aplicación.

La audiencia de calificación de flagrancia y legalidad de la aprehensión no es un tema aislado por cuanto en esta audiencia se pone en conocimiento del juzgador los hechos acontecidos que motivaron la aprehensión de una persona para que resuelva sobre la legalidad de la misma, como su situación jurídica, al reunirse los requisitos debidamente expuestos y motivados por parte de fiscalía de solicitud de medida cautelar de prisión preventiva. Al respecto la resolución 14-2021 por la Corte Nacional de Justicia resuelve:

Art. 1.- La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterios de última ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz. Art. 2.- La Fiscalía al momento de fundamentar su solicitud de prisión preventiva justificará la existencia de todos los requisitos establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, evidenciando el riesgo procesal y que las medidas alternativas no son suficientes para evitarlo. (Resolución 14-2021, 2021, Corte Nacional de Justicia)

La justificación de la prisión preventiva debe ser acompañada con el principio de proporcionalidad en la motivación del juzgador de conformidad con la resolución 14-2021 de la Corte Nacional de Justicia, esta se dispondrá solo si se ha demostrado que el procesado en el procedimiento de aprehensión ha intentado darse a la fuga, esto es huir del lugar de los hechos con el objeto de dejar impune el presunto hecho acaecido en conocimiento de fiscalía, caso contrario el juzgador de garantías penales debe dictar otra medida menos severa con la finalidad de garantizar la comparecencia del procesado al proceso y así dar cumplimiento a lo dispuesto por la autoridad judicial.

Es importante establecer que, la proporcionalidad se encuentra reconocida dentro de los Derechos de Protección previstos en la Constitución del Ecuador (2008) específicamente en el capítulo octavo en su artículo 76 numeral 6 que prevé que: “La ley establecerá la proporcionalidad entre las infracciones y sanciones de tipo penal, administrativo o de cualquier índole” (Constitución del Ecuador, 2008). Esta proporcionalidad debe ser tomada en consideración en todo momento procesal en el que se resuelva la situación jurídica del procesado.

La prisión preventiva actualmente según la legislación ecuatoriana es de ultima ratio y de manera excepcional, sin embargo, en el procedimiento penal ecuatoriano actual es común observar la aplicación de esta medida cautelar de prisión preventiva, limitando el derecho a la libertad respecto de una sentencia condenatoria ejecutoriada emanada de autoridad judicial competente y siguiendo las reglas del debido proceso.

La privación de libertad respecto de una medida cautelar personal debe observar especial atención por parte de los administradores de justicia, por cuanto podrían vulnerarse derechos como la presunción de inocencia, derecho a la defensa, defensa dentro de un centro de privación de libertad no es la misma respecto de una defensa en libertad; ahora bien, la concesión de una medida cautelar de carácter personal como la prisión preventiva debe fundamentarse en especial observancia del principio de proporcionalidad. La existencia de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva debe ser observadas como primera opción en el requerimiento de una medida cautelar solicitada por parte de fiscalía.

Al respecto Calamandrei (1945) medida cautelar es:

(...) la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. (...) (p. 45)

Valenzuela (2018) medida cautelar tiene dos dimensiones que son:

En primer lugar, la prisión preventiva es la medida cautelar personal que afecta de modo más intenso los derechos fundamentales del imputado al habilitar al estado a encerrar a una persona en la cárcel. Incluso se ha llegado a sostener que se trata de una “anticipación punitiva” por el fuerte parecido que tiene con la pena de prisión (...) segundo lugar, la prisión preventiva tiene importancia frente a la determinación del exacto sentido de la presunción de inocencia como regla de trato. (p. 838)

La medida cautelar de prisión preventiva es la afectación del derecho a la libertad de tránsito y movilización ordenada por autoridad judicial competente con el objeto de que comparezca a la audiencia de juicio y cumpla la pena.

La existencia de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva conforme lo prevé el

artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal (2022) pueden ser estos: “1. Prohibición de ausentarse del país. 2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe. 3. Arresto domiciliario. 4. Dispositivo de vigilancia electrónica. 5. Detención” (Código Orgánico Integral Penal, 2022, artículo 522). Estas medidas cautelares dependiendo la gravedad de la infracción, los suficientes elementos de convicción recabados son plenamente aplicables para el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización por parte de fiscalía y demás de los requisitos contemplados en el artículo 534 ibidem.

Por lo cual, se debe previo a la concesión de una medida cautelar de prisión preventiva agotar las medidas alternativas a la prisión preventiva como las presentaciones periódicas ante el juzgador o ante la autoridad que este designe, la prohibición de salida del país, arresto domiciliario, el uso de dispositivo de vigilancia electrónica, la detención con fines investigativos, y en último lugar en caso de incumplimiento una de estas medidas cautelares alternativas y en mérito del principio de proporcionalidad en la valoración de los elementos de convicción, la justificación que las medidas cautelares alternativas son suficientes y adicionalmente si en el proceso de aprehensión ha intentado huir o evadir la acción de la justicia, acompañado de otras circunstancias agravantes o que empeoren la situación jurídica del aprehendido o la existencia de concurrencia de infracciones que empeoren su situación jurídica se aplique plenamente la prisión preventiva.

Por su parte, el delito de tráfico de drogas en el actual Código Orgánico Integral Penal (2022) se encuentra tipificado en el artículo 220 de la siguiente manera:

Trafique, oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, importe, exporte, tenga o posea con el propósito de comercializar o colocar en el mercado sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa pertinente será sancionada en mérito de la cantidad hallada y su privación de libertad varía de acuerdo a la escala de la siguiente manera: a) en los casos de mínima escala, la pena privativa de libertad es de uno a tres años. b) en los casos de mediana escala, la pena privativa de libertad es de tres a cinco años. c) en los casos de alta escala, la pena privativa de libertad es de cinco a siete años, y en los casos de gran escala, la pena privativa de libertad es de diez a trece años. (Código Orgánico Integral Penal, 2022, artículo 220)

La aplicación del principio de proporcionalidad en el delito de tráfico de sustancias catalogadas

sujetas a fiscalización en la concesión de medidas cautelares de carácter real como la prisión preventiva es exagerada respecto de que se trata de un delito de peligro abstracto, es decir de mera actividad, la transportación, comercialización, distribución, poseer con el propósito de poner en el mercado dichas sustancias, siendo que la peligrosidad general de la acción típica se contrapondría al derecho a la salud de la comunidad o sociedad de manera general y no específica, esto es que no atenta de manera directa contra la salud y la vida de una persona específica pero que si pone en peligro la salud y otros derechos de la comunidad en general.

El tráfico es la acción por la cual una persona o grupo de personas transportan bienes, objetos, personas o sustancias que por la naturaleza jurídica de la ley y la defensa del bien jurídico protegido se encuentran prohibidas. Así, definido como la acción de traficar, es utilizado como una definición de una acción ilegal de movimiento de bienes, especies o personas como, por ejemplo, el tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de órganos o la trata de personas (Significados.com, 2022). El movilizar, transportar o almacenar sustancias catalogadas sujetas a fiscalización están penadas penalmente por el ordenamiento jurídico ecuatoriano con penas establecidas entre uno a trece años de pena privativa de la libertad.

Proporcionalidad por su parte Westreicher (2022) es: “La proporcionalidad es la circunstancia en la que dos magnitudes mantienen entre sí una razón o cociente constante” (p. 2). La aplicación de la prisión preventiva de manera general y preferente y no de manera excepcional respecto del delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización considerada dentro de los parámetros de mínima y media escala que no presuponen mayor afectación que el de su propia salud en virtud de cantidades ínfimas e incluso podría llegar a ser desproporcionada respecto del mismo tipo penal considerado como alta y gran escala bajo ciertos presupuestos como las atenuantes y la falta de evidencia de intentar huir o fugar respecto de la evasión de la responsabilidad. La medida cautelar de prisión preventiva es desproporcionada respecto de los delitos de tráfico de sustancias catalogada sujetas a fiscalización tomando en consideración que en las escalas de alta y gran escala no procede la aplicación de beneficios penitenciarios como el cambio de régimen de cerrado a semi abierto.

El delito de tráfico de drogas de la ley 108 tanto en los elementos del tipo como en la

predeterminación de las penas, por ende, se puede encontrar nuevas distinciones de supuestos jurídicos, reagrupaciones de verbos rectores, cambios que aumentan y rebajan las penas, etc. El artículo 220 dentro del Código Orgánico Integral Penal vigente es el más común actualmente y del cual genera una mayor proporción de penas y criterios que distinguen tanto al mínimo, mediano, alto y gran escala de sustancias sujetas a fiscalización.

Al respecto Edwards (2021) manifiesta que:

Ecuador nunca ha sido un importante centro de producción o tráfico de drogas ilícitas ni ha atravesado las convulsiones sociales que pueden resultar de la existencia de un dinámico mercado doméstico o exterior de estas sustancias. Aunque Ecuador se ha convertido en un importante país para el tránsito de drogas ilícitas e insumos químicos, así como para el lavado de dinero, el narcotráfico no ha sido percibido como una amenaza significativa a la seguridad nacional. Sin embargo, durante casi dos décadas, Ecuador ha tenido una de las leyes sobre drogas más brutales de América Latina. (p.51)

El principio de proporcionalidad va de la mano de la aplicación de la prisión preventiva por los delitos de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en razón de que en muchos de los casos los aprehendidos en delito flagrante por este tipo penal son blanco fácil de los grandes productores de estas sustancias ya sea por necesidad o desconocimiento o en otros casos consumidores o micro expendedores, cosa distinta ocurre con los narcotraficantes que transportan toneladas de estas sustancias propendiendo la inseguridad y la violencia por el territorio de paso de estas sustancias como es el Ecuador. La proporcionalidad en la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva debe ir de la mano en la aplicación práctica de los principios y derechos establecidos en la Constitución caso contrario podría evidenciar una pena anticipada.

La prisión preventiva en el procedimiento penal tiene la finalidad de que el procesado comparezca a la audiencia de juzgamiento como el cumplimiento de la pena. El otorgamiento de una medida cautelar no implica que el procesado sea responsable de los hechos acusados por fiscalía ya que esta responsabilidad como la materialidad de la infracción serán probados en una audiencia de juzgamiento bajo estricta observancia del debido proceso. La prisión preventiva en el delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización como se conoce a este tipo penal en la actualidad implica el cumplimiento de una pena anticipada.

Al respecto Hassemer (como cito Morillas, 2016) prisión preventiva es:

(...) parece existir en este ámbito un cierto desequilibrio de percepciones entre los objetivos del derecho material más inclinados hacia fines preventivos, por ejemplo, de la pena, que se apoya, como mucho, en la prisión preventiva, pero con las máximas formas protectoras de las garantías, frente a la formalidad jurídica, que puede llevar a prácticas de detención demasiadas apresuradas o excesivamente amplias en el tiempo, que sustenta en la susodicha formalidad del procedimiento penal. (p. 5)

La prisión preventiva en ciertas circunstancias del delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización pueden ser desproporcionadas por una parte respecto del objeto material del derecho que respecto de la dimensión de la persona humana, la conducta respecto de la realidad social que integran las facultades como las relaciones jurídicas, formalidad que tiene relación con prácticas de concesión de prisión preventiva por el delito de tráfico de sustancias de manera apresurada sustentada en la formalidad del procedimiento pero contraria al objeto material del derecho que garantiza la relación jurídica en mérito de las relaciones humanas de la persona.

Actualmente los delitos de tráfico de drogas se encuentran previstos en el Código Orgánico Integral Penal (2022), el artículo 220 es el más común y genera una proporción de penas y criterios que distinguen tanto al mínimo, mediano, alto y gran escala de sustancias sujetas a fiscalización, la proporcionalidad aplicable para la concesión de una medida cautelar de carácter personal como la prisión preventiva debe tomar especial consideración respecto de los delitos de tráfico de sustancias catalogados a fiscalización en escala media y mínima por cuanto en muchas de las ocasiones estos son consumidores o en su defecto son encontrados con cantidades ínfimas que no provoca mayor conflicto.

La importancia de esta investigación se fundamenta en analizar acerca de la prisión preventiva del procesado, como medida cautelar de carácter personal en la acusación fiscal por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, implica dar a conocer los elementos esenciales de la prisión preventiva en el delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en relación con el principio de proporcionalidad dentro de un proceso penal, sus elementos esenciales, características y aplicación en base a la doctrina, jurisprudencia y la ley.

Los beneficiarios directos en esta investigación, concerniente a la prisión preventiva del procesado en el delito de drogas y el principio de proporcionalidad es la administración de justicia penal, los sujetos procesales con énfasis en el procesado, la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, el respeto de las garantías y derechos procesales previstos en la Constitución del Ecuador como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los resultados que se presentan sirven para garantizar la administración de justicia transparente e imparcial, como la independencia y los criterios doctrinales desde el punto de vista de la ciencia penal.

La metodología que se utilizó en la investigación fue de tipo descriptiva, explicativa y relacional, bajo un enfoque cualitativo y, además se aplicó como técnicas de investigación la revisión documental y la entrevista; finalmente como instrumentos de recopilación de la información se aplicó la guía de entrevista.

De forma general, la estructura de la investigación se compone por el desarrollo de los objetivos específicos planteados, los cuales se dividen en tres capítulos y a continuación se describen brevemente:

El primer capítulo se desarrollará a partir de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia sobre la medida cautelar de carácter personal, esto es la prisión preventiva.

En el segundo capítulo se realizará un análisis crítico de caso, sobre el principio de proporcionalidad que contempla en su articulado la Constitución de la República del Ecuador y demás normativas vigentes en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización que benefician a las personas procesadas, de esta manera los operadores de justicia apliquen la normativa de manera equitativa y eficaz.

El tercer capítulo se abordará una investigación de campo mediante la técnica de entrevista dirigida a los Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Jueces de Garantías Penales del cantón de Otavalo, Defensores Públicos del cantón Otavalo y Abogados en libre ejercicio del cantón Otavalo en la que se determinará la falta de aplicación del principio de

proporcionalidad.

El alcance de la investigación se centra en el estudio de la medida cautelar de prisión preventiva del procesado, del delito de tráfico de drogas, los principios doctrinarios de proporcionalidad en el procedimiento penal ordinario desde el punto de vista de la ciencia penal, su aplicación, procedimiento y disposiciones legales, constitucionales y doctrinarias de la prisión preventiva en el procedimiento ordinario en el conocimiento del juzgador de una solicitud de medida cautela de carácter personal de prisión preventiva por el delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en mínima y media escala y la generalidad con el mismo tipo penal considerados como alta y gran escala. La generalidad de la medida cautelar por fuera de la excepcionalidad vulnera derechos del procesado como el derecho a la defensa en libertad y la inaplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva fundamenta una pena anticipada, sin dejar de tomar en consideración que el principio de proporcionalidad tiene efecto de la aplicación de la norma en relación con el grado de afectación de un derecho como del impacto y lesión del bien jurídico protegido.

2. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Los resultados obtenidos dentro del presente estudio investigativo fueron los siguientes:

CAPÍTULO I

2.1. MARCO TEÓRICO

2.1.1. Aspectos generales del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal

2.1.1.1. Generalidades del principio de proporcionalidad

En el presente caso no existe un equilibrio entre las disposiciones del artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal (2022) respecto de la potestad del juzgador de garantías penales disponer la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva específicamente en el numeral 6: “prisión preventiva” respecto del derecho a la presunción de inocencia y libertad personal contemplados en el artículo 5 numeral 4 ibidem. La existencia de medidas alternativas a la prisión preventiva debe ser la primera opción que observar al momento de resolver respecto de la situación jurídica del procesado, y no como generalmente se aplica en la actualidad la prisión preventiva y excepcionalmente medidas cautelares alternativas. Es decir, el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal, establece la potestad del juzgador de imponer una o varias medidas cautelares con la finalidad de que la persona procesada asista al desarrollo del proceso, sin embargo, la prisión preventiva al ser de ultima ratio debe ser aplicada en casos excepcionales, cuando se demuestre que las demás medidas cautelares alternativas son insuficientes para cumplir con el objetivo de estas. Con esta disposición se pretende garantizar el principio de inocencia, puesto que la persona procesada tiene la facultad de defenderse en libertad.

El análisis de proporcionalidad en sentido estricto exige que el juzgador al momento de analizar los presupuestos del Código Orgánico Integral Penal para su concesión motive y fundamente su decisión no solo sobre la base de dichos requisitos o presupuestos jurídicos, sino que también motive su decisión sobre los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada.

Esto implica que el juzgador decida conceder esta medida cautela de prisión preventiva, sino que esta debe estar debidamente fundamentada bajo los presupuestos, constitucionales, legales, jurisprudenciales y bajo los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad previstos por los instrumentos internacionales de derechos humanos que mejor favorezcan al procesado.

El principio de proporcionalidad nace como una novedosa garantía de los derechos constitucionales modernos, forma parte de la garantía del debido proceso dentro de los derechos de protección específicamente en el artículo 76 numeral de la Constitución de la República del Ecuador 6 en el que establece que: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución del Ecuador, 2008, artículo 76). La relación de la infracción y la pena debe conservar equilibrio respecto de la gravedad de la infracción acusada, la prisión preventiva en el delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización pueden ser desequilibrada tomando en consideración que este principio guarda estrecha relación con la aplicación de normas legales sobre derechos constitucionales.

Al respecto Fuentes, (2014) indica:

(...) el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos. (p. 19)

Este principio de proporcionalidad prevé el límite del poder punitivo dentro del derecho penal, la relación de la infracción y la pena aplicable a la conducta penalmente relevante. Esta regulación denominada como proporcionalidad debe estar estrechamente regulada por la Constitución del Ecuador primeramente como norma suprema, los instrumentos internacionales de derechos humanos y concomitantemente a todo el ordenamiento jurídico a efectos de que establezca y prevea la pena aplicable a cada conducta.

