

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

“EI PROCEDIMIENTO DIRECTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL
PENAL Y LA VULNERABILIDAD DEL DEBIDO PROCESO”

TAMIA ESTHELA BRITO MUÑOZ

DR. CRISTIAN ZAMBRANO RUILOVA

QUITO, 2016

Dedicatoria

“Donde reina el amor sobran las leyes”

Platón

Sin la pretensión de hacer un parangón en este esfuerzo, dedico la presente disertación a la memoria de Julio Cortázar, cuyas palabras han resultado más inspiradoras que cualquier otra configuración escrita con la que me haya encontrado en la vida.

Dicho eso, agradezco de corazón al Dr. Cristian Zambrano Ruilova, cuyos conocimientos, sentido del humor y comprensión constituyeron pilares fundamentales para la realización de este trabajo.

Finalmente, quisiera agradecer a mi familia: a mis padres por ser un ejemplo de amor y paciencia que ha desbordado lo absurdo, a mi hermano Darien por enseñarme tantas maravillas y ridiculeces, y a mi mejor amiga Anahí, mi persona, por entenderme cuando yo no quise hacerlo.

T.

Resumen

El 10 de agosto del año 2014, el Código Orgánico Integral Penal entra en vigencia en Ecuador, con el ánimo de acoplarse a la realidad jurídica en la que se encuentra el país. Entre las novedades introducidas por esta normativa, se encuentran los procedimientos especiales destinados a descongestionar el aparataje judicial.

Una de las tendencias regionales ante la urgente necesidad de brindar una respuesta efectiva a los altos índices de criminalidad que congestionan el sistema judicial, ha sido la creación de estos procedimientos especiales sumarios. Para los delitos flagrantes, el procedimiento especial aplicable es el denominado directo.

La celeridad con la que este y otros procedimientos son aplicados ha sido hasta ahora la mejor respuesta provista por el estado ante la desconfianza que la sociedad ha tenido con la función judicial. Pero por más ventajosas que sean sus virtudes, los procesos sumarios acarrearán peligros para derechos constitucionales y derechos fundamentales recogidos por instrumentos internacionales. La prontitud con la que se desenvuelven dan lugar a dudas respecto de la oportunidad de preparación de la defensa y su adecuado ejercicio, en directa relación con el debido proceso.

Por lo expuesto, se consideró oportuno realizar un análisis general respecto del debido proceso manifestado dentro del procedimiento especial directo bajo el cual son tramitados delitos flagrantes relativos a sustancias sujetas a fiscalización. De esta manera, se puede confrontar el nivel normativo y el práctico del funcionamiento del procedimiento.

Abstract

On August 10th of 2014, the Integral Organic Criminal Code becomes effective in Ecuador with the purpose of adapting to the reality in which the country is in. Among the innovations introduced by this legislation, there are special proceedings that intend to relieve the judicial apparatus.

One of the regional tendencies adopted in order to address the urgent need for an effective response to the high levels of criminality congesting the judicial system has been the creation of these special summary proceedings. For flagrant crimes, the special proceeding applicable is the one called direct.

The celerity with which this and other procedures are applied has been, to this day, the best response provided by the state, in the face of society's distrust of the judiciary. But, as advantageous as are its virtues, summary proceedings entail dangers for constitutional rights and fundamental rights enshrined in international law instruments. The speed with which these proceedings unfold bring queries about the opportunity to prepare a strong defense and its proper exercise, in direct connection with due process of law.

For these reasons, we considered adequate to conduct a comprehensive analysis regarding the due process of law expressed in the special direct proceeding, under which are handled flagrant offenses related to controlled substances. This way, we can confront the legal and practical levels of the direct proceeding's operation.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|---------|
| INTRODUCCIÓN | - 7 - |
| CAPÍTULO I GENERALIDADES DOCTRINARIAS Y NORMATIVAS..... | - 11 - |
| Subcapítulo I: Delito Flagrante | - 11 - |
| 1.1. <i>Aproximaciones dogmáticas</i> | - 11 - |
| 1.2. <i>Elementos constitutivos en la esfera normativa ecuatoriana</i> | - 31 - |
| Subcapítulo II: Procedimiento Directo | - 42 - |
| 2.1. <i>Sustanciación</i> | - 44 - |
| 2.2. <i>Delitos susceptibles</i> | - 45 - |
| 2.3. <i>Delitos excluidos</i> | - 46 - |
| 2.4. <i>Procedimiento</i> | 49 |
| Subcapítulo III: Sustancias estupefacientes y psicotrópicas..... | - 51 - |
| 3.1. <i>Clasificación de drogas sujetas a fiscalización</i> | - 52 - |
| 3.2. <i>Breve historia normativa de drogas en el Ecuador</i> | - 56 - |
| 3.3. <i>Marco normativo aplicable a delitos relativos a sustancias ilícitas</i> | - 62 - |
| CAPÍTULO II EL DEBIDO PROCESO | - 72 - |
| Subcapítulo I: Antecedentes y conceptualización..... | - 72 - |
| 1.1. <i>¿Ius Puniendi o Potentia Puniendi?</i> | - 73 - |
| 1.2. <i>Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derechos y Justicia</i> | - 74 - |
| 1.3. <i>Debido proceso como mandato de la Constitución garantista</i> | - 75 - |
| 1.4. <i>Debido proceso como derecho fundamental</i> | - 77 - |
| 1.5. <i>Conceptualización</i> | 80 |
| Subcapítulo II: Debido proceso en delitos flagrantes de posesión de sustancias sujetas a fiscalización | - 82 - |
| 2.1. <i>Debido proceso en la Constitución de la República del Ecuador</i> | - 83 - |
| 2.2. <i>Debido proceso dentro del Procedimiento Directo aplicable a delitos flagrantes por posesión de sustancias Ilícitas</i> | - 87 - |
| CAPÍTULO III ANÁLISIS CASUÍSTICO | 100 |
| Subcapítulo I: Muestra | 100 |
| 1.1. <i>Tipo de patrocinio en flagrancia</i> | - 101 - |
| 1.2. <i>Patrocinio de flagrancia por tipo de delito</i> | - 101 - |
| 1.3. <i>Patrocinio de flagrancia mediante procedimiento directo</i> | - 103 - |
| 1.4. <i>Delitos flagrantes relativos a drogas mediante procedimiento directo</i> | - 104 - |
| 1.5. <i>Perfil social del patrocinio de flagrancia por delitos relativos a drogas mediante procedimiento directo</i> | - 105 - |
| Subcapítulo II: Roces constitucionales..... | - 108 - |
| CONCLUSIONES | - 113 - |
| RECOMENDACIONES | - 116 - |
| BIBLIOGRAFÍA..... | - 117 - |
| Legislación: | - 117 - |
| Libros: | - 117 - |
| Revistas y artículos en periódicos: | - 119 - |
| Web:..... | - 119 - |
| Jurisprudencia: | - 120 - |
| ANEXOS..... | - 122 - |

ÍNDICE DE GRÁFICOS

| | |
|---|---------|
| CUADRO I: ITER CRIMINIS. ELABORACIÓN PROPIA. | 19 |
| CUADRO II: PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN EL COIP ELABORACIÓN PROPIA. | 44 |
| CUADRO III: CLASIFICACIÓN GENERAL DE DROGAS. FUENTE: PATRICIA CARO, DROGAS DE ABUSO, 1997. ELABORACIÓN PROPIA. | 52 |
| CUADRO IV: CONVENCIONES DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES DE LA ONU. FUENTE: HALLA, BEWLEY- TAYLOR Y JELSMÁ; LA CLASIFICACIÓN EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE CONTROL DE DROGAS. | 54 |
| CUADRO V: CANTIDADES MÁXIMAS DE CONSUMO A. FUENTE: CONSEP. ELABORACIÓN PROPIA. | 70 |
| CUADRO VI: CANTIDADES MÁXIMAS DE CONSUMO B. FUENTE: CONSEP. ELABORACIÓN PROPIA. | 70 |
| CUADRO VII: CANTIDADES PARA SANCIONAR EL TRÁFICO A. FUENTE: CONSEP. ELABORACIÓN PROPIA. | 71 |
| CUADRO VIII: CANTIDADES PARA SANCIONAR EL TRÁFICO B. FUENTE: CONSEP. ELABORACIÓN PROPIA. | 71 |
| CUADRO IX: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS APLICABLES A ECUADOR. ELABORACIÓN PROPIA. | 78 |
| CUADRO X: DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. ELABORACIÓN PROPIA. | 79 |
| CUADRO XI: PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS NO APLICABLES AL ECUADOR. ELABORACIÓN PROPIA. | 80 |
| CUADRO XII: DEFENSA PÚBLICA EN CAUSAS FLAGRANTES – PICHINCHA. FUENTE: DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PROPIA. | 100 |
| CUADRO XIII: TIPO DE PATROCINIO EN CAUSAS FLAGRANTES. FUENTE: DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PROPIA. | 101 |
| CUADRO XIV: PATROCINIO PÚBLICO EN FLAGRANCIA POR TIPO DE INFRACCIÓN. FUENTE: DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PÚBLICA. | 102 |
| CUADRO XV: PRINCIPALES DELITOS EN FLAGRANCIA. FUENTE: DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PROPIA. | 102 |
| CUADRO XVI: PATROCINIO DE FLAGRANCIA EN DELITOS DE DROGAS. FUENTE: DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PROPIA. | - 103 - |
| CUADRO XVII: DELITOS FLAGRANTES RELATIVOS A DROGAS TRAMITADOS POR PROCEDIMIENTO DIRECTO. FUENTE: DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PROPIA. | 104 |
| CUADRO XVIII: PATROCINIO POR GÉNERO. FUENTE DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PROPIA. | 105 |
| CUADRO XIX: PATROCINIO POR RANGO DE EDAD. FUENTE DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PROPIA. . | 105 |
| CUADRO XX: PATROCINIO POR NIVEL DE INSTRUCCIÓN. FUENTE DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PROPIA. | 106 |
| CUADRO XXI: PATROCINIO POR PERTENENCIA ÉTNICA. FUENTE DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PROPIA. | 106 |
| CUADRO XXII: PATROCINIO POR PAÍS DE PROCEDENCIA. FUENTE DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PROPIA. | 107 |
| CUADRO XXIII: PATROCINIO POR ESTADO CIVIL. FUENTE DEFENSORÍA PÚBLICA. ELABORACIÓN PROPIA. | 107 |

INTRODUCCIÓN

En el siglo VI, aproximadamente en el año 539 A.C., se concibe por vez primera la idea de lo que ahora conocemos como derechos humanos. Babilonia es el primer escenario: Ciro el Grande¹ la conquista y declara que todas las personas tienen derecho a escoger su propia religión, que todos los esclavos son libres y que se establece a partir de ese momento la igualdad racial. Esta primera manifestación conocida como Decretos de Ciro, grabada en un cilindro de barro cocido llamado “Cilindro de Ciro”, es el primer documento conocido de derechos humanos del mundo.

A partir de allí, los derechos humanos evolucionan expresándose en numerosos eventos a lo largo de la historia. En 1215 aparece la carta magna firmada bajo presión por el rey Juan de Inglaterra, en razón del reclamo por parte de sus súbditos respecto de su forma de gobierno en el cual la violación de leyes y normas era una constante. Surge con posterioridad la Petición de Derechos de 1628 dirigida al Rey Carlos I, impulsada por Sir Edward Coke como integrante del Parlamento Inglés, como una declaración de libertades civiles ante la reprochable política del rey respecto de la Guerra de los 30 años. Con un salto de más de 100 años, se aprueba el 4 de julio de 1776 la Declaración de Independencia de Estados Unidos, promulgada primordialmente por Thomas Jefferson, la cual recoge derechos individuales; entre los más destacados, el derecho a la revolución. Casi a la par, nace en 1787 la Constitución de Estados Unidos conteniendo los organismos principales de gobierno junto con derechos básicos ciudadanos. Poco después aparece la Carta de Derechos de 1791 constituida por las primeras diez enmiendas de la Constitución estadounidense, la cual enumera libertades no indicadas expresamente en el cuerpo principal de la Constitución. Europa por su parte, gana protagonismo en 1789 cuando el pueblo Francés derroca a la monarquía creando bases para el establecimiento de la primera República Francesa con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que proclama la garantía de los derechos de libertad, entre otros.

Pero la manifestación paradigmática internacional de reconocimiento de derechos se da en abril de 1945, año de constitución del organismo internacional ex profeso para la promoción de la paz y la prevención de futuras guerras. Son, en ese entonces, las flamantes Naciones Unidas las que fundan la Comisión de Derechos Humanos, delegación responsable de la

¹ Primer Rey de Persia

redacción del primer documento universal sobre derechos humanos. El documento resultante del trabajo de la Comisión es la Declaración Universal: un texto que no solamente se constituye en un acuerdo que proclama por vez primera una base uniforme internacional respecto de injusticia, conflicto y represión, sino también en un compromiso de esfuerzo cooperado con el objetivo de lograr el goce universal de derechos humanos. Esta Declaración es bautizada “carta magna internacional para toda la humanidad” por Eleonor Roosevelt, y es finalmente adoptada en 1948.

Gracias al descontento, a la protesta y a la movilización de la población, es que se tiene como consecuencia el posterior reconocimiento de derechos. En la actualidad todo individuo tiene la capacidad de instaurar reclamos ante instituciones, gobiernos y otros sujetos cuando alguno de estos actúa en contra del bienestar mínimo que toda persona, por el hecho de ser una persona, merece. Los derechos humanos se constituyen como valores inherentes de todo individuo y su relevancia radica en la funcionalidad de la sociedad construida sobre una plataforma de bienestar de los individuos que la componen; los derechos vienen a ser parámetros básicos que permiten la interacción e integración armónica (en teoría al menos) entre individuos, instituciones y entes gubernamentales que regulan su convivencia.

El proceso evolutivo de derechos humanos tiene su apogeo en el siglo XX gracias a la desesperación mundial de estabilidad y de paz en una época de post-guerra². Sus alcances hasta la actualidad tienen dos logros importantes en los cuales se basa el sistema de justicia occidental contemporáneo: el primero, el reconocimiento e institucionalización de garantías procesales; y el segundo, la protección de esas mismas garantías en documentos normativos como leyes internas e instrumentos internacionales (Gómez Isa, 2006, pág. 46) (Varios, 2008, pág. 312).

Pero el reconocimiento puramente dogmático de derechos jamás es suficiente para su incidencia y trascendencia en la sociedad, es necesario su ejercicio y aplicación en la convivencia de la comunidad para explorar la aplicabilidad y validez de la teoría. Bien lo dijo Kant: “lo que es plausible en la teoría no tiene validez alguna para la práctica” (Kant, 1999, pág. 4) haciendo referencia a que las condiciones planteadas en hipótesis pueden no ser

² En referencia a la Segunda Guerra Mundial.

viabiles en el ámbito experimental; y que incluso al serlo, los resultados fácticos pueden alejarse de lo esperado.

Desde la mera noción del proceso penal, es manifiesta la calidad de vulnerable que tiene el sujeto pasivo del delito (titular del derecho) o de la acción (víctima). No es necesario resaltar la fragilidad del rol porque las circunstancias fácticas que requirieron su presencia en el proceso penal ya lo han hecho: es parte del proceso por ser parte del delito, por ser un elemento constitutivo del mismo, y a pesar de que su protagonismo (tanto doctrinariamente como en la práctica) ha sido calificado desde los años ochenta del siglo veinte hasta la época moderna como mera herramienta de prueba, la normativa mundial prospera hasta otorgarle la oportunidad de figurar dentro del proceso penal de manera que pueda reivindicarse en el ejercicio de sus derechos. Sin duda la importancia de la protección de los derechos de sus titulares y de las víctimas no es controvertida, la necesidad de protección es clara; pero la del presunto autor, procesado o posteriormente acusado, sí lo es.

En general la defensa penal es un tema que provoca malestar en el ambiente judicial. Siempre surge la interrogante respecto del carácter moral del defensor penal; nunca faltan cuestionamientos sobre su integridad como profesional. El defensor tiene que justificar al mundo la necesidad de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de todas las personas, ya que de allí nace la importancia de su labor, por lo cual es su deber legitimarla.

Al mismo tiempo, la otra parte de la defensa que es el procesado, se encuentra en una situación mucho peor: pura debilidad. El procesado sufre con el estigma de ser fruto del fracaso de todas las otras barreras jurídicas protectoras de derechos; el carácter de ultima ratio, y por tanto subsidiario y fragmentario, del Derecho Penal, lo convierte (al imputado) en un ente ajeno a la sociedad con el cual es difícil, si no imposible, simpatizar. Ya iniciado el proceso penal se evidencia el malestar causado por dicho individuo; nadie lo ha ilustrado mejor que Beccaria en su afamado tratado pero intentamos exhibirlo: ignominia del defensor por ponerse a su mismo nivel y sufrir con él el desbalance de poder, el del ministerio público como representante de la comunidad quien lo acusa por interrumpir la armonía de la sociedad, y de los juzgadores como autoridades obligadas a resolver su situación. Incluso si el procesado llega a ser declarado inocente de un determinado delito, todavía tiene que llevar consigo el trauma de pasar por la acusación y las heredades connaturales al caso.

Con todo lo expuesto, queremos exponer el importante proceso evolutivo que los derechos humanos han atravesado a lo largo de la historia hasta establecer un conjunto de derechos y garantías para todos los miembros de un estado, y específicamente para las personas que se enfrentan al poder estatal dentro de un proceso penal, una ausencia de riesgo que asegure el goce efectivo de sus garantías procesales; ello mediante la identificación de metodologías e instrumentos de técnica jurídica para avalar al mismo tiempo la eficiencia procesal. En otras palabras, gracias al desarrollo de los derechos humanos, y a su manifestación procesal, se concibe la imposición de prohibir el sacrificio de garantías procesales por propiciar la eficiencia de un proceso penal.

La idea de un debido proceso surge como una necesidad de equilibrio en una situación de desventaja total, de respaldo a los individuos en situación de fragilidad ante un estado proclive a juzgarlos. “El preso es, esencialmente un necesitado” (Carnelutti, 2010, pág. 9) dijo Carnelutti refiriéndose a aquellos reclusos de la sociedad en razón de una acusación en su contra, y tiene razón. Es incuestionable la violencia que existe en la interacción jurídica dentro de un proceso penal; derechos fundamentales en juego evocan emociones a flor de piel y la parte acusadora procura proteger a la sociedad de un ataque que considera intolerable. Por tal razón, el éxito del proceso penal recae en la observancia de las debidas formalidades a la par con una acusación legitimada por el respeto a los derechos del procesado, de manera que la eficiencia del sistema judicial no sacrifique el debido proceso.

A través del presente proyecto, se pretende estudiar el éxito del proceso penal mediante el análisis crítico de la situación de los procesados en una época de cambio de la jurisdicción penal en el Ecuador, una época de transición y de trascendencia histórica por ser una mutación sustancial en la historia del derecho penal ecuatoriano. Específicamente, se trata de explorar el éxito que tiene la forma especial sumaria del proceso penal recogida en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano (COIP) denominada Procedimiento Directo, en relación con un delito específico: la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes y/o psicotrópicas.

Por las limitaciones de alcance de la presente investigación, el estudio se enfoca en el desarrollo de un proceso judicial sumario específico bajo los parámetros del debido proceso en delitos calificados como flagrantes por la posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas dentro de la ciudad de Quito.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DOCTRINARIAS Y NORMATIVAS

Subcapítulo I: Delito Flagrante

1.1. *Aproximaciones dogmáticas*

El concepto de flagrancia dentro del Derecho Penal tiene procedencia antiquísima. La flagrancia se manifiesta a lo largo de la evolución histórica de la rama penal y procesal penal, manteniendo vigencia gracias a su manifestación práctica y reconocimiento normativo.

Partiendo de su origen etimológico, *flagrancia* tiene como umbral el latín *flagrans*, expresión cuya traducción aproximada quiere decir lo que se está ejecutando actualmente. Se considera también la posibilidad de que provenga de otra expresión latina distinta: *flagrare*, vocablo que quiere decir arder como fuego; ello como consecuencia de la posible interpretación metafórica del delito flagrante, el que es evidente a los ojos o se enciende ante los ojos de quien lo observa (RAE, 2006, pág. 680).

Las primeras manifestaciones de flagrancia nacen en la Edad Antigua: el Código de Hammurabi, creado por el Rey Hammurabi durante su gobierno de Babilonia entre los años 1790 y 1750 A.C. recoge entre sus postulados conductas sancionadas como delito flagrante; y el Código de Manú de la India del siglo I A.C., comprendido en doce tomos, contiene en uno de ellos la especificación de penas que tienen como objetivo la purificación o expiación, en donde hay vagas referencias a la falta flagrante.

En general, a lo largo de la historia se presentan casos de conductas reprochables aparentemente incuestionables respecto a su autoría, los cuales son tratados con extrema sumariedad y con una sanción de aplicación inmediata: claro precedente de la flagrancia y de sus consecuencias procesales. Pero es en Roma en donde se encuentra la primera declaración expresa de la institución: la Ley de las XII Tablas, o ley de igualdad romana creada a mediados del siglo V a.c. gracias a la insistencia de un tribuno de la plebe llamado

Terentilo Arsa, contempla expresamente la figura *manifestum* descrita dentro de la Tabla Octava, en la sección de regulación de *iniurias* o delitos (Gayo, 1845, págs. 233-234). El *furtum manifestum* o hurto flagrante permite la detención inmediata sin requerirse orden del pretor o magistrado, y dependiendo si el autor es hombre libre o esclavo, la penalidad difiere entre flagelación o ejecución respectivamente (Magallón, 2000, pág. 24).

En toda manifestación histórica, la flagrancia determinada cierta implica el sometimiento del acusado a un procedimiento especial sumamente conciso en el cual se restringe cualquier asistencia a su favor como consecuencia del tabú que entrañaba la defensa, muy mal recibida por amparar a un individuo con evidente culpabilidad. En China por ejemplo, el derecho primitivo considerado sagrado hace que la finalidad de la pena sea expiatoria, tanto terrenal como espiritualmente; por ello, los castigos terrenales que eran básicamente mutilación y sacrificio contenidos en el Libro de las Cinco Penas, se ejecutaban con presteza para no demorar la purificación ni enfurecer a los dioses. Otro ejemplo es el de la Ley Mosaica recogida en el Torá, donde se reconocen penas de muerte inmediatas para aquellos encontrados en delito flagrante, como por ejemplo en caso de adulterio.