La aplicación de una medida de carácter personal debe ser necesaria y suficiente conforme a las generalidades del principio de proporcionalidad en la previsión y represión del comportamiento, el delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización es un delito que no pone en

riesgo o peligro eminente a una persona, no atenta contra la vida e integridad física de la misma, considerado como un delito de peligro abstracto es decir que el daño puede prever en el futuro como riesgo al derecho a la salud de quienes la consuman de manera voluntaria es decir es un delito que no causa conmoción a la sociedad razón por la cual la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva debe ser aplicada de manera excepcional y bajo determinados parámetros que agraven la conducta como lo es la fuga en el procedimiento de aprehensión.

El principio de proporcionalidad nace del método originado del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania en la regulación de las leyes fundamentales que reconoce derechos fundamentales. Cohen-Eliya Y Porat (como citó Caminos, 2014) es: “El principio de proporcionalidad es un método elaborado por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania para resolver casos que involucren la aplicación de las normas de la Ley Fundamental de ese país que reconocen derechos fundamentales” (Caminos, 2014, p. 53). A nivel teórico este principio fue estudiado a profundidad por Robert Alexy en el año de 1985, este principio nace en Alemania como un modelo de control de constitucionalidad y gracias a la obra y difusión de Alexy fue conocido por los sitios tribunales europeos y posteriormente al modelo de administración de justicia desde el paradigma constitucional en América latina.

Según la teoría de Ambrosio (2014) tenemos los derechos como principios. - Los derechos fundamentales tienen una base o sustento de principio. Así, los principios pueden ser cumplidos de manera progresiva o gradual, las posibilidades jurídicas y reales existentes deben ser observadas por el juzgador, entonces según Alexy los principios son mandatos de optimización (Ambrosio, 2014). La proporcionalidad considerada en la Constitución del Ecuador actualmente como derechos de protección que tiene por finalidad garantizar el debido proceso de las partes o sujetos procesales en igualdad de condiciones con la superioridad de la Constitución como norma suprema.

Como segundo punto relevante dentro de la Teoría de Alexy tenemos: Conflictos entre principios: la ley de la colisión. - en este punto Alexy trata de fundamentar cual es el funcionamiento de los principios. Así, el funcionamiento de los principios, entendidos como mandatos de optimización, es la de analizar la forma en que se plantean y solucionan las

colisiones entre principios. De acuerdo con la caracterización de ALEXY, cuando dos principios colisionan, uno tiene que ceder ante el otro (Ambrosio, 2014). La colisión de principios respecto de la proporcionalidad de la aplicación de la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva son el derecho a la presunción de inocencia y libertad frente a los derechos a la comparecencia a juicio y cumplimiento de la pena como finalidad propia de la prisión preventiva.

Derechos prima facie y derechos definitivos. - Uno de los aspectos centrales del enfoque de ALEXY está dado por el hecho de que los principios, por constituir mandatos de optimización, no tienen un carácter definitivo, sino sólo prima facie. Si un principio exige una acción para un caso, dicha acción será la que definitivamente deberá ser realizada sólo luego de considerar a los principios opuestos y a las posibilidades fácticas. Las reglas, por su parte, parecen tener un carácter definitivo, los principios como mandatos de optimización en la medida de cumplimiento esta graduada por posibilidades fácticas y jurídicas.

La relevancia del principio de proporcionalidad toma más relevancia cuando se reconoce que no existen derechos absolutos si no la existencia de que un derecho puede ser limitado por otro y según la teoría de Carbonell la interrogante que plantea el autor es bajo que parámetros estos pueden ser limitados por otros derechos. Así, el principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos.

El primer paso del estudio de la ponderación según la doctrina de Alexy, es el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios en este sentido es el principio de presunción de inocencia y libertad como derechos fundamentales del debido proceso que se contrapondría en la concesión de una medida cautelar de prisión preventiva, por su parte la importancia de esta de estos principios como derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Ecuador y como tercer punto la finalidad de la prisión preventiva es la comparecencia del procesado al juicio como el cumplimiento de la pena establecida. La impunidad es uno de los presupuestos en contraposición de la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva como premisa de

manera generalizada por los operadores de justicia para la concesión de esta medida cautelar. La duda por parte de los operadores de justicia de que el procesado pueda comparecer a una posible audiencia de juicio y el cumplimiento de la pena en caso de tener sentencia condenatoria ejecutoriada.

Bajo esta premisa la satisfacción del principio contrario no justifica la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva bajo restricción del derecho a la presunción de inocencia y la libertad personal, la excesiva y desmedida aplicación de la prisión preventiva de manera generalizada y común por parte de los administradores de justicia previa solicitud de fiscalía por principio dispositivo sin agotar otras medidas alternativas a la prisión preventiva constituye el cumplimiento de una pena anticipada, la proporcionalidad en la aplicación de estas medidas según la doctrina la norma legal y la jurisprudencia es de ultima ratio esto es de última opción.

2.1.1.2. Conceptualización del principio de proporcionalidad

Según Cárdenas (2014) el principio de proporcionalidad es: “El principio de proporcionalidad es una estructura argumentativa que nos permite interpretar principios constitucionales y aportar soluciones jurídicas cuando diversos derechos fundamentales están en colisión” (p. 65). Siendo el principio de proporcionalidad un método de argumentación que interpreta principios constitucionales a efectos de adoptar soluciones jurídicas en la colisión de derechos. La colisión del derecho a la presunción de inocencia respecto del principio de proporcionalidad en contraposición del derecho a la restricción de la libertad de tránsito y ambulatoria en la aplicación de la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva.

Según Bernal (2015) el principio de proporcionalidad en el campo del derecho constitucional es:

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. (p. 81)

La base del principio de proporcionalidad se sustenta sobre la base del control de

constitucionalidad que indica que toda las leyes creadas por el legislador deben guardar armonía con lo que prevé la Constitución del Ecuador, los instrumentos internacionales de derechos humanos, la previsión de la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva debe mantener armonía con el principio de proporcionalidad respecto de los delitos de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en razón de la excepcionalidad en la aplicación de esta y que únicamente recurra para la previsión en casos agravantes mas no en todos los casos de tipo penal de drogas en el actual Código Orgánico Integral Penal (2022) en su artículo 220.

El principio de proporcionalidad por su parte Sapag (2008) es:

El control de constitucionalidad de las normas, en cuanto a su contenido, ha transitado en el derecho continental una evolución de modo independiente del derecho estadounidense. El control de razonabilidad de los actos estatales trasunta sobre la exigencia de la “proporcionalidad” cuya génesis se puede ubicar en el derecho alemán. (p. 170)

El control de razonabilidad de los actos en el derecho estadounidense se encuentra íntimamente ligado con el principio de proporcionalidad, por cuanto la aplicación de una norma legal desproporcionada puede ser racional para la víctima o la parte afectada pero irracional para el procesado, es irracional una aplicación de medida cautelar de prisión preventiva en un delito donde no existe víctimas directas al ser un delito de peligro abstracto, esta irracionalidad es contraria al principio de proporcionalidad, esta teoría nace del derecho estado anídense con fundamento en el derecho alemán y que es plenamente aceptado por el derecho de la comunidad andina como fundamentos de los conceptos y principios constitucionales que rigen el derecho penal en el Ecuador.

El surgimiento del principio de proporcionalidad nace del derecho europeo específicamente del derecho alemán, la exigencia de las penas debe ser reguladas gradualmente de conformidad al tipo penal en la afectación al bien jurídico protegido y que estas se establezcan con un grado de proporcionalidad sobre la base de la relevancia social del hecho causado. Según López (como se citó en Sapag, 2008) exige: “Esta exigencia de proporcionalidad surge de un concepto clásico del derecho penal conocido como la “prohibición de exceso” (p. 170).

El concepto clásico del derecho penal respecto del principio de proporcionalidad es la prohibición de exceso, el límite que pone la ley al estado a no incurrir en abuso excesivo del derecho y de la ley y que sus actuaciones se limiten al respeto de los de las partes y la aplicación sea de manera gradual, la prisión preventiva al ser una medida de ultima ratio debe ser aplicada agotada las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva cuando estas sean incumplidas por diferentes circunstancias y sean adicionalmente injustificadas.

La relevancia del derecho acusado respecto de la medida cautelar de prisión preventiva tiene irrelevancia respecto de la complejidad del actuar delictivo, por cuanto en muchos de los casos estas personas son utilizadas como ganchos ciegos por parte de los grandes narcotraficantes y respecto del cual no representa mayor complicación respecto de la relevancia social siendo desproporcionada la aplicación de medidas cautelares de prisión preventiva de manera preferente y no de ultima ratio por parte de los administradores de justicia penal.

La prohibición de exceso como parte de la definición del principio de proporcionalidad es el pilar del ordenamiento jurídico en el respeto de la Constitución en primer momento, este rango constitucional impera como la principal barrera al exceso y los limitantes a los derechos fundamentales y en una garantía de efectividad de las normas legales. Esta limitante obliga al poder público a actuar dentro del marco que regula la Constitución del Ecuador sin excederse en la toma de sus decisiones dentro de las facultades concedidas por la mismas en su protección efectiva como en la aplicación que más le sea favorable al procesado.

El principio de proporcionalidad ha sido definido según Sapag (2008) como:

El principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles ley del mínimo intervencionismo) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. (p. 171)

El principio de proporcionalidad es un principio de rango constitucional compartiendo el criterio de algunos de los estudiosos de este principio. Así, en el derecho constitucional, el principio de

proporcionalidad responde especialmente a “la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesidad de la regulación de legislativa (Sánchez, 2015). La supremacía de los derechos a la presunción de inocencia y la libertad personal respecto del delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en relación con la prisión preventiva es la comparecencia al juicio del procesado y el cumplimiento de la pena, existen medidas cautelares menos lesivas y que estas deberían ser tomadas en consideración de manera preferente por cuanto al no existir una sentencia condenatoria ejecutoriada debe ser tratado como tal y la finalidad de estas pueden asegurar su comparecencia sin restricción de sus derechos antes mencionados.

La proporcionalidad en materia penal vela por el adecuado equilibrio entre la relación de las circunstancias de la infracción y sus presupuestos con su aplicación concreta.

2.1.1.3. Características del principio de proporcionalidad

La proporcionalidad tiene la finalidad de evitar una utilización desmedida de la pena o medida cautelar que implique la pérdida de la libertad, limitándose su aplicación a lo necesariamente indispensable para la protección de bienes jurídicos protegidos e irreparables como la vida y la integridad personal. La protección del derecho a la libertad en armonía con el derecho a la presunción de inocencia debe ser reconocidos proporcionalmente en el momento de conceder una medida cautela de carácter personal restrictiva del derecho de la libertad como la prisión preventiva.

Según Trujillo (2022) la definición técnica de proporcionalidad es: “El principio de proporcionalidad significa que una pena o condena debe tener una limitación en base a la gravedad de la conducta que se ha realizado y en relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva” (p. 11). La aplicación de la proporcionalidad implica que mientras más gravosa la conducta del aprehendido o procesado mayor relevancia en la ley que prevé la pena aplicable a esa conducta, por el contrario, mientras menos gravosa sea la conducta del individuo la pena debe disminuir proporcionalmente de la aplicable en los casos gravosos. La ley respecto de la aplicación de la pena y medida cautelar debe observar este principio por cuanto podría contraponerse a derechos como la presunción de inocencia, libertad respecto del aprehendido por presumirse la existencia del delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a

fiscalización.

La proporcionalidad dentro del derecho penal es relevante no solo para la aplicación de las sanciones por la conducta delictual en mérito de la gravedad de la infracción, sino puede también ser aplicado durante todo el proceso penal en cualquier etapa momento o instancia, la prisión preventiva como medida cautelar no es la excepción en virtud de que en la condición de las mismas podría verse afectados derechos constitucionales como la presunción de inocencia. Así, Este principio de proporcionalidad debe estar presente en los actos de investigación del delito, en los juicios, y deberá quedar plasmado en la sentencia. La proporcionalidad, por tanto, debe darse durante todo el proceso penal, no solo al final. El principio de proporcionalidad es un principio general del ordenamiento jurídico que debe inspirar la elaboración de las leyes y su interpretación y aplicación por los tribunales (Trujillo, 2022).

El principio de proporcionalidad debe inspirar a que los legisladores encuadren su actúa en mérito del respeto de los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución, en el respeto de la creación de normas que regulen el actuar de medidas cautelares proporcionales pues no es admisible privar de la libertad a las personas sin contar con una sentencia condenatoria ejecutoriada per se contrario a los principios de presunción de inocencia y libertad personal, sin embargo existen casos que evidentemente es necesaria la medida cautela como en el riesgo de fuga o que en el procedimiento de aprehensión ha intentado huir en estos casos puede ser proporcional esta medida cautelar.

2.1.1.4. Función del principio de proporcionalidad

La actividad particular que efectúa el principio de proporcionalidad dentro de la aplicación de una medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva por el delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización es la de resolver la situación jurídica del aprehendido en delito flagrante en la audiencia de calificación de flagrancia y legalidad de la aprehensión. La decisión de conceder una medida cautelar de prisión preventiva o no debe ser proporcional en el análisis del porque es idónea, necesaria y proporcional, cual es la finalidad de la prisión preventiva, esta es la comparecencia del procesado a la audiencia de juicio y el

cumplimiento de la pena.

La proporcionalidad desde la doctrina profunda es concedida a los legisladores en la creación de normas jurídicas que cumplan con la finalidad suprema del derecho que es la justicia, bajo este parámetro estas leyes en primer lugar deben guardar armonía con los preceptos que manda la Constitución del Ecuador como de los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a la persona a efectos que esta norma legal sea constitucional y tenga validez jurídica, en segundo lugar esta norma debe guardar coherencia con las necesidades reales de una sociedad.

La proporcionalidad en la prisión preventiva tiene la primordial y principal función de que el procesado comparezca al proceso y el cumplimiento de la pena, ante la privación de libertad de una persona inocente se debe cumplir con presupuestos estrictos conforme el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (2022) siendo estos: la existencia de elementos de convicción sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción; la determinación del autor o cómplice; especialmente, indicios de los que se indique que las medidas cautelares siguientes, no son suficientes para garantizar la comparecencia del procesado y que la infracción sea sancionada con pena privativa de libertad mayor a un año.

Bajo este precepto legal el principio de proporcionalidad en la medida cautelar de prisión preventiva tiene la principal función de precautar los derechos de las partes para esto se previno por parte del legislador crear las normas bajo las cuales debe de aplicarse esta medida cautelar, estos son los elementos de convicción que fiscalía ha recabado previamente a la audiencia. Elementos de convicción es un componente jurídico de toda una estructura procedimental, en la que se individualizan los indicios que hacen presumir la certeza de que un hecho ha ocurrido de una manera específica.

Estos elementos pueden llevar a que el juzgador tenga la convicción de que el procesado es autor o cómplice de la infracción por la cual fiscalía ha decidido formular cargos. Estos elementos de convicción según reza la norma deben ser claros, precisos y justificados. Al respecto la norma legal no prevé con claridad cuando un elemento de convicción es claro,

preciso y justificado, dejando al sano criterio del juzgador la interpretación de estos presupuestos legales, sin embargo, algunos precedentes jurisprudenciales no obligatorios que han sido resueltos por la Corte Nacional de Justicia dentro del proceso No 10L02- 2022-00010 respecto de la segunda instancia de una garantía jurisdiccional de habeas corpus. Respecto del caso concreto ha definido que para que los elementos de convicción sean claros, precisos y justificados debe justificarse que el procesado es autor o cómplice de la infracción que ordena el Código Orgánico Integral Penal y la resolución 14-2021, estos deben abordarse en la forma exigida por el ordenamiento jurídico, realizando una descripción de cómo los elementos aportados por Fiscalía, permiten razonadamente concluir por qué es muy probable que el procesado sea autor o cómplice del delito imputado

La previsión de indicios de responsabilidad que establezca la relación de la infracción con la responsabilidad del procesado no es suficiente para determinar la responsabilidad claramente prevista en líneas anteriores por los que una medida cautelar de prisión preventiva se torna desproporcionada.

Respecto del análisis del numeral 3 del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (2022) que sea un requisito contemplado en la ley para conceder una medida cautela de prisión preventiva solo por el hecho que se tipifique su conducta con una pena superior a un año de privación de libertad es desproporcionado en virtud que generalmente la pena aplicable para el tipo penal de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización supera un año de pérdida de la libertad sin embargo este presupuesto legal se contrapone de manera directa al derecho a la presunción de inocencia del procesado y su concesión se limita al derecho a la libertad personal por ende el derecho a defenderse en libertad.

2.1.1.5. Aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal

El principio de proporcionalidad dentro del campo del derecho penal se aplica en dos sentidos, el amplio y el estricto. El sentido amplio implica engloba tres cuestiones. Así, La exigencia de adecuación a fin de que implica que tanto el legislador en el momento de crear las leyes como del juzgador en el momento de velar por su efectiva aplicación elegir aquella que adecue el

cumplimiento de la finalidad de la justicia, debe elegir la finalidad de la protección del bien jurídico protegido y la pena o medida cautelar aplicable al caso concreto debe ser cuantitativamente como cualitativamente adecuada al fin que persigue la misma.