Con el desarrollo ulterior del derecho, la doctrina penal formula conceptos y principios con el afán de determinar teóricamente las instituciones aplicables en las sociedades. La institución de flagrancia se enriquece bastante en la época contemporánea en donde numerosos autores aportan acepciones respecto de lo que abarca e implica un delito flagrante. Pero a pesar de los grandes aportes dogmáticos a la institución, y no obstante sus importantes implicaciones prácticas, no se conforma un concepto universalmente aceptado por juristas y otros profesionales del derecho. Sus requisitos de existencia no se encuentran claramente definidos en la doctrina y la normativa no profundiza en su naturaleza. Sin embargo, a partir de todo el aporte dogmático es posible extraer el acuerdo tácito que sobre sus elementos se ha establecido, el cual permite su adecuada detección y en virtud de ello, su efectiva aplicación.

1.1.1. Nociones dogmáticas de la flagrancia

Abordando a la doctrina de rigor, existen numerosas concepciones realizadas por juristas que permiten ilustrar una primera aproximación de flagrancia. Escriche afirma que se trata del “delito que se ha consumado públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo que lo cometía” (Escriche, 1998, pág. 695); Manzini establece que “(...)

no constituyen flagrancia (las infracciones) si el reo no es sorprendido en el acto mismo (...)” (Manzini, 1996, pág. 128); Carnelutti postula que es flagrante cualquier delito “mientras se ve, o sea para quien lo ve cometer” (Carnelutti F., 1996, pág. 77); y Carrara expone que se trata “un criterio de división de los delitos, los cuales se distinguían en flagrantes y no flagrantes según el agente fuese descubierto o no en el momento de la perpetración” (Goldstein, 1983, pág. 357).

De esta línea de pensamiento se desprende que el concepto jurídico de flagrancia se constituye como una idea de relación entre infractor e infracción provista por el uso de los sentidos de un agente externo accidental que los percibe, o sorprende si se quiere. Por tanto, “la noción de flagrancia, al versar sobre situaciones que ocurren en el mundo exterior [...], se corresponde con una situación fenomenológica de naturaleza fáctica y objetiva” (Ferreira de Abreu, 2005, pág. 185). Es decir, que no se trata de una condición intrínseca del delito, sino de una cualidad exterior puramente circunstancial que vincula al autor con el hecho ilícito gracias a un tercero.

San Martín Castro reitera esta percepción al definir al delito flagrante como aquel “cuyo autor es sorprendido en el momento de cometerlo” (San Martín Castro, 1999, pág. 806); y Cero hace lo mismo al sostener que el hecho punible se torna flagrante al ser descubierto el autor en su práctica (Cero, 1968, págs. 132-133). A esta postura se adscriben otros dos autores: Cordero quien indica que no basta el cometimiento actual de un delito, pues lo serían todos, sino que el elemento decisivo es la percepción de la comisión del mismo por un tercero, es decir que la flagrancia es un estado en el cual el autor es sorprendido *in ipso crimine perpetrando* (Cordero, 2000, pág. 410); y Zavala quien precisa que para que se conciba la flagrancia, esta debe reunir en un mismo momento al acto y a la persona que lo ejecuta, aclarando que la relación sujeto-infracción debe estar acompañada por el factor tiempo, pues debe darse la sorpresa en el momento en el que toma vida el acto (Zavala Baquerizo, 2004, pág. 27).

Con las ideas expuestas se entiende con claridad la relación entre el sujeto y el hecho ilícito mediante la flagrancia. No puede ser flagrante la mera percepción de la existencia de la infracción o sus consecuencias; como la ausencia de un vehículo, un edificio en llamas, o un cadáver todavía sangrante (Manzini, 1951, pág. 350). Tales situaciones son denominadas flagrancia parcial precisamente por la carencia de relación con un sujeto determinado. Siempre será necesaria la coexistencia del aspecto objetivo y subjetivo de la

flagrancia, entendiendo al primero como la infracción y al segundo como el infractor. Por tanto, consideramos que la errata respecto a la flagrancia parcial es caer en un grave error jurídico; se requiere necesariamente de una infracción respecto de determinada persona, de manera que exista flagrancia total (Carnelutti F., 1950, pág. 77).

Sobre este primer acercamiento, estimamos necesario aclarar que los extractos de los autores mencionados respecto de flagrancia son esenciales para una primera aproximación de la institución, pero no íntegros por el descuido de no establecer ciertos requisitos para el agente que sorprende al autor de delito, ya que determinadas personas no pueden serlo. Esto en referencia a coautores, cómplices, encubridores³ y las mismas víctimas; tema abordado en detalle más adelante.

1.1.2. Tipos de Flagrancia

Tanto en la dogmática como en la práctica se ha ampliado la noción primaria recién descrita como el mero descubrimiento del presunto autor permitiendo que la flagrancia se manifieste en una derivación en el tiempo y espacio creando mutaciones del concepto estricto de flagrancia. Así mientras la flagrancia estricta o propia (básicamente descrita en el párrafo anterior) versa sobre circunstancias fácticas en las que se percibe sensorialmente la perpetración de un delito o hecho punible al momento de su comisión, sus variaciones reconocidas por la doctrina además de la práctica legislativa y judicial mundial, dan lugar a cierta flexibilidad, y es esta la segunda aproximación que brindamos a la institución.

La mutación de la flagrancia estricta, denominada flagrancia impropia o cuasi-flagrancia, consiste básicamente en la verificación de la flagrancia en base a circunstancias específicas distintas a la percepción directa del delito de las que se deduce inequívocamente que una persona se encuentra directamente vinculada a un hecho punible en calidad de autor o partícipe. Lo que ha hecho la dogmática y la esfera normativa al reconocer a la flagrancia impropia es admitir que se verifique la situación extraordinaria (que es la flagrancia per se) gracias a la previsión de circunstancias determinadas que respaldan la hipótesis de delito y su relación con determinada persona. Esto por cuanto existen un sinnúmero de escenarios en el día a día en los que no es plausible la “constancia sensorial, es decir, visual, del hecho” (Queralt, 1999, pág. 58) y por tanto la configuración de la flagrancia estricta no es factible.

³ Pese a la ausencia de la figura en el COIP, la incluimos en el estudio con fines académicos.

El concepto provisto por Manzini esclarece dudas respecto a la distinción entre flagrancia estricta y flagrancia impropia, quien expone que esta última consiste en una ficción jurídica que permite constatar el requisito de sorpresa ante el autor de forma posterior a la consumación del delito (Manzini, 1996, pág. 128). De manera que la cuasi-flagrancia deja abierto un campo prudencial de análisis de circunstancias y elementos específicos para que inequívocamente se infiera que una persona ha cometido o ha sido parte de la perpetración de un determinado delito. Al ser una derivación de la flagrancia, la cuasi-flagrancia se constituye como un concepto auxiliar creado en aras de prever probables ataques a bienes jurídicos protegidos por la norma penal sustantiva, como una manifestación legislativa que pretende acoplarse a las circunstancias fácticas reales respecto de las personas en la ejecución de infracciones. En otras palabras, las bajas probabilidades de manifestación de un delito estrictamente flagrante y el ánimo de no perjudicar la protección de la comunidad en base a una mínima variación del factor tiempo, tuvieron como consecuencia la equiparación normativa de la cuasi-flagrancia a la flagrancia propia. Como consecuencia, el análisis de las distinciones entre flagrancia y cuasi-flagrancia es puramente académico dado que en el campo práctico-normativo los efectos de su verificación son los mismos.

De hecho, una parte de la doctrina procura realizar una distinción específica entre ambas variaciones de la flagrancia mientras que la otra decide obviar la diferenciación por considerarla innecesaria. Chiossone es uno de los autores que prefiere especificar la diferencia, entre sus reflexiones se expone que “también se tendrá como delito in fraganti aquel por el cual se vea al culpable perseguido de la autoridad policial, de la persona agraviada o del clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el delincuente (...)” (Chiossone, 1967, pág. 116). De Hoyos por su parte omite la distinción, plantea la idea de que la flagrancia consiste en el “conocimiento fundado en base a la percepción directa e inmediata del hecho delictivo que se está cometiendo o se acaba de cometer” incluyendo a partir de la disyunción “o” a la cuasi flagrancia (De Hoyos, 2001, pág. 140).

Ambos reconocimientos, es decir el expreso y el tácito, se encuentran incluidos normativamente en los distintos países alrededor del mundo: países como Argentina, Alemania, Chile y Ecuador ignoran la especificación de la cuasi-flagrancia dentro de su

normativa adjetivo-penal, mientras que Países Bajos, Latvia y Finlandia la incluyen. A modo de resumen, mientras en la flagrancia propia el autor del delito es sorprendido directamente durante la comisión del delito, en la cuasi-flagrancia la percepción es indirecta por ser inmediatamente después de la consumación del delito, extendiéndose en tiempo y espacio.

Dentro del debate doctrinario existe una tercera mutación de la flagrancia estricta denominada presunción de flagrancia o flagrancia ficta. Consiste, de acuerdo con Clariá, en el hallazgo de objetos o rastros que encaminen a la presunción de que la persona en posesión de ellos acaba de cometer un delito (Clariá Olmedo, 1998, pág. 368). Muchos autores han optado por no reconocerla como figura independiente basándose en la reflexión de que su distinción de la flagrancia impropia no amerita autonomía, pues solamente implica mayor elasticidad al concepto ya flexible de cuasi-flagrancia. Al respecto consideramos que puede considerarse una sub-mutación dogmática de la cuasi-flagrancia; cavilación que se desprende de los numerosos conceptos doctrinarios y de la práctica normativa mundial que revelan la irrelevancia de la figura en el campo práctico.

Pese al criterio mayoritario de incluir a la flagrancia ficta dentro de la cuasi-flagrancia, cabe mencionar los casos de México y España quienes optaron por reconocer a la figura expresamente dentro de su normativa. En el caso de México, la flagrancia ficta dio un paso más allá al brindársele una flexibilidad inconstitucional en el tiempo y en el espacio a la cual el legislador denominó flagrancia equiparada⁴. La Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó la declaración de inconstitucionalidad del artículo que la recogía⁵ por las facultades extensivas que se le brindaba. En el caso de España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal consideraba equivalentes a flagrancia a los supuestos recogidos en el artículo 779, uno de los cuales determinaba la posibilidad de actuar en base a una mera sospecha de flagrancia. Actuando de esta forma, la norma soportaba a la flagrancia ficta mediante su presunción legal, dándole la cualidad de ficción jurídica equivalente a la cuasi-flagrancia (Hinojosa Segovia, 1996, pág. 105). La flagrancia impropia también constituye una ficción al equipararse a la propia sin contar con sus elementos constitutivos, pero la ficta no se halla debidamente justificada ya que su verificación se basa exclusivamente en percepciones subjetivas. Por ello aplaudimos la iniciativa del Ministerio de Justicia Español de derogar el

⁴ Las diferentes denominaciones brindadas a las variaciones de flagrancia pueden crear cierta confusión. Con el ánimo de evitarlo entendemos que la presunción de flagrancia y la flagrancia ficta son la misma figura; y a la flagrancia equiparada como aquella extensiva reconocida alguna vez en México.

⁵ Art. 227 del Código de Procedimientos Penales de México

artículo que recogía a la figura⁶.

1.1.3. La flagrancia y el *Iter Criminis*

Para entender la tercera aproximación al concepto de flagrancia, referente al momento desde el cual un delito es susceptible de caer en flagrancia, es necesario ubicar al concepto en la esfera del *iter criminis* o camino del delito. A breves rasgos, el *iter criminis* se constituye como todo el proceso o desarrollo del hecho punible, o como lo expone Cabanellas: “todo el proceso psicológico de incubación del propósito delictivo hasta la perpetración del delito”, y se compone básicamente de la fase interna y externa (Cabanellas de Torres, 2001, pág. 213).

La afamada expresión latina *cogitationes poenam nemo patitur*⁷ se encuentra recogida por el Principio del Derecho Penal de Acto⁸ el cual proclama que el Derecho Penal sanciona únicamente la conducta y no la personalidad ni pensamiento del sujeto. Este principio general descarta de entrada la posibilidad de que exista flagrancia en la fase interna del *iter criminis*, dado que esta se desenvuelve exclusivamente en la mente de las personas. Tanto la ideación, la deliberación, como la decisión de cometer un hecho ilícito son etapas abarcadas por la fase interna no punible del *iter criminis*, en virtud de que si no hay acción u omisión punible, no hay delito, y sin delito no hay pena.

La fase externa del *iter criminis* por su parte, consiste en los actos preparatorios y los actos de ejecución. Con el ánimo de obtener un adecuado entendimiento, ubicamos a las etapas de la fase externa dentro de cada variación de flagrancia.

1.1.3.1. *Flagrancia propia*

La primera etapa externalizada del camino del delito se refiere a actos anteriores a la ejecución del delito destinados a facilitarla, denominado actos preparatorios. Definidos por Jakobs como “el estado previo al comienzo de la tentativa” (Jakobs, 1997, pág. 858), los actos preparatorios se rigen de manera general por el principio de impunidad que los

⁶ Iniciativa adoptada mediante las reformas aprobadas el 5 de octubre del 2015 y publicadas en el Boletín Oficial del Estado el 6 de octubre del 2015.

⁷ “Nadie puede ser penado por sus pensamientos”.

⁸ Artículo 22, COIP.

gobierna, pero en la flagrancia propia existe la debida excepción: los actos preparatorios punibles llamados delitos *sui generis* por numerosos insignes de la doctrina española⁹.

Los actos preparatorios punibles o resoluciones manifestadas cuentan con fundamento dogmático que justifica el reproche legal de conductas que, sin haber lesionado bienes jurídicos, requieren del actuar del aparato judicial penal. Con ese objetivo, la dogmática ha constituido tres teorías principales: La objetiva, que usa como argumento jurídico la puesta en peligro del bien jurídico protegido; la subjetiva, que procura estudiar la voluntad del sujeto para establecer si sus objetivos son contrarios a derecho; y finalmente, la mixta, que utiliza una amalgama de las dos primeras al determinar como requisito de punibilidad la voluntad contraria a derecho del sujeto a la par con el peligro del bien jurídico en cuestión, ello en concordancia con la teoría de la conmoción (Mir Puig, 2011, pág. 341).

Lo expuesto nos permite reflexionar acerca de la perspectiva que adopta el Ecuador en su norma penal. Primero, el COIP ha establecido que la tentativa cuenta con pena disminuida, de manera que la norma determina un parámetro necesario de afectación al bien jurídico para aplicar todo el peso de la ley. En otras palabras, la aplicación de la ley penal en contra del autor de la acción punible es proporcional a la afectación causada, ya sea esta un daño concreto o un estado de peligro¹⁰. La tentativa supone disminución de la pena establecida para el delito consumado en virtud de que el peligro o daño pudo ser de mayor gravedad; es una óptica enfocada en el bien jurídico, cualidad de la teoría objetiva. Segundo, tanto la doctrina como la norma penal ecuatoriana han reconocido a la tentativa como punto de partida de la ejecución¹¹ pero el mismo COIP admite la existencia de punibilidad de determinados actos preparatorios¹², decretando la naturaleza inhabitual de penar a los mismos. Podemos encontrar ejemplos como la apología del delito¹³ y la instigación¹⁴ entre otros. De esta forma la norma se acopla a la tendencia general de prestar atención a la ejecución de la acción que es la que provoca impacto en la sociedad. Tercero, ignorando la intención de las personas en su forma de actuar, la norma penal no reconoce la punibilidad

⁹ Entre otros: Ferrer Sama. Comentarios al Código Penal, Tomo I. Editorial Sucesores de Nogués. España. 1946. Pp. 58; Antón Oneca. Derecho Penal I. Madrid, España. 1949. Pp. 403; Cuello Calón. Derecho penal I. Barcelona, España. 1964. Pp. 610; Luzón Domingo. Derecho Penal del Tribunal Supremo II. Barcelona, España. 1964. Pp. 38.

¹⁰ Artículo 22.- Conductas penalmente relevantes.- "Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos [...]", COIP.

¹¹ Artículos 39 y 40, Capítulo II del Libro I, COIP.

¹² Artículo 69, numeral 2, literal a) "Los bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible".

¹³ Artículo 365, COIP.

¹⁴ Artículo 363, COIP.

de las formas imperfectas de ejecución¹⁵, una vez más procurando ocuparse de lo acaecido y no de lo que no ha ocurrido. De estas reflexiones concluimos que respecto de los actos preparatorios, el COIP adopta claramente la teoría objetiva junto a un tinte de la teoría de la conmoción social.



Cuadro I: Iter Criminis. Elaboración propia.

Con una perspectiva clara respecto de la norma penal que nos ocupa, podemos comprender la razón de la excepción al principio de impunidad de actos preparatorios, pues radica en la necesidad de tipificar conductas específicas que todavía no han dado inicio al tipo penal ordinario pero que “van dirigidas a la preparación o puesta en marcha de un delito” (Sánchez-Ostiz, Íñigo, & Ruiz de Erenchun, 2012, pág. 144), conductas que requieren del adelanto de la punibilidad dado que no es eficaz, además de que implicaría alta conmoción social, el esperar el inicio de la realización del tipo para actuar. Por tanto, la punición de estas conductas se justifica en el peligro real presentado por los actos preparatorios externalizados.

Existe en la doctrina disparidad de opiniones sobre la punición de los actos preparatorios. La tensión se da sobre todo en dos aspectos: el primero sobre la precisión de límites entre actos preparatorios y actos de ejecución, dado que la demarcación incide

¹⁵ En referencia a las tentativas inidónea e irreal, y delitos imperfecto e imposible.

trascendentalmente en el ejercicio del poder punitivo estatal¹⁶, poder punitivo entendido como la potestad que el estado tiene para imponerse coercitivamente. El segundo versa sobre la necesidad de castigo (Jiménez de Asúa, 1954, págs. 471-473) y sobre la forma de ejercer el mismo. A pesar de la polémica, en la que no necesitamos ahondar, la punibilidad de actos preparatorios determinados es una realidad jurídica.

Tanto la actividad legislativa como la reflexión dogmática mundial, han reconocido como actos preparatorios punibles a la conspiración, la proposición y la provocación (y dentro de ésta la apología). De acuerdo con el Tribunal Supremo Español, hay conspiración cuando dos o más personas conciertan para la ejecución de un delito o para resolver ejecutarlo (STS 3901, 2001); hay proposición, cuando una persona extiende la invitación a otra u otras personas para ejecutar un delito (STS 2752, 2007); y finalmente, hay provocación cuando exista incitación mediante medios de influjo a la perpetración de un delito (STS 474, 2014). Todas las resoluciones manifestadas se conciben en función del hecho ilícito que se está preparando. Por esa razón, las resoluciones manifestadas punibles son consideradas tipos dependientes con la cualidad de tipicidad ampliada, ya que abarcan de manera extraordinaria la primera etapa de la fase externa del *iter criminis* de un delito específico. Gracias al reconocimiento excepcional de punibilidad que en estos actos se recoge, es posible que la flagrancia se verifique en cualquiera de ellos, siempre que cuente con sus elementos constitutivos, los cuales se describen más adelante.

La segunda etapa de la fase externa del *iter criminis* trata a los actos de ejecución, los cuales aparecen con la exteriorización del pensamiento a través de acciones con determinado objetivo, es decir que abarca a toda acción u omisión que se encuentren encaminadas a la verificación de un tipo penal. Los actos de ejecución dan inicio a la tentativa lo cual guarda compatibilidad con la existencia de flagrancia; y gracias a la plena exteriorización y materialización, estos actos son plenamente punibles.

1.1.3.2. *Flagrancia impropia*

En la flagrancia impropia tampoco es necesario referirse a la fase interna ya que el principio general sigue siendo el mismo: el pensamiento no constituye delito. Respecto a la fase externa en cambio, se debe recordar que la esencia de la cuasi-flagrancia recae en el hecho de que el autor es sorprendido inmediatamente después de la ejecución del delito,

¹⁶ Jakobs provee directrices como herramienta facilitadora de distinción. Negativas: a) Hay tentativa cuando según el autor la situación se aproxima a la consumación. b) Comportamiento socialmente adecuado puede ser comienzo de la tentativa si según el autor, ha de ser ya la propia acción ejecutiva del tipo. Positivas: a) Proximidad temporal. b) El argumento de la proximidad temporal no es invertible. c) Irrupción del autor en la esfera de protección del atacado.

por lo cual es categóricamente imposible que exista la circunstancia fáctica de “percepción directa” ya que es completamente incompatible con la naturaleza de la figura. En otras palabras, la flagrancia impropia se identifica por el mismo hecho de que un delito ha sido ejecutado con anterioridad, en consecuencia, no existe tentativa sino consumación. Tanto actos preparatorios, punibles o no, como actos de ejecución han llegado a su fin, y solamente allí inicia la persecución que determina la existencia de la cuasi flagrancia.

Es clarificadora la reflexión de Meini respecto del *iter criminis* y su relación con la flagrancia la cual establece que (la flagrancia) “es un concepto que, por un lado, abarca el momento en que el autor o los partícipes están cometiendo el delito, lo que incluye a todos los actos punibles del *iter criminis*. De ahí que los actos de inicio de ejecución (aquellos posteriores a los actos de preparación y con los cuales empieza la tentativa) son actos que también quedan abarcados por el concepto de flagrancia” (Meini Mendez, 2006, pág. 294); a la vez que afirma que lo realizado inmediatamente después a la consumación del delito debe ser incluido en la flagrancia en razón de que ésta abarca todas las actuaciones punibles comprendidas dentro un mismo camino del delito. De esta forma incluye a los dos tipos de flagrancia ya tratados en concordancia con las etapas del *iter criminis*, mencionando a su vez todos los actos punibles.

1.1.3.3. Delitos en relación a su forma de ejecución

Dado que la punibilidad de actos preparatorios constituye una excepción, la flagrancia puede ser reconocida en cualquier ilícito gracias a la identificación del momento de inicio de ejecución.

Partiendo de la clasificación de delitos en relación a su forma de ejecución, encontramos cinco categorías: instantáneo, permanente, continuado, conexo y flagrante (Quisbert, Machicado, & Machicado, s.f., pág. 3). El delito flagrante se incluye como una categoría pero sin menoscabo de ello también puede ser una cualidad presente en las restantes. Sobre la primera categoría, son delitos instantáneos aquellos en los que la violación jurídica del bien jurídico protegido¹⁷ se realiza en el momento de consumación y se extingue en el mismo, de manera que es flagrante el delito en el instante en el que se comete el acto, en el momento en el que se atenta contra el bien jurídico a la vez que se viola el tipo penal. En ese sentido, el delito instantáneo por excelencia es el homicidio.

¹⁷ En sentido político criminal, Mir Puig determina que un bien jurídico puede ser considerado bien jurídico penal cuando tenga suficiente importancia social y requiera de la protección del Derecho Penal.

La segunda categoría consiste en los delitos permanentes, cuya ejecución se prolonga mientras se mantiene la actuación ilícita, como es el típico caso ejemplar del secuestro en donde la privación ilegal de la libertad se extiende en el tiempo. En estos casos, la flagrancia puede darse en cualquier momento de duración del delito dado que la acción es “idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos” (Soler, 1945, pág. 160). No existe instante consumativo sino un estado de consumación que dura en el tiempo.

La tercera categoría es la del delito continuado, aquel en donde hay pluralidad de conductas con un solo propósito unitario. Para que pueda existir un delito continuado se requiere del concierto del aspecto objetivo con el subjetivo; el primero se compone de la homogeneidad del bien jurídico lesionado, de los modos de comisión del delito y de cierta conexión espacial y temporal; y el segundo del dolo conjunto o designio criminal común (García Falconí, 2014, pág. 230). De esta forma, la ejecución del delito continuado se agota en el último eslabón de la cadena de actos ilícitos cometidos, por tanto la flagrancia puede darse en el acto de cometer el último delito ligado a los precedentes, dado que será este el que brinde sentido al nexo de continuación (Brichetti, 1973, pág. 163).

Como cuarta categoría se encuentran los delitos conexos que consisten en diversos actos delictivos vinculados, dado que algunas acciones dependen de otras y algunos resultados derivan de otras acciones (Quisbert, Machicado, & Machicado, s.f., pág. 3). En este tipo de delitos la flagrancia puede darse en cualquiera de los hechos ilícitos que por distintas razones se encuentran relacionados, ya que pueden diferir en espacio y tiempo. Un ejemplo práctico es el provisto por la Corte Suprema de Justicia Colombiana al ratificar en octubre del 2015 la existencia de conexidad entre el delito de tráfico de estupefacientes y el de rebelión, motivándose en el hecho de que el primero financió al segundo (CP142, 2015).

1.1.3.4. Delitos instantáneos de efectos permanentes

El análisis anterior puede cargar una dosis de confusión al enfrentarse ante delitos instantáneos de efectos permanentes, sobre los cuales sostiene Fontán Balestra “[...] son delitos instantáneos cuyo efecto se prolonga indefinidamente en el tiempo” (Fontán Balestra, 1996, pág. 461). Con el ánimo de distinguir entre ambos delitos, Soler expresa que en un delito permanente “todos los momentos de su duración pueden imputarse como

consumación y, cuando eso no pueda hacerse, se tiene, en cambio un delito de efectos permanentes” (Soler, 1945, pág. 160).

Bajo esta línea de pensamiento, la distinción esencial entre los delitos denominados permanentes con los instantáneos de efectos permanentes radica en el concepto de consumación el cual consiste en “una de las fases del delito, que se caracteriza por haber ejecutado el culpable todos los actos para producir como resultado la infracción penal, en forma voluntaria y consciente, y haber logrado su propósito” (Cabanellas de Torres, 2001, pág. 89). Ferreira esclarece el tema explicando concisamente que mientras en los delitos permanentes la consumación se mantiene durante la permanencia de la acción delictiva, en los instantáneos de efectos permanentes en cambio, lo que subsiste es la situación antijurídica (Ferreira de Abreu, 2007, pág. 40).

Con situación antijurídica, cabe aclarar, no nos referimos a las consecuencias o daños que del actuar delictivo resultan. De ser así el homicidio también sería un delito instantáneo de efectos permanentes por el hecho de que la víctima jamás dejará de estar muerta, ergo las secuelas o efectos dañosos del hecho punible se mantienen permanentemente en el tiempo. Así lo ha entendido Romero quien expone “algunos delitos instantáneos tienen efectos que se prolongan indefinidamente en el tiempo: son los llamados delitos instantáneos de efectos permanentes (v. gr., el homicidio). En estos no es la acción consumativa la que se prolonga, como en los permanentes, sino solo los efectos del delito” (Romero Soto, 1969, pág. 327). También Maggiore se acoge a este criterio, quien expresa “casi todos los delitos instantáneos tienen efectos permanentes, es decir, consecuencias dañosas, más o menos irreparables, que sobreviven a la consumación del delito...” (Maggiore, 1954, pág. 298).

Pero, discrepando con Romero y Maggiore, al referirnos a antijuridicidad se pretendeN expresar las circunstancias contrarias a derecho en las que se encuentra el autor del delito ya consumado; en otras palabras, al estado prohibido por el derecho en el que el mismo autor se ha involucrado por haber consumado el delito.

No existe acuerdo doctrinario respecto de la distinción, pero por razones académicas es de gran relevancia la reflexión que la adopción de esta corriente de pensamiento implicaría.

Rives plantea como casos de delitos permanentes al secuestro y a la desaparición forzada de personas, actos cuya consumación existe desde la extracción de la víctima hasta la liberación del secuestrado en el primer caso, y hasta que aparezca la víctima en el segundo. En cambio, como delitos de consumación instantánea de efectos permanentes, son ejemplos válidos aquellos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibido, como suelen ser las armas, explosivos y sustancias estupefacientes y/o psicotrópicas (Rives Seva, 1999, pág. 406).

Específicamente sobre la tenencia, detención o posesión de sustancias, son delitos que se verifican por el hecho de portar determinado material. Tratan en esencia, de una relación antijurídica entre el sujeto-portador y el objeto-materia, relación que surge en el momento en el que la sustancia ingresa al dominio de determinada persona, instante que a su vez constituye la consumación del delito (Ferreira de Abreu, 2007, pág. 48). Tal ingreso no se ejecuta de manera constante como para que la tenencia sea considerada un delito permanente sino que se cumple una sola vez: la acción está completa en el instante en el que el sujeto toma el objeto ilícito y lo porta, lo carga, lo lleva consigo. Es indiscutible el nexo antijurídico que, entre sujeto y objeto ilícito, se mantiene en el tiempo; pero es un error el percibir al hecho de que el material ilícito siga siendo portado por el sujeto como noción de permanencia de consumación del delito y no de antijuridicidad. Es necesario distinguir que la cualidad extendida en el tiempo es de los efectos antijurídicos del delito ya consumado, y no de la consumación misma.

Como consecuencia, el delito de tenencia, posesión, o detención de sustancias sujetas a fiscalización destaca por la particularidad de que, sin perjuicio de sus efectos permanentes en el tiempo, no podría ser objeto de flagrancia. A breves rasgos, dos razones principales para respaldar nuestra afirmación: la primera, expuesta por Ferreira quien determina que el acto ilícito que se está tratando pierde la cualidad de actual en el mismo instante en el que se realiza (Ferreira de Abreu, 2007, pág. 47), por tanto la tenencia de sustancias pierde de entrada la posibilidad de contar con el elemento sorpresa del delito que se está cometiendo (esencial en la flagrancia como se explica más adelante) e incluso el que acaba de cometerse, pues los efectos permanentes de antijuridicidad solamente pueden ser descubiertos gracias a una indagación o investigación inicial que conlleva a la percepción sensorial posterior del ilícito, algo incompatible con la flagrancia¹⁸. La segunda razón,

¹⁸ Algunos autores discrepan, como por ejemplo Mir Puig quien expone que “la flagrancia existe mientras dura la permanencia”, pero se refiere a la permanencia del estado antijurídico confundiéndolo como estado de consumación, por lo cual debemos acordar con Ferreira.

expuesta por De Hoyos, versa sobre la urgente necesidad de intervención (otro elemento esencial de la institución de flagrancia) en virtud de que la mera tenencia o posesión no implica lesión inminente de especial gravedad del bien jurídico salud pública (delito de peligro abstracto) (De Hoyos, 2001, pág. 144).

1.1.4. *Aprehensión*

Como aproximación final al concepto de flagrancia, además de la visibilidad del delito cometido, muchos autores optan por incluir a la aprehensión del autor de la infracción dentro del concepto de flagrancia, es decir la captura del autor del delito y su entrega a las autoridades competentes. Garraud es uno de ellos cuando señala como impropia la diferenciación de los delitos como flagrantes y no flagrantes puesto que todos tienen la cualidad de ser actuales en el instante en el que se comenten y todos pierden esa cualidad una vez concluido su hacer; pero que lo relevante en el proceso penal consecuencia de la infracción es conocer si el autor o sujeto activo ha sido atrapado en el acto (Garraud, 1989, pág. 165). Goldstein acata esta corriente al postular que la flagrancia es la calificación que se le brinda a aquel delito “que se descubre en el momento de su realización o apenas terminada su ejecución, sin que haya podido huir su autor” (Goldstein, 1983, pág. 213).

Sin embargo, abarcar a la aprehensión dentro del concepto de flagrancia es discutible por el hecho de que implica una ampliación dogmática innecesaria a la naturaleza de la institución. La aprehensión es una limitación de derechos fundamentales (específicamente de la libertad ambulatoria) legitimada en el entorno jurídico por la flagrancia; es esta la circunstancia habilitante para que sea posible la limitación de derechos fundamentales, en este caso de la libre circulación o libertad ambulatoria, pero no es la única. Existen otras restricciones de derechos que pueden concebirse gracias a la existencia del supuesto de hecho fundamentado que es la flagrancia. La excepción a la inviolabilidad de domicilio y la admisión en un centro de privación de libertad sin orden escrita de autoridad competente son algunas de ellas. Resulta obvio que la flagrancia de un delito es vana sin que se cuente con la inmediatez del presunto autor del ilícito para dar inicio al proceso penal, pero tanto la aprehensión como otras formas de delimitar derechos fundamentales son consecuencias directas e inmediatas de la flagrancia, sin que formen parte de ella.

Bajo esta misma línea, recalamos que es en aras de la necesidad de proteger un inminente ataque a un valor jurídico protegido que la flagrancia concibe la posibilidad de

acudir a la restricción de derechos fundamentales. De allí la naturaleza extraordinaria de la institución pues consiste en una excepción al régimen ordinario de vigencia y ejercicio de determinados derechos fundamentales, excepción que se abstiene del desenvolvimiento de un craso proceso penal para la limitación de los mismos.

Un proceso penal flagrante abre posibilidades inimaginables en el campo procesal penal bajo circunstancias normales pues “solo aquí cabe la proximidad de una condena sin las <<externalidades>> propias del procedimiento penal ordinario, tales como el legítimo derecho a recurrir, presentar incidentes o solicitar la revisión de medidas cautelares en audiencia” (Paladines, 2013, pág. 148). La ausencia del correspondiente control jurisdiccional reclama que la flagrancia se rijan por la estrecha relación existente entre el Principio de Legalidad (del cual se deriva el sub-principio de máxima taxatividad legal), el cual constriñe al legislador a agotar los recursos técnicos para que la redacción de la norma no de lugar a dubitaciones; y el Principio de Interpretación Restrictiva de la Norma Penal, que prohíbe tajantemente la analogía. El Tribunal Supremo Español se ha manifestado en este sentido asentando que “el concepto de delito flagrante [...] al ser una excepción al régimen normal de operatividad de un derecho fundamental, debe ser objeto de interpretación restrictiva” (STS RA/2645, 1990).

La flagrancia consiste en la apreciación o deducción inequívoca del cometimiento de una infracción por determinada persona, por lo que debemos distinguir la mera *notitia criminis* (es decir el mero conocimiento, sospecha o señal de que una infracción ha sido cometida) de la genuina percepción del delito; ya sea en una parte del proceso de ejecución, o en su defecto, en la perpetración ya consumada (cuasi-flagrancia). Esta distinción es decisiva en el plano de convivencia entre la legalidad en referencia a la norma adjetivo-penal y la constitucional que consagra al debido proceso.

La confusión entre *notitia criminis* y flagrancia implica una serie de consecuencias jurídicas perjudiciales de derechos reconocidos en la Constitución; ya sea en forma de quebrantamiento directo o como una mutación de la figura por su interpretación, el yerro resquebraja la valla constitucional de protección ciudadana al permitir la limitación de derechos sin estar fáctica y jurídicamente justificada.

Como respaldo a la inquietud expuesta sobre el desacierto respecto a flagrancia y a *notitia criminis*, la situación española entre 1992 y 1993 resulta de lo más ilustrativa. Posterior a la emisión de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, surge en España un potente debate respecto de un artículo específico de la ley (Art. 21,2, LOPC) emitida en el año 1992, el cual describía a la flagrancia delictiva. El debate se centra especialmente en la interpretación de la terminología específica utilizada, en razón de que la ley permitía obviar el derecho a la inviolabilidad del domicilio en caso de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tuviesen “conocimiento fundado” que llevase a éstos a la “constancia” de que se está cometiendo o que se acaba de cometer algún delito en materia de drogas. “Conocimiento fundado” y “constancia” fueron los conceptos duramente atacados por el grado de incertidumbre que proclamaban ya que no exigen la real percepción del delito (flagrancia propia) ni la deducción inequívoca (flagrancia impropia); sino que podía darse la posibilidad de tomar en cuenta datos que lleven a la creencia de que existe un delito (*notitia criminis*), o que fuerzas de seguridad creen sospechas en base a investigaciones previas. Eran claramente las fuerzas de seguridad internas quienes podían contar con la discrecionalidad de hacer uso o no del artículo pertinente. El Tribunal Constitucional Español, reaccionando diligentemente ante la situación social causada por la norma, emitió en 1993 la STC 341/1993 declarando su inconstitucionalidad.

En España, la situación no tuvo mayor incidencia en la afectación de derechos fundamentales. Datos e informes emitidos por el Ministerio del Interior referentes al primer y único año de vigencia de la ley son evidencia de ello, las cuales exponen que solo un 3.4% de entradas domiciliarias fueron ejecutadas sin orden judicial. Pero, muy aparte de este hecho es menester insistir en que la garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de cada estado y en tratados internacionales no puede ni debe quedar a disposición de la buena fe de la administración; ello es algo inconcebible en un estado de derecho. La verificación rigurosa y restrictiva de la institución de flagrancia evita abusos por parte del estado en el ejercicio del poder punitivo del cual es titular; reiterando que entendemos al *ius Puniendi* como facultad sancionadora del estado, como “poder de vigilancia que tiene el estado sobre sus asociados” (Zaffaroni, 1992, pág. 7).

1.1.5. Naturaleza

Tomando como referencia el concepto provisto por Londoño, quien ilustradamente determina que para que haya flagrancia “el supuesto violador de la norma penal tiene que poner en ejecución su acción, y esta debe ser objetivamente interrumpida o puesta en

evidencia después de su consumación sin ninguna dilación” (Paladines, 2013, pág. 155), se extraen las cualidades propias de la figura de flagrancia.

- a. Primero, la sorpresa del autor del delito por la percepción directa y efectiva de la situación flagrante (Ferreira de Abreu, 2005, págs. 181-209), la cual se refiere a la advertencia de la comisión de un hecho presuntamente delictivo por parte de terceros. Lo que hace de la flagrancia determinante es la situación real de sorpresa o percepción del autor cometiendo el delito, o acabando de cometerlo (flagrancia impropia) que brinde la noción de actualidad del hecho punible y la justificada atribución de ese hecho a un sujeto determinado.

En este punto, destaca la importancia de objetividad del agente externo que sorprende al presunto autor del delito. En primer lugar, la percepción de la situación flagrante no puede constituirse bajo una percepción presuntiva o sospecha; por ello, la distinción entre la estimación y la efectiva percepción es clave. En las mismas definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se evidencia que la estimación¹⁹ y la sospecha²⁰ son actos subjetivos que no cuentan con plena certeza. La ausencia de certidumbre o exactitud respecto de la vinculación entre determinado sujeto y determinado delito hace que la relación entre ambos se base en meras presunciones que distan mucho de percepción efectiva directa y efectiva, como el primer elemento de flagrancia exige. En el caso especial de la flagrancia impropia, dado que la percepción directa no cabe en su manifestación, la certeza se encuentra en la presunción normativa que la ley brinda cuando se dan circunstancias específicas, taxativamente reconocidas.

En segundo lugar, así como la flagrancia no puede surgir de la sospecha o presunción, tampoco puede surgir del conocimiento previo acerca de la comisión del delito, dado que ello eliminaría el requisito de sorpresa necesario para configurarse. Por ello, hemos reflexionado previamente sobre la posibilidad de que coautores, cómplices, y encubridores puedan ser agentes externos que perciban el delito. En el caso de cómplices y coautores, ambas formas de participación requieren del conocimiento previo acerca de la comisión del delito, descartando la sorpresa, el flagro; pero incluso en casos en los que alguno de los partícipes decide detener el cometimiento o evitar el delito no se configuraría flagrancia, sino el desistimiento o el arrepentimiento eficaz

¹⁹ Estimación: 1. f. Aprecio y valor que se da y en que se tasa y considera algo.

²⁰ Sospecha: 1. tr. Imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o indicios.

dependiendo el momento en el que se realice, a favor de uno o de todos (dependiendo el caso). En el caso de la víctima la situación es distinta, pues se trata de una persona sobre la cual recae el acto ilícito que se está cometiendo, es decir que es completamente incapaz de sorprender al autor en la perpetración de la infracción dado que la está viviendo al constituirse como sujeto pasivo o incluso objeto de la misma; no puede sorprender al autor del delito porque el autor requiere de la víctima para que exista el delito. Finalmente, el caso del encubridor se ha estudiado bajo dos teorías fundamentalmente²¹, sin embargo, en ambas se ha descartado la posibilidad de que sea un agente descubridor de la falta flagrante.

Por lo expuesto concluimos que la participación de los agentes expuestos es incompatible con la naturaleza de flagrancia; no obstante, en la práctica, determinados estados la han legitimado. Un ejemplo notorio lo brindó la Cámara de Crimen porteña (Buenos Aires, Argentina) que manifestó en el año 2010 que tanto particulares como víctimas podían valerse de la figura para aprehender a los autores de delitos flagrantes sin necesidad de orden judicial (Diario 26, 2010).

En tercer lugar, sobre la existencia de investigaciones policiales en las cuales se realizan operativos con el solo ánimo de encontrar a presuntos delincuentes en determinadas circunstancias incriminatorias, insistimos en que no son en realidad situaciones flagrantes. Primero porque la sorpresa es construida y por tanto ficta; y segundo, porque el hecho de que exista una sospecha sobre la comisión de delitos en base a la cual se instale un operativo policial ya constituye una fase investigativa previa, algo incompatible con el concepto de flagrancia que se basa en la pura espontaneidad de la situación, casualidad, incluso azar.

- b. Segundo, la inmediatez, la cual deriva en los campos temporal y espacial. La inmediatez temporal hace referencia al tiempo transcurrido a partir de la comisión del delito. El elemento central de esta cualidad (el tiempo) requiere que el delito se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en el que se percibe o percata su perpetración. Resulta decisivo que el transcurso de tiempo entre la ejecución del delito y

²¹ Primera teoría: Para que un sujeto se constituya como encubridor se requiere de un delito ejecutado previamente por un sujeto distinto, el encubridor es dependiente del delito principal. Cuando el encubridor entrega al autor del delito principal pierde su calidad de encubridor, pues no lo ha ocultado, convirtiendo la situación en algo imposible.

Segunda teoría: El encubrir a un sujeto por un delito previamente ejecutado hace del encubrimiento un delito autónomo, pues la finalidad es distinta. Pero en el momento en el que el encubridor pretende delatar al autor, éste podría hacer lo propio al delatarlo por encubrirlo en primer lugar, creándose así una muerte cruzada perpetua, causando improcedencia de flagrancia.

su descubrimiento sea nulo, o en su defecto, no extenso, de manera que sea sustentada la atribución de los hechos a un sujeto determinado (STC 2845, 1996).

La inmediatez personal por su parte, hace referencia a la necesidad de proximidad del presunto autor con el hecho punible, y puede manifestarse de varias formas: la cercanía del presunto autor con el lugar de los hechos, es decir su presencia en donde se cometió el delito; el hallazgo del presunto autor en posesión de objetos relacionados con el ilícito; o el descubrir en el presunto autor huellas que revelen que cometió el hecho punible. Lo relevante es que cualquiera de estas circunstancias proclame la directa participación del presunto autor en la perpetración del delito (STC 2845, 1996). Este ámbito de inmediatez tiene especial relevancia en el caso de la cuasi-flagrancia: dado que su naturaleza versa de la flagrancia propia, cuya necesidad temporal le es inherente, en la cuasi-flagrancia la inmediatez personal es la que prevalece.

- c. Tercero, la necesidad y a la urgencia de intervención “entendida como premura de acción por la situación flagrante” (Ferreira de Abreu, 2007, pág. 35). En directa relación con la inmediatez de la cual surge el conocimiento directo del delito, surge la necesidad de una intervención apremiante basada en dos razones principales: la primera, por la posibilidad de detener la ejecución del delito que se está cometiendo, o en su defecto el agotamiento de aquel que se acaba de cometer; y la segunda, para que el objetivo de evitar la huida del autor del delito tenga mayores posibilidades de tener éxito. De allí la necesidad de omitir el requerimiento normativo de poseer orden judicial de autoridad competente para realizar la aprehensión, y de abrir la posibilidad de que cualquier persona pueda llevar a cabo la aprehensión del autor.

Consecuentemente, la concurrencia de las tres esferas descritas en un hecho punible determinado constituyen flagrancia; su verificación requiere de una valoración global. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo Español junto con el Tribunal Constitucional Español, órganos que han agrupado los elementos dentro de las categorías de notas sustantivas y adjetivas de la circunstancia de flagrancia, siendo las primeras la inmediatez temporal y personal; y las segundas, la percepción directa y la necesidad urgente de intervención²².

²² Cfr. STS de 1 de abril de 1996 (RJ 1996, 2845); STS de 28 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10321); y STS de 29 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2467).

La ausencia de alguna de las esferas tiene como consecuencia la imposibilidad de utilizar la figura de flagrancia para la restricción de derechos fundamentales; esa es la teoría. Pero siendo realistas y es menester dar por sentado que existen casos en los que, en ausencia de flagrancia, se ejecutan limitaciones de derechos que por ella se habilitan, y no deteniéndose allí, muchas veces la violación de derechos se extiende hasta darse la calificación de flagrancia por autoridad competente pese a la inexistencia de la misma. Tales situaciones son ilegítimas, inconstitucionales, y contrarias a tratados internacionales de derechos fundamentales. En ese sentido se ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmando que la flagrancia no debe presuponerse, pues no existe obviedad en ello, sino que debe ser debidamente justificada y posteriormente acreditada por autoridad competente. En esa forma y sentido se ha pronunciado en casos como *Gutiérrez Soler vs Colombia* (*Gutiérrez Soler vs Colombia*, 2005) y *García Asto y Ramírez Rojas Vs Perú* (*García Asto y Ramírez Rojas vs Perú*, 2005).

Concluimos con este tema manifestando que algunos autores y órganos jurisdiccionales han optado por omitir el requerimiento de percepción directa y efectiva de la situación flagrante reconociendo solamente en sus conceptualizaciones a la inmediatez temporal y a la inmediatez personal (las cuales al concurrir crean la urgencia de intervención (Molina, 2004, pág. 150) (Torres Manrique, 2015, pág. 36) (HC 0813, 2014); pero consideramos son los elementos descritos los factores esenciales que configuran la institución de flagrancia.