Al respecto Klatt y Meister (como citó Mogrovejo, A; Erazo, J; Pozo, E; Narvaez, C, 2019) manifiestan:

(...) el concepto de proporcionalidad no puede ser entendido como una noción ajena a la ciencia del derecho, sino que por el contrario puede aplicarse a los más diversos ámbitos jurídicos como el procesal, para la solución de conflictos entre bienes jurídicamente tutelados. (p. 95)

La aplicación del principio de proporcionalidad forma parte de la ciencia del derecho, en el campo del derecho penal específicamente se aplica en la solución de conflictos de bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, en el procedimiento penal específicamente en el procedimiento de calificación de flagrancia y legalidad de la aprehensión del procedimiento penal en el que se resuelve la situación jurídica del aprehendido, en este contexto la aplicación del principio de proporcionalidad debe observar la aplicación de la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva de manera excepcional, de última instancia o ultima ratio por cuanto puede contraponerse a derechos como la presunción de inocencia y la defensa en libertad.

El Estado Ecuatoriano actualmente es denominado y conceptualizado por la propia Constitución del Ecuador (2008) como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia en donde el principio de mínima intervención penal el que establece la potestad punitiva del estado respecto a la creación de las normas legales por parte del legislador. Así, en el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia que rige a Ecuador, donde es el principio de mínima intervención penal como tratado de política criminal el que establece los hilos conductores de la potestad punitiva estatal a nivel legislativo, interpretativo y de aplicación, el principio de proporcionalidad cobra una especial trascendencia (Villacreses, 2018).

Al respecto Rojas (como se citó en Villacreses, 2018) “Resulta innegable que es al legislador a quien le corresponde la tarea de definir los bienes jurídicos que debe proteger, o las conductas que consideran producen el daño social que desea evitar” (p. 94). apegados a los principios constitucionales, que deben determinar su actuar siendo aquí en donde se torna relevante dentro

del derecho penal el principio de proporcionalidad ya que la figura de prisión preventiva emana de la ley específicamente del Código Orgánico Integral Penal que presupone la creación de categorías dogmáticas del delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización dentro del tipo penal como acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Tradicionalmente, en el Derecho penal, el principio de proporcionalidad se ha definido a partir de la comparación entre pena y delito (Feijo, 2007). Entre pena y culpabilidad; entre pena y afectación del bien jurídico, entre pena y daño ocasionado con el delito o entre pena y finalidades socialmente admisibles (Arias, 2012). La proporcionalidad y el derecho penal tradicionalmente lo relaciona de manera directa entre pena y culpabilidad, este criterio de pena y culpabilidad en la concesión de la medida cautela de prisión preventiva toma un papel fundamental por cuanto en la totalidad de criterios por parte de fiscalía como del juez que la concede toma en consideración la pena aplicable por la que fiscalía formula cargos, esto es si el tipo penal es de una pena de 10 a 13 años es suficiente causal para conceder la medida cautela de prisión preventiva, ahora bien respecto del delito este puede efectuarse por circunstancias ajenas a la voluntad del procesado como el desconocimiento, la necesidad o el engaño, no siendo suficiente causal para su concesión la pena alta por el cual el legislador ha decidido tipificarla de esa manera.

Ahora bien, la relación de la pena y la afectación al bien jurídico protegido es valorada por el juzgador únicamente en penas altas como justificativo para conceder la medida cautelar de prisión preventiva sin embargo la contraposición al bien jurídico protegido del procesado en ese sentido estricto es el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal, el derecho a defenderse en libertad debe predominar sobre el paradigma del Consejo de la Judicatura de cero impunidad pues existen otras medidas cautelares menos lesivas que garanticen la comparecencia del procesado a juicio como el cumplimiento de la pena. Así, este último planteamiento “básico” se queda corto, e incluso suelen considerarlo ya como una formulación arcaica de la función punitiva del Estado y los límites con la que se encuentra revestida, en razón de que fundamentan la sanción en una equivalencia relativa y simple entre conducta y pena, creando sanciones con referencia a la ley del Tali3n (Villacreses, 2018).

El principio en estudio pasa en esta rama, a ser considerado no solamente como el principio rector del justo equilibrio entre delitos y penas, sino a servir también de esquema de razonamiento referido a los límites materiales del ius puniendi (Prieto, 2006). En la actividad legislativa; así, toda ley penal producida, debe ser el resultado de un complejo estudio en el que estén incorporados distintos tipos de balances sobre la base del principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad en sentido amplio respecto al derecho penal en el cual la intervención por medio del estado (fiscalía) tiene la finalidad de alcanzar por medio de la medida cautelar de prisión preventiva su finalidad que es la presencia del procesado a juicio, el cumplimiento de la pena y la reparación de la víctima, sin embargo fiscalía por principio de objetividad tiene la obligación de recabar pruebas y elementos de convicción de cargo sino también de descargo siendo la medida cautelar de prisión preventiva una evidente pena anticipada y falta de elementos de convicción de descargo en la etapa de investigación o en los casos flagrantes de elementos en la audiencia de calificación de la fragancia y legalidad de la aprehensión.

Al respecto Barnes (como se citó en Villacreses, 2018) es:

Entendemos por “proporcionalidad” en sentido amplio al principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la “finalidad” perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos, es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles. (p. 95)

La proporcionalidad amplia en el derecho penal específicamente en la aplicación de medida cautelar de prisión preventiva se debe optar por el medio más suave o moderado de las opciones ofertadas en el catálogo penal para garantizar la comparecencia del procesado a juicio, el cumplimiento de la pena en el caso de desvanecimiento de su presunción de inocencia y la reparación integral de la presunta víctima en el caso de existir, el delito de tráfico de sustancias catalogada sujetas a fiscalización es un delito de peligro abstracto es decir que no existe una víctima eminentemente en peligro o real al momento del cometimiento de la infracción sino que supone un riesgo a la salud de la población en mérito de quien las consume, siendo un elemento constitutivo menos para que se garantice el principio de proporcionalidad en optar medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva por el referido delito.

2.1.1.6. El principio de proporcionalidad y sus subprincipios idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

A) Principio de idoneidad:

Según el Dr. Edwin Román Cañizares Magistrado de la Tercera Sala Penal De la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. El primero consiste en determinar el mandato o acto que contiene la prohibición o permiso. El segundo es identificar la finalidad de la medida sometida a control. Y el tercero hay que dar cuenta de la idoneidad de la medida restrictiva de derechos fundamentales y su finalidad.

Respecto del acto o mandato que contiene la prohibición o permiso es la prisión preventiva de los aprehendidos por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización contemplado en el artículo 522 numeral 6 del Código Orgánico Integral penal (2022), la idoneidad respecto de la aplicación de la medida cautelar como subprincipio de proporcionalidad implica un mandato de aplicación del juzgador al considerar el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 534 ibidem. Así, la excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal, excepcional, no punitiva, subsidiaria, provisional, proporcionada, motivada y revocable, que afecta el derecho a la libertad personal de la forma más severa. Persigue como fin inmediato garantizar el éxito del proceso penal, es decir sus finalidades, orientándose a evitar riesgos intensos que lo pongan en peligro real, siendo necesaria siempre y cuando las medidas alternativas no sean suficientes para ese propósito; de tal suerte que la prisión preventiva tiene exclusivamente un fundamento procesal (Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 14-2021).

La Convención Americana de derechos humanos establece que para que la medida cautelar de prisión preventiva sea idónea es necesario que el juzgador en su análisis no se limite a una mera formalidad si no que se analicen de manera más pormenorizadas las razones que pesan sobre ellas, es decir que su análisis no se limite únicamente a un control de formalidad de la ley, sino que su análisis sea integral en observancia de los mandatos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Principio de necesidad:

Al prever la concesión de una medida cautelar de prisión preventiva de manera excepcional implica la existencia de otras medidas alternativas a la prisión preventiva que deben accionarse en primer término y de manera preferente, medida no restrictiva del derecho a la libertad y menos lesiva para el procesado tomando en consideración los derechos básicos a la libertad personal y al no prever la existencia de sentencia condenatoria ejecutoriada en el proceso de aprehensión calificación de flagrancia y legalidad de la aprehensión puede contraponerse incluso al derecho a la presunción de inocencia. Medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva se encuentran previstas en el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal (2022) siendo estas: “1. Prohibición de ausentarse del país. 2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe. 3. Arresto domiciliario. 4. Dispositivo de vigilancia electrónica. 5. Detención” (Código Orgánico Integral Penal, 2022, artículo 522).

La necesidad de conceder una medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva debe ser necesaria esto es que no exista otra medida cautelar alternativa a esta o que a su defecto estas medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del procesado al juicio en el llamado de la justicia en el caso de así establecerlo y el cumplimiento de la pena de así establecerse una sentencia condenatoria ejecutoriada, agotadas estas requerimientos previos por parte de fiscalía torna necesaria la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, sin embargo la justificación de estas circunstancias deben establecer claramente las circunstancias y parámetros con los cuales esta es necesaria para garantizar su presencia a juicio como del cumplimiento de la pena.

Respecto del subprincipio de necesidad respecto de la idoneidad de la norma Calahorrano (2020) indica:

La necesidad, por su parte, compara la medida legislativa examinada respecto a otras alternativas de intervención, en cuanto puede haber alternativas más idóneas a la protección del bien jurídico o menos lesivas a los derechos fundamentales de quien comete la conducta. La necesidad es un análisis de eficiencia (alcance del objetivo al menor costo), mientras que la idoneidad es un análisis de eficacia (alcance del objetivo). (p. 62)

La necesidad como subprincipio de proporcionalidad es la alternativa idónea que prevé dentro del ordenamiento jurídico para precautelar la vulneración de un derecho por una medida o aplicación de una menos lesiva. Así, el análisis de la necesidad consiste en verificar una alternativa idónea al fin y menos lesiva de derechos; por lo que puede permitir el análisis de las posibilidades previstas entre la desregulación, hasta la tipificación de un delito de resultado y no de peligro, de peligro concreto y no abstracto. La necesidad de la norma de sanción se refiere a la aplicación de los principios de subsidiariedad del Derecho Penal o búsqueda de alternativas a este, y a la búsqueda de penas alternativas (Calahorrano, 2020).

El agotamiento de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva y su incumplimiento debe consolidar el requerimiento de necesidad como parte de los subprincipios de proporcionalidad. El incumplimiento de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva debe ser entendida como una causal más que suficiente de necesidad para que comparezca el procesado al proceso como el cumplimiento integral de la pena, la interrogante planteada es cuando no se incumple estas medidas alternativas a la prisión preventiva, entonces esta medida cautelar de prisión preventiva es innecesaria y causa hacinamiento en los centros penitenciarios del país.

2.1.2. Delito de tráfico sustancias estupefacientes y psicotrópicas y sus elementos constitutivos

El elemento constitutivo del delito de tráfico de drogas en un primer término es muy difuso definirlo por cuanto son variación de conceptos jurídicos como médicos sin embargo de la búsqueda doctrinaria efectuada se desprende que, según Definición de la organización mundial de la salud (como se citó en Molina, 2005) droga es: “ (...) toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o varias de sus funciones y es susceptible de crear dependencia y que puede, a la vez, crear tolerancia” (p. 96). Por su parte Laure (como se citó en Molina, 2005) por su parte brinda la siguiente definición: “(...) cualquier sustancia química que altere el estado de ánimo, la percepción o el conocimiento, y de la que se abusa con un Parente perjuicio para la sociedad” (p. 96). Respecto del objeto material del delito de drogas

toxicológicas esto es que alteran el comportamiento de las personas. Ahora bien, hay que establecer que autoridad o norma legal determina si una sustancia es droga, estupefaciente o psicotrópico o si el sistema penal internacional o ley nacional determinar si dicha sustancia es droga y si esta se encuentra prohibida o no.

Ahora bien, el termino traficar según Saztorni (como se citó en Molina, 2005) específicamente el de traficar drogas es: “Traficar con drogas, como entiende la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, es trasladar la droga a una o varias personas, aunque se realice a título gratuito: es la traslación del dominio o la posesión” (p. 103). Bajo este concepto es el traslado de dicha sustancia prohibida a un tercero así este traslado sea a título oneroso o gratuito, adicional del dominio y posesión de dichas sustancias a un tercero con el objeto de introducirlo al mercado bajo su comercialización en perjuicio del derecho a la salud de la comunidad o sociedad.

En el Ecuador el delito de tráfico de drogas es considerado como un camino de paso de los grandes productores de sustancias actualmente catalogadas y sujetas a fiscalización, que conlleva el reconocimiento de tráfico de sustancias en altas cantidades, cosa contraria ocurre respecto de los medianos y pequeños comerciantes de dichas sustancias. El tipo penal de este delito actualmente en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 220, este tipo penal no atenta contra la vida e integridad de las personas, y la necesidad económica se ven apremiados para transportarlos por los conocidos réditos económicos que deja esta ilícita actividad.

Estas sustancias para que sean consideradas como ilegales como drogas y sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se encuentra previsto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización (2020) que prevé lo siguiente:

Clasificación de drogas y sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. -Para efectos de prevención y atención integral del uso y consumo, son drogas: 1. Todas las bebidas con contenido alcohólico; 2. Cigarrillos y otros productos derivados del tabaco; 3. Sustancias estupefacientes, psicotrópicas y medicamentos que las contengan; 4. Las de origen sintético; y, 5. Sustancias de uso industrial y diverso como: pegantes, colas y otros usados a modo de inhalantes. Para efectos de regulación y control, son sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, las que constan en el anexo a la presente Ley y se clasifican en: A. Estupefacientes; B. Psicotrópicos; C. Precursores químicos; y, sustancias químicas específicas. (p. 5)

Las sustancias estupefacientes, psicotrópicas y medicamentos que las contengan se encuentran contempladas como sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se encuentra restringida y prohibida su movilización, transporte y comercialización, por ente el tráfico de drogas en el Ecuador actualmente se encuentra prohibido sin embargo las medidas cautelares de carácter personal como la prisión preventiva deben ser consideradas de acuerdo a la gravedad del caso como las consideraciones técnicas de las proporciones, cantidades, circunstancias técnicas de la relación de los hechos y la existencia o no de agravantes como justificación de arraigos siendo la prioridad jurídica penal la de reconocer el derecho a la presunción de inocencia como la libertad personal aplicando de manera prioritaria medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva que reconozcan estos derechos por mandato del principio de proporcionalidad.

2.1.2.1. Definición del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

El delito de tráfico de drogas es el hecho por el cual se produce en primer lugar productos orgánicos o plantaciones que contienen los elementos o sustancias básicas para alterar el sistema nervioso (salud) de los consumidores, en un segundo plano tiene por objetivo introducir estas sustancias al mercado nacional como internacional a efectos de comercializarlos y obtener grandes remesas de divisas tanto nacionales como internacionales. Así, es la conducta que consiste en el cultivo, elaboración, facilitación del consumo y comercio de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Incluye el tráfico de precursores, es decir, productos que sirven para dichos fines (conceptosjuridicos.com, 2022).

Estupefacientes según Boni (2008) es definida de la siguiente manera:

Estupefaciente es definido como: toda sustancia psicotrópica con alto potencial de producir conducta abusiva y/o dependencia (psíquica/física, con perfil similar a morfina, cocaína, marihuana, etc.), que actúa por sí misma o a través de la conversión en una sustancia activa que ejerza dichos efectos. (p. 11)

La definición de psicotrópico según Boni (2008) es: “(...) la generalización del término Psicotrópico cualquier sustancia natural o sintética capaz de modificar las funciones psíquicas,

por su acción sobre el Sistema Nervioso Central” (p. 11). De esta manera tanto la definición de estupefacientes como psicotrópicos nace desde el campo de la medicina el cual los médicos expertos en el tema concuerdan en que sustancias estupefacientes son sustancias psicotrópicas con efectos para producir una conducta alterada y dependencia de las mismas entre ellas la cocaína y marihuana, sienten un conjunto las sustancias estupefacientes y psicotrópicas en virtud de que sustancia psicotrópica es cualquier sustancia natural o preparada capaz de modificar las funciones psíquicas atacando principalmente al sistema nervioso central.

2.1.2.2. Elementos constitutivos del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefaciente y psicotrópicas

El delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas nace de tiempos inmemoriales en el cual el consumo de la sustancia denominada cannabis era utilizada por nuestros ancestros con fines medicinales, sin embargo, la evolución y desarrollo histórico de la humanidad ha llevado a que estas sustancias sean objeto de diferentes actos reprochables por la sociedad y penalizados por la ley. Al ser comercializadas estas sustancias con efectos dañinos y perjudiciales a la salud como sustancias que pueden alterar la conducta, el comportamiento de las personas, alteración sobre funciones psíquicas sobre alteración al sistema nervioso central produce la conducción inicialmente de actos ilícitos bajo pretexto de encontrarse bajo la dependencia de estas sustancias y en un segundo plano el deterioro de la salud de las personas que la consumen.

Edwards (2021) manifiesta que:

Ecuador nunca ha sido un importante centro de producción o tráfico de drogas ilícitas ni ha atravesado las convulsiones sociales que pueden resultar de la existencia de un dinámico mercado doméstico o exterior de estas sustancias. Aunque Ecuador se ha convertido en un importante país para el tránsito de drogas ilícitas e insumos químicos, así como para el lavado de dinero, el narcotráfico no ha sido percibido como una amenaza significativa a la seguridad nacional. Sin embargo, durante casi dos décadas, Ecuador ha tenido una de las leyes sobre drogas más brutales de América Latina (p.51).