1.2. Elementos constitutivos en la esfera normativa ecuatoriana

La flagrancia tiene como origen normativo los artículos 66 y 77 de la Constitución los cuales recogen y se refieren a derechos y garantías previstas para el goce y ejercicio por parte de la ciudadanía. En el caso del artículo 66, la Constitución trata a la flagrancia en su numeral 22 en el cual describe el derecho a la inviolabilidad de domicilio “salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley”. En el mismo sentido, los numerales 1 y 2 del artículo 77 de la carta magna declaran que la privación de libertad y el ingreso a un centro de privación de libertad serán aplicadas siempre que se proceda con orden escrita de juez competente, exceptuándose este requisito en los casos de delito flagrante.

Legalmente, estos y otros derechos pueden restringirse mediante crasos procedimientos penales, pero el caso particular del flagrante permite que esa limitación sea casi inmediata

gracias al uso de un procedimiento excepcional que obvia los tramites burocráticos a los que si están sujetos los procedimientos ordinarios.

1.2.1. Derechos restringidos por la institución de flagrancia

Por el tratamiento conciso que la flagrancia tiene en la Constitución, es la ley la que determina su alcance y limitaciones. El COIP se encarga de determinar lo que constituye flagrancia enunciando en su articulado 527 que “Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida”. De esta manera, la existencia de la flagrancia permite la limitación de derechos en la forma en la que la norma penal y la Constitución lo prescriben. Aquellos derechos que se ven limitados son:

a. La libertad individual: libertad ambulatoria

La libertad individual abarca numerosos aspectos de ejercicio u goce a favor de los individuos. También denominada seguridad personal, comprende un catálogo de derechos que respaldan a todo individuo frente a posibles ataques por parte del estado, el cual actúa con el propósito de defenderse a sí mismo y a la armonía existente en las relaciones que la ciudadanía mantiene dentro sí.

El artículo 7 de la Convención Americana de Derecho Humanos (CADH) define a la libertad personal como derecho esencial de los seres humanos solamente legítimamente restringible cuando se ejecuta en coherencia con el principio de *Juridicidad In Genere*²³, fundamento clave del estado de derecho²⁴. En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) prescribe en sus artículos 3 y 9 que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” y que "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado" respectivamente. De esta forma, solamente mediante los preceptos establecidos en la

²³ Principio que se descompone a su vez en el de constitucionalidad y de legalidad, los cuales promulgan la obligación del estado de atenerse y actuar solamente conforme se lo faculta el ordenamiento jurídico.

²⁴ Especificación requerida, en virtud de que otras modalidades de estado no recogen el principio de Juridicidad in genere.

Constitución y en la legislación interna correspondiente, en coherencia con las circunstancias específicas de cada caso, el estado está autorizado a limitar la libertad personal de una persona cuando se hallen elementos contundentes y normas aplicables que vinculen ineludiblemente al sujeto perseguido con determinado acto ilícito. Solamente así la captura no es arbitraria.

En el rango constitucional, la libertad individual (abarcando a la libertad ambulatoria) en parte consiste en el derecho a “transitar libremente por el territorio nacional, y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país”²⁵. Como consecuencia, en todo proceso penal “la privación de la libertad no será la regla general [...]”, y “procederá por orden escrita de juez competente”, al igual que la admisión en un centro de privación de libertad, pero en ambos casos existe la única excepción del delito flagrante²⁶. La libertad ambulatoria puede ser legalmente restringida en varias circunstancias, como la detención previa orden de captura o la pena condenatoria con pena restrictiva de la libertad por ejemplo; pero la aprehensión es una situación excepcional por no exigir más requisitos que la existencia de flagrancia.

El COIP determina que tanto los servidores de la Policía Nacional, los del organismo competente en materias de tránsito, los miembros de las fuerzas armadas, como cualquier persona particular puede realizar la aprehensión²⁷ del presunto autor del delito flagrante que sea de acción pública para entregarlo a la respectiva autoridad competente, que es la Policía Nacional²⁸. En este orden de ideas, el primer derecho restringido es el de la libertad ambulatoria por el ejercicio de la facultad de aprehensión por flagrancia por parte de la sociedad civil o autoridades de la Policía, de Tránsito y Fuerzas Armadas.

b. Inviolabilidad del domicilio

El domicilio consiste en el lugar de permanencia del individuo y se encuentra en directa relación con el derecho al hábitat y a la vivienda. La inviolabilidad de domicilio se

²⁵ Artículo 66, numeral 14, CRE.

²⁶ Artículo 77, numerales 1 y 2, Id.

²⁷ Aprehensión entendida como sometimiento o captura únicamente en casos de flagrancia, sin confundirla con una medida cautelar, ni con la detención la cual únicamente requiere orden previa expresa de detención emitida por juez competente. Ver Vaca Andrade, 2015, pág. 23.

²⁸ Artículos 526 y 528. COIP.

encuentra reconocida en la Constitución como la prohibición de entrar o irrumpir, inspeccionar o registrar determinado domicilio de una persona sin su debida autorización o en su defecto, sin orden judicial. Esta es la regla general y su consecuente excepción es el delito flagrante. Existen discusiones dogmáticas respecto al concepto de domicilio en el campo constitucional, pero en general se constituye como un espacio de protección de las personas que solamente puede ser violentado para determinados fines, como lo sería la persecución ininterrumpida del presunto autor de un delito. El derecho a la inviolabilidad del domicilio, además de la protección que por sí mismo constituye, también es un elemento importante de protección de otros muchos derechos, como a la intimidad y a la propiedad. Así lo expone la DUDH, que en su artículo 12 determina que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia [...]”; en concordancia con ello, la CADH postula en el numeral segundo de su artículo 11 que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, *en su domicilio* o en su correspondencia [...]” (cursivas propias).

c. Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se compone de una serie de barreras que permiten el libre desenvolvimiento de acciones u omisiones de las personas en un ambiente privado. Una de las barreras como ya hemos mencionado, es el derecho a la inviolabilidad del domicilio, dado que es en el interior del hogar y la privacidad que representa donde la persona se desenvuelve con libertad y realiza cualquier necesidad o caprichos. La posibilidad de que este derecho se vea afectado en su ejercicio tiene que ver con las consecuencias de la circunstancia excepcional de flagrancia, gracias a la cual el interés público de responder ante un ataque a bienes jurídicos protegidos prevalece ante el derecho individual. De acuerdo con Morales Godo “existe una diversidad de definiciones provenientes tanto del sistema del *common law* como de nuestro sistema romano germánico, según los cuales el contenido de este derecho es diverso”, pero “la definición debe girar en torno a la protección de la esfera de nuestra existencia que la persona reserva para sí misma, libre de intromisiones, tanto de particulares como del Estado” (Morales Godo, 2008, pág. 118). De esta manera se encuentra en estrecha relación con muchos otros derechos expresamente reconocidos a nivel constitucional e internacional. Algunos derechos conexos son: libre desarrollo de la personalidad,

práctica de creencias o religión, libertad sexual, y el derecho a una vida digna que asegura el descanso y el ocio, entre otros.

d. Derecho a la propiedad

La propiedad es otra esfera afectada por la flagrancia. En casos determinados, la diligencia de la policía puede incluir el comiso, el secuestro, la incautación, y/o la retención de bienes. La DUDH protege a la propiedad en los dos numerales de su artículo 17: “Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente”, y “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad” respectivamente. Asimismo se manifiesta la CADH reconociendo en su artículo 21 el derecho a la propiedad privada.

La Constitución ecuatoriana especifica que se protege la propiedad en todas sus formas y que el derecho cuenta con una función de responsabilidad social y ambiental que se hace efectivo a través de la adopción de políticas públicas, entre otras medidas. Por tanto, y al igual que los otros derechos mencionados, la propiedad se ejerce en armonía con el bien común, bajo los límites de la norma y solamente puede ser restringida con el ánimo de proteger un interés social superior, como lo es el vinculado al delito flagrante.

1.2.2. *Flagrancia en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*

Como concepto legal, la flagrancia no cuenta con una norma que la defina con claridad, por lo que las referencias que tanto la Constitución como el COIP hacen respecto de ella deben ser complementadas y entendidas acudiendo a la doctrina y a la jurisprudencia.

El COIP reconoce a la figura estricta o flagrancia propia y a su mutación (por persecución ininterrumpida o hallazgo de armas, instrumentos, huellas, etc., relativas a la infracción) o cuasi-flagrancia.

(COIP) Art. 527.- Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida. [...]

Como primera consecuencia procesal, la figura de flagrancia implica especial urgencia de intervención por la situación, razón por la cual el mismo cuerpo normativo determina que cualquier persona tiene la facultad de aprehender al presunto autor de la falta flagrante, ya sea en el instante de comisión del delito o en un momento posterior al mismo, gracias a la persecución ininterrumpida y/o al hallazgo de los ya referidos objetos y/o huellas.

Esto se exceptúa respecto del ingreso al domicilio, caso en el cual solamente autoridades de la Policía Nacional o de tránsito podrán hacerlo con el solo propósito de ejecutar la aprehensión.

(COIP) Art. 526.- Cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional.

Las y los servidores de la Policía Nacional, del organismo competente en materia de tránsito o miembros de las Fuerzas Armadas, deberán aprehender a quienes sorprendan en delito flagrante e informarles los motivos de su aprehensión. En este último caso deberán entregarlos de inmediato a la Policía Nacional.

Las o los servidoras de la Policía Nacional o de la autoridad competente en materia de tránsito, podrán ingresar a un lugar cuando se encuentren en persecución ininterrumpida, para el solo efecto de practicar la respectiva aprehensión de la persona, los bienes u objetos materia del delito flagrante.

A la par con ello, el COIP también extiende la facultad de aprehensión a otros agentes, como el Personal del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses y servidores encargados de la entrega vigilada; pero falla al no reconocer a la Policía Aduanera, otra autoridad importante que puede actuar en casos flagrantes. Así, por la urgencia de intervención, la ley brinda a determinadas autoridades y a personas particulares la facultad de aprehender al autor que está cometiendo uno.

(COIP) Art. 449.- Atribuciones.- Son atribuciones del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses: [...] 4. Aprehender a las personas sorprendidas en delito flagrante, a quienes les comunicará sus derechos, elaborará el parte correspondiente y la persona aprehendida, quedará inmediatamente, a órdenes del órgano judicial competente.

(COIP) Art. 486.- Procedimiento para la entrega vigilada.- [...] Sin perjuicio de lo anterior, en los casos de peligro antes indicados, las y los servidores encargados de la entrega vigilada o controlada están facultados para aplicar las normas sobre detención en flagrancia.

El COIP ha recogido adicionalmente, circunstancias denominadas flagrancia asimilada (Vaca Andrade, 2015, pág. 27) que son legítimamente susceptibles de aprehensión por cualquier agente, pero que no necesariamente contienen los elementos constitutivos de flagrancia a los que ya nos hemos referido.

(COIP) Art. 528.- Agentes de aprehensión.- Nadie podrá ser aprehendido sino por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo, salvo el caso de flagrancia, de conformidad con las disposiciones de este Código.

Sin embargo y además del caso de delito flagrante, cualquier persona podrá aprehender:

- 1. Al que fugue del establecimiento de rehabilitación social en el que se halle cumpliendo su condena, detenido o con prisión preventiva.*
- 2. A la persona procesada o acusada, en contra de quien se ha dictado orden de prisión preventiva o al condenado que está prófugo.*

Si el aprehensor es una persona particular, deberá poner inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente policial.

Como resultado, la flagrancia es de alto interés social. Su impacto desemboca en la percepción que la comunidad tiene de seguridad; pero también es de alta relevancia para autoridades policiales y del ministerio público ya que son éstas las primeras encargadas de calificar la existencia de flagrancia.

La segunda consecuencia procesal de la flagrancia, es que una vez que los agentes han ejecutado la aprehensión, deben poner al aprehendido a disposición de las autoridades competentes para que estas informen a fiscalía, al organismo judicial y a la defensa pública o privada, de manera que se instale la audiencia de calificación y se verifique la legitimidad de lo actuado hasta entonces.

(COIP) Art. 444.- Atribuciones de la o el fiscal.- Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes: [...]
9. Disponer que la persona aprehendida en delito flagrante sea puesta a órdenes del órgano judicial correspondiente, a fin de que resuelva su situación jurídica dentro de las veinticuatro horas desde que ocurrió la aprehensión.

(COIP) Art. 529.- Audiencia de calificación de flagrancia.- En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente.

La calificación de flagrancia constituye el paso esencial dentro del campo procedimental penal en base al cual se determina la legitimidad del supuesto de hecho de flagrancia, así como la aprehensión efectuada en base a ella. En la audiencia inicia el proceso, ya inmiscuido en el aparataje judicial penal, en el cual tanto las autoridades competentes como los profesionales que en él se desenvuelven tienen la responsabilidad de actuar de manera proba de acuerdo a lo que exija su rol en el proceso penal, cualquiera sea este.

1.2.3. Límites normativos de la flagrancia

Las menciones a la flagrancia en la Constitución son los dos únicos límites que la figura tiene en la carta magna. A partir de allí, los elementos normativos limitantes con los que cuenta la institución se encuentran determinados por las normas penales y procesales penales establecidas en el COIP.

La primera limitación a la figura consiste en los derechos fundamentales reconocidos nacional e internacionalmente. Su existencia implica: primero, la aplicación directa e inmediata de la Constitución e instrumentos internacionales respecto de derechos humanos; y segundo, el cumplimiento de las disposiciones internacionales a través de reparaciones individuales y del sostenimiento de un derecho interno acorde a ellos. Esto en concordancia con el principio de mínima intervención penal, descompuestos en el principio de subsidiariedad²⁹ y en el principio de fragmentariedad³⁰.

(COIP) Art. 2.- Principios generales.- En materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los desarrollados en este Código.

(COIP) Art. 3.- Principio de mínima intervención.- La intervención penal está legitimada siempre y

²⁹ El Derecho Penal solamente se involucra en caso de fallar todas las otras barreras jurídicas de protección de derechos.

³⁰ El Derecho Penal solamente tipifica los ataques más graves a bienes jurídicos protegidos, no a todos.

cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

La dignidad humana de todas las personas es un limitante para el ejercicio del poder punitivo del estado. El concepto de dignidad es diverso, pero en sentido estricto no se constituye como un derecho humano más sino que es fuente primordial de derechos fundamentales a la vez que éstos concretados permiten su existencia. En palabras de Hernán Salgado, la dignidad “viene a ser el resultado final, el corolario de un haz de derechos” (Carbonell, Carpizo, & Zovatto, 2009, pág. 982). Normativamente, la Constitución es la norma que la ha recogido³¹.

(COIP) Art. 4.- Dignidad humana y titularidad de derechos.- Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales. Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos. Se prohíbe el hacinamiento.

El segundo límite se refiere a las garantías específicas que las personas tienen en caso de verse privadas de su libertad. En general, alude a casos en los que existe orden de detención y sentencia condenatoria pero la aprehensión también es una situación legítima de privación de libertad por lo que todos esos derechos y garantías también aplican. En el proceso penal del delito flagrante, además de la conocida “etapa previa” que es la indagación, el proceso se concibe gracias a la aprehensión del presunto autor del delito junto con la posterior entrega y puesta a disposición a autoridades competentes; por tanto, desde ese primer momento todo acto debe practicarse de acuerdo a la ley y Constitución.

(COIP) Art. 6.- Garantías en caso de privación de libertad.- En todo proceso penal en el que se prive de la libertad a una persona, se observarán las garantías previstas en la Constitución y a más de las siguientes: 1. En delitos flagrantes, la persona será conducida de inmediato ante la o el juzgador para

³¹ Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte. 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes. d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.

la correspondiente audiencia que se realizará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión. 2. En el caso de contravenciones flagrantes, la audiencia se efectuará inmediatamente después de la aprehensión.

(COIP) Art. 12.- Derechos y garantías de las personas privadas de libertad.- Las personas privadas de libertad gozarán de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos [...].

El tercer límite recae específicamente en los plazos determinados para la institución de flagrancia. “De inmediato”, “inmediata” e “inmediatamente” son algunas expresiones utilizadas a lo largo del código, que a pesar de tener la similitud de referirse a un plazo corto de tiempo no determinan el lapso específico. A partir de otras normas entendemos que el mismo COIP nos expone que en caso de delitos flagrantes el parámetro de inmediatez es de veinticuatro horas, tanto para determinar el plazo máximo de la persecución ininterrumpida, como para entregar a la persona aprehendida a las autoridades judiciales y para que se realice la audiencia de calificación de flagrancia.

De ello desprendemos que a partir de la comisión del delito se cuenta con un límite de veinticuatro horas para aprehender al presunto autor. A partir de la aprehensión se reinicia el reloj, hay un nuevo límite de veinticuatro horas en las que: primero, se pone al aprehendido en manos de la autoridad policial; segundo, la autoridad policial redacta el parte informativo describiendo las circunstancias que llevaron a la aprehensión; tercero, se informa a la autoridad judicial, al fiscal de turno y a defensa sobre el caso; y cuarto, se realiza la audiencia de calificación de flagrancia. Como consecuencia, se desprovee de valor todo acto excedido en los plazos y es ilegal la aprehensión realizada fuera de los parámetros establecidos por la norma.

(COIP) Art. 527.- Flagrancia.- [...] No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.

(COIP) Art. 529.- Audiencia de calificación de flagrancia.- En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente.

(COIP) Art. 574.- Reglas.- Las actuaciones procesales se desarrollarán de acuerdo con las siguientes reglas: [...] 3. Las audiencias de formulación de cargos originadas en casos de infracción flagrante, deberán realizarse respetando estrictamente los plazos determinados expresamente en este Código. Podrán realizarse fuera del horario judicial. 4. El Consejo de la Judicatura garantizará que para el caso de infracciones flagrantes, la justicia penal funcionará las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana. Para el efecto, establecerá un sistema de turnos o mecanismos eficientes que aseguren la presencia inmediata de los sujetos procesales.

(COIP) Art. 592.- Duración.- En la audiencia de formulación de cargos la o el fiscal determinará el tiempo de duración de la instrucción, misma que no podrá exceder del plazo máximo de noventa días. De existir los méritos suficientes, la o el fiscal podrá declarar concluida la instrucción antes del vencimiento del plazo fijado en la audiencia.

Son excepciones a este plazo las siguientes: [...] 2. En todo delito flagrante la instrucción durará hasta treinta días.

Finalmente, existen otras limitaciones que, en relación con la flagrancia y en aras del respeto a los derechos de las personas, el COIP establece y reconoce. Entre ellas se encuentra: la obligación de retornar objetos extraídos en el momento de realizarse la aprehensión del presunto autor en delito flagrante; y la penalidad impuesta a una autoridad en caso de realizar inspecciones ilegales a vehículos alegando delito flagrante, sin que éste exista.

(COIP) Art. 467.- Reconocimiento de objetos.- Los objetos que sirvan como elementos de convicción deberán ser reconocidos y descritos. Practicado el reconocimiento, previa suscripción del acta respectiva, se los entregará a sus propietarios, poseedores o a quien legalmente corresponda, a condición de que se los vuelva a presentar cuando la o el fiscal o la o el juzgador lo ordenen, bajo apercibimiento de apremio personal, en caso de no hacerlo.

En los casos de objetos sustraídos o reclamados que son recuperados al momento de la detención en delitos flagrantes, se procederá a su reconocimiento y entrega a los propietarios, poseedores o a quien legalmente corresponda en la misma audiencia de formulación de cargos, previa suscripción del acta respectiva. [...]

(COIP) Art. 479.- Registro de vehículos.- Se podrá registrar un vehículo sin autorización judicial, en

los siguientes casos: [...] 5. Por el hecho de haberse cometido una infracción flagrante. El funcionario que ha falseado la comisión de un delito flagrante para registrar un vehículo será destituido de su cargo, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que dé lugar.

A modo de resumen, el delito flagrante se regula en la Constitución y en el COIP como una situación extraordinaria gracias a la cual un sujeto en plena perpetración del delito o inmediatamente después de haberlo cometido, puede ser aprehendido por cualquier sujeto particular o autoridades determinadas por la ley para ponerlo a disposición de la Policía Nacional, de manera que ésta lo haga comparecer ante la autoridad judicial competente para que esta califique o la legalidad de la aprehensión. En caso de no calificarla el aprehendido recuperará su libertad inmediatamente; pero en caso de declararla legítima, el ministerio público tendrá la potestad de formular cargos (abriendo la instrucción fiscal) y de solicitar medidas cautelares.

Subcapítulo II: Procedimiento Directo

A breves rasgos, los procedimientos especiales en general destacan por concebirse como una instancia simplificada, procesalmente económica, de plazos cortos, aplicables en causas que por ser de menor importancia o no solicitar mayor investigación no requieren más recursos que los provistos por los procesos sumarios. Como dato histórico, recordando la presteza y celeridad con la que fueron juzgados, se podría afirmar que tanto Jesús de Nazareth como Sócrates atravesaron procedimientos sumarios. Las ordalías son otro ejemplo de juicios sucintos, pese a lo irreal y absurdo de sus mecanismos probatorios.

El origen de la implementación de los procedimientos especiales nace en el sistema anglosajón. Estados Unidos ha sido, gracias a su sistema procesal “premio”, un ejemplo de eficiencia en comparación con la acumulación absurda de causas penales que muchos países latinoamericanos han sufrido. De hecho, dependiendo la jurisdicción, hasta un 99% de causas penales tramitadas dentro de cada estado nunca llegan a juicio porque se resuelven mediante acuerdos previos entre procesado y ministerio público, mediante el *plea bargaining* (Langbein, 1978, pág. 9).

Con estos datos, el resto del mundo se ve cautivado por el modelo, sumándose así a la ola reformativa penal encaminada a conformar un sistema judicial sólido, que no se vea aturcido por la insensata cantidad de infracciones de “poca monta” que ingresan día tras día, como es el caso de los delitos flagrantes. Así es como numerosos países alrededor del mundo adaptan e implementan el modelo anglosajón a su sistema de justicia penal, y al igual que sus países vecinos³², también lo hizo Ecuador.

La propuesta se institucionaliza formalmente con la reforma procesal penal implementada en el año 2000³³ en la cual ya se incluye en el código adjetivo penal la figura de procedimiento abreviado; con posterioridad, la reforma del 2009³⁴ modifica en parte al procedimiento abreviado e incluye también al procedimiento simplificado. La norma legal se complementa con el cambio estructural penal iniciado a fines de julio del año 2011 con la posesión del Consejo de la Judicatura de Transición. Este organismo tuvo un plazo de 18 meses para transformar el sistema de justicia (hasta el momento obsoleto), período de gestión que concluye el 24 de enero del año 2013 con la rendición de cuentas que presenta el organismo. Los cambios sustanciales que sobresalen en el informe son entre otros, el despacho de más de dos millones de causas, la creación de cerca de 200 unidades judiciales, capacitaciones para funcionarios del sistema judicial y finalmente el establecimiento de las Unidades Interinstitucionales de Delitos Flagrantes (Unidades de Flagrancia), antes que se ocupan de reducir los plazos de tramitación de las causas, cuya inauguración en Quito se da el 29 de octubre del 2012.