En el Ecuador el delito de tráfico de drogas es considerado como un camino de paso de los grandes productores de sustancias actualmente catalogadas y sujetas a fiscalización, que

conlleva el reconocimiento de tráfico de sustancias en altas cantidades, cosa contraria ocurre respecto de los medianos y pequeños comerciantes de dichas sustancias. El tipo penal de este delito actualmente en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 220, este tipo penal no atenta contra la vida e integridad de las personas, de quienes son utilizados para transportarlos, estas personas por lo general por la necesidad económica se ven apremiados para transportarlos por los conocidos réditos económicos que deja esta ilícita actividad. Sin embargo, estas personas no son de alta peligrosidad las cuales son utilizadas únicamente por los grandes traficantes de sustancias que al ser un país no productos estos no se encuentran dentro del mismo si no que son actores de paso por nuestro país.

2.1.2.2.1. El delito de drogas como un fenómeno colectivo

La conducta de la persona por acción u omisión que se encuentre tipificada en la ley y que esta sea contaría y atente en contra del derecho de los demás, en cuya acción determina una responsabilidad mediante el grado de su participación cuya sanción conlleva el cumplimiento de una sanción que en materia penal se la define como pena, culpable y punible por la ley penal en el Ecuador vigente actualmente el Código Orgánico Integral Penal con su última reforma en el año 2022.

Los diferentes compuestos químicos que componen las sustancias sujetas a fiscalización conocidas como drogas atentan contra la salud de los consumidores alteran el normal funcionamiento de su cuerpo y de su mente. De entre estos denominados drogas se encuentran el licor, el cigarrillo como de libre venta y consuma para mayores de 18 años y los ilegales que se encuentran tipificados y por ende prohibido por la ley su comercialización, venta y transporte como la cocaína, la marihuana, cloro hidrato de cocaína, que son químicos derivados de la planta de coca y cannabis respectivamente, por lo general provenientes de origen vegetal de las plantaciones del vecino país de Colombia.

Es un fenómeno colectivo en razón que cubre los efectos negativos asociados al uso y consumo de drogas en la sociedad, en la comunidad y en los individuos, el deber del estado de asumir estrategias colectivas de prevención del consumo como una política pública encargada de velar

por la salud de sus habitantes, otra cosa es la comercialización, venta y expendio de dichas sustancias, del cual prevé el acceso desmedido de dichas sustancias hasta los hogares, siendo actualmente presa fácil la sociedad especialmente los jóvenes y adolescentes que cuentan con gran facilidad el acceso a dichas sustancias que ponen en riesgo la salud, la vida y la integridad de quienes la consumen como también la sociedad que los rodea, provocando una cadena de hechos contrarios a la ley.

2.1.2.2.2. Posesión de drogas para favorecer el consumo ilegal

Partir de una definición unida del delito de drogas es complejo en razón que en su término vulgar no existen posiciones pacíficas (piénsese en el alcohol o el tabaco), el al ámbito médico o farmacéutico tampoco existe una definición única y verdadera, mucho menos en el ámbito jurídico penal en donde la rigidez de la norma en su tipicidad aumenta la desconcentración de la definición de drogas en el Ecuador. Sin embargo, existen definiciones de relevante importancia respecto de la definición de drogas de entre las principales se destaca. Cerro (Citado por Molina, 2005) manifiesta respecto de la definición de drogas: “(...) toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o varias de sus funciones y es susceptible de crear dependencia y que puede, a la vez, crear tolerancia (...)” (p.96). Complementando esta definición Laurie (Citado por Molina, 2005) en lo siguiente: “cualquier sustancia química que altere el estado de ánimo, la percepción o el conocimiento, y de la que se abusa con un aparente perjuicio para la sociedad” (p.96).

Partiendo de esta definición o concepto se determina que tanto el alcohol como el cigarrillo son drogas pero que su elaboración como su transmisión o distribución están permitidas al igual que su uso y consumo para mayores de 18 años. La diferenciación de la droga permitida de la no permitida nace del campo de la medicina en razón que ambos conceptos difieren totalmente porque la división entre droga lícita o ilícita es totalmente inexistente. Así, como las drogas tienen aplicaciones médicas y por ello son beneficiosas, el límite entre uso benéfico y el uso indiscriminado no son fáciles de delimitar. Si a estas dificultades de definición se añade el convencionalismo social para la elaboración de dicho concepto, se llega a la conclusión de que en el campo jurídico droga es aquella sustancia que así se considera legalmente. (Molina, 2005).

La tenencia y posición de sustancias sujetas a fiscalización para el consumo ilegal es una problemática de política pública específicamente de la salud, el consumo de sustancias y otros tipos de drogas es un problema social, del cual la gran cantidad de estas personas se encuentran recluidas en los centros de privación de la libertad por menores o mínimas cantidades del cual respecto del principio de proporcionalidad los jueces deben adoptar como medida de ultima ratio la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva, partiendo de dos campos del delito de drogas el primero el tráfico de sustancias en gran escala que produce el cometimiento de otros ilícitos en mayor proporción como son las guerras entre carteles que cobran vidas inocentes y los delitos por ínfimas cantidades o consumidores en escalas de mínima media y alta escala que no producen mayor problema que el de la salud pública y que en muchos de los casos son inmiscuidos a su cometimiento mediante engaños.

2.1.2.2.3. Posesión de drogas para el consumo personal

Según Molina (2005) respecto del tenencia de drogas para el consumo personal manifiesta:

El hecho de la mera tenencia de la droga, por si sola, en cantidades pequeñas, no cualifica al poseedor como consumidor o traficante. Por ello es muy frecuente que el poseedor sorprendido alegue que destina la droga poseída al propio consumo. (p.113)

La posesión de sustancias sujetas a fiscalización en la actualidad en pequeñas o mínimas cantidades no brinda a su poseedor la calidad de traficante por cuanto el estatus de consumidor como un problema de salud entendido así desde la problemática social del daño que produce a la salud, sin embargo, la frecuencia con la que se alega al poseedor que destina la droga para el consumo personal o para fines medicinales. El 17 de septiembre del 2019 la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó la reforma del Código Orgánico Integral Penal para el uso del cannabis para fines medicinales o terapéuticos como también de cáñamo industrial, pudiendo transportar su consumidor hasta 10 gramos de marihuana.

2.1.2.2.4. El consumo de drogas como riesgo para la salud

Como el consumo de las drogas puede ser beneficioso para la cura o alivio de dolores en distintas

enfermedades, sin embargo, su excesivo consumo para no fines propios de la medicina y enfermedades puede ser perjudicial para la salud, casos como la drogadicción, la adicción, perturbaciones y visiones que alteran el comportamiento y la personalidad del consumidor, causando un alto riesgo de exponer a contraer o transmitir infecciones virales como el VIH o virus de inmunodeficiencia como la hepatitis.

(*Centers for Disease Control and Prevention, 2017*) al respecto refiere lo siguiente:

Eso se debe a que los virus se transmiten por medio de la sangre y otros líquidos corporales. Por lo general, el contagio ocurre de dos formas: (1) cuando una persona se inyecta drogas y comparte agujas u otros elementos usados para el consumo y (2) cuando las drogas afectan la capacidad de juicio y la persona tiene relaciones sexuales sin protección con una pareja infectada. Esto les puede ocurrir a hombres y mujeres por igual. (p. 1)

Según los estudios efectuados respecto al consumo de drogas. Así, puede empeorar el avance y los síntomas del VIH, especialmente en el cerebro. Hay estudios que demuestran que las drogas pueden facilitar el ingreso del VIH al cerebro y causar daños más graves a las células nerviosas y problemas de aprendizaje, pensamiento y memoria. Además, el consumo de drogas y alcohol puede dañar directamente el hígado, aumentando el riesgo de una enfermedad hepática crónica o cáncer en las personas infectadas con el virus de la hepatitis B o C (*Centers for Disease Control and Prevention, 2017*).

El consumo de estas sustancias es un problema importante para la sociedad, su erradicación de las calles va más allá del cumplimiento de una pena o mantener encerrados a las personas que hayan cometido este tipo de delito, nada soluciona con aquello, el respeto de un estado Constitucional de derechos y justicia y la aplicación de las normas y principios allí previstos de manera adecuada por parte de los juzgadores respecto del principio de proporcionalidad en la aplicación de la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva es un punto clave e importante para garantizar un estado constitucional de derechos, en donde prime las reglas y garantías del debido proceso.

2.1.2.3. La tipicidad en el delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

A partir del año 2014 respecto de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal (2022) el Ecuador dio un giro en el reconocimiento garantista de los derechos no solo de las víctimas sino también del procesado, aprehendido o sentenciado, dentro de estas garantías se encuentra el debido proceso que son las garantías básicas que cubren a los sujetos procesales dentro de un litigio penal. Así, luego de más de medio siglo de vigencia del Código Penal de 1938, el ordenamiento jurídico ecuatoriano transita hacia un nuevo cuerpo legal, el COIP, que sustituye la legislación anterior y agrupa en un solo texto comportamientos punibles dispersos en diferentes leyes, tal es el caso de los delitos con los que el Estado venía enfrentando el problema de las drogas en la (Ley No. 108 de 17 de septiembre de 1990 -con reformas-) (Artiles, 2021).

La entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (2022) se encuentra tipificado el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en su artículo 220 que cataloga los diferentes subtipos de delitos por quienes se encuentren inmersos en dichas prohibiciones. El CONSEP vista la entrada en vigor de esta norma legal antes mencionada se vio en la necesidad de dictar la primera reforma a las tablas hecho del cual el legislativo pone en vigencia la Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de Drogas con la reforma de la “mínima y mediana escala” del artículo 220.1 del Código Orgánico Integral Penal. La imposición de medidas cautelares de carácter personal como la prisión preventiva en los tipos penales de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en las escalas mínima y media no debería ser aplicada de manera directa no con el objeto de dejar en la impunidad un hecho típico, sino que se garantice el derecho a la presunción de inocencia y este no pague una pena anticipada hasta que este sea desvanecido mediante una sentencia condenatoria ejecutoriada.

2.1.2.4. Elementos objetivos del tipo

El objeto material del delito de drogas es que las sustancias, estupefacientes y psicotrópicas sin autorización o incumpliendo requisitos previstos en la normativa correspondiente cumpla con los verbos rectores que incorpora el Código Orgánico Integral Penal para este delito. Ofertar es poner en venta un producto a un precio más bajo de lo normal. Almacenar por su parte es guardar cosas en un almacén u otro lugar, generalmente de forma ordenada, para poder disponer de ellas

cuando se necesite o convenga. Un intermediario por su parte es una tercera persona que se encarga de ofertar y poner en venta un determinado producto a nombre y representación del propietario a efectos que lleguen o procuren llegar a un acuerdo o negociación. Comprador y vendedor por su parte es la persona que entrega un bien o propiedad a su nombre a un tercero se llama vendedor y comprador la persona que recibe a cambio del pago del justo precio. El transportar en el movilizar en cualquier medio de transporte llámese vehículo aeronave o embarcación. Exportar es sacar del país, enviar o vender a otro país como el de importar traer de otro país al interior de otro que lo recibe. Tener y poseer por su parte es conservar un determinado bien o propiedad con el ánimo de poseerla con ánimo de señor y dueño.

Este tipo penal de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se configura con el solo hecho de que en el momento de la aprehensión sea encontrado consigo dentro de sus prendas de vestir o equipaje de su propiedad, ahora este tipo penal dentro de los delitos encontrados dentro de los viajes de transporte comercial en el cual el conductor del mismo refiere a que únicamente es conductor y que dichas sustancias no son de su pertenencia, ahí cabe aplicar la teoría de la imputación objetiva en el cual se determine si en realidad no solo que conocía sino que también tenía en ánimo de transportarlo con el objeto de comercializarlo y ponerlo en el mercado, como elemento objetivo material del tipo penal de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

2.1.2.5. La sanción del delito de tráfico sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

El nuevo modelo del estado constitucional de derechos y justicia consagrado en la actual Constitución del Ecuador vigente desde el año 2008, su mandato protege a las personas por sobre cualquier otra y los procedimientos efectuados por autoridad judicial o administrativa se sujetará primeramente a esta, luego a los instrumentos internacionales de derechos humanos y demás leyes previstas para el efecto. El procedimiento penal no es un tema aislado por cuanto dentro de los derechos de protección contemplado en el artículo 75 y siguientes de la carta magna, específicamente en su artículo 76 el derecho al debido proceso el cual prevé que en absolutamente todos los procesos en los que se determinen derechos y obligaciones sea por autoridad judicial o administrativa garantizará el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

Dichas garantías dentro del derecho penal se encuentran reconocidas en el Código Orgánico Integral Penal (2022) específicamente el principio de favorabilidad que de acuerdo a Figueroa (2021) manifiesta:

(...) a pesar que el principio de favorabilidad forma parte de los principios generales del sistema penal y ser una herramienta para proteger al ciudadano sometido a una investigación penal mediante la adopción de la pena más leve que afecte sus intereses ante la presencia de un conflicto de leyes (p. 243)

El delito de tráfico de drogas en el actual Código Orgánico Integral Penal se encuentra tipificado en su artículo 220 que tipifica el delito este delito bajo las siguientes circunstancias: Trafique, oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, importe, exporte, tenga o posea con el propósito de comercializar o colocar en el mercado sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa pertinente será sancionada en mérito de la cantidad hallada y su privación de libertad varía de acuerdo a la escala de la siguiente manera: a) Mínima escala, de uno a tres años. b) Mediana escala, de tres a cinco años. c) Alta escala, de cinco a siete años. d) Gran escala, de diez a trece años. Privados de la libertad por el cometimiento de este delito en número elevado que satura el sistema penitenciario del país (Código Orgánico Integral Penal, artículo 220 numeral 1).

El principio de proporcionalidad tiene relación con el principio de favorabilidad en cuanto a que debe aplicarse la ley más favorable al procesado, en ese sentido proporcionalmente en la aplicación de una medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva debe ser aplicada de manera excepcional existiese otras medias menos restrictivas al derecho de la libertad como de la presunción de inocencia del procesado independientemente de la aplicación del tipo penal por el cual fiscalía formule cargos.

2.1.2.6. Elementos subjetivos del tipo en el Juzgamiento del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Toda decisión judicial mediante la cual se prive de la libertad a una persona debe cumplir con

el requisito de motivación, en atención a lo establecido en las sentencias 20711-JH/20 y 112-14-JH/21 emitidas por la Corte Constitucional; en la sentencia de 21 de octubre de 2016, caso Pollo Rivera vs. Perú emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, a lo determinado en el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República del Ecuador (2008). La causa de falta de motivación por una parte y la desmedida y generalizada aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva por parte de los juzgadores

De acuerdo con el criterio desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia 1158-17-EP/21, existe apariencia en la motivación cuando se verifica incongruencia frente al Derecho, es decir, cuando no se contesta alguna cuestión que el sistema jurídico impone abordar al tratar de un problema jurídico conectado con una decisión específica que busca tutelar de manera reforzada un derecho fundamental. Respecto a la prisión preventiva, al afectar el derecho a la libertad personal, tanto la Constitución como la ley han establecido parámetros específicos para la motivación de la imposición de la medida cautelar, sin embargo, aquellos no son abordados por los jueces al calificar la legalidad de la detención y que ordena la privación de libertad.

Los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción, el juez no debe limitarse únicamente a verificar los cinco requisitos previstos por la norma legal para el efecto, sin que se evidencie la motivación respecto de la explicación de cómo entre la conducta del procesado y la ley hay una coincidencia real; ni de la relación de cómo los hechos delictivos que se imputan al procesado se relacionan con los elementos constitutivos de un delito.

Respecto a los indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o cumplimiento de la pena, la justificación de aquellos le corresponde a Fiscalía; por lo general fiscalía presenta fundamentaciones subjetivas y abstractas sobre la vulnerabilidad de las fronteras y el posible incumplimiento de las medidas, partiendo de la desconfianza en el sometimiento voluntario de la persona procesada como premisa para la imposición de la prisión preventiva, todo lo cual evidencia, que no existieron fundamentos fácticos suficientes para, posteriormente, señalar la pertinencia de su aplicación en el caso

concreto.

El criterio de proporcionalidad entre las penas y la conducta penalmente relevante, el principio de proporcionalidad obliga a que las disposiciones normativas que regulan la prisión preventiva tengan determinado contenido. La Corte reitera que en ningún caso la prisión preventiva puede perseguir fines punitivos o de cumplimiento anticipado de pena.

La imposición de la prisión preventiva de manera generalizada supone una restricción injustificada y arbitraria. En sentencia No.2706-16-EP/21, la citada Corte, al hacer énfasis por sobre el principio de mínima intervención penal, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas que tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas o sentenciadas, o limitar otro tipo de derecho humanos, éstas deben ser idóneas, necesarias y proporcionales. No existe proporcionalidad en la imposición de medidas cautelares de manera generalizada por delitos de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

2.1.3. La aplicación generalizada de la prisión preventiva del procesado en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización y el principio de proporcionalidad.

2.1.3.1. La prisión preventiva como medida de excepción

Analizar las sentencias de la corte constitucional de la prisión preventiva habla sobre la jurisprudencia, de la corte interamericana. La prisión preventiva es excepcional y como tal debe ser aplicada por los operadores de justicia, esto significa que la prisión preventiva no es la regla general sino la excepción, cuando sea insuficiente aplicar una medida cautela alternativa a la prisión preventiva de manera previamente justificada y sustentada no solo en presupuestos de hecho sino en presupuestos concretos y reales que determinen con claridad la relación de los hechos y la responsabilidad del procesado que sustente con claridad que claramente puede ser responsable de los hechos acusados.