Finalmente, con la expedición del COIP Ecuador también tuvo que enfrentarse a la incorporación de la normativa integral gracias a la cual procedimientos especiales se encuentran disponibles: el Abreviado³⁵, el Expedito³⁶, aquel para el Ejercicio Privado de la Acción Penal³⁷ y el Procedimiento Directo. Sobre el procedimiento para delitos de acción privada, es evidente el punto de distinción que tiene éste en comparación con los restantes; pero en referencia a los otros tres la distinción recae en dos aspectos principales que nos gustaría ilustrar: infracciones susceptibles y requisitos para someterse al mismo.

³² Bolivia y Colombia crean organismos encargados específicamente de los delitos flagrantes. En el Caso de Colombia es la Unidad Permanente de Justicia de Colombia o UPJ, y en el caso de Bolivia es la Estación Policial Integral de Bolivia o EPI.

³³ Registro Oficial N° 360 de 13 de enero de 2000.

³⁴ Registro Oficial N° 555 de 24 de marzo de 2009.

³⁵ Artículo 635, COIP.

³⁶ Artículo 641, Id.

³⁷ Artículo 647, Id.

| | Procedimiento Abreviado | Procedimiento Directo | Procedimiento Expedito |
|-------------------------------------|---|---|--|
| Infracciones susceptibles | Infracciones cuya pena privativa de libertad no exceda los 10 años. | Delitos flagrantes 1. Cuya pena privativa de libertad no exceda los 5 años. 2. Contra la propiedad cuyo monto no exceda los 30 salarios básicos unificados. | Contravenciones en general y contravenciones flagrantes. |
| Requisitos para sometimiento | El procesado debe consentir la aplicación del procedimiento además de los hechos que se le atribuyen. | Calificada la flagrancia, el juez lo aplica por pedido del fiscal. No se requiere de la aceptación de los hechos. | El juez lo aplica de oficio. No requiere aceptación de responsabilidad por parte del procesado. |

Cuadro II: Procedimientos Especiales en el COIP Elaboración propia³⁸.

Las diferencias expuestas exhiben la trascendencia procesal penal de la flagrancia, ya que es una cualidad habilitante para la aplicación del procedimiento directo, el cual a nuestro criterio también podría denominarse procedimiento especial de delitos flagrantes, por el ser el único de su clase que los recoge. El procedimiento directo ha sido regulado por el COIP de manera específica en un solo articulado, por lo que procedemos a estudiar las cualidades determinantes que posee este procedimiento especial contenidas en los incisos y numerales del artículo 640.

2.1. Sustanciación

(COIP) Art. 640.- *Procedimiento directo.- El procedimiento directo deberá sustanciarse de conformidad con las disposiciones que correspondan del presente Código y las siguientes reglas:*

1. *Este procedimiento concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia, la cual se regirá con las reglas generales previstas en este Código.*

El primer numeral destaca la principal vocación que este y todos los procedimientos especiales tienen, su naturaleza como búsqueda de celeridad procesal y al hallarla, de su

³⁸ Artículo 634 y siguientes, COIP.

ejecución al máximo. Parafraseando al Dr. Ricardo Vaca, los procedimientos especiales son mecanismos para alcanzar salidas rápidas a problemas cuya gravedad no amerita mayor atención (Vaca Andrade, 2015, pág. 23) de manera que se descongestionen despachos judiciales y se brinde respuestas efectivas a la ciudadanía.

A diferencia del ordinario, los procedimientos especiales procuran ahorrarse el craso procedimiento penal habitual³⁹ que implica: primero, una fase de investigación previa la cual a pesar de no ser reconocida como una etapa *per se* “es un medio preparatorio al ejercicio de la acción penal” (Vaca Andrade, 2015, pág. 34); segundo, la instrucción fiscal, primera etapa reconocida por la norma en la que se practican diligencias con el objetivo de determinar la existencia de una infracción, sus circunstancias y el nexo causal con determinada persona; tercero, la etapa de evaluación y preparatoria de juicio en la que la parte acusatoria presenta el resultado de indagaciones realizadas en la instrucción; y cuarto, la etapa propia de juicio en la que se exponen los elementos de convicción a la autoridad judicial competente para que ésta determine la ausencia o existencia de responsabilidad, que en caso de ser cierta tiene como consecuencia una pena.

El procedimiento especial directo se encarga de agrupar las etapas descritas en básicamente un solo momento, la Audiencia de Juicio Directo, en aras de atender el propósito de agilidad y presteza que su naturaleza le exige.

2.2. Delitos susceptibles

(COIP) Art. 640.- [...] 2. Procederá en los delitos calificados como flagrantes sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años y los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general calificados como flagrantes.

Se excluirán de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar⁴⁰.

³⁹ Artículo 589, COIP.

⁴⁰ Artículo reformado por la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal (Tercer suplemento del Registro Oficial N° 598 de 30 de septiembre de 2015) la cual excluye de ser susceptibles de procedimiento directo a delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

El requisito primordial de la infracción es que constituya delito flagrante, dejando de lado a contravenciones flagrantes amparadas por el procedimiento expedito y a delitos no flagrantes. La susceptibilidad de un delito flagrante de someterse al procedimiento recae en dos posibilidades: la primera, que la pena máxima prescrita para el delito no exceda los cinco años de pena privativa de libertad; o en su defecto, que el delito sea contra la propiedad “cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados”⁴¹.

Sobre la segunda posibilidad, creemos que el legislador ha recogido estos delitos con el ánimo de atender a los datos que indican que son los delitos contra la propiedad los que han tenido mayor presencia en flagrancia⁴². Sin embargo, es notable que la postura del legislador discrimine entre delitos contra la propiedad en virtud de que no todos ellos tienen a bienes o servicios cuantificables en dinero como objeto material; ese es el caso del uso de infraestructura o medios electrónicos que permitan alterar información⁴³ y del reemplazo de identificación de terminales móviles⁴⁴. Esperamos que esta discriminación haya contado con su debida justificación, no quisiéramos llegar al conocimiento de que el legislador cometió un error puramente semántico al no estudiar a cabalidad los diversos delitos contra la propiedad que el COIP recoge.

2.3. Delitos excluidos

Además de especificar los delitos susceptibles de ser tramitados por el procedimiento directo, el segundo numeral especifica la imposibilidad de que éste proceda cuando se trata de determinadas infracciones. Los primeros delitos excluidos son los delitos que atentan contra la eficiente administración pública.

Podemos convenir que la administración pública es una cualidad propia del estado cuyo origen y objetivo es la sociedad que regula; en otras palabras, el funcionamiento del estado se ejecuta bajo la premisa de que la sociedad lo requiere para existir, pero a su vez el estado la necesita a ésta para el mismo fin. Por tanto, los órganos estatales bajo los cuales la administración se desenvuelve deben funcionar para la sociedad ya que así se legitiman. De allí su importancia, su ausencia implicaría consecuencias caóticas en el desenvolvimiento de la comunidad. Por tal razón, el legislador considera que los ataques al

⁴¹ Aproximadamente \$10.400 dólares estadounidenses.

⁴² Ver Cuadro XIV.

⁴³ Artículo 195, COIP.

⁴⁴ Artículo 193, COIP.

bien jurídico protegido “Administración Pública” no pueden ser susceptibles de ningún beneficio procedimental ni de ninguna otra índole; por ello tampoco son susceptibles de indulto, amnistía, ni conciliación.

(COIP) Art. 73.- Indulto o amnistía.- La Asamblea Nacional podrá conceder amnistías por delitos políticos e indultos por motivos humanitarios, conforme con la Constitución y la Ley.

No concederá por delitos cometidos contra la administración pública ni por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia.

(COIP) Art. 663.- Conciliación.- La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos:

[...] Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Otros delitos excluidos son los que atentan contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte. Hemos mencionado previamente a la dignidad humana como corolario de derechos que a su vez abarca a la vida, a la integridad y a la libertad personal, todos considerados los bienes jurídicos más preciados para la dogmática penal e incluso la filosófica. Por ello, no es necesario caer en un discurso axiomático para entender su relevancia. A continuación los delitos más destacados que atentan contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal respectivamente:

(COIP) Art. 140.- Asesinato.- La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, [...]

(COIP) Art. 151.- Tortura.- La persona que, inflija u ordene infligir a otra persona, grave dolor o sufrimiento, ya sea de naturaleza física o psíquica o la someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aun cuando no causen dolor o sufrimiento físico o psíquico; con cualquier finalidad en ambos supuestos, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. [...]

(COIP) Art. 160.- Privación ilegal de libertad.- La o el servidor público que prive ilegalmente de

libertad a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años. [...]

La integridad con la que cuentan las personas se descompone en varias áreas específicas de protección, una de ellas es la integridad sexual y reproductiva que abarca la facultad de desenvolverse sexualmente de forma libre, con la consciencia, y el pleno consentimiento físico y mental que ello requiere. El ataque a este derecho y libertad también se constituyó como un grave atentado a la dignidad humana⁴⁵. Un par de delitos destacados que atentan contra la dignidad sexual son:

(COIP) Art. 167.- Estupro.- La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

(COIP) Art. 148.- Aborto no consentido.- La persona que haga abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa.

Finalmente, los últimos delitos excluidos⁴⁶ fueron los de violencia contra miembros del núcleo familiar. Esto como resultado lógico de los considerandos del Pleno de la Asamblea Nacional cuando resuelve aprobar el COIP, entre los que se postula “Que el literal b), numeral 3, del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza a las personas una vida libre de violencia en el ámbito público y privado y ordena la adopción de medidas para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia; en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual”⁴⁷. Con ello se pretendió proteger a las personas en lo más esencial de su desenvolvimiento que es el núcleo familiar.

(COIP) Art. 155.- Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.- Se considera violencia toda acción que consista en maltrato, físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de la

⁴⁵ Delito excluido de ser susceptible de procedimiento directo por la Ley Orgánica Reformatoria al COIP.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Considerando tercero, COIP.

familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar. [...]

2.4. Procedimiento

(COIP) Art. 640.- [...] 3. La o el juez de garantías penales será competente para sustanciar y resolver este procedimiento.

4. Una vez calificada la flagrancia, la o el juzgador señalará día y hora para realizar la audiencia de juicio directo en el plazo máximo de diez días, en la cual dictará sentencia.

Al establecer como presupuesto la calificación de la flagrancia, el legislador reconoce la necesidad primaria de verificar la legitimidad de la aprehensión. Una vez que el aprehendido se encuentra bajo custodia de la policía nacional, se procede a convocar a las partes para la sustanciación de la audiencia de calificación de flagrancia, único mecanismo de verificación de flagrancia. Dentro de la calificación, el juez de garantías penales conoce la causa y determina la legalidad de la aprehensión como primer paso; después fiscalía decide si formulará cargos, establece el plazo de la instrucción fiscal y en caso de considerarlo adecuado, solicitará medidas cautelares o de protección. Mencionamos que en caso en el que la defensa decida apelar las medidas cautelares que se le hayan impuesto, el expediente se remite a la instancia superior para su resolución⁴⁸.

(COIP) Art. 529.- Audiencia de calificación de flagrancia.- En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente.

Una vez que la flagrancia es determinada cierta, el fiscal solicita que el caso se resuelva mediante procedimiento directo. El juez de garantías penales como autoridad competente, o rechaza la solicitud o la acepta señalando el día y hora establecidos para realizar la audiencia de juicio directo la cual abarcará en un solo momento todas las etapas de juicio previamente descritas. Será el mismo juez el que informe al procesado sobre las implicaciones y consecuencias del procedimiento directo, aparte de la asesoría que el abogado defensor le brinde. Dicha fecha y hora deben determinarse dentro de los diez días

⁴⁸ Artículo 2, literal g. Resolución Corte Suprema de Justicia sobre el procedimiento previo al inicio de la instrucción fiscal, para el caso de personas detenidas en delito flagrante o sin fórmula de juicio. Suplemento del Registro Oficial N° 221 de 28 de noviembre de 2007.

posteriores a la calificación de flagrancia, tomando en cuenta el plazo de instrucción fiscal establecido por el ministerio público por lo cual se entiende como obligación del juez determinar el tiempo máximo requerido por las partes para prepararse para la audiencia, el cual jamás podrá exceder este plazo.

(COIP) Art. 640.- [...] 5. Hasta tres días antes de la audiencia, las partes realizarán el anuncio de pruebas por escrito.

La agrupación de las etapas ordinarias del proceso no eliminan el requisito de anuncio de prueba, ésta se mantiene como actuación requerida con el afán de que las partes tengan suficiente anticipación para la construcción de una estrategia acorde a la prueba existente. La norma establece un plazo de tres días antes del juicio para anunciar las pruebas con las que cuenten las partes, de cargo en el caso de fiscalía y de descargo en el caso de la defensa, anuncio que debe ser realizado por escrito. Por ello debemos recordar que la fecha de juicio se establece por el juez de garantías penales dentro de la calificación de flagrancia y el plazo de anuncio de prueba debe basarse en lo allí dictado. En ese sentido, el plazo de preparación cuenta con aproximadamente siete días en el mejor de los casos ya que hasta tres días previos a la audiencia se debe contar con el acervo probatorio.

(COIP) Art. 640.- [...] 6. De considerar necesario de forma motivada de oficio o a petición de parte la o el juzgador podrá suspender el curso de la audiencia por una sola vez, indicando el día y hora para su continuación, que no podrá exceder de quince días a partir de la fecha de su inicio.

Al igual que en otros procedimientos, existe la posibilidad de diferir la audiencia de juicio. En el procedimiento directo puede darse por una sola vez siempre que se encuentre debidamente justificado por la autoridad competente, quien puede disponer la suspensión de oficio o por pedido de las partes. Pese al entendimiento de que en el curso de un procedimiento pueden darse un sinnúmero de circunstancias, previsibles o no, que pueden ser motivo suficiente para suspender una audiencia, debemos recordar que la razón de ser de los procedimientos especiales es evitar el alargue innecesario del despacho de causas, por lo cual el juzgador debe tomar aquello en cuenta antes de otorgar el retardo.

(COIP) Art. 640.- [...] 7. En caso de no asistir la persona procesada a la audiencia, la o el juzgador podrá disponer su detención con el único fin de que comparezca exclusivamente a ella. Si no se puede ejecutar la detención se procederá conforme a las reglas de este Código.

La posibilidad de que la persona procesada falle en asistir a la audiencia de juicio directo se desprende de la potencial decisión de fiscalía de solicitar medidas cautelares dentro de la audiencia de calificación, en caso de considerarlo necesario. El ministerio público debe analizar si existen elementos de convicción suficientes en relación con la finalidad de la medida⁴⁹ como para solicitarla ante el juez competente de manera que éste las ordene. Si no se solicita medida cautelar, se entiende que fiscalía analizó el nivel de riesgo de que el procesado no asista a la audiencia, determinándolo como mínimo o nulo y por tanto el procesado asistirá sin necesidad de mecanismos de coerción.

La lógica del juzgador es adecuada en teoría, pero la práctica procesal penal ecuatoriana no se rige bajo este razonamiento. En el ejercicio, al volver a la fase primaria del delito en la que el presunto autor está en custodia de la Policía Nacional y se celebra la audiencia de calificación, nos parece imposible que el procesado falle en asistir a su audiencia por la propensión de fiscalía de solicitar prisión preventiva en la mayoría de delitos flagrantes⁵⁰.

(COIP) Art. 640.- [...] 8. La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, es de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante la Corte Provincial.

Dentro de la audiencia de juicio directo, y pese a la certeza de la flagrancia ya establecida en la audiencia de calificación (en teoría), el actuar de las partes es de suma importancia, especialmente de la defensa. Fiscalía se encuentra en una posición de ventaja al haberse determinado la flagrancia, por tanto defensa debe considerar aspectos fundamentales en el patrocinio como el hallazgo de vicios formales, objeción de pruebas, violación de normas o derechos, causas de justificación o circunstancias atenuantes. Concluida la audiencia, el procedimiento concluye con la emisión de la resolución equiparándose al ordinario, y caben los mismos recursos disponibles como lo son apelación, revisión, casación y de hecho.

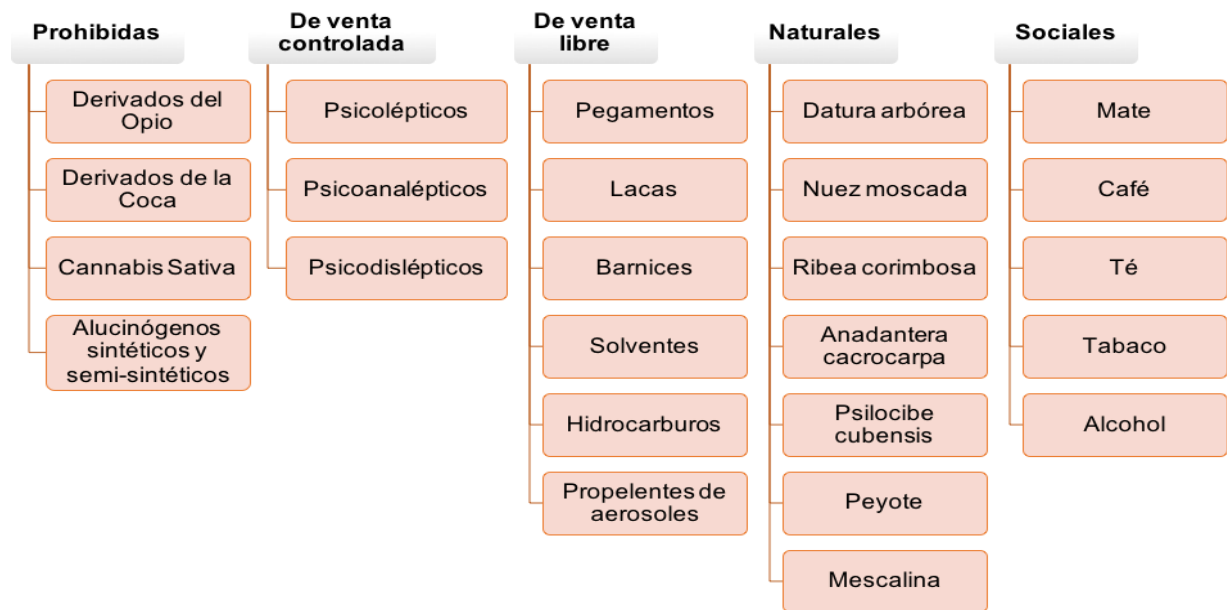
Subcapítulo III: Sustancias estupefacientes y psicotrópicas

La palabra “*droga*” es asociada por el imaginario colectivo con aspectos relacionados a prohibición, ilegalidad y peligro, aun cuando la amplitud de la definición no permita que sea necesariamente así. En el campo político especialmente el uso de la acepción obliga a

⁴⁹ Artículo 519, COIP.

⁵⁰ Ver Cuadro XVI.

asociarla con narcotráfico, violencia y terrorismo mucho antes que con mate o tabaco que son “sustancias o preparados de efecto estimulante, deprimente, o narcótico o alucinógeno”⁵¹. Además, se ignoran por completo cantidades absurdas de drogas social y jurídicamente aceptadas, como gaseosas con altísimas dosis de azúcar, bebidas energizantes con concentrados de cafeína, cosméticos, y pesticidas.



Cuadro III: Clasificación general de drogas. Fuente: Patricia Caro, *Drogas de abuso*, 1997. Elaboración propia.

La clasificación expuesta (Cuadro III) ilustra el uso inapropiado que la palabra *droga* tiene en el campo político, social y comunicacional. Solamente una de las categorías expuestas en el Cuadro III se aproxima a lo que regularmente se conoce como “droga” y son las prohibidas por la norma.

3.1. Clasificación de drogas sujetas a fiscalización

La clasificación de drogas es uno de los puntos de partida para el establecimiento y posterior funcionamiento de un sistema internacional y nacional de regulación. Este sistema realiza un catálogo definido que permite graduar el control de acuerdo a las categorías y establecer parámetros para la disponibilidad de sustancias requeridas con fines médicos y de investigación científica. Solamente en base a una adecuada clasificación de drogas puede el marco normativo internacional y nacional tener por principio un enfoque

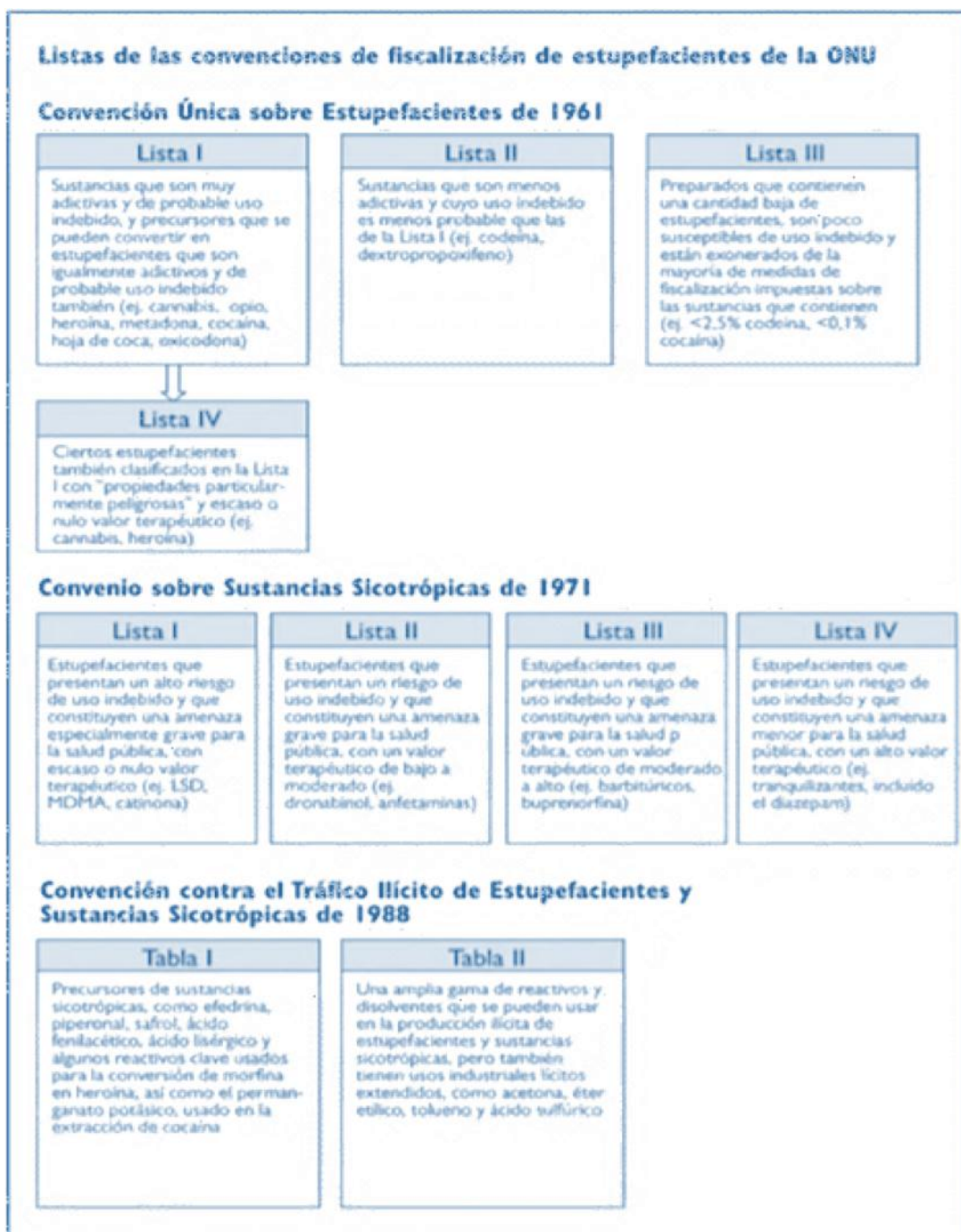
⁵¹ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

determinado a la hora de normar, catalogar y parametrizar las sustancias sujetas a clasificación; en el caso ecuatoriano, ese enfoque es el de salud pública⁵².