La resolución 14-2021 emitida por esta Corte Nacional de Justicia, misma que aclara el

contenido del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, en los siguientes términos:

Art. 1.- La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterios de última ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz. (Corte Nacional de Justicia, 2021, p. 13)

La prisión preventiva no es la regla sino la excepción, es decir, es extraordinaria; su finalidad es de doble vía, por un lado, procura asegurar la comparecencia del imputado o acusado al proceso y, por otro lado, garantiza el derecho de la víctima a recibir oportuna y pronta resolución de la administración de justicia. Así, busca asegurar el cumplimiento de la pena impuesta en sentencia ejecutoriada. El Estado debe tomar las medidas necesarias para garantizar que la detención preventiva sea aplicada como una medida excepcional, justificada sólo cuando se cumplan los parámetros legales aplicables en cada caso individual; y donde esos criterios no se cumplan, deben adoptarse medidas para garantizar la liberación inmediata del detenido. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que las personas que se hallan justificadamente en situación de detención preventiva sean sometidas a un juicio con una sentencia final sin una demora indebida, o a que sean puestas en libertad sin perjuicio de la continuación del procedimiento (Corte Nacional de Justicia, 2021).

La imposición de la prisión preventiva supone una restricción injustificada y arbitraria. En sentencia No.2706-16-EP/21, la citada Corte, al hacer énfasis por sobre el principio de mínima intervención penal, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas que tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas o sentenciadas, o limitar otro tipo de derecho humanos, éstas deben ser idóneas, necesarias y proporcionales. Krauth (2018) respecto del índice elevado de prisión preventiva en el Ecuador muestra la siguiente estadística: “(...) ante la población alemana de 82.2 millones (Ecuador: 16.39 millones). Es decir: en el Ecuador, la tasa de encarcelamiento por prisión preventiva es cinco veces más alta que en Alemania” (Krauth, 2018, p. 18). El uso indiscriminado de prisión preventiva en el Ecuador causa un índice de hacinamiento del 500% más que en países de primer mundo como Alemania, siendo el estado ecuatoriano vulnerable y un poco más que ineficiente en la aplicación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva muchas veces por falta de recursos y mecanismos alternos como el uso de dispositivo de vigilancia electrónica que se torna obsoleto en su aplicabilidad

práctica.

2.1.3.2. La prisión preventiva en la aplicación del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad obliga a que las disposiciones normativas que regulan la prisión preventiva tengan determinado contenido, de tal manera que, la restricción de los derechos que esta institución alcanza sea proporcionada respecto a los fines que con esta se pretende conseguir. Así, La Corte ha considerado que para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que: i. se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; ii. esas medidas cumplan con los cuatro elementos del "test de proporcionalidad", es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y iii. la decisión debe ser motivada.

2.1.3.3. La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad

El peligro procesal es un requisito no escrito para cualquier medida cautelar. Se puede desprender este supuesto material directamente a través de la lógica: si no existe el riesgo de que la persona procesada no comparezca al proceso, no existe la necesidad para las medidas cautelares (artículo 522 del COIP: “para asegurar la presencia de la persona procesada”; artículo 534 del COIP: “para garantizar la comparecencia de la persona procesada(...) (Krauth, 2018). El riesgo de peligro de fuga no debe ser entendido desde el derecho penal como la duda que tienen los juzgadores a que este pueda comparecer a la audiencia de juicio que es el principal objetivo inmediato para la concesión de esta medida cautelar pues estas condiciones deben ser reconocidas y garantizadas por el juzgador bajo parámetros y presupuestos técnicos que garanticen esta finalidad y consecuentemente la segunda finalidad que es cuando se desvanece el derecho a la presunción de inocencia con una sentencia condenatoria y la comparecencia a cumplir tanto su penal como la reparación integral de la víctima una vez que esta ha causado ejecutoria.

Ante esta prerrogativa de cuál es la medida cautelar idónea aplicable a los casos de delito de tráfico de sustancias a catalogadas sujetas a fiscalización son las medidas alternativas a la prisión preventiva pues si no se brinda la oportunidad al procesado a que comparezca personalmente al cumplimiento de las condiciones impuestas cuando no se han agotado estas o cuando dentro del proceso penal no ha intentado fugar del lugar de los hechos y demuestra una cooperación real para el esclarecimiento de los hechos acusados estas deben ser aplicadas de manera opcional por el juzgador mas no las medidas restrictivas del derecho a la libertad como la prisión preventiva al ser contrarias al principio de proporcionalidad.

2.1.3.4. Prisión preventiva en el Derecho Constitucional.

La esfera del derecho constitucional implica una cadena de respeto progresivo de los derechos de las personas. Un ordenamiento jurídico previsto dentro de la carta magna de obligatorio cumplimiento para quienes administran justicia y en general para todas las personas que se encuentran sometidas a su imperio mediante un estado legalmente constituido, reconocido y organizado. Al respecto León, Hoyos & Chacón (2018) afirman: “En el Estado constitucional de derechos es deber primordial la protección de los derechos fundamentales, para ello debe recurrirse a la aplicación estricta de la Constitución y de normativa jurídica vigente” (p. 38). La protección de los derechos fundamentales en el estado constitucional de derechos y justicia que rige en el Ecuador a partir de la Constitución del Ecuador (2008) es su fundamento, por cuanto inclusive estos se encuentran por encima de cualquier otra disposición que menoscabe, limite o anule injustificadamente.

Al respecto León, Hoyos & Chacón (2018) afirman:

(...) la nueva estructura constitucional delimita claramente los actos que se desarrollan tanto en el ámbito público como privado, y señala reglas específicas por cuya vigencia las autoridades que ejercen poder dentro de las funciones del Estado, deben regir su accionar a las normas constitucionales, acatando incluso las prohibiciones que se han establecido en tutela de los derechos fundamentales. (p.39)

La creación de la Constitución del Ecuador (2008) es moderna y trata de cubrir las necesidades sociales fundamentales reconocidas dentro del derecho internacional humanitario como derechos fundamentales, básicos o elementales, la creación de estos tiene el objetivo o la

finalidad de limitar el ejercicio del poder, entorno a los abusos, excesos o extralimitaciones que se puedan suscitar en cada uno de los estados miembros de cada uno de los estados, la creación de normas legales deben enmarcarse en estricto apego a los preceptos constitucionales en el respeto a los derechos fundamentales caso contrario todas las actuaciones efectuadas contrarias a esta carecerán de eficacia jurídica por ende de inaplicabilidad.

La libertad es un derecho universal de obligatorio cumplimiento por parte de los diferentes estados miembros del sistema internacional de derechos humanos. León, Hoyos & Chacón (2018) refieren que existe un derecho universal de los seres humanos, consagrado como derecho fundamental en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 29, el derecho a la libertad personal, el cual resulta directamente afectado cuando se dispone la aplicación de la prisión preventiva en contra de la persona procesada. La libertad personal, se refiere a la inmunidad del ser humano respecto a privaciones, restricciones o prácticas arbitrarias provenientes de un poder externo, que puedan limitar su desenvolvimiento individual, el cual únicamente estará demarcado por los presupuestos debidamente contenidos en normas legales.

2.1.3.5. Consecuencias jurídicas de la prisión preventiva y vulneración del principio de proporcionalidad

La restricción del derecho a la libertad es una de las consecuencias jurídicas de la aplicación de medida cautelar de prisión preventiva contrapuestas al principio de proporcionalidad por parte del juzgador de manera generalizada y preferente, otro de los derechos que se vulneran en la aplicación del principio de proporcionalidad es el derecho a la presunción de inocencia.

En la vulneración de un derecho de una persona el estado es el responsable de manera directa de su cometimiento cuando a consecuencia de una acción u omisión cause afectación las cuales puede solicitar la vulneración y reparación por vía jurisdiccional encaminada dentro del derecho constitucional a la protección de los derechos fundamentales cuando estos corran peligro de afectación eminente o pudieran concretarse de manera real como las medidas cautelares, por ejemplo. El derecho de repetición es otra figura prevista por la ley que prevé para que el estado a través de la institucionalidad de cada organismo repare la afectación ocasionada a

responsabilidad de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, esta se repetirá en contra de este que la cometió para que cubra y repare los daños ocasionados a un tercero.

2.1.4. Análisis de caso

Para efectos de esta investigación se analizan las sentencias No. 10281-2021-00432; 10281-2021-01460; 01281-2017-00079; emitidas por la Unidad Judicial Penal del cantón Ibarra hasta el año 2021.

En el mes de febrero del año 2021 se encuentra el proceso penal número 10281-2021-00432, que por el delito de robo se siguió en contra del ciudadano Ortega Zúñiga Marlon Alfredo, en el cual se califica el delito como flagrante y se formula cargos por parte de Fiscalía por lo que se resuelve dar inicio a la etapa de instrucción fiscal en la respectiva audiencia que se lleva a cabo el día viernes 19 de febrero del 2021, a las 15h30, además se dicta auto de prisión preventiva en contra del ciudadano por reunir los requisitos del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal y se convoca a la audiencia de procedimiento directo para el día 11 de marzo de 2021, las 08h00 a fin de que se lleve a efecto la audiencia de juzgamiento.

En efecto el juzgador que conocerá la audiencia de juzgamiento en procedimiento directo será el mismo que dictó el auto de prisión preventiva, el cual en la parte pertinente establece que:

En relación a la petición de prisión preventiva en contra de ORTEGA ZUÑIGA MARLON ALFREDO, se determina que se encuentran cumplidos los requisitos del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, esto es: 1.- Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción en este caso un posible delito de ROBO CON FUERZA, artículo 189 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, indicios consistentes en parte policial, denuncia de la presunta víctima que manifiesta le arrancaron el celular y reconoce como al hoy procesado como la persona que le arranco el teléfono 2.- Elementos de convicción claros y precisos de que la/el/los procesada/o es/son autores o cómplices de la infracción, elementos consistentes en: a) parte policial elaborado por los agentes de policía; b).- denuncia de la víctima que además reconocen al aprehendido. 3.- Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en una posible etapa de juicio o el cumplimiento de una pena, el imponer la prohibición de salida del país no garantiza su comparecencia al proceso si tomamos en cuenta que es muy fácil salir y entrar por nuestras fronteras sin los registros previos, la obligación de presentarse ante alguna autoridad tampoco asegura su comparecencia ya que incluso el momento de ser descubiertos han pretendido huir peor aún ya procesados, por lo tanto las presentaciones

serían insuficientes, el arresto domiciliario no se lo puede disponer ya que no existe la constancia de que el inmueble en el que habita pueda ser vigilado por miembros policiales; los indicios antes descritos presentados por fiscalía, no han sido desvanecidas por la defensa del procesado, además la audiencia de juicio se ha señalado para el 11 de marzo de 2021, las 08h00 y es necesaria asegurar la comparecencia del/la/los procesados a dicha audiencia y a una posible cumplimiento de la pena, la prisión preventiva por el plazo de 20 días no incumple con los principios de necesidad y proporcionalidad. 4.- Se trata de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. (189 ROBO, INC.2, 2021)

Evidenciando con ello, que al momento de dictar auto de prisión preventiva y convocar a la audiencia de juicio directo, el juzgador está emitiendo un criterio sobre la causa, entonces el juzgador pierde la imparcialidad pues en la audiencia de juzgamiento, va a valorar los mismos elementos de convicción, pero ya convertidos en prueba, por lo que su criterio se encuentra contaminado, vulnerando los principios de seguridad jurídica e imparcialidad establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

En el mes de junio del mismo año, se conoce el proceso penal número 10281-2021-01460, por el delito de extorsión, propuesto en contra de Duque Valencia José Gregorio, en el cual se convoca a audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos para el día jueves 17 de junio del 2021, a las 11h30, estableciendo lo siguiente:

ya que el aprehendido ha sido detenido inmediatamente luego de haber presuntamente cometido el delito de EXTORSIÓN, se le ha aprehendido en persecución interrumpida y con las evidencias del delito, la audiencia se ha celebrado dentro de las veinte y cuatro horas de su aprehensión, se ha verificado que los miembros de policía al momento de la aprehensión le hicieron conocer sus derechos constitucionales y comunicaron de la aprehensión al consulado venezolano. (185 extorsión, inc.1, 2022)

Además, se formula cargos por parte de Fiscalía y se da inicio a la instrucción fiscal, convocando a la audiencia de juicio en procedimiento directo y dictando además auto de prisión preventiva en contra del procesado en base a los siguientes criterios:

6.- En relación a la petición de prisión preventiva en contra de DUQUE VALENCIA JOSE GREGORIO, se determina que se encuentran cumplidos los requisitos del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, esto es: 1.- Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción en este caso un posible delito de EXTORSION, artículo 185 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, indicios consistentes en parte policial, denuncia de la presunta víctima que manifiesta que reconoce al procesado como la persona a la que le entrego la funda con el dinero luego de que ha estado recibiendo llamadas exigiéndole dinero para no publicar unas

imágenes personales, dinero que fue encontrado en poder del procesado, esta conducta se adecua al delito de extorsión y este delito es un delito de ejercicio público de la acción. 2.- Elementos de convicción claros y precisos de que la/el/los procesada/o es/son autores o cómplices de la infracción, elementos consistentes en: a) parte policial elaborado por los agentes de policía; b).- denuncia de la víctima que como se indicó reconoce al hoy procesado como la persona que le entregó el dinero y en su versión manifiesta que el hoy procesado le ha dicho: “Es una organización colombiana internacional que cae en manos de ellos este tipo de información personal y que chequean absolutamente todo de sus víctimas y las tienen sometidas y que es una organización muy pesada y que hay que tener mucho miedo de eso, después de esto me dijo que en 15 días me va a llamar ya que le pregunte que garantías me daba de que borren el video y no me vuelvan a molestar y me dijo que él personalmente se iba a encargar del caso para que no me vuelvan a molestar porque después de darles ese dinero iban a desaparecer, entonces me dio la mano se levantó cogió el paquete del dinero y se fue...” Constan así mismo las evidencias, funda con dinero encontrado en poder del procesado. 3.- Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en una posible etapa de juicio o el cumplimiento de una pena, el imponer la prohibición de salida del país no garantiza su comparecencia al proceso si tomamos en cuenta que es muy fácil salir y entrar por nuestras fronteras sin los registros previos, tal como consta del movimiento migratorio el ciudadano se encuentra en el país sin haber registrado su ingreso, ya que la última salida data del año 2018, y así como ingreso sin registro puede salir sin registro; Si puede salir del país fácilmente y regresar a su país de origen, la obligación de presentarse ante alguna autoridad tampoco asegura su comparecencia, por lo tanto las presentaciones serían insuficientes; el arresto domiciliario no se lo puede disponer ya que no existe la constancia de que el inmueble en el que habite pueda ser vigilado por miembros policiales. 4.- Se trata de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. Los indicios antes descritos presentados por fiscalía no han sido desvanecidos por la defensa del procesado, especialmente con la certificación de trabajo presentada por el abogado del procesado. (185 extorsión, inc.1, 2022)

Es decir, el juzgador para dictar la prisión preventiva ya conoció los indicios y elementos de convicción que existen en el proceso, por esta razón al tener elementos suficientes ordena la prisión preventiva del procesado y además llama a juicio en procedimiento directo siendo él mismo, quien conocerá esta etapa procesal y dictará sentencia, muy a pesar de que su sana crítica está contaminada porque el juzgador ya conoció con anterioridad los hechos y elementos de convicción que se practicarán como prueba en la audiencia de juzgamiento.

En el mes de agosto del año 2017 se da trámite al proceso penal, por el delito de suplantación de identidad, signado con el número 01281-2017-00079, en contra de Guanoquiza Peñaloza Luis Alfredo, de la misma forma se convoca a la respectiva audiencia de calificación de

flagrancia y formulación de cargos, dando inicio a la instrucción fiscal y formulando cargos en contra del procesado, además el juzgador al conocer los elementos de convicción aportados por Fiscalía considera dictar medidas alternativas para garantizar los fines procesales, en este caso se dicta prohibición de salida del país al haberse demostrado que existe arraigo familiar, laboral y social en contra del procesado y se convoca a la audiencia de juicio en procedimiento directo. El 23 de agosto del 2017, se lleva a cabo la audiencia de procedimiento directo por parte del mismo juzgador que conoció y calificó la flagrancia, y se dicta sentencia condenatoria en contra del procesado.

2.1.5. Estudio comparativo con otras legislaciones sobre la prisión preventiva del procesado en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización y el principio de proporcionalidad.

2.1.5.1. Legislación chilena

El autor Durán Fuica (2003), establece una definición acerca de lo que corresponde a la prisión preventiva como medida cautelar, indicando lo siguiente:

Tradicionalmente se ha definido a las medidas cautelares personales como aquellos medios de coerción personal que limitan, restringen o privan la libertad personal del imputado, y cuyo objetivo es asegurar la presencia de éste durante al desarrollo del proceso penal, y en último término, la efectividad de una posible sentencia condenatoria. (p. 89-90)

A criterio del citado autor, las medidas cautelares de carácter personal, en este caso, la prisión preventiva, tiene dos funciones, por una parte, garantizan la represión de los delitos por parte del Estado, garantizando la comparecencia del procesado al proceso penal, y por otra, constituye una afectación a los derechos que constitucionalmente tiene el imputado como es la presunción de inocencia, es decir, resulta gravemente atentatorio de derechos la privación de la libertad del procesado antes de dictar sentencia condenatoria.

El sistema de justicia penal chileno también adopta un sistema acusatorio, oral, público y contradictorio. A diferencia del sistema procesal penal ecuatoriano, el proceso chileno se desarrolla en tres etapas, la investigación, etapa intermedia y el juicio oral. En este sentido, la prisión preventiva tiene carácter excepcional, es decir, se debe demostrar la procedencia y necesidad de esta medida cautelar para ser aplicada. Ante esto, el autor Catalán (2007) menciona lo siguiente:

Sostenemos que su aplicación conlleva necesariamente una restricción en los derechos de la persona que se le imputa la comisión de un delito, y en ciertos casos la privación de un derecho, cuando la medida adoptada es la prisión preventiva, restricciones o privaciones que recaen en uno de los derechos más preciados de toda persona, el derecho a la libertad individual, derecho principalmente afectado por esta forma de coerción procesal. (p.9)

El derecho a la libertad individual se manifiesta a través del respeto al principio de inocencia que ha sido universalmente reconocido, sin embargo, se contrapone a la medida cautelar de

prisión preventiva, en tanto que el Estado a través del *ius puniendi* pretende reprimir a las personas por la comisión de delitos a través de la restricción de derechos. Surge entonces el problema en el derecho penal en tanto que la aplicación de la prisión preventiva debe ser proporcional al daño causado por el delito cometido.

La Constitución Política de Chile establece en su articulado la prisión preventiva atendiendo a los principios de necesidad y seguridad. Esta medida cautelar se encuentra en el Capítulo III referente a los derechos y deberes constitucionales, artículo 19 numeral 7 sobre el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual: nadie puede ser arrestado, sino únicamente en la casa o lugares públicos que han sido destinados para aquello, la detención procederá únicamente cuando el juzgador considere que la misma es necesaria para la sociedad.

En cuanto al ámbito constitucional, la Constitución Política de Chile garantiza la igualdad de derechos de los intervinientes en un proceso penal, estableciendo parámetros y requisitos para aplicar la prisión preventiva, esto únicamente bajo orden motivada del juez y cumpliendo las finalidades de la misma.

En cuanto al Derecho Penal en específico, el Código Procesal Penal chileno establece algunas disposiciones referentes a la prisión preventiva: en el artículo 5, se indica que no se podrá arrestar o someter a prisión preventiva sin tener una orden motivada, puesto que se está atentando contra la libertad personal del individuo.

De igual forma, en cuanto a la procedencia de la prisión preventiva se ha establecido lo siguiente: la libertad es un Derecho Humano y como tal la prisión preventiva solo procederá cuando las medidas cautelares sean insuficientes para garantizar que el procesado se someta al proceso.

Específicamente, la diferencia existente entre la legislación chilena y la legislación ecuatoriana se basa en los requisitos para aplicar la prisión preventiva, en tanto que en el Código Procesal Penal chileno se trata de antecedentes que justifiquen la existencia de la infracción, por su parte, en la legislación ecuatoriana se trata el tema de elementos de convicción. De igual forma, la

diferencia específica es que en la legislación chilena no se establece desde qué delito con pena privativa de libertad procede la prisión preventiva, en tanto que en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano esta medida cautelar procede en infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a un año.

2.1.5.2. Legislación colombiana

El autor Sorza (s/f), ha establecido el siguiente concepto sobre la prisión preventiva:

La detención preventiva es privar de la libertad al indiciado, imputado y/o acusado durante el proceso penal que curse en contra de él/ella; esto quiere decir, antes de la sentencia condenatoria que decida sobre la comisión del presunto delito. (p. 43)

La Corte Constitucional de Colombia en su jurisprudencia recoge que “el acceso a la administración de justicia -derecho fundamental a la tutela judicial efectiva- ha sido catalogado como una necesidad inherente a la condición humana. Además, ha sido considerado expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado y pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-337/16).

Esta medida cautelar se encuentra establecida para el aseguramiento del correcto desarrollo y efectividad del proceso penal, esto es, fines procesales. En tanto que entre los fines de la detención preventiva esté el de evitar el peligro para la comunidad y para la víctima (Código de Procedimiento Penal, 2004, arts. 308, 310 y 311; Constitución Nacional, art. 250.1).

De forma específica, en materia constitucional se establece el derecho de las personas a la libertad, es así que, La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 28).

En cuanto al Código Penal Colombiano, si se establece la prisión preventiva, por lo que al respecto se indica lo siguiente: la persona que ha sido detenida debe ser sometida ante las autoridades judiciales para un juzgamiento pronto, y ésta tendrá derecho a estar en libertad si no

existen las pruebas suficientes que justifiquen la detención. La prisión preventiva es la excepción que debe ser considerada por el juzgador penal.

De lo investigado, se puede establecer que la legislación colombiana también incorpora la prisión preventiva como de última ratio, es decir, no constituye la regla general, sin embargo, no se especifica de forma detallada cuales son los requisitos para que proceda esta medida cautelar, a diferencia de la legislación ecuatoriana que incorpora los mismos en el Código Orgánico Integral Penal.

2.1.5.3. Legislación peruana

En la Constitución peruana en cambio, se especifica lo siguiente: nadie puede ser detenido sin que exista una orden del juez, esta detención debe ser conocida por el juzgador y realizar la audiencia dentro de las 24 horas. En cuanto a la legislación penal, se ha establecido lo siguiente: de acuerdo al artículo 268 del Código Procesal Penal de Perú, el juez puede dictar prisión preventiva siempre y cuando exista elementos de convicción de la comisión de un delito, el autor o cómplice del mismo, que la sanción sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad, y que exista los indicios que determinen que el supuesto autor pueda fugarse y asistir al proceso.

Se puede observar que en la legislación peruana existe mayor diferencia con el Código Orgánico Integral Penal en cuanto a que se especifica los requisitos de procedencia de la prisión preventiva, es decir, en cuanto a la pena privativa de libertad, esta procede en aquellos mayores a cuatro años, en cambio en el Ecuador es a partir de delitos sancionados con un año de pena privativa de libertad. En cuanto a los demás requisitos se puede notar la concordancia, es decir, siempre debe existir la justificación sobre los elementos de convicción que demuestren la existencia del delito y el autor de este.

CAPÍTULO II

2.2. ANÁLISIS CRÍTICO

2.2.1. Introducción

En efecto, el análisis que se ha realizado en el presente trabajo de grado sobre la prisión preventiva del procesado en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización y el principio de proporcionalidad, en los delitos de mediana escala, en lo cual a petición expresa del fiscal solicitan la medida cautelar siempre y cuando cumplan con los requisitos determinados en el art. 534 del Código orgánico Integral Penal, tomando en cuenta siempre los criterios de la sentencia 14-21 de la Corte Nacional de Justicia en la que deben primar los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

En este sentido, se ha realizado las respectivas entrevistas con la finalidad de obtener información mediante un listado de preguntas a través de la interrelación verbal entre dos o más personas, para así determinar si se aplica o no el principio de proporcionalidad en los diferentes órganos de justicia, la cual se la dirigió exclusivamente a los Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Servidores Públicos y Abogados en libre ejercicio.

El objetivo principal es analizar si dentro de sus competencias, en primer lugar, si tienen conocimiento sobre el principio de proporcionalidad, para posteriormente ver si se aplica o no el este principio en el ordenamiento jurídico, y a su vez se realizará el análisis de toda la información recopilada.

2.2. Tabulación y análisis de la información

La tabulación y el análisis se lo han realizado por medio de las entrevistas tomadas a los operadores de justicia en materia penal de manera singular, realizando un análisis de cada pregunta y su correspondiente interpretación como se describe a continuación.

Resultado y análisis de las actividades que realizan los Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Servidores Públicos y Abogados en libre ejercicio, en relación a la prisión

preventiva del procesado en el delito de Drogas y el principio de proporcionalidad.

Primera Pregunta

Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Servidores Públicos y Abogados en libre ejercicio.

Tabla 1. Pregunta 1. Que criterio tiene usted sobre la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva, misma que es solicitada a petición expresa del fiscal en los delitos de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización en mediana escala.

ENTREVISTADOS	EXTRACTO DE RESPUESTA
Dr. Olavo Hernández Hidrobo Juez de la Sala especializada de la Corte provincial de Justicia de Imbabura.	Bueno por la experiencia que nosotros tenemos estamos convencidos que el delito de tráfico de sustancias estupefacientes psicotrópica por lo que esto representa para la sociedad en general estamos convencidos que es un delito más grave por las consecuencias penosas gravosas que ocasiona a la sociedad, refiriéndome a los consumidores finales por la adicción que genera y cómo repercute al final. La comisión de este delito es llegar con la droga al destinatario final que es el usuario esas consecuencias gravísimas que ocasiona el deterioro a la sociedad dadas las consecuencias creemos que es necesaria la prisión preventiva. La prisión preventiva no obedece solo al delito que está cometiendo si no qué ve más allá al daño que al final ocasiona.

<p>Dra. Dora Mosquera Cadena Jueza de Garantías Penales de Imbabura.</p>	<p>La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional; el Art. 77.11 de la Constitución de la República, establece que el o la Juez deben procurar medidas alternativas a la privación de libertad; en los casos de delitos de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, por lo general la Fiscalía solicita prisión preventiva sin fundamentarla debidamente, sin embargo para la decisión, el juez debe hacer una análisis de las circunstancias en las que se produce la infracción, y aplicando los estándares de necesidad, proporcionalidad e idoneidad, se puede ordenar o negarla esta medidas cautelar.</p>
<p>Dr. Ghen Rhea Andrade Fiscal Provincial del Imbabura</p>	<p>Debo indicar que se deben cumplirse los 3 presupuestos establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, así también los presupuestos establecidos por la Corte Nacional de Justicia que refieren a la prisión preventiva bajo resolución 14-20-21 se han establecido los parámetros que deben cumplirse estos son los principios de necesidad e idoneidad y proporcionalidad.</p>
<p>Dr. Washington Ortega Defensor Público</p>	<p>Se ha hecho ya de manera general que todos los fiscales no solo en delitos de mediana escala, sino en todos los delitos que pasan del año se pide la prisión</p>

	<p>preventiva en quien debería regular y ver son los Jueces si es que se da o no a cada persona es desproporcionada como siempre no revisan toman en cuenta artículo 522 los fiscales de cajón siempre la prisión preventiva.</p>
<p>Dr. Diego Ortiz Navarrete Abogado en libre ejercicio</p>	<p>Considero que la medida cautelar de prisión preventiva que solicita el ente punitivo del Estado debe tomar en cuenta los requisitos establecidos en el art. 534 del Código Orgánico Integral penal para que sea considerado en el delito de tráfico de sustancias en mediana escala.</p>
<p>Dr. Lenin Armijos Abogado en libre ejercicio</p>	<p>Conforme lo que determina el artículo 444 del Código Orgánico Integral Penal es una facultad de la fiscalía solicitar este tipo de medidas para este tipo de delitos siempre y cuando concurren todos los requisitos expresados en el artículo 534 del Código Orgánico Integral penal.</p>
<p>Dr. Pablo Herrera Docente Universitario</p>	<p>Partimos del hecho que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia y la constitución aprobada en Montecristi es garantista de los derechos, más aún, ahí es cuando se garantiza también el principio de inocencia, entonces con este principio desde el punto la medida cautelar que solicita el fiscal solicita, está de más, es muy fuerte porque la perspectiva la última ratio, cuando ya mismo no se pueda</p>

	justificar otras medidas menos graves, debería exigir la prisión preventiva.
Dr. Edgar Merlo Docente Universitario	En mi criterio personal considero que esta medida cautelar de carácter personal viene siendo utilizada en exceso es decir la fiscalía mayoritariamente exige la medida cautelar de prisión preventiva y no se justifica en la práctica en ciertos delitos del Código Orgánico Integral Penal.

2.2.1. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro.1

De acuerdo a las respuestas de los entrevistados, se ha podido evidenciar que en el cantón de Ibarra los operadores de justicia, Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, servidores Públicos y Abogados en libre ejercicio, conocen sobre la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva, en su mayoría concuerdan que esta medida es de carácter excepcional de conformidad con lo que determina el artículo 77.11 de la Constitución de la República, así mismo refieren que es de ultima ratio y refiriéndose específicamente en el delito de tráfico de sustancias estupefacientes se debe tomar en cuenta lo que determina la resolución 14-21 de la Corte Nacional de Justicia, en la que se han establecido los parámetros que deben cumplirse estos son los principios de necesidad e idoneidad y proporcionalidad, de igual forma todos concuerdan que esta medida para ser otorgada a petición del fiscal y ordenada por parte de los juzgadores deben cumplir con los requisitos del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, los abogados en libre ejercicio rechazan y repudian en que se imponga esta medida en virtud a la pena del tipo penal, de igual forma refieren que los fiscales no fundamentan cada uno de los requisitos de la prisión preventiva.

Segunda Pregunta

Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Servidores Públicos y Abogados en libre ejercicio.

Tabla 2. Pregunta 2. ¿Qué criterio tiene usted, si los Jueces a petición del Fiscal ordena la medida cautelar de prisión preventiva al procesado como regla general, sin tomar en cuenta la excepcionalidad como determina la Constitución de la República del Ecuador?

ENTREVISTADOS	EXTRACTO DE RESPUESTA
<p>Dr. Olavo Hernández Hidrobo Juez de la Sala especializada de la Corte provincial de Justicia de Imbabura.</p>	<p>Siempre se tiene que mirar el caso en concreto porque la norma dice que la prisión preventiva es para casi todos los delitos a excepción de cierto tipo de delitos y el límite es en cuanto a cómo está penado el delito pero en el asunto de droga estos están dentro de aquellos delitos que se puede ordenar la prisión preventiva si esto es normal en la ley y es a petición de la fiscalía entonces está dentro del marco legal permitido y todo dependerá del razonamiento y análisis que haga el juzgador del caso en concreto por ejemplo en mediana escala yo creería de que sí es necesario porque si se trata de mínima escala yo estaría de acuerdo en que sea sustituido con otras medidas alternativas pero tratándose de alta o mediana escala estamos hablando de consecuencias gravísimas para la sociedad.</p>
<p>Dra. Dora Mosquera Cadena Jueza de Garantías Penales de Imbabura.</p>	<p>Bueno, si los jueces ordenan la prisión preventiva a solicitud del fiscal, sin el análisis del principio de excepcionalidad, se entiende que obedecen a presiones mediáticas de la comunidad; no olvidemos además que ahora, si un Juez no dicta una prisión preventiva en estos casos, es</p>

	tildado de “narco juez”, y la percepción general es que el Juez fue sobornado, estas reacciones no solo de la comunidad sino del ente investigador, raya en lo perverso.
Dr. Ghen Rhea Andrade Fiscal Provincial del Imbabura	Los y las señores Jueces de Garantías Penales lo hacen cumpliendo el mandato expreso a la norma esto es lo establecido en el artículo 519 del Código Orgánico Integral Penal y bajo este presupuesto también el artículo 520 numeral 2 del mismo cuerpo legal refiere que en los delitos la a el juzgador dispondrá únicamente la solicitud fundamentada de la o el fiscal una o varias medidas cautelares, en el numeral 4 señala que motivar la decisión del juzgador considerará los criterios de necesidad de proporcionalidad de la medida solicitada.
Dr. Washington Ortega Defensor Público	De una manera desproporcionada ya que podemos darnos al llegar a mediana escala pueden ser un gramo pasta base o coca que eso puede servir para el consumo y estamos de dando de manera desproporciona ya que es consumidora.
Dr. Diego Ortiz Navarrete Abogado en libre ejercicio	Para que sea aplicada la prisión preventiva no se debe tomar en cuenta como regla general sino basarse en los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el principio de excepcionalidad.
Dr. Lenin Armijos	La prisión preventiva como medida de

<p>Abogado en libre ejercicio</p>	<p>último ratio es fundamental que si el fiscal solicita la prisión preventiva debe justificar que concurre los requisitos determinados en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal que son elementos suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción elementos claros y precisos y justificados de que el proceso es autor o cómplice de la infracción así como los indicios de los cuales se desprende de que las medidas cautelares privativas de libertad no son suficientes y que es necesaria la medida de prisión preventiva para asegurar la comparecencia del procesado al juicio o cuál cumplimiento de la Pena.</p>
<p>Dr. Pablo Herrera Docente Universitario</p>	<p>Con respecto a esta pregunta los jueces que ordenan esta prisión preventiva y que no toman en cuenta la excepcionalidad solicitada en este caso que consta en la constitución hacen mal, están haciendo mal están violentando los derechos y violentando el principio de inocencia tomando en cuenta como ya hemos dicho ésta es una medida de última ratio y hay otras medidas que deberían tomar los jueces más que todo como garantistas cumplidores más que todo de la constitución y la ley.</p>

<p>Dr. Edgar Merlo Docente Universitario</p>	<p>Considero que desde hace un tiempo acá estamos atravesando dentro del sistema de administración de justicia un invasivo exagerado y exacerbado ya que en el debido proceso a las garantías del proceso penal existe una regla muy clara que determina que la privación de libertad debe ser excepcional y no la regla en la práctica lo que está ocurriendo todo lo contrario con lo cual estamos violentando la normativa internacional como por ejemplo son las reglas de Tokio la arreglar 6.1 en la que determina que la privación de libertad debe ser excepcional y no la regla así como en el pacto de san José de Costa Rica en el artículo 7 y el artículo 7.2 por citar un par de normas de orbita internacional.</p>
--	--

2.2.2. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro. 2

De acuerdo a las respuestas de los entrevistados, se ha podido evidenciar que los criterios de los entrevistados especialmente los abogados en libre ejercicio concuerdan en que para poder otorgar la medida cautelar de prisión preventiva deben tomar en consideración la normativa internacional como por ejemplo pacto de san José de Costa Rica en el artículo 7 y el artículo 7.2, a diferencia del criterio de los jueces de la Corte provincial mismos que refieren que el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en mediana escala es necesario que se otorgue esta medida drástica, ya que ven más allá de la normativa en cuanto a que por ello se violentan otros derechos como al salud de la ciudadanía, en cuanto el criterio de los fiscales pues evidentemente refieren en que se debe imponer esta medida para garantizar las finalidades de la prisión preventiva, esto es garantizar el cumplimiento de la pena, la reparación integral a las

víctimas, en cuanto al criterio de los servidores públicos como defensoría aducen que no se puede otorgar esta medida en virtud que por el peso de la sustancia pueden ser consumidores, en definitiva coinciden en que se debe analizar el caso en concreto.