La clasificación de drogas no es una tarea sencilla. Día a día se crean novedosos compuestos y aparecen extrañas sustancias causando dificultad en la categorización; la norma legal no puede acoplarse a la rápida metamorfosis que los componentes sufren por el desarrollo tecnológico y la dinámica del mercado. Sin embargo, tanto la legislación internacional como la interna de un sinnúmero de naciones han procurado alejarse de clasificaciones amplias como la expuesta (ver Cuadro III) y se han limitado a referirse a sustancias de dos tipos: las estupefacientes o narcóticos, cuyo consumo produce sueño o estupor aunque también suelen inhibir la transmisión de señales nerviosas asociadas con el dolor; y las psicotrópicas o psicoactivas, que son agentes químicos que actuando sobre el sistema nervioso central, causan modificaciones temporales en el ánimo, percepción, estado de consciencia y/o comportamiento (World Health Organization, 2008, pág. 26).

⁵² Artículo 364, CRE.

La clasificación es resultado de tres convenios pilares que forman el marco internacional de control de drogas: Convención Única de 1961 sobre Sustancias Estupefacientes, Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Tanto la Convención de 1961 como la de 1971 cuenta con listas que clasifican a las diversas sustancias, pero la Convención de 1988 aplica listas propias a los convenios precursores e incorpora la distinción entre sustancias y reactivos utilizados para la producción.



Cuadro IV: Convenciones de fiscalización de estupefacientes de la ONU. Fuente: Halla, Bewley-Taylor y Jelsma; La clasificación en el sistema internacional de control de drogas, 2014

La lista de los tres convenios es extensa y a pesar de la confusión que la clasificación ha causado (incluso consideramos ampliamente justificada la atribución de “incoherente” que a la misma se le ha dado (Hallam, Bewley-Taylor, & Jelsma, 2014, pág. 2)), la distinción macro entre estupefacientes y psicotrópicos sigue siendo el mecanismo aplicado para regular a las drogas gracias a la aplicación de los principios de similitud⁵³ y de convertibilidad⁵⁴. Como consecuencia, cada estado se refiere a las sustancias de forma individual dentro de su normativa interna, estableciendo listas similares o idénticas a las determinadas por los instrumentos internacionales.

En el caso ecuatoriano, además de los tratados mencionados, el COIP se remite a la norma especializada⁵⁵ que es la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990 la cual dispone en su artículo 5 que las sustancias reguladas o sujetas a fiscalización serán “las incluidas en listas o cuadros anexos a esta Ley, en los convenios internacionales ratificados por el Ecuador y en las actualizaciones de esos anexos efectuados por el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, CONSEP [...]”⁵⁶.

Las listas mencionadas son tres, disponibles en el Anexo II de la ley, que deben ser entendidas de acuerdo a los anexos de la misma norma: a las definiciones especificadas en el Anexo I, a la lista de sustancias psicotrópicas del Anexo III y al cuadro de precursores químicos del Anexo IV. Esto en virtud de que la entrada en vigencia del COIP deroga tácitamente la Ley 108 casi en su totalidad pero deja intacta la vigencia de la lista por su acoplamiento a las sustancias recogidas en los tratados internacionales⁵⁷. De esta forma, los instrumentos internacionales son plasmados en la norma nacional, configurando la plataforma base nacional bajo la cual se regula la norma penal sustantiva relativa a drogas.

⁵³ Principio que funciona bajo la idea de que si una sustancia no regulada se parece a otra ya reconocida en alguna norma de control de sustancias, entonces debería ser fiscalizada en igual sentido.

⁵⁴ Principio que abarca a un grupo de compuestos bajo una misma categoría en virtud de la posibilidad de transformación de las mismas en determinada sustancia.

⁵⁵ Artículo 227, COIP.

⁵⁶ Artículo 5, Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, 1990.

⁵⁷ Lista derogada por la Ley Orgánica de Prevención Integral del fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Sujetas a Fiscalización (Suplemento del Registro Oficial N° 615 de 26 de octubre de 2015).

3.2. Breve historia normativa de drogas en el Ecuador

Elementos de la naturaleza hallados por el ser humano (compuestos químicos, flora y/o fauna) han sido usados con diferentes propósitos a lo largo de la historia; sustancias han tenido objetivos medicinales, punitivos, e incluso expiatorios en diversos rincones del mundo. En Grecia era común el uso de la cicuta como herramienta de ejecución y así fue la ejecución de Sócrates a quien se le obligó a ingerirla. En América, peyote y ayahuasca cuentan con un antiquísimo historial de uso por parte de comunidades indígenas que llega hasta la actualidad. En Bolivia y otros países latinos el uso de la hoja de coca por parte de los pueblos indígenas y comunidades ancestrales es una realidad. Ejemplos no faltan.

El uso de determinadas sustancias en su diversidad de fines se ve limitado en algún momento de la historia por un discurso de riesgo promulgado mundialmente (Paladines, 2012, pág. 24). A finales del siglo XIX y principios del siglo XX los narcóticos y sustancias psicoactivas que antes se utilizaron con fines rituales, espirituales, medicinales, etc. adquieren la imagen de problemática social. En 1908 el presidente de Estados Unidos Theodore Roosevelt, convoca a numerosas naciones con el ánimo de constituir una alianza mundial enfocada principalmente a la lucha internacional contra el consumo del opio específicamente por los escándalos surgidos por el comportamiento de tropas estadounidenses en los conflictos armados de Indonesia (Filipinas).

Por tal razón surgen discusiones internacionales en una suerte de debate primigenio de drogas, en las cuales destacan dos elementos: el primero, la falta de acuerdo sobre la necesidad de incluir ciertos elementos a la lista de prohibiciones (como en el caso de la hoja de coca y de la cannabis); y el segundo, la ausencia de pruebas científicas que respalden esa intención. Se tuvo que acudir al despilfarro de histeria e hipérbole para poder hacer una lista extensa de compuestos prohibidos (Paladines, 2012, pág. 27). El éxito de la inclusión tuvo como consecuencia la incorporación de un inventario, una lista de peligros dentro de la Convención Internacional del Opio de 1912⁵⁸. Este documento da inicio a la regulación internacional de drogas.

Tomemos en cuenta que el surgimiento del fenómeno de las drogas, especialmente respecto de la producción se presenta en muchos países latinoamericanos como Bolivia, Perú, Colombia, y México acarreando insólitas consecuencias⁵⁹. Estos y otros países no

⁵⁸ Posteriormente, en un anexo de la misma, se incluyó a la hoja de coca y a la cannabis como vegetales peligrosos.

⁵⁹ Se han registrado 70 mil muertos en México en seis años de la Guerra contra las drogas (2006-2012).

mencionados son marcados por la presencia del narcotráfico a gran escala, junto con todos los componentes de violencia y corrupción que acarrea. Pero Ecuador siempre se ha mantenido relativamente al margen de este azote, nunca ha sido considerado un país productor de sustancias ilícitas y por tanto, nunca ha sufrido internamente los efectos desastrosos del narcotráfico y sus consecuencias. Ecuador sí es considerado en cambio, un país de tránsito para el mercado de sustancias ilícitas y sus negocios conexos; pero ello no ameritaba mayor represión, razón por la cual la lucha contra las drogas del país nace bajo un discurso distinto al de seguridad estatal.

Con ese antecedente se puede comprender por qué la normativa interna inicial de política de drogas en Ecuador nace bajo un discurso formado por el paradigma de salud pública. En general, aspectos de salud pública relacionados con el uso y consumo de drogas fueron enfatizados con el objetivo de brindar tratamiento a las personas dependientes de las sustancias; las normas también procuraron regular la supervisión de compañías farmacéuticas mediante licencias y requerimiento de recetas antes que preocuparse por la venta informal. En este sentido se promulgan varias leyes: la Ley de Control del Opio de 1916, la Ley de Importación, Venta y Uso del Opio y sus derivados y de los preparados de la Morfina y de la Cocaína de 1924, la Ley sobre el Tráfico de Materias Primas, Drogas y Preparados Estupefacientes⁶⁰ de 1958, y finalmente la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Sustancias Estupefacientes de 1970, con sus reformas de 1972 y 1974.

En todas estas normas está presente el enfoque de salud pública, que se mantiene incluso en el Plan Nacional de Prevención del Uso Indebido de Drogas de 1981 a 1985 dentro del cual se prioriza al tratamiento y prevención, incluso se refiere a la dependencia a las drogas como resultado de condiciones específicas de desventaja y muchas veces de exclusión al interior de la sociedad. Pero a partir de 1961 las drogas empiezan a tratarse como un problema de escala mundial con la Convención Única de Estupefacientes⁶¹ avalada por las Naciones Unidas. Este instrumento internacional construye un discurso de sanción frente a las drogas en base a la consideración de riesgo de su consumo para la salud pública y da inicio a una serie de acuerdos multilaterales que tienen como objeto la lucha contra las drogas bajo el enfoque de seguridad estatal. Marcado este proceso, solamente toma diez

⁶⁰ Dentro de la ley se usa primera vez al “tráfico” como verbo rector de delitos de drogas.

⁶¹ Ecuador se adhiere a la Convención Única sobre estupefacientes mediante Decreto Supremo 1153 publicado en el Registro Oficial 320, agosto 27 de 1964.

años la emisión de una nueva regulación internacional: el Convenio de 1971 sobre Sustancias Sicotrópicas⁶², en el que se filtra con fuerza el discurso de seguridad.

Ello inspira la tendencia securitista de la década de los ochenta que se expande y consolida con numerosos instrumentos de carácter bilateral como el Convenio Administrativo de Cooperación entre la República del Ecuador y la República de Colombia para prevenir, controlar y reprimir el tráfico y uso ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; el Convenio Administrativo de Cooperación entre la República del Ecuador y la República de Chile para la prevención del uso indebido, combate a la producción y al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; el Convenio sobre comunicación de antecedentes penales y de información sobre condenas judiciales por tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; entre otros.

Además, en la región se vive un oleaje legislativo marcado por una estrategia de guerra contra las drogas de tendencia mundial⁶³, oleaje consolidado finalmente con la emisión del Convenio contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988. Dicho Convenio obliga al Ecuador a enfrentarse a cambios en la legislación penal referente a drogas y sucumbe ante la presión internacional, al igual que otros países latinoamericanos: Perú (1982), Venezuela (1984), Chile (1985), Colombia (1986), Bolivia (1988) y Argentina (1989).

Así, el legislativo ecuatoriano aprueba en 1987 la Ley de Control y Fiscalización de Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, donde se establece una directriz punitiva y de seguridad, que tres años más tarde se consolida con la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas o Ley 108⁶⁴, aprobada en 1990 y codificada en el año 2004. Con esta norma, Ecuador abandona su tradicional política preventiva antidrogas para priorizar una estrategia nacional de seguridad del estado; se suma a la corriente de la época, aun cuando ya hubo entonces voces de advertencia respecto del potencial fracaso de una política puramente represiva de guerra contra las drogas.

⁶² Adoptado en Viena el 21 de febrero de 1971. Ecuador se adhiere mediante Decreto Supremo 776-C, publicado en el Registro Oficial 345, julio 10 de 1973, cuyo texto se promulgó en el Registro Oficial 404, octubre 3 de 1973.

⁶³ La política represiva internacional es fortalecida en Washington a partir del discurso de "guerra contra las drogas" promulgado por el ex presidente de Estados Unidos, Ronald Reagan, en febrero de 1982.

⁶⁴ Ley 108 reformada: mediante Ley 04 Reformatoria al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 22, septiembre 9 de 1992; mediante Ley 52, publicada en Suplemento del Registro Oficial 439, mayo 12 de 1994; y mediante Ley 25 publicada en el Suplemento de Registro Oficial 173, octubre 15 de 1997, Ley 44 publicada en el Registro Oficial 218, diciembre 18 de 1997.

La denominada “Ley 108” se caracteriza por no responder a condiciones propias, sino a un contexto internacional internamente irreal y la legislación cuenta con penalidades desproporcionadas cuyo enfoque de seguridad mide su eficacia por el número de personas privadas de libertad. Ello se deduce de los considerandos⁶⁵ del mismo cuerpo legal, se confirma en su lectura integral y se evidencia por las consecuencias en los centros penitenciarios (hacinamiento). Como ejemplo de lo expuesto, podemos comparar las penas impuestas para delitos de drogas con penas para otros delitos (contenidas en el Código Penal vigente en la época): mientras se aplicaban penas de 12 a 16 años para delitos relacionados con drogas, el homicidio tenía como pena máxima los 12 años. Por lo demás, cabe destacar que la Ley 108 exige la creación de una entidad administrativa especializada en drogas, origen del Consejo Nacional para el Control de Drogas Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (CONSEP).

Con esta postura, Ecuador implementa una lucha interna contra las drogas evidenciada en su política exterior con la suscripción de numerosos acuerdos internacionales con ese propósito. Solamente en la década de los años noventa Ecuador aprueba siete convenios de cooperación bilateral y otros siete acuerdos internacionales para lidiar con el fenómeno de las drogas, uno de los cuales es el paradigmático Acuerdo de Cooperación con Estados Unidos de 1999, gracias al cual Ecuador renuncia a su propia soberanía con la concesión de uso y acceso a las instalaciones en la Base de Manta⁶⁶.

A pesar de que la Constitución de 1998 despenalizó el consumo considerándolo una dependencia digna de tratarse mediante rehabilitación, el paso a un nuevo siglo no trajo consigo ningún cambio trascendental respecto a las políticas de tolerancia cero en el Ecuador. La aplicación primordialmente represiva provoca un incremento considerable de la población carcelaria entre los años 1990 y 2005 (Pontón y Torres, 2007, pág. 59); ello como consecuencia del ánimo del estado de atender las exigencias internacionales provenientes principalmente de Estados Unidos por la Iniciativa Andina⁶⁷; de hecho el gobierno

⁶⁵ “[...]QUE es indispensable el funcionamiento de una institución pública autónoma que organice y concentre los recursos humanos y financieros destinados a la *lucha contra la producción y el tráfico ilícitos de drogas*; QUE es de importancia prioritaria movilizar a la comunidad ecuatoriana, a través de todas las instituciones públicas o privadas, para *contrarrestar los efectos funestos del narcotráfico que socaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad*; QUE la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial No. 612, del 27 de enero de 1987, es *incompleta y no refleja la realidad actual del país*” (cursivas propias).

⁶⁶ Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República del Ecuador concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos.

⁶⁷ Impulsada por el Presidente George W. Bush.

estadounidense calificó públicamente de insuficientes los operativos ecuatorianos, exigiéndole el incremento de aprehensiones de posibles narcotraficantes en al menos un doce por ciento (Metaal, 2008, pág. 18). Recién en el año 2007 una nueva perspectiva criminal y penal parece asomarse entre los muros de la represión punitiva. Con la reelección de Rafael Correa, la presidencia firma un decreto declarando la emergencia del sistema nacional de rehabilitación social, antecedente principal para la creación de la Defensoría Pública Penal y para la formación de una unidad administrativa parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que se encargue de atender la población carcelaria bajo el principio de “cero presos sin sentencia”, así como la repatriación de extranjeros a sus países de origen.

Con posterioridad, se da la oportunidad de aplicar un indulto nacional propuesto por el Grupo de Trabajo sobre Legislación y Asuntos Fiscales, aprobado por la Asamblea Constituyente mediante resolución de 4 de julio del año 2008⁶⁸, gracias a la cual aproximadamente 2300 personas sentenciadas por delitos relacionados con drogas⁶⁹ son liberadas.

El indulto nacional se consagra como un evento paradigmático en Ecuador motivado en tres pilares fundamentales: la desproporcionalidad de las penas constante en la ley 108, las problemáticas de la administración penitenciaria, y la violación sistemática de derechos humanos como consecuencia de ambas. La desproporcionalidad de las penas se observa desde la casuística; existen fallos diferentes para cantidades similares de droga, y hay fallos similares para todo tipo de delitos de drogas, sin considerar la condición de consumidor, micro-comerciante, ni traficante. Además, la ley 108 consagraba irónica o ilógicamente que el consumo de drogas ilegales no constituía delito pero que la tenencia para consumo sí; es decir que el acto preparatorio necesario para poder incurrir en un acto no punible, sí era reprochable penalmente pese a que constituía casi tentativa, siendo el consumo la consumación del acto.

Respecto de la administración penitenciaria en cambio, fue necesario tomar en cuenta la situación de emergencia de los centros de reclusión, ya declarada por la presidencia,

⁶⁸ Resolución publicada en el Registro Oficial número 378 de fecha 10 de julio del 2008.

⁶⁹ “a) Haber recibido sentencia condenatoria, al momento de la publicación de la presente Resolución, en cualquiera de los delitos previstos en este artículo 1 y no haber reincidido en ellos; b) El peso neto de la sustancia estupefaciente y psicotrópica por la que fue sentenciado, debió ser equivalente o menor a 2 kilogramos, de acuerdo con la pericia que conste en el proceso correspondiente; y, c) La persona solicitante deberá haber cumplido el 10% de la sentencia impuesta con un mínimo de un año, aunque este requisito se cumpla con posterioridad a la expedición de esta resolución.”

provocada por el hacinamiento extremo. Los datos oficiales provistos por la Dirección Nacional de Rehabilitación Social y por el Ministerio de Justicia arrojaron que la mayoría de personas se vieron privadas de su libertad por delitos relacionados con drogas y 17.000 personas se encontraban privadas de su libertad en una infraestructura con capacidad para 8000. El historial penitenciario ecuatoriano pone en evidencia que el porcentaje de personas detenidas por delitos de drogas siempre ha sido elevado: desde el año 1991 hasta el 2007 la cantidad nunca bajó del 30%, durante muchos años rodeó el 50%, y en el año 2008 la cantidad era del 34% (Defensoría Pública, 2008). La violación de derechos derivada de ambos aspectos se expresó en infinidad de fenómenos; desde prácticas informales en las relaciones entre autoridades penitenciarias y personas recluidas, hasta la escasez de alimento y otros recursos de mínima supervivencia por la cantidad de personas insertadas en un centro desbordado en su capacidad. La situación precaria en la que se encontraban la mayoría de personas privadas de libertad, misma que aún no se supera en la mayoría de provincias del país, se torna aún peor para grupos de atención prioritaria como mujeres embarazadas.

Tomando como base la cruda realidad y pese a los criterios en contra⁷⁰, la Asamblea decide otorgar el indulto; decisión que brinda humanización de la política de drogas y expone los rostros de una zona gris del narcotráfico no consideradas hasta entonces: las mulas.

Casi a la par, la Asamblea Constituyente emite en octubre del 2008 la Constitución de la República del Ecuador (pre-aprobada por referéndum en septiembre del mismo año) que incluye entre sus preceptos la necesidad de lidiar con las adicciones como un problema de salud pública determinando que al estado le corresponde implementar una política de control y prevención del consumo de drogas (la Constitución especifica al alcohol, al tabaco y a sustancias estupefacientes y psicotrópicas) así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores de todo tipo.

De esta forma, la política de drogas en el Ecuador vuelve a su anterior esplendor, acoplando su política pública a la realidad nacional. En concordancia con ello, en el año 2009 se conforma el Consejo Suramericano de Drogas como un ente conformado por la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) para abordar la problemática de drogas desde una perspectiva integral, proveyéndose de la cooperación internacional. En la misma

⁷⁰ El Fiscal General de la Nación, Washington Pesántez, se pronunció en contra del indulto aludiendo el potencial crecimiento del narcotráfico.

línea, varias organizaciones de integración regional, como lo son la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y la Organización de Estados Americanos (OEA) crean instancias específicas especializadas en drogas.

A principios del 2011 surge la iniciativa legislativa de incluir en un solo cuerpo normativo toda la ley penal esparcida en distintos cuerpos hasta entonces y se formula el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Con un salto de dos años, el CONSEP se pronuncia respecto del tema de drogas con su Resolución No. 1 publicada en el Suplemento del Registro Oficial de fecha 20 de junio de 2013 en la cual se publica una tabla referencial con cantidades máximas permitidas para la tenencia o posesión de sustancias sujetas a fiscalización destinadas a consumo personal. De forma ulterior, a inicios del año 2014 el COIP es aprobado y publicado en el Registro Oficial, dando una vacancia de seis meses para que entre en vigencia. Finalmente, un mes antes de la entrada en vigencia del cuerpo integral penal, el CONSEP emite su segunda resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 288 de 14 de julio del año 2015 en la cual se establece una tabla referencial para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala de sustancias sujetas a fiscalización.

A modo de conclusión, resulta interesante y en cierto sentido vanguardista la transición que el Ecuador ha atravesado respecto de su política de drogas, superando presiones internacionales y adoptando una política soberana en materia de drogas. Por ello consideramos que el país ha sabido acoplarse hasta este punto a una realidad fáctica distinta de la que la norma pretendía regular estableciendo bases fuertes para abordar el riesgo y daño de las drogas desde una perspectiva integral y realista, que toma en cuenta al fenómeno de la droga en todas sus potenciales repercusiones.

3.3. Marco normativo aplicable a delitos relativos a sustancias ilícitas

Por la línea de tiempo provista por el presente proyecto, tomamos en cuenta a la legislación aplicable a partir de la entrada en vigencia del COIP (10 de agosto del año 2014) hasta exactamente un año después, misma fecha del año 2015. Por ello, la legislación interna aplicable es la Constitución de la República del 2008 sin las enmiendas del año 2015⁷¹, el COIP sin sus reformas de septiembre del 2015 ni las impuestas por la Ley Orgánica de Prevención Integral Del Fenómeno Socio Económico De Las Drogas Y De Regulación Y

⁷¹ Aclaración requerida pese a la irrelevancia de las mismas para el presente Proyecto.