Tercera Pregunta

Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Servidores Públicos y Abogados en libre ejercicio.	
Tabla 3. Pregunta 3. En su experiencia ¿Considera usted que en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas existe influencia mediática de los medios de comunicación, para que los fiscales soliciten y los jueces acepten la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva?	
ENTREVISTADOS	EXTRACTO DE RESPUESTA
Dr. Olavo Hernández Hidrobo Juez de la Sala especializada de la Corte provincial de Justicia de Imbabura.	Pues yo diría que dependería del caso porque hay casos en la que dada la magnitud o cantidad de droga incautada entonces es evidente que la sociedad a través de los medios de comunicación mediáticos exige para que se dicten tales medidas. Pero yo diría que es el mínimo porque no son casos excepcionales porque en la gran mayoría de casos fiscales y jueces actuamos en base al caso en concreto por qué en media escala o gran escala se podría pensar que como le van a dar una medida sustitutiva sería como si un incentivo para que muchas personas incursionen en estos delitos por la rentabilidad que estos generan al prescindir de la prisión preventiva sería como mandar

	un mensaje diciendo “sigan no más que no les va a pasar mayor cosa”.
Dra. Dora Mosquera Cadena Jueza de Garantías Penales de Imbabura.	La inseguridad ciudadana ha llegado a un punto de desconfianza, que los operadores de justicia se ven presionados no solamente en los delitos de tráfico de Sustancias estupefacientes sino de cualquier tipo que haya generado una reacción mediática de los medios de comunicación, y por ende se genera una presión desde el órgano administrativo, para incidir en el operador de justicia a que dicte no solo prisiones preventivas sino sentencias de condena sin el debido sustento. De manera que se quiebra el principio de independencia.
Dr. Ghen Rhea Andrade Fiscal Provincial del Imbabura	No para nada la justicia en la provincia de Imbabura a nivel Nacional la justicia no se presta para subjetividades.
Dr. Washington Ortega Defensor Público	Cada caso es indistintos podría considerar que unos si otros no, según la cantidad o la escala artículo 220 en algunos si existe influencia mediática ya que los medios de comunicación se centran en primera audiencia flagrancia o una formulación de cargos ya que la prensa esta atrás de ver que es lo que hace el Juez.
Dr. Diego Ortiz Navarrete Abogado en libre ejercicio	Sí como indique si existe bastante influencia de los medios de comunicación cuando las situaciones son mediáticas no toman en consideración el artículo 364 de

	<p>la Constitución de la Republica del Ecuador el problema de salud pública a las personas que son adictas, pero aun así las criminalizan, contraponiendo a norma expresa constitucional, y a veces piden prisión preventiva siendo q no existe ni si quiera un examen psicosomático que pueda ser una persona consumidora, y las adicciones no pueden ser penalizadas aun así impuesto a veces la medida cautelar que atenta contra el de la libertad, tanto Nacionales e Internacionales sobre este tipo de medidas.</p>
<p>Dr. Lenin Armijos Abogado en libre ejercicio</p>	<p>Lamentablemente no sólo en los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes hasta que no exista un fortalecimiento irrespeto a las decisiones jurisdiccionales va a existir influencia en las decisiones del juez para la emisión de este tipo de medidas ahora es muy importante señalar que el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta que el Juez tiene la obligación de motivar su decisión y explicar fundamentalmente las razones por las cuales otro tipo de medidas no es suficiente y por las cuales puede existir la prisión preventiva.</p>
<p>Dr. Pablo Herrera Docente Universitario</p>	<p>Si efectivamente yo considero por experiencia que se tiene que lamentablemente los medios de</p>

	<p>comunicación influyen en este caso al Fiscal a solicitar como al Juez ordenar ¿por qué influye?, Por qué la noticia de que se ha cometido un delito por tráfico de drogas alarma a las sociedad generando conmoción social entonces esto implica que el fiscal obviamente se vea obligado impedir la medida cautelar y los Jueces en este caso ordenar la prisión preventiva es por el miedo el temor pero no debería ser así por qué tanto fiscales más que todo los jueces deberían tener independencia en la resolución de sus decisiones en este caso sentencias u órdenes como en el caso particular de la medida cautelar deben ser independientes y tiene que tener pantalones para enfrentar lo que venga por qué están actuando conforme al derecho y la constitución que es netamente garantista.</p>
<p>Dr. Edgar Merlo Docente Universitario</p>	<p>Definitivamente sí existe influencia mediática y es mal canalizada si bien la libre expresión es un derecho fundamental y debe respetarse, pero sin embargo un cierto sector de la prensa realiza coberturas sobre las detenciones y genera una presión social sobre los jueces violando el principio de independencia que cobija a la administración de justicia el mensaje es claro que la prisión preventiva se convierte nuevamente en la regla y no la excepción.</p>

2.2.3. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro.3

De acuerdo a las respuestas de los entrevistados, se ha podido evidenciar que los criterios de los entrevistados concuerdan en que si influye los medios de comunicación para que los jueces impongan esta medida cautelar de carácter personal como es la prisión preventiva, tomando en cuenta que si no se impone esta medida, la ciudadanía les estaría tildando de corruptos o que tienen que ver con el Narco tráfico, en tal sentido esto violenta el principio de independencia que cobija a la administración de justicia, en cuanto a las entrevistas realizadas a los señores fiscales refieren efectivamente que cuando existe alarma a las sociedad, genera conmoción social entonces esto implica que el fiscal obviamente se vea obligado impedir la medida cautelar y los Jueces en este caso ordenar la prisión preventiva.

Cuarta Pregunta

Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Servidores Públicos y Abogados en libre ejercicio.	
Tabla 4. Pregunta 4. En su experiencia ¿El principio de proporcionalidad es aplicable respecto de la medida cautelar de prisión preventiva en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en mediana escala?	
ENTREVISTADOS	EXTRACTO DE RESPUESTA
Dr. Olavo Hernández Hidrobo Juez de la Sala especializada de la Corte provincial de Justicia de Imbabura.	Yo creo que si porque al hablar de mediana escala estamos hablando de una gran cantidad de drogas entonces yo creo que si es proporcional lo que sí es desproporcional es tratarse de mínima escala ya que al igual que una persona que fuma se provee para un cierto tiempo también un consumidor de drogas se puede proveer de una cantidad mínima para un cierto tiempo.
Dra. Dora Mosquera Cadena	La aplicación del principio de

<p>Jueza de Garantías Penales de Imbabura.</p>	<p>proporcionalidad es definitivo en este tipo de infracciones; el análisis de la procedencia de la medida cautelar en los delitos de tráfico o transporte, tenencia, en cualquiera de los verbos rectores del Art. 220, numeral 1ro del COIP, en definitiva es en la cantidad de la sustancia; no es lo mismo una persona que esté transportando 50 gramos, a una que esté transportando 500 kilos, pues en este último caso, se entiende que detrás de estos cargamentos se encuentra la delincuencia organizada transnacional, porque para su transporte se requiere de una logística especial; y digo desde la experiencia, porque existen autos que escoltan o custodian a los camiones que transporta, y equipos de comunicación, etc.</p>
<p>Dr. Ghen Rhea Andrade Fiscal Provincial del Imbabura</p>	<p>Si por supuesto acordé al tipo penal.</p>
<p>Dr. Washington Ortega Defensor Público</p>	<p>No como le había manifestado en la pregunta 2, es desproporcionado ya que según las cantidades se está dando prisión preventiva a personas que no son expendedoras sino más bien son consumidores</p>
<p>Dr. Diego Ortiz Navarrete Abogado en libre ejercicio</p>	<p>Para mi criterio jurídico más bien dicho cuestionaba en su generalidad tipo de delitos que sobrepasan las penas, y realmente alguien que roba una gallina</p>

	<p>unas personas que cometen delitos más graves cohecho, concusión tienen penas inferiores de situaciones que atentan contra el patrimonio en demasía y atenta contra el principio de proporcionalidad, no es aplicable porque en una pena de 3 a 5 años, un procedimiento abreviado entre otros porque aplicar con manera drástica a cogerse a la prisión preventiva.</p>
<p>Dr. Lenin Armijos Abogado en libre ejercicio</p>	<p>El principio de proporcionalidad significa que la pena o condena debe tener una limitación en base a la gravedad de la conducta y la relevancia del bien jurídico que está protegiendo así mismo en el artículo 76 de la Constitución determina que las penas deben estar acordes al principio de proporcionalidad en este caso si se ha solicitado la prisión preventiva y se justifica de los requisitos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal es aplicable la medida cautelar de prisión preventiva.</p>
<p>Dr. Pablo Herrera Docente Universitario</p>	<p>En este caso pues de mediana escala la pena es de 3 a 5 años y no se estaría de acuerdo al principio de proporcionalidad aplicado en este caso esa medida cautelar como habíamos dicho anteriormente los jueces deberían verificar que los procesados justifiquen en este caso y más que todo fiscalía es la llamada a justiciar que cuando</p>

	<p>ya no puede justificar otros medios alternativos a la prisión preventiva debería solicitar la misma pero en este caso los Jueces de verían irse por otras alternativas menos por la prisión preventiva por qué es una medida muy fuerte y muy grave y atenta contra los derechos de inocencia más que todo.</p>
<p>Dr. Edgar Merlo Docente Universitario</p>	<p>Por supuesto que sí de hecho el principio de proporcionalidad se debe observar en todas las conductas penales relevantes además se debe observar en todos los tipos penales que están en el catálogo de delitos del Código Orgánico Integral Penal de la dosimetría de tal manera que la dosimetría permita no se lo aplicar lo que es la escala entre el mínimo y máximo del tipo penal que ya está en el Código Orgánico Integral Penal así también la dosimetría que es una herramienta de la proporcionalidad el Juez a su vez permita no solo la aplicación de la pena en este sentido sino como en este caso la aplicación de las medidas. Los delitos catalogados como sustancias estupefacientes psicotrópicas tienen escalas y el resultado de esas escalas especialmente es el principio de proporcionalidad. Recordemos que antes no existía la misma pena se aplicaba a una persona que tenía en su posición 100 gramos como si tuviera una tonelada esto</p>

	ya es un logro de principio de proporcionalidad el que existan estas escalas con la aplicación de la prisión preventiva más aun tratándose de mediana escala y con una pena de hasta 5 años de privación de libertad yo creo que no es necesario la prisión preventiva bastaría con medidas sustitutivas.
--	---

2.2.4. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro. 4

De acuerdo a las respuestas de los entrevistados, se ha podido evidenciar que el criterio de los Jueces siempre concuerdan en que es proporcional la medida cautelar de prisión preventiva y que si existe proporcionalidad, tomando en cuenta que al hablar del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en mediana escala, la pena privativa de libertad es de 3 a 5 años, por lo que consideran que el pesaje de la sustancia es sumamente alta, pero de las entrevistas realizadas a los abogados en libre ejercicio es totalmente contradictorio el análisis que lo realizan ya que manifiestan que el principio de proporcionalidad significa que la pena o condena debe tener una limitación en base a la gravedad de la conducta y la relevancia del bien jurídico que está protegiendo así mismo en el artículo 76 de la Constitución de la Republica del Ecuador.

Quinta Pregunta

Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Servidores Públicos y Abogados en libre ejercicio.	
Tabla 5. Pregunta 5. En su experiencia ¿Cómo se debería justificar el peligro de fuga del procesado, en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas a mediana escala?	
ENTREVISTADOS	EXTRACTO DE RESPUESTA
Dr. Olavo Hernández Hidrobo Juez de la Sala especializada de la Corte	Es un poco complicado y existe mala interpretación a lo que dice la norma del

provincial de Justicia de Imbabura.	artículo 534 pero no se tiene que justificar simplemente es ver la evidencia de cuanto se le encuentro y como se le encuentro ya que dependiendo de esto se puede calcular la gravedad de la pena y eso hace que dependiendo de la cantidad de años que el detenido pueda llegar a tener hace que se pueda presumir de una posible fuga o evasión a la pena privativa de libertad.
Dra. Dora Mosquera Cadena Jueza de Garantías Penales de Imbabura.	En este tipo de delitos de tráfico de drogas, cuando las cantidades de estupefacientes son exorbitantes, las sanciones son drásticas, o además la información que pueden aportar los detenidos podría poner en riesgo la investigación; o desaparecer elementos de prueba, es por ello que se analiza estas circunstancias para tomar la decisión.
Dr. Ghen Rhea Andrade Fiscal Provincial del Imbabura	Tomando en cuenta la naturaleza del delito debe garantizarse fehacientemente que no se va a fugar y que permanecerá en el lugar que justifique en la audiencia en legal y debida forma.
Dr. Washington Ortega Defensor Público	Fiscalía debería justificar no solo con la permeabilidad de las fronteras sino llegar mucho más allá con un pasado judicial talvez de la persona que esta aprendida pese que eso no debe ser tomado en cuenta se ha vuelto costumbre en las provincias de Carchi e Imbabura decir que estamos frente

	a la frontera y que por ahí se van a fugar en fundamentar lo q es el peligro de fuga.
Dr. Diego Ortiz Navarrete Abogado en libre ejercicio	Si como indique el 534 numeral 3 inciso segundo del COIP, fiscalía debe probar o demostrar de manera literal la norma, fiscalía debe probar el peligro de fuja del procesado, él tiene que probar peligro de fuga si no prueba 74 literal l debe existir la motivación, debe existir la motivación en el riesgo de fuja ahora a ciencia cierta juzgados y tribunales sin embargo los Jueces, clara que también indican principio de competencia considero que es arbitrario.
Dr. Lenin Armijos Abogado en libre ejercicio	El procesado debe justificar los arraigos correspondientes a fin de que la fiscalía pueda solicitar una medida alternativa a la prisión preventiva en este caso el fiscal debe demostrar que las medidas cautelares no privativas de libertad no son suficientes para el caso.
Dr. Pablo Herrera Docente Universitario	Bueno el peligro de fuga debería justificarse tomando en cuenta los antecedentes también no antecedentes de que esté procesado o esta persona que fue detenida tiene antecedentes por ejemplo esa es una otra es que no tenga domicilio fijo o no es por ejemplo que no tenga trabajo otra es que el medio social en el que se desenvuelve no es el adecuado para justificar que va a estar atento a los llamados de señor juez o del fiscal esto es importante

	<p>esto es lo que debería justificarse y deberían tomar en cuenta los jueces en este caso, al momento de dictar una medida cautelar como la prisión preventiva.</p>
<p>Dr. Edgar Merlo Docente Universitario</p>	<p>Justificar el peligro de fuga diría que es subjetivo porque podría citarse el caso de una persona que tiene bienes una relación laboral una relación familiar y sin embargo podría darse a la fuga como inclusive casos de altos funcionarios de este gobierno o de los gobiernos pasados que con este tipo de arreglos han evadido la acción de la justicia y están en otros países como en Los Estados Unidos entonces el arraigo es subjetivo. Por lo tanto no se puede medir pues quienes tienen fuerte arraigo sin embargo han huido del país así también se puede decir que quienes no tienen bienes patrimoniales o arraigo laboral podrían no huir y comparecer a la justicia también se puede considerar que el tema del arraigo es inconstitucional si revisamos el caso 8-20-CN 18 de agosto de la Corte Constitucional en la cual se declaró la inconstitucionalidad de la regla que prohibía las medidas sustitutivas en delitos que tengan penas superior a 5 años de privación de libertad podemos ver que existe un voto concurrente de Ramiro Ávila claramente de termina que el arraigo es inconstitucional no se le puede pedir arraigados a una persona que carece</p>

	de recursos es pobre y no tiene casa o no tiene trabajo por lo tanto es altamente inconstitucional.
--	---

2.2.5. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro. 5

De acuerdo a las respuestas de los entrevistados, se ha pido evidencia que los abogados en libre ejercicio, mismos que alegan en todas las audiencias de calificación de flagrancia y formulación de cargos en cuanto a los requisitos que se encuentran determinados en el art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, lo cual Fiscalía debería justificar no solo con la permeabilidad de las fronteras sino llegar mucho más allá con un pasado judicial tal vez de la persona que esta aprendida pese que eso no debe ser tomado en cuenta se ha vuelto costumbre en las provincias de Carchi e Imbabura decir que estamos frente a la frontera y que por ahí se van a fugar en fundamentar lo q es el peligro de fuga, de igual forma los llamados arraigos son subjetivo en cuanto al considerar si una persona no tiene empleo fijo, domicilio propio, se otorga una medida cautelar de prisión preventiva es atentatorio a la condición social, a lo contrario que refieren los jueces que se debe otorgar por la modalidad de la conducta, es decir que tiene que estar privado de su libertad para que pueda garantizar el cumplimiento de una posible pena.

Sexta Pregunta

Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Servidores Públicos y Abogados en libre ejercicio.	
Tabla 6. Pregunta 6. En su experiencia ¿Considera usted, que existe falta de aplicación del principio de proporcionalidad por parte de los Jueces al ordenar la medida cautelar de prisión preventiva en los delitos contemplados en el artículo 2020 numeral 1, literal b del COIP?	
ENTREVISTADOS	EXTRACTO DE RESPUESTA
Dr. Olavo Hernández Hidrobo Juez de la Sala especializada de la Corte provincial de Justicia de Imbabura.	Pues yo creo que no de ninguna manera esto va concatenado con las otras preguntas definitivamente no por qué los abogados en

	<p>su libre derecho pueden exigir la libertad o medidas cautelares de su defendido, pero ya en la práctica no me parece que esto sea así la prisión preventiva no afecta ningún derecho ni tampoco es desproporcionada.</p>
<p>Dra. Dora Mosquera Cadena Jueza de Garantías Penales de Imbabura.</p>	<p>La Corte Constitucional señaló que, la tabla de consumo no debe ser un referente para dictar medidas cautelares; se debe atender a las circunstancias en las que es aprehendido el procesado; por ejemplo, si se le encuentra con unos 15 gramos de Cocaína y es un consumidor, desde luego de que se demuestre podría ser inclusive ratificado inocencia, lo cual implica que no debería dictarse la prisión preventiva; pero si al sujeto le encuentra expendiendo o traficando aunque fuera una cantidad mínima, se deja a criterio del juez analizar la procedencia de la prisión preventiva; sin olvidar que este delito de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización, es un delito que a Criterio de las Naciones Unidas, no solo afecta a la salud pública, sino que las consecuencias que deriva de ello son la gran criminalidad sino también la transmisión de enfermedades sexuales.</p>
<p>Dr. Ghen Rhea Andrade Fiscal Provincial del Imbabura</p>	<p>No existe falta de aplicación de este principio.</p>
<p>Dr. Washington Ortega Defensor Público</p>	<p>Si, bueno últimamente pues le está analizando muy bien para dar una prisión</p>

	<p>preventiva si es que es excesiva como había manifestado en el literal b entran cantidades muy pequeñas que pueden ser para el consumo.</p>
<p>Dr. Diego Ortiz Navarrete Abogado en libre ejercicio</p>	<p>Efectivamente como se indicó los tres principios de proporcionalidad, necesidad, razonabilidad plasmado dentro de la Corte Interamericana de Derechos, el COIP ha sido cuestionado por cuanto no existe proporcionalidad entre el delito y las penas aplicables, si es que estamos hablando de la escala mediana tráfico sujetas a fiscalización pueden ser susceptible en otro tipo de procedimientos y no cabría la medida más drástica de la prisión preventiva, más aún en el artículo numeral 11 de la Constitución de la Republica del Ecuador que los Jueces aplicaran no debe ser siempre regla general a la prisión preventiva es de ultima ratio y tiene el principio de excepcionalidad.</p>
<p>Dr. Lenin Armijos Abogado en libre ejercicio</p>	<p>No conforme lo que determina el Código Orgánico Integral Penal, el Juez tiene la facultad de disponer la medida cautelar cuando fiscalía ha demostrado que aún concurrido todos los requisitos contemplados en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal.</p>
<p>Dr. Pablo Herrera Docente Universitario</p>	<p>Si efectivamente más es el hecho de que no existiría proporcionalidad con respecto a</p>

	<p>estas resoluciones porque en el delito de mediana escala que si bien es de 3 a 5 años, pero en base a la cantidad es mínimo es muy mínima para que se dicte una prisión preventiva como en el caso de ser simplemente justificada con otras medidas alternativas nunca pero nunca a la prisión preventiva por que es muy drástica en relación al delito que se está ahorita investigando.</p>
<p>Dr. Edgar Merlo Docente Universitario</p>	<p>Sí, existe una falta de aplicación en el principio de proporcionalidad en mi criterio esta conducta lo que vulnera es el bien jurídico protegido como el derecho a la salud como desde la esfera de los delitos de estancias estupefacientes o psicotrópicas podría vulnerar ese derecho fundamental pero si pensamos con objetividad el licor también puede vulnerar la salud, el cigarrillo también daña la salud es nocivo con esto quiero decir que sí liberaríamos la conducta Cómo tipo penal de tenencia de drogas probablemente el tráfico desaparecería ¿Por qué desaparecería? Por qué desaparecería el negocio, y al desaparecer el negocio conmigo las mafias ya no tendrían sentido a fin de ser.</p>

2.2.6. Análisis e Interpretación-Pregunta Nro. 6

De acuerdo a las respuestas de los entrevistados, se ha evidenciado que no todos los jueces coinciden en que si existe proporcionalidad al momento de resolver o imponer una medida cautelar de carácter personal como es la prisión preventiva tomando en cuenta que por una parte el criterio del juez es que hay que resolver dependiendo las circunstancias en las que fue aprehendido la persona en poder de la sustancia estupefaciente como por ejemplo pasta base de cocaína cuyo peso neto es de 15 gramos en lo cual se lo debe tener en consideración que en la audiencia de juicio puede ser declarado inocente por considerarlo así consumidor, sin embargo el criterio de los jueces de la Corte Provincial refieren que la medida cautelar de prisión preventiva si es proporcional al delito de tráfico ilícito de sustancias en mediana escala, por otro lado los abogados en libre ejercicio se contraponen siempre a esta medida gravosa y alegan siempre la desproporcionalidad en este tipo de delitos.

2.3. DISCUSIÓN

Partiendo que, de estas entrevistas realizadas a los Operadores de Justicia, Abogados en libre ejercicio, agentes fiscales, cada uno tiene su posición al momento de debatir sus posiciones o posturas en las audiencias, cumpliendo cada uno su rol, en tal sentido cuando hablamos de la medida cautelar de carácter personal de la prisión preventiva misma que se encuentra contemplada en el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal, misma que es de carácter excepcional y de ultima ratio, y que para ser otorgada a petición del fiscal deben reunir ciertos requisitos de conformidad con lo que determina el artículo 534 del mismo cuerpo legal, tomando en cuenta la Normativa Internacional, la Constitución de la Republica del Ecuador, a fin de no vulnerar el derecho a la libertad de las personas procesadas por el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización en mediana escala, ya que se debe tomar en consideración si bien es cierto la pena privativa de libertad de es 3 a 5 años, hay que tomar en cuenta el caso en concreto y las circunstancias en las cuales fue aprehendido la persona para que los jueces puedan valorar esta medida, ya que en algunos casos el peso neto de la sustancia es

de 14 gramos y ya se ha referido la resolución la Corte Constitucional en que la mera tenencia no constituye responsabilidad penal si Fiscalía General del Estado no puede probar la intención de tráfico se debería otro tipo de medidas menor rigurosas como presentaciones periódicas ante la autoridad competente con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la pena y el principio de inmediación.

En consecuencia, la falta de proporcionalidad en las decisiones de los operadores de justicia ha hecho que el sistema carcelario exista sobre población y hacinamiento carcelario por lo cual afecta indudablemente el derecho de las personas que se encuentran privadas de su libertad.

3. CONCLUSIONES

1.- Los criterios respecto de la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva en los delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, son notoriamente diferentes mientras los jueces justifican esta medida cautelar argumentando que es un delito que afecta a un conglomerado social y que por ende se debe adoptar esta medida; los abogados de libre ejercicio consideran que claramente hay vulneración de principio de proporcionalidad, en razón de que resulta excesiva a una medida que tiene el carácter de excepcionalidad.

2.- En relación con la adopción de esta medida por parte de los Jueces de Garantías Penales, a solicitud del fiscal obedece a presiones mediáticas, no solamente de los medios de comunicación sino del mismo Concejo de la Judicatura, lo cual implica vulneración al principio de independencia judicial.

3.- De las entrevistas realizadas tanto a jueces, como defensores advierten que para adoptar esta medida cautelar se debe analizar cada caso en concreto, a fin de que la medida cautelar cumpla los estándares o criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

4.- La adopción indiscriminada de la prisión preventiva respecto de los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización en mediana escala contribuye al hacinamiento de sistema carcelario que ha colapsado en estos últimos tiempos.

5.- De las entrevistas realizadas por parte de los abogados en libre ejercicio concuerdan en que para poder otorgar la medida cautelar de prisión preventiva deben tomar en consideración la normativa internacional como por ejemplo pacto de san José de Costa Rica en el artículo 7 y el artículo 7.2, a diferencia del criterio de los jueces de la Corte Provincial de Justicia mismos que refieren que el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en mediana escala es necesario que se otorgue esta medida drástica.

6.- El criterio para los Jueces concuerdan en que es proporcional la medida cautelar de prisión preventiva y que, si existe proporcionalidad, tomando en cuenta que, al hablar del delito de

tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en mediana escala, la pena privativa de libertad es de 3 a 5 años, por lo que consideran que el pesaje de la sustancia es alto.

7.- De las entrevistas realizadas se pudo evidenciar que el titular de la acción penal pública debería justificar no solo con la permeabilidad de las fronteras sino llegar mucho más allá con un pasado judicial tal vez de la persona que esta aprendida pese que eso no debe ser tomado en cuenta se ha vuelto costumbre en las provincias de Carchi e Imbabura decir que estamos frente a la frontera y que por ahí se van a fugar en fundamentar lo q es el peligro de fuga.

8.- La medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, siendo de ultima ratio cuyo bien jurídico protegido es la salud pública, y en relación con el principio de proporcionalidad se debe garantizar también el derecho de la parte más débil del proceso penal como es el procesado en un Estado constitucional de derechos y justicia.

9.- La desproporcionada aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva respecto a las escalas del tipo penal de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización como mínima y mediana escala se contraponen al principio de proporcionalidad, es decir que se otorgue para este tipo de escalas medidas sustitutivas.

10.- De acuerdo a la Corte Constitucional señala que la tabla de consumo no debe ser un referente para dictar medidas cautelares; se debe atender a las circunstancias en las que es aprehendido el procesado; por ejemplo, si se le encuentra con unos 14 gramos de pasta base de cocaína es consumidor, desde luego de que se demuestre en el juicio mediante los elementos probatorios, podría ser inclusive ratificado inocencia, lo cual implica que no debería dictarse la medida cautelar de carácter personal como es la prisión preventiva.

4. RECOMENDACIONES

1.- Observar la resolución 14-21 de la Corte Nacional de Justicia, donde se establece los estándares de prisión preventiva los cuales deben cumplir los principios de idoneidad proporcionalidad y necesidad aplicado a cada caso concreto.

2.- Aplicar el artículo 77 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece que la prisión preventiva es una medida excepcional, y aplicar las medidas alternativas debido a que, además, escriben jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el principio constitucional presunción de inocencia determinado en el artículo 76 núm. 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

3.- Que el principio de independencia judicial sea respetado tanto por los medios de comunicación, como por el órgano administrativo de la función judicial a fin de que no se ejerzan presiones mediáticas que con lleva a la vulneración de derechos.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiló, J. (2009). Imparcialidad y concepciones del derecho. Manizales. Universidad de Alicante.

Andrade, S. (2009). La nueva Constitución del Ecuador. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.Ecuador.

Cafferata, I. (2000). "Proceso penal y derechos humanos". Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l,

Artiles, J (2021) Una teoría del tipo para el tráfico de drogas en Ecuador.

Benavides, M (2014) EL ROL DEL JUEZ EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Recuperado de: <https://derechoecuador.com/el-rol-del-juez-en-la-administracion-de-justicia/>

Bernal, C (2015) El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.

Camarena, G (2019) ¿Qué son los elementos de convicción? A propósito del acuerdo plenario (no jurisdiccional) n.º 1-2019. Recuperado de: <file:///C:/Users/AREA%20JURIDICA/Downloads/EOG-WEB-Reporte-Que-son-los-elementos-de-conviccion-1-2019-Gerson-Camarena.pdf>

Cáceres, M. (2015). MEDIDAS CAUTELARES: CANCELACIÓN, CADUCIDAD. Recuperado de: <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-83-84-2004-02-Doctrina.pdf>

Castañeda, P (2020) DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS Y EL COGEP. Recuperado de: <https://derechoecuador.com/direccion-de-audiencias-y-el-cogep/>

Campos, E (2018) ¿Qué son los elementos de convicción?, por Edhin Campos Barranzuela

Camacho, M. (2017). El principio de imparcialidad en la valoración de la prueba en derecho

penal. Bogotá, D. C.: Universidad Manuela Beltrán.

Caminos, P (2014) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿UNA NUEVA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES?

Carbonell, M. (2011). Los derechos fundamentales en América Latina: una perspectiva neoconstitucionalista. *Derecho y humanidades*, 18, 51-71. Recuperado de <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/19463/20623/>

Carbonell, M (2008) El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional.

Cárdenas, J (2014) NOCIÓN, JUSTIFICACIÓN Y CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Calahorrano, E (2020) El delito de tráfico ilícito de migrantes desde el principio de proporcionalidad: 62 un análisis comparado de los casos chileno, español y ecuatoriano.

Caminos, P. (2014). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿UNA NUEVA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año VIII, Número 13, 2014

Cardenas, J. (2014). *La indebida aplicación de caducidad de la prisión preventiva según la ley penal ecuatoriana*. Quito: Universidad Central del Ecuador.

Carrillo, L (2022) El Principio de Proporcionalidad y la Prisión Preventiva

Código Procesal Penal. (2016). Perú.

Código Penal Colombiano. (Ley 599 de 2000). Colombia.

Constitución Política de la República de Colombia. (1991). Colombia.

Constitución Política del Perú. (1993). Perú.

Corte Nacional de Justicia (2021) Resolución 14-2021.

Corte Constitucional, Sentencia Nro. 030-15-sep-CC.

Corte Constitucional, Sentencia Nro 011-14-SEP-CC.

Cornejo, J. (2015). *Derecho Ecuador*. Recuperado de Derecho.Ecuador.com:

<https://www.derechoecuador.com/analisis-del-principio-de-imparcialidad>.

Cueva, L. (2014). *El Debido Proceso*. Quito, Ecuador: Ediciones Cueva Carrión.

Devis, H. (2012). *Principios fundamentales del derecho procesal penal*. Madrid, España: Ibañez.

Fuentes, H (2014) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE SU CONCRETIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 14 - N° 2

Falconí, J. (2012). *Estudios procesales*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Figuroa, B & Suqui, G (2021). El principio de favorabilidad frente a nuevos procedimientos del código orgánico integral penal. *Revista Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 240-255

García, J. (2014). *Análisis Jurídico, Teórico- Práctico del Código Orgánico Integral Penal*. Riobamba, Ecuador: Indugraf.

García, J. (2011). *El derecho constitucional a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionales y legales para dictar la medida cautelar de la prisión preventiva*. Quito: Ediciones Rodin.

Gascón, M. (2015). *La prueba judicial*. México D.F: Centro de estudios Jurídicos Carbonel.

Heinz, K. (2012). *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Rubinal- Culzoni.

Hoyos, León & Chacón (2018) *Prisión preventiva y estado constitucional de derechos, perspectiva desde los derechos fundamentales*.

Jauchen, E, (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II*. Santa Fe., Colombia: Rubinzal-Culzoni Editores.

Krauth, S (2018) *La prisión preventiva en el Ecuador*. Defensoría pública del Ecuador. SERIE JUSTICIA Y DEFENSA.

Lopera, G, (2006). *Principio de Proporcionalidad y Ley Penal*. Madrid., España: Gallego y

Asociados.

Maier, J. (2014) Derecho Procesal Penal, Tirant Lo Blanch, Buenos Aires.

Mata, L (2019) El enfoque cualitativo de investigación. Recuperado de:
<https://investigaliacr.com/investigacion/el-enfoque-cualitativo-de-investigacion/#:~:text=La%20investigaci%C3%B3n%20cualitativa%20asume%20una,parte%20de%20las%20realidades%20estudiadas.>

Mantovani, F. (2015). Los Principios del Derecho Penal. Lima., Perú: Ediciones Legales.

Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009. Ecuador

Morillas, L (2016) Reflexiones sobre la prisión preventiva. Recuperado de: Murcia,
<http://revistas.um.es/analesderecho>

Merino, W. (2014). *Caucion negada por antecedentes Penales*. Quito: Editorial Juridica del Ecuador.

Mogrovejo, A; Erazo, J; Pozo, E; Narváez, C (2019) Aplicación del Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i8.563>

Molina, T (2005) El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Real centro universitario. Escorial – María Cristina. San Lorenzo del Escorial.

Mullo, E (2018) Las garantías del debido proceso y el derecho a la efectiva defensa técnica del procesado en el procedimiento directo.

Puig, S (2009) Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Tomo II

Pisfil, D (2018). Imparcialidad judicial y prueba de oficio: ¿entre la discrecionalidad y obligatoriedad de los poderes judiciales en el proceso penal peruano. Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Rodríguez, F (2022). Análisis comparado de la prisión preventiva referente a los graves y fundados elementos de convicción. Huaraz, 2021.

Trujillo, E (2022) Principio de proporcionalidad.

Valenzuela, J (2018) Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. Recuperado de: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v13n26/0718-3399-politcrim-13-26-00836.pdf>

Sapag, M (2008) El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado.

Sánchez, R (2015) El principio de proporcionalidad.

Ulloa, A (2019) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD O PROHIBICIÓN DE EXCESO EN EL DERECHO POLICIVO. Recuperado de: <https://derechoecuador.com/principio-de-proporcionalidad-o-prohibicion-de-exceso-en-el-derecho-policivo/#:~:text=La%20prohibici%C3%B3n%20de%20exceso%20o,p%C3%BAblico%20a%20dentro%20de%20sus>

Vaca, R. (2014). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, según el Código Orgánico Integral

Villacreses, T (2018) El principio constitucional de proporcionalidad y la actividad legislativa penal ecuatoriana. Penal. Quito: Ediciones Legales EDLE.

Yépez, R. (2016). La indebida aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar de ultima ratio dentro del proceso penal ecuatoriano, en relación a los principios constitucionales. Quito.

Zambrano, A. (2017). Derecho Penal Parte General. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito. Quito, Ecuador: Murillo Editores.

Zambrano, A (2017). Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al Libro Segundo. Tomo III. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Zavala, J. (2012). El debido proceso. Quito.