Control Del Uso De Sustancias Catalogadas Sujetas A Fiscalización (LOPIFD), y finalmente las resoluciones del órgano administrativo CONSEP hasta agosto 2015.

En el rango constitucional, la primera mención de sustancias sujetas a fiscalización se encuentra en el capítulo tercero del Título II, el cual en su quinta sección referente a los niños y adolescentes establece la obligación del estado de adoptar medidas de prevención ante el uso de estupefacientes y psicotrópicos, además de otras sustancias nocivas para su desarrollo.

(CRE) Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: [...]

5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.

La segunda mención, pero primordial por su incidencia en la política pública de drogas, se encuentra dentro de los parámetros fundamentales referentes a salud, los que a su vez están dentro del Título correspondiente al Régimen del Buen Vivir de la Constitución⁷². La sección segunda del primer capítulo de dicho título determina números aspectos: desde las cualidades del Sistema Nacional de Salud Pública (SNSP) hasta la forma de prestar el servicio público de salud. Entre estas regulaciones se encuentra el articulado 364 cuyo postulado transcribimos textualmente.

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

El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco.

Dejando de lado el debate de riesgo y daño instituido respecto de las drogas, acordamos que el uso y el abuso de las drogas producen afectaciones a la salud de las personas razón por la cual el legislador considera a las adicciones como problema de salud pública. De esta

⁷² Título VII, CRE.

forma, la Constitución legitima al SNSP como autoridad primordial competente para lidiar con los daños que ellas producen. El sistema de salud es el garante designado por la carta magna encargado de la reducción de daños provenientes del consumo de drogas.

Con esta premisa, el SNSP debe encargarse prioritariamente de la conducta adictiva, la cual se entiende como la dependencia de sustancias psicoactivas y/o abuso de sustancias no psicoactivas (las cuales no tienen potencial de dependencia (World Health Organization, 2008, pág 29)); adicción que no solamente puede desarrollarse con sustancias sujetas a fiscalización sino también con las drogas toleradas, como tabaco y alcohol. En este sentido, el alcance de custodia constitucional abarca a toda droga, tanto legales como ilegales, por lo cual el mismo sistema de salud debe lidiar con la dependencia y abuso de todas ellas.

La Constitución también determina la potestad del estado de regular y controlar la publicidad de las drogas legales, pero también la implementación de programas de prevención, información, y control de consumo de drogas toleradas e ilegales por igual. Sin embargo, la realidad es discrepante y ello nos obliga a deducir que el legislador pretende atender solamente una manifestación del amplio espectro de adicciones, el de las sustancias sujetas a fiscalización.

El estado a su vez se responsabiliza de proveer de tratamiento y rehabilitación a los consumidores, los cuales de acuerdo con la norma constitucional son de tres tipos: habituales, ocasionales y problemáticos. Bajo el lenguaje cotidiano se entiende que los consumidores son habituales cuando el consumo de la sustancia es frecuente u ordinaria; ocasionales, cuando se da de forma eventual o esporádica, muchas veces en situaciones sociales específicas; y finalmente problemática, cuando provoca perjuicio y trabas en el sujeto. Pero para no sucumbir ante las triquiñuelas subjetivas del lenguaje, tomamos como base la perspectiva que Paladines tiene respecto de la clasificación de consumidores provista por la Constitución, quien determina que la diferenciación de usos y usuarios distingue a: a) usuarios cuyo consumo no registra daños, o consumidores ocasionales; b) usuarios cuyo consumo provoca daños a su propia salud o consumidores habituales; y c) usuarios cuyo consumo es replicado socialmente, o consumidores problemáticos (Paladines, 2012, págs. 49-50).

Bajo estas concepciones, resulta evidente que los consumidores problemáticos son aquellos que presentan consecuencias adversas relacionadas con la adicción, pero en

referencia al resto es notable que la Constitución no reconozca que la dependencia se manifiesta gradualmente; es decir que el uso o consumo de cualquier droga (en sentido amplio o estricto) puede producir ciertos niveles de adicción.

Con esto deseamos destacar que tanto el inhalar cocaína como el tomar café pueden desembocar en cierto nivel de adicción la cual puede surgir de incontables factores como cantidad, accesibilidad, ánimo, situación social, frecuencia, etc. El nivel de dependencia varía de una droga a otra, de un consumidor a otro y existen también casos en los que consumidores no desarrollan dependencia. Todo esto es ignorado por la carta magna. Además, es de relevancia social el hecho de que no se requiere alcanzar un nivel de adicción para que el consumo de drogas se vuelva problemático en la salud pública. Es conocido que el uso de marihuana, por ejemplo, tiene un alto riesgo para la salud de personas que padecen enfermedades vasculares relacionadas con el cerebro; y que el uso de cocaína en cambio puede desembocar en acciones violentas o paranoia dependiendo de la personalidad y ánimo en el que se encuentre la persona al momento de consumirla.

No por el hecho de que un consumidor ocasional (o incluso primerizo) sea no dependiente debería ser ignorado por el estado. Por estas razones, puede ser considerada simplista la postura estatal al pretender identificar los casos de consumo de drogas que le competen en base a una concepción tan amplia como la adicción, pero a la vez sensibilizándonos por la complejidad que el fenómeno del consumo de drogas tiene, debemos admitir que el mecanismo no es del todo inadecuado.

Finalmente, se establece a nivel constitucional que sin importar la categoría de consumo ninguna persona será criminalizada por este hecho ni podrá ser vulnerada en sus derechos constitucionales con tal justificación, otro aporte loable al brindar un espacio humanitario de seguridad jurídica a consumidores.

De lo analizado concluimos que le corresponde al estado identificar los casos de uso y consumo de sustancias sujetas a fiscalización que acarrear consecuencias sociales y problemas para la salud pública de manera que pueda reducir sus daños; a la vez que es su deber descartar aquellos casos de consumo que no causan conmoción social por desenvolverse en la esfera privada de los individuos, en el libre desarrollo de su personalidad, tal y como lo ha adoptado la codificación penal.

El COIP regula a las drogas ilícitas en diversos aspectos, pero por la naturaleza de la presente investigación no se requiere adentrar a cabalidad en todos ellos, por lo que

mencionamos brevemente los articulados que no nos competen. Contamos entonces con derechos y garantías de las personas privadas de libertad cuya sección salud específica que se brindará tratamiento en caso de adicciones⁷³; responsabilidad penal en caso de haber cometido una infracción bajo los efectos de sustancias sujetas a fiscalización⁷⁴; ingreso de sustancias ilícitas a centros de privación de libertad⁷⁵; testaferrismo como delito conexo al tráfico de sustancias⁷⁶; falsificación de recetas médicas con el fin de obtener sustancias ilícitas⁷⁷; homicidio culposo bajo los efectos de sustancias ilícitas⁷⁸; lesiones por delitos de tránsito ocurridos bajo los efectos de las mismas⁷⁹; y finalmente la conducción de vehículos bajo los mismos efectos⁸⁰. Así también, la sección segunda del capítulo referente a delitos contra los derechos del buen vivir, menciona a los delitos de producción o tráfico de sustancias sujetas a fiscalización: Allí encontramos a la producción ilícita⁸¹, organización o financiamiento para la producción o el tráfico ilícitos⁸²; siembra o cultivo con fines de comercialización⁸³; suministro de sustancias ilícitas sin consentimiento de quien las ingiere⁸⁴; prescripción no justificada⁸⁵, y colocación de sustancias en posesión de otro con el ánimo de incriminarlo⁸⁶.

3.3.1. Tenencia o posesión ilícita de sustancias sujetas a fiscalización

Encontrándonos en el tema que nos compete, recordamos que el presente proyecto pretende analizar el tratamiento procesal del delito de posesión o tenencia de sustancias estupefacientes, por lo cual los artículos pertinentes del COIP son los que analizamos a continuación.

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

1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe,

⁷³ Artículo 12, COIP.

⁷⁴ Artículo 37, Id.

⁷⁵ Artículos 275 y 718, Id.

⁷⁶ Artículo 289, Id.

⁷⁷ Artículo 329, Id.

⁷⁸ Artículo 376, Id.

⁷⁹ Artículo 370, Id.

⁸⁰ Artículo 384, Id.

⁸¹ Artículo 219, Id.

⁸² Artículo 221, Id.

⁸³ Artículo 222, Id.

⁸⁴ Artículo 223, Id.

⁸⁵ Artículo 224, Id.

⁸⁶ Artículo 225, Id.

exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

*a) Mínima escala de dos a seis meses. b) Mediana escala de uno a tres años. c) Alta escala de cinco a siete años. d) Gran escala de diez a trece años.*⁸⁷

2. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de precursores químicos o sustancias químicas específicas, destinados para la elaboración ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si las sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, se oferten, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio.

*La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible.*⁸⁸

Una de las primeras observaciones que surgen de la lectura de este tipo penal, además de su extensión, es la cantidad de verbos rectores contenidos en él. Dentro de cada numeral se encuentran los mismos catorce verbos rectores redactados con el objetivo de abarcar todas las posibles actuaciones relacionadas a drogas, siendo algunos de ellos innecesarios. Por ejemplo, tanto importación como exportación son actividades de la compra-venta, y los vocablos “tener” y “poseer” significan exactamente lo mismo. Otra observación es la ampliación del objeto material del tipo, ya que contiene varios elementos; el primer numeral se refiere a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas pero también a los preparados que las contengan, y el numeral segundo incluye a su vez a precursores químicos y a otras sustancias químicas destinadas a la elaboración de drogas ilícitas.

En lo relativo al último, consideramos inoportuna la mención del consumo no punible dentro del mismo artículo. El tráfico de sustancias ilícitas es un delito de complejas implicaciones sociales, políticas, y económicas de gran magnitud con repercusiones internacionales; de hecho el narcotráfico ha sido considerado como delito de lesa humanidad por las

⁸⁷ Reformado por la LOPIFD.

⁸⁸ Texto del COIP original, sin reformas posteriores a Agosto 2015.

consecuencias que acarrea, pese a que ninguna de las actividades relacionadas a la producción o tráfico de drogas forman parte del Estatuto de Roma. Es entonces necesario recalcar que el consumo es la última ramificación del fenómeno de drogas, una actividad que puede derivar del narcotráfico pero no necesariamente lo hace. En este sentido, el COIP acertadamente ha instituido que la tenencia o posesión de sustancias que se encuentre en una cantidad dentro del rango reconocido como consumo personal no será punible. Logro legislativo rescatable a pesar de que en toda la historia penal del Ecuador el consumo de sustancias ilegales nunca ha constituido delito.

En este sentido se pronuncia la Corte Constitucional de Colombia: “el bien jurídico que se protege con la penalización de las conductas constitutivas de narcotráfico está constituido no solamente por la salubridad pública, sino que alcanza otros intereses de la sociedad y el Estado como la seguridad pública y el orden económico y social. Concluyendo que el porte o conservación de estupefaciente en dosis considerada para el consumo personal, no reviste la idoneidad para afectar este bien jurídico complejo, en la medida en que se trata de un comportamiento que no trasciende la órbita personal del individuo y por ende, carece de la potencialidad de interferir en los derechos ajenos, o en los bienes jurídicos valiosos para la vida en comunidad” (C-491/12, 2012). Por tanto el consumo personal se constituye como una actividad humana reconocida por la autonomía de la voluntad y al libre desarrollo de la personalidad; el estado no puede inmiscuirse en dicha actividad sin caer en el *neopunitivismo* (Pastor, 2005, pág. 74). Ilustrado magníficamente por el Profesor José Sáez Capel, “la penalización de la tenencia para consumo de drogas psicoactivas, a más de no ser útil, atenta contra los postulados fundamentales del Derecho Occidental. Desde la misma Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano que en su artículo 5 refiere que la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause daños a otros” (Sáez Capel, s.f., pág. 2).

Por lo expuesto, y en concordancia con el principio de mínima intervención penal⁸⁹ consagrado en la Constitución, podríamos sugerir que en virtud de que la tenencia para consumo y el posterior consumo no tienen mayor repercusión adversa para el bien jurídico protegido salud pública, el estado podría darse el lujo de renunciar al ejercicio de su potestad punitiva, en ejercicio del principio de oportunidad. Lamentablemente, toda persona que se enfrenta al actuar de fiscalía por actividades relativas a sustancias no toleradas se

⁸⁹ Ferrajoli lo ilustra como “reducción al mínimo de las circunstancias penales y su codificación general mediante la despenalización de todas aquellas conductas que no ofendan bienes fundamentales”.

ve obligada a pasar por el proceso penal ya que la norma considera intolerable la ausencia de investigación en delitos relativos a sustancias sujetas a fiscalización⁹⁰. De manera que la tendencia que adopta la Constitución y el mismo COIP consideramos discordante dicha disposición. Sin embargo, podemos inferir que el COIP (y esperamos que así sea) tiende más a acatarse por el principio de oportunidad y mínima intervención penal al determinar que la siembra y cultivo de plantas para la extracción de sustancias⁹¹ solamente es punible cuando el objetivo es la comercialización, por lo que debemos entender que el autoabastecimiento no es criminalizado.

Finalmente, en concordancia con la Constitución y la codificación penal, debemos abordar la normativa administrativa pertinente expedida por el CONSEP y a la cual se refiere el COIP en los siguientes artículos:

(COIP) Art. 227.- Sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- Para efectos de este Código, se consideran sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, los estupefacientes, psicotrópicos, precursores químicos y sustancias químicas específicas que consten en la normativa correspondiente.

Nota: Ver sustancias sujetas a fiscalización. Para leer texto, ver Registro Oficial Suplemento 490 de 27 de Diciembre de 2004, página 17.

(COIP) Art. 228.- Cantidad admisible para uso o consumo personal.- La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, para consumo personal, será regulada por la normativa correspondiente.

Nota: Ver Cantidad para consumo personal en Resolución 1. Para leer texto, ver Registro Oficial Suplemento 19 de 20 de Junio de 2013, página 2.

Respecto de las sustancias sujetas a fiscalización, recordemos que los tratados internacionales inciden directamente en el listado pero la norma interna correspondiente es la codificación de la ley 108 que contiene cuatro anexos que tratan definiciones, clasificación de estupefacientes, lista de psicotrópicos y un cuadro de precursores químicos

⁹⁰ "Art. 412.- Principio de oportunidad.- La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos: [...] La o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, [...] *de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización* y delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia." (cursivas nuestras)

⁹¹ Artículo 222, COIP.

respectivamente. Para efectos de la presente investigación, estas tablas se encuentran vigentes⁹².

En base a dicho listado, el CONSE como autoridad competente en materia de sustancias sujetas a fiscalización, emite la Resolución #1 publicada en el Suplemento del Registro Oficial 19 de 20 de junio de 2013 en la que se establecen las cantidades máximas de tenencia para consumo personal, ilustrada a continuación.

| Cantidades máximas de consumo – Sustancias estupefacientes | | | | | | | |
|---|-------|------------------------------|-----|-------------------------------|-----|------------------|------|
| Heroína | | Pasta base de cocaína | | Clorhidrato de cocaína | | Marihuana | |
| Mín | Máx | Mín | Máx | Mín | Máx | Mín | Máx |
| 0gr | 0.1gr | 0gr | 2gr | 0gr | 1gr | 0gr | 10gr |

Cuadro V: Cantidades máximas de consumo A. Fuente: CONSEP. Elaboración propia.

| Cantidades máximas de consumo - Sustancias psicotrópicas | | | | | |
|---|---------|--------------------------------------|---------|--|---------|
| Anfetaminas | | Meblendioxifenetilamina (MDA) | | Metilendioxifenetilamina (MDMA) o éxtasis | |
| Mín | Máx | Mín | Máx | Mín | Máx |
| 0gr | 0.040gr | 0gr | 0.015gr | 0gr | 0.015gr |

Cuadro VI: Cantidades máximas de consumo B. Fuente: CONSEP. Elaboración propia.

En directa relación, y por la decimoquinta transitoria del COIP⁹³, el CONSEP emite la Resolución #2 publicada en el Suplemento del Registro Oficial 288 de 14 de julio de 2014 en la cual se emite una tabla similar para sancionar el tráfico, a continuación graficada.

⁹² Derogadas por la LOPIFD.

⁹³ “DECIMO QUINTA: La autoridad competente en materia de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, en el plazo de noventa días a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial, emitirá la tabla de cantidades de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización para producción o tráfico de mínima, mediana, alta y gran escala, con el fin de establecer la normativa referente a las cantidades establecidas en la Sección sobre los delitos por producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. En los casos de tenencia para el consumo, hasta que se emita la tabla correspondiente, se aplicará la Resolución No. 001 CONSEP-CD-2013, publicada en el Segundo Suplemento No. 19 de 20 de junio de 2013.”

| Cantidades tráfico - Sustancias estupefacientes | | | | | | | | |
|---|---------|------|-----------------------|--------|------------------------|--------|-----------|---------|
| Escala (Peso neto) | Heroína | | Pasta base de cocaína | | Clorhidrato de cocaína | | Marihuana | |
| | Mín | Máx | Mín | Máx | Mín | Máx | Mín | Máx |
| Mínima escala | >0gr | 1gr | >0gr | 50gr | >0gr | 50gr | >0gr | 300gr |
| Mediana escala | >1gr | 5gr | >50gr | 500gr | >50gr | 2000gr | >300gr | 2000gr |
| Alta escala | >5gr | 20gr | >500gr | 2000gr | >2000gr | 5000gr | >2000gr | 10000gr |
| Gran escala | >20gr | - | >2000gr | - | >5000gr | - | >10000gr | - |

Cuadro VII: Cantidades para sancionar el tráfico A. Fuente: CONSEP. Elaboración propia.

| Cantidades tráfico - Sustancias psicotrópicas | | | | | | |
|---|-------------|--------|-------------------------------|--------|---|--------|
| Escala (Peso neto) | Anfetaminas | | Meblendioxifenetilamina (MDA) | | Metilendioxifenetilamina (MDMA) o éxtasis | |
| | Mín | Máx | Mín | Máx | Mín | Máx |
| Mínima escala | >0gr | 2.5gr | >0gr | 2.5gr | >0gr | 2.5gr |
| Mediana escala | >2.5gr | 5gr | >2.5gr | 5gr | >2.5gr | 5gr |
| Alta escala | >5gr | 12.5gr | >5gr | 12.5gr | >5gr | 12.5gr |
| Gran escala | >12.5gr | - | >12.5gr | - | >12.5gr | - |

Cuadro VIII: Cantidades para sancionar el tráfico B. Fuente: CONSEP. Elaboración propia.

De esta manera, en la línea de tiempo trazada por el presente trabajo, que va desde el 10 de agosto del año 2014 hasta el 10 de agosto del año 2015, Ecuador cuenta con una norma penal que sanciona el tráfico y la tenencia con el ánimo de comercializar pero excluye de penalización a los consumidores que portan cantidades mínimas toleradas con el solo ánimo de usarlas en el ejercicio de su privacidad. Se encuentra clara la distinción entre consumidor y traficante (en el nivel que lo sea); el consumidor no es criminalizado, la tenencia para consumo tampoco, por lo cual el consumo es un acto por el cual nadie puede ser detenido ni aprehendido, ya que no constituye delito.

CAPÍTULO II

EL DEBIDO PROCESO

*Si nos obstinamos en representar a la justicia con los ojos vendados,
¿por qué sorprendemos cuando reparte palos de ciego?
Elías Neuman*

Con el ánimo de no caer en confusiones lingüísticas, utilizamos la expresión *debido proceso* como concepto amplio englobante del sistema de garantías y requisitos procesales dentro del desarrollo del proceso penal; concepto también denominado proceso justo, juicio justo, derecho de defensa, bilateralidad del proceso, entre otros.

Subcapítulo I: Antecedentes y conceptualización

El debido proceso ha sido tratado exhaustivamente por doctrina y jurisprudencia, muchas veces con el ánimo de establecer una limitación a su alcance, otras con el solo propósito de determinar su existencia; pero en general, estudiado a cabalidad. A pesar de ello, una definición específica avalada universalmente no ha sido establecida; debemos basarnos en sus implicaciones, elementos y manifestaciones para comprender lo que constituye.

Partamos de lo que no es el debido proceso. En 1184, en Europa de la edad media se concreta la reunión de un concilio que pretende eliminar la herejía existente ese entonces, como el catarismo⁹⁴ por ejemplo. El procedimiento mediante el cual se declara la herejía en este evento histórico no se constituye bajo parámetros claros sino que se ejecuta vulnerando derechos ya entonces reconocidos; además, los edictos de fe y de gracia⁹⁵ son causa de numerosas autoinculpaciones además de procesos kafkianos en los que los acusados no conocen quién los acusa ni por qué. De esta forma entra en vigor el régimen

⁹⁴ Movimiento religioso basado en las formas estrictas del gnosticismo y el maniqueísmo propagado por Europa Occidental hasta el siglo XII.

⁹⁵ El edicto de fe obliga a los fieles bajo pena de excomunión a denunciar a los herejes; el edicto de gracia daba un plazo de quince días para que el hereje se confiese sin que se le aplique pena.

inquisitorial a mediados del siglo XIII; por varios siglos se aplica este sistema para exterminar a cualquier persona en desacuerdo con la iglesia católica⁹⁶.

La Inquisición fue un proceso indebido y en oposición a situaciones similares surge la necesidad de establecer herramientas de desarrollo de procesos. En la carta magna inglesa de 1215, el rey Juan Sin Tierra otorga a los nobles numerosas garantías, una de las cuales es el *due process of law* concretado en el compromiso del estado inglés por el cual asume la obligación de respetar las garantías previstas en la misma Carta⁹⁷. Posteriormente, la nación pionera en demarcar pautas de esta garantía vuelve a consagrar al debido proceso, esta vez dentro de la Petición de Derechos del parlamento inglés de 1628 y después en la Declaración de Derechos de 1689. Más adelante, el concepto es inevitablemente adoptado por Estados Unidos quien lo incorpora entre sus enmiendas⁹⁸.

Los acontecimientos expuestos constituyen la primera manifestación positiva de un debido proceso, cuyo desarrollo permite que la idea se plasme en la mayoría de países contemporáneos. La evolución del debido proceso acarrea un abanico de contextos para constituirse con la amplitud y alcance que conocemos en la actualidad, por tal razón, mencionamos brevemente algunos aspectos relevantes.

1.1. ¿*Ius Puniendi* o *Potentia Puniendi*?

No se detallan las numerosas teorías acerca de la legitimidad y naturaleza del *ius puniendi* pues el tema requiere de una investigación valorativa que adentre en aspectos políticos, filosóficos, sociológicos y jurídicos inalcanzables para el presente trabajo; no obstante, se puntualiza que rige la conceptualización que exhibe al poder punitivo del estado, poder penal o facultad castigadora (como también se la ha denominado) como el principio rector que habilita a la entelequia jurídica “estado” la capacidad de ejercer su atribución sancionadora mediante el derecho penal o *ius poenale* (Rodríguez, 2013, pág 13).

En 1885, Binding circunscribe el ámbito del *ius puniendi* a la decisión soberana de cada estado nacional y como consecuencia se establece el acuerdo universal de considerar

⁹⁶ La invasión que Napoleón Bonaparte realiza en España a principios del siglo XIX marca el inicio del fin de la inquisición, finalmente abolida en 1834.

⁹⁷ “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra el ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”.

⁹⁸ Enmienda V (1791) y XIV (1866).

inadmisible una extensión ilimitada de la facultad sancionadora: “La primera y principal limitación [...] es que, a falta de una regla permisiva en contrario, un Estado no puede ejercer de ninguna forma su poder en el territorio de otro Estado” (S.S. Lotus (France v. Turkey), 1927). De esta forma, el derecho internacional establece una restricción básica por la cual cada estado cuenta con un poder punitivo territorialmente limitado (Ambos, 2007, pág. 268). Ya en el ámbito interno cada estado cuenta con otras barreras que permiten que la facultad sancionadora tutele y respalde el bienestar de la sociedad que rige⁹⁹; en contraposición a una posible *potentia puniendi* o *potentia criminalis* estatal existente en ausencia de límites que eviten que se arrase con la dignidad de las personas.

El debido proceso es uno de ellos, una de las contenciones del poder punitivo, una de las numerosas restricciones del garantismo para evitar el abuso del *ius puniendi*. Dicha contención se establece bajo un contexto político y jurídico determinado por la realidad de cada nación, por lo cual a continuación se trata al estado de derecho, modelo que brinda los precedentes conceptuales requeridos para entrar en el contexto político de Ecuador, país que toma un paso ambicioso al marcar las fronteras del poder punitivo en base a un modelo que va incluso más allá, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

1.2. Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derechos y Justicia

El estado de derecho nace en 1789 con la revolución francesa, hito de la historia contemporánea que instituye los pilares fundamentales del dicho modelo, bajo el cual se erigen la mayoría de naciones contemporáneas. El principio de división de poderes, de legalidad, y concepto de derechos humanos son algunos de sus pilares. Entendemos pues al estado de derecho como una sociedad organizada políticamente dentro de un territorio determinado cuyas actividades estatales (entre ellas el ejercicio del *ius puniendi* a través del *ius poenale*) se rigen por ley; o como lo ha propuesto la Organización de Naciones Unidas (ONU) “principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos” (Secretario General del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 2004).

⁹⁹ Zaffaroni discrepa de esta calificación, sostiene que es erróneo el carácter de derecho subjetivo del *ius puniendi* ya que eso haría que todos los delitos lesionaran un único bien jurídico, un derecho subjetivo del estado.

Dimos inicio a estas reflexiones estableciendo los límites del *ius puniendi* en el ámbito internacional; pasamos a su manifestación interna ejecutada dentro de límites establecidos por ley en virtud del estado de derecho. Así que la consecución lógica de esta ruta de ideas nos lleva a la relación entre estado de derecho y debido proceso; el sometimiento del estado a la norma brinda los firmes parámetros de funcionamiento gracias a los cuales puede manifestarse el debido proceso, pero éste a su vez se constituye como pilar fundamental del estado de derecho. Así como el modelo de estado que somete su actividad a la norma le dota de seguridad al debido proceso, éste es “un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de Derecho” (Medina Quiroga, 2003, pág. 267).

Ya que el estado ecuatoriano funciona bajo el modelo de estado constitucional de derechos y justicia, partimos de la norma primordial por excelencia para abordar el contexto específico ecuatoriano.

1.3. Debido proceso como mandato de la Constitución garantista

Ecuador cuenta con una historia constitucional intensa. Hasta la fecha del presente proyecto, ha tenido veinte constituciones en total, veintiuno si se toma en cuenta la expedida en el año 1812 que fue un primer intento por alcanzar la independencia. La numerosa variación de cartas magnas con las que Ecuador ha lidiado a lo largo de la historia no surge de la frecuente necesidad de modificaciones en las normas primordiales del estado, sino que de hecho la historia constitucional ha mantenido a lo largo de su desarrollo una estrecha relación con la tendencia y régimen político vigente, y de allí su constante modificación (Ayala Mora, 2004, pág. 190).

Por esta razón, la Constitución debe ser abordada desde su perspectiva ideológica. Ramiro Ávila agrupa a las constituciones ecuatorianas en dos grupos ideológicos: el liberal y el igualitarista. El liberal cuenta con fundamento en derechos y libertades individuales a la vez que promulga a toda costa el libre ejercicio de los mismos, dando privilegio al bienestar individual antes que al general. En cambio, el igualitarista se desenvuelve como contraparte, dando hegemonía al bienestar colectivo, dándole oportunidad a la comunidad, a la sociedad en conjunto de auto-determinarse y establecer términos para su pleno desenvolvimiento y desarrollo (Ávila Santamaría, 2012, pág. 35). De acuerdo con el mismo autor, la única manifestación del modelo igualitarista con la que Ecuador ha contado es la Constitución del año 2008.

Bajo dicha Constitución igualitarista, Ecuador se constituye como “estado constitucional de derechos y justicia”¹⁰⁰, modelo novedoso y vanguardista del cual se desprende no solo la defensa de la legalidad sino sobre todo la defensa de derechos que incluso la superan. La Corte Constitucional Ecuatoriana lo ha consagrado como aquel que funciona bajo la premisa de que “[...] la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos [...]” (S007-09-SEP-CC, 2009).

De ello se infiere que el debido proceso se constituye como un límite formal y material del poder punitivo estatal, ya que además de establecer requerimientos de legalidad, también implica limitaciones a la función legislativa, impidiendo que ésta emita normas que vayan en contra de lo dispuesto por la Constitución y por los instrumentos internacionales comprendidos dentro de la Carta Internacional de Derechos Humanos¹⁰¹. En ese mismo sentido, Ferrajoli explica el modelo de estado constitucional de derecho en base al paradigma de una doble sujeción basada en la vigencia y validez de la norma; vigencia entendida como las formalidades por las que atraviesa la norma para aprobarse y validez como la coherencia del contenido de la norma con la Constitución (Ferrajoli, 2010, pág. 22).

Por tanto, el modelo de estado brindado por la carta magna garantista le impone al derecho penal una función legitimada en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad (estado social) y limitada por el sometimiento a la Constitución y a los derechos de las personas (estado constitucional de derechos) con el objetivo de alcanzar un fin último (justicia). De manera que el ejercicio de la facultad sancionadora estatal ejecutada fuera de las fronteras mencionadas pierde legitimidad.

El debido proceso es un mandato de máxima jerarquía. La carta magna le brinda un rango constitucional pero también está consagrado en numerosos instrumentos internacionales de derechos fundamentales, los cuales de acuerdo con la misma Constitución, son de rango

¹⁰⁰ Artículo 1, CRE.

¹⁰¹ Abarca a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos.

superior¹⁰². Por tal razón, también se debe considerar al debido proceso desde la perspectiva internacional de derechos humanos.

1.4. Debido proceso como derecho fundamental

Tomamos como punto de partida el concepto de derechos humanos provisto por Gregorio Peces-Barba Martínez: [...] la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato del Estado en caso de infracción” (Peces-Barba Martínez, 1984, pág. 66).

De este concepto se extrae la amplitud de los derechos humanos. Son universales e interdependientes, dinámicos y relativos; son valores de cualidad esencial de las personas que permiten la convivencia armónica con autonomía, libertad e igualdad, constituyendo dignidad humana. Por tanto, todos los individuos son titulares de estos derechos, sin distinción, son inherentes y se presentan en toda manifestación humana; “nos protegen frente a los diferentes problemas y necesidades que tenemos como personas” (Meléndez, 2012, pág. 16). Una de esas necesidades es la de contar con un juicio justo, por lo cual es acertada la consideración de incluir al debido proceso como derecho fundamental.

Como un paréntesis, sabemos que los instrumentos internacionales tienen diferentes efectos dependiendo su naturaleza: los tratados son de carácter vinculante, y las declaraciones y resoluciones no lo son en sentido estricto. Pero al hablar de derechos humanos, los instrumentos deben ser interpretados de acuerdo a compromisos adquiridos por el principio de buena fe o *pacta sunt servanda*¹⁰³; como consecuencia, respecto de derechos humanos todos los instrumentos imponen obligatoriedad respecto de su aplicación.

¹⁰² Artículos 424 y 425, CRE.

¹⁰³ Apartado segundo del artículo 2 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas; artículo 3, c de la Carta de Organización de los Estados Americanos; y artículo 31,1 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados.

El amplio catálogo de derechos y garantías consagrados en instrumentos es extenso, por lo cual no lo exponemos en su totalidad. Respecto del debido proceso específicamente, a continuación un cuadro ilustrativo de los principales instrumentos aplicables a Ecuador.

| | | |
|----------------------|------------|--|
| Tratados | ONU | Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos (Dos Protocolos Facultativos) |
| | | Convención Contra La Tortura Y Otros Tratos O Penas Cruelles, Inhumanas O Degradantes |
| | OEA | Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Protocolo Pena de Muerte) |
| | | Convención Interamericana Para Prevenir Y Sancionar La Tortura |
| | | Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada De Personas |
| Declaraciones | ONU | Declaración Universal De Derechos Humanos |
| | | Declaración Sobre La Protección De Todas Las Personas Contra Las Desapariciones Forzadas. |
| | OEA | Declaración Americana De Derechos Y Deberes Del Hombre |
| Resoluciones | ONU | Principios Básicos Relativos A La Independencia De La Judicatura |
| | | Conjunto De Principios Para La Protección De Todas Las Personas Sometidas A Cualquier Forma De Detención O Prisión |
| | | Código De Conducta Para Funcionarios Encargados De Hacer Cumplir La Ley |
| | | Principios Básicos Sobre El Empleo De La Fuerza Y Armas De Fuego Por Los Funcionarios Encargados De Hacer Cumplir La Ley |
| | | Principios Básicos Para El Tratamiento De Los Reclusos |
| | | Conjunto De Principios Para La Protección De Todas Las Personas Sometidas A Cualquier Forma De Detención O Prisión |
| | | Principios Relativos A Una Eficaz Prevención E Investigación De Las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias O Sumarias |
| | OEA | Principios Y Buenas Prácticas Sobre La Protección De Las Personas Privadas De Libertad En Las Américas |

Cuadro IX: Instrumentos internacionales de Derechos Humanos aplicables a Ecuador. Elaboración propia.

En general, existe una base homogénea de reconocimiento internacional de derechos parte del debido proceso. A continuación una tabla ilustrativa sobre los derechos mínimos acogidos por los instrumentos internacionales.

| | Declaración Universal de Derechos Humanos | Convención Americana de Derechos Humanos | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos | Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre | Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión |
|--|---|--|---|--|--|
| Acceso a la justicia | 7, 8, 10 | 1, 7, 8, 25 | 2, 9, 14 | 18, 25, 26 | 5, 7, 30, 32, 33, 34, 37 |
| Derecho a juez natural e independiente | 8, 10 | 7, 8 | 2, 9, 14 | 26 | 4, 21, 37 |
| Igualdad ante la ley y tribunales | Preámbulo, 1, 2, 7, 10 | 1, 8, 24 | Preámbulo, 2, 3, 9 | Preámbulo, 2 | 5 |
| Publicidad del proceso penal | 11 | 8 | 14 | 26 | 36 |
| Celeridad | | 5, 7, 8 | 9, 10, 14 | 18, 25 | 32, 33, 37, 38 |
| Derechos exclusivos de imputados | 11 | 4, 5, 6, 7, 9, 10, 25 | 6, 7, 9, 11, 14, 15 | 25, 26 | 2, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 30, 32, 33, 37 |
| Derecho a la defensa | 11 | 7, 8 | 9, 14 | 26 | 11, 12, 17, 18, 23, 25, 32, 33, 36, 37 |
| Derecho a medidas cautelares no privativas de libertad | | 7 | 9 | | 37, 39 |
| Protección ante detención arbitraria e ilegal | 3, 9 | 7 | 9, 11, 14 | 1, 25 | 1, 2, 32, 33 |
| Protección contra tortura y penas crueles | 5 | 5, 6 | 7, 8, 10, 14 | 25, 26 | 1, 6, 21, 22, 33 |
| Protección contra la incomunicación | | 7, 8 | 9, 14 | 25 | 15, 18, 19, 29 |

Cuadro X: Debido proceso en el Derecho Internacional de Derechos Humanos. Elaboración propia.

Además de los hasta ahora mencionados, existen otros instrumentos internacionales que recogen al debido proceso pero que por ser de otro contexto regional no son aplicables al Ecuador, tal y como se ilustra a continuación.

| Principales instrumentos internacionales de DDHH no aplicables a Ecuador | |
|---|---|
| Unión Europea | Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales |
| | Carta Social Europea |
| | Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea |
| África | Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos |

Cuadro XI: Principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos no aplicables al Ecuador. Elaboración propia

Lo que los postulados contenidos en instrumentos internacionales tienen en común es que proveen garantías mínimas a personas involucradas en un proceso penal, de manera que se preserve su dignidad como persona a lo largo del desarrollo del mismo; incluso desde antes de iniciado el procedimiento judicial propiamente dicho (como en el caso de limitación a la libertad ambulatoria legitimada por flagrancia) y después de emitida la resolución, al momento de ejecutar la sentencia. Se ha ilustrado que el debido proceso se descompone de derechos como la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial imparcial e independiente, y la tutela judicial efectiva¹⁰⁴, pero es necesario dejar en claro que se instituye como uno solo; es un derecho complejo que implica a su vez un conjunto de manifestaciones que pueden ser entendidas como derechos particulares (Salmón & Blanco, 2012, pág. 23).

1.5. Conceptualización

Es dificultoso procurar una conceptualización única la complejidad del debido proceso, por lo cual tomamos como fundamento la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos que se ha pronunciado en referencia al mismo. Tanto la Corte Europea de Derechos

¹⁰⁴ Algunos autores han considerado que tanto presunción de inocencia, como imparcialidad de juez y tutela judicial efectiva son presupuestos del debido proceso más no parte de él; pero no compartimos esta postura ya que la legitimidad se examina desde antes del proceso estrictamente judicial.

Humanos (ECHR) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) como instancias fundamentales, se han manifestado en relación al debido proceso; sus reflexiones más trascendentales son expuestas a continuación.

La CorteIDH ha opinado que para que exista un debido proceso legal “es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”, de manera que las garantías procesales que permiten el ejercicio del debido proceso sirvan “para hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y sean al final de cuentas condiciones obligatorias para el aseguramiento de “aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (Opinión Consultiva 16/99, 1999).

Respecto de aspectos específicos contenidos dentro del proceso debido, la jurisprudencia de la CorteIDH reconoce numerosos campos: obligación general de investigación (Heliodoro Portugal vs Panamá, 2008) (Garibaldi vs. Brasil, 2009), derecho a una defensa apropiada y diligente (Acosta Calderón vs Ecuador, 2005), prohibición de imposición arbitraria de pena de muerte (DaCosta Cadogan vs Barbados, 2009), control judicial de detenciones (Bayarri vs Argentina, 2008), y principio de legalidad (Baena Ricardo y otros vs Panamá, 2001).

Además, la misma CorteIDH ha expuesto que el debido proceso dentro de casos penales debe componerse de todos los derechos y garantías necesarias para que se conforme lo dispuesto por el artículo 8 de la CADH, de manera que la defensa de las personas se ejerza efectivamente y en condiciones de igualdad frente a otros justiciables (Lori Berenson Mejía vs Perú, 2004) (Constantine y Benjamin y otros vs Trinidad y Tobago, 2002).

La ECHR o Corte Europea de Derechos Humanos por su parte, ha expresado que existen leyes criminales en general así como también hay leyes que establecen poderes y procedimientos precisos mediante los cuales el estado puede responder ante las conductas ilícitas; el proceso penal sigue una secuencia y enfoque al establecer un balance adecuado entre los derechos del individuo (libertad personal, integridad personal y juicio justo) y los intereses del estado: ese enfoque es la igualdad de armas en el proceso penal (Cameron, 2006, pág. 8). La igualdad de armas también se menciona en la jurisprudencia de la ECHR; algunos aspectos desarrollados por el *due process of law* son: derecho de asistencia

gratuita de un abogado de oficio (Ártico vs Italia, 1980), derecho a ser juzgado en un tiempo razonable (Unión Alimentaria Sanders S.A. vs España, 1989), prohibición de sometimiento a tratos inhumanos o degradantes (H vs Suiza, 1993) y debida motivación en las resoluciones emitidas por autoridades competentes (Suominen vs Finlandia, 2003).

En numerosos casos, la Corte Interamericana se ha acogido a las disposiciones de la Corte Europea, y en muchos otros ha sido a la inversa; pero hay puntos clave de concordancia jurisprudencial entre ambas instancias internacionales, entre los que están: la igualdad ante la ley y tribunales, principio de legalidad, principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, independencia de las autoridades judiciales, presunción de inocencia e irretroactividad de la ley penal.

De lo expuesto, se entiende a breves rasgos la complejidad de las implicaciones de un debido proceso, por lo cual ahora nos atrevemos a plantear una conceptualización generalizada de lo que constituye. Dentro de los conflictos de la sociedad manejados por el derecho penal, creemos que el debido proceso es el recurso idóneo frente a la fuerza penal ejercida ilegítimamente, el adecuado debate que busca la verdad histórica de un hecho ilícito, la serie de principios y garantías que aseguran un juicio justo, y el mecanismo idóneo de defensa de derechos. Los límites al poder punitivo “se basan en la idea de dignidad humana y en la idea de la justicia misma” (Muñoz Conde, 2001, pág. 107). En el mismo sentido se manifiesta Pazmiño quien afirma que el debido proceso no se circunscribe a pasar por determinada senda de formalidad jurídica, que “el debido proceso no es más que un proceso lleno de garantías” (Pazmiño Granizo, 2015).

Concluimos que el debido proceso es un derecho fundamental instituido con el objetivo de garantizar la eficacia de la tutela judicial efectiva no sólo encaminado a la mera verificación de legalidad, sino al alcance de justicia y respeto a la dignidad humana.

Subcapítulo II: Debido proceso en delitos flagrantes de posesión de sustancias sujetas a fiscalización

Al abordar el tema del debido proceso debemos aceptar de entrada la premisa de que no existe un derecho penal puramente humanitario, el derecho penal es violencia y represión,

violentos son sus casos y violenta es la forma de reprimirlos. En palabras de Muñoz Conde “el Derecho Penal es violencia institucional y es violencia formalizada” (Muñoz Conde, 2012, pág. 113). Sabemos que el estado ejerce violencia gracias a su facultad sancionadora pero se prefiere lidiar con otras denominaciones como fuerza estatal, coerción penal, poder penal o de poder estatal organizado con fines que trascienden al hecho que pretende reprimir. Cualquiera sea su denominación sigue siendo violencia y por ello los valores constitucionales más altos se encuentran en mayor vulnerabilidad en el ámbito penal, en donde la limitación del poder punitivo tiene mayor relevancia ya que es allí “donde de forma más sensible se pone a prueba el marco de respeto a los derechos” (García Falconí, 2015, pág 35). De manera que a la par con el ejercicio del *ius puniendi* a través del derecho penal sustantivo también trabaja el adjetivo.

Es bastante usual que el derecho procesal penal se presente como un accesorio, como “mero instrumento o un sirviente del derecho penal” (Binder, 2011, pág. 56), pero se constituye como muchísimo más que eso. El derecho procesal penal es una herramienta sí, pero una que pretende alcanzar la adecuada administración de justicia además de ser un instrumento jurídico sensible con finalidades político-criminales. Es el filtro de protección de los individuos que amortigua el ejercicio del poder punitivo en toda su brutalidad para que éste no arrase con la ciudadanía, y por ello un debido proceso penal no puede instituirse en un mero trámite. El poder punitivo es violencia legítima ejercida por el estado (en el mejor de los casos), por lo que debe estar absolutamente clara la necesidad de utilizarla con precaución y precisión, ya que los efectos pueden ser devastadores.

Debemos recordar que el mismo COIP reconoce que todo sistema penal se enfrenta a la lucha entre impunidad y garantía de derechos de las personas a la vez que el sistema procesal penal ecuatoriano se constituye como medio de realización de la justicia, fundamentado en los principios constitucionales¹⁰⁵. Por ello, abordamos lo dispuesto en la Constitución para luego enfocarnos en el campo procesal penal.

2.1. Debido proceso en la Constitución de la República del Ecuador

En el marco de la Constitución contamos con una matriz garantista, modelo normativo de derecho de estricta legalidad penal manifestado en tres planos: en el epistemológico, como sistema de poder mínimo; en el político, como técnica de tutela capaz de minimizar la

¹⁰⁵ Ver Considerandos.

violencia y maximizar la libertad; y en el jurídico como “sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos” (Ferrajoli, 1989, pág. 851).

Así, el estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano tiene como el más alto deber el respetar y hacer respetar los derechos y garantías de las personas¹⁰⁶, entre ellas, el debido proceso contenido en todo el capítulo referente a los derechos de protección de la Constitución, en específico en los artículos 76, y 77; y en numerosos instrumentos internacionales los cuales respecto de derechos y garantías son de directa e inmediata aplicación¹⁰⁷, por lo que se constriñe a todo funcionario y autoridad del ordenamiento jurídico a respetar y efectivizar su ejercicio.

En ese sentido, un debido proceso se asegura mediante dos tipos de garantías: las primarias (formulación de la imputación conocida como *nullum iudicium sine accusatione*, la carga de la prueba o *nulla accusatio sine probatione*, y el derecho a la defensa de todo procesado, o *nulla probatio sine defensione*); y las secundarias o aquellas que permitan asegurar la observancia de las primarias (publicidad, oralidad, legalidad y motivación) (De Cabo & Pisare, 2001, pág. 19). Todas son parte de la norma constitucional, como vemos a continuación.

La persecución y posterior sanción de faltas penales es facultad exclusiva del estado y que la Constitución del mismo estado es la encargada de imponer los límites primarios para su ejercicio que vienen a ser garantías para el procesado. Así, dentro del artículo 76 de la norma constitucional¹⁰⁸ encontramos como garantía previa al proceso, a la proporcionalidad

¹⁰⁶ Artículo 11, 9. CRE.

¹⁰⁷ Artículo 11, numeral 3. Id.

¹⁰⁸ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará *el derecho al debido proceso* que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, *garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes*. 2. Se *presumirá la inocencia de toda persona*, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción *no prevista por la Constitución o la ley*. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o *autoridad competente* y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley *no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria*. 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. 6. La ley establecerá la *debida proporcionalidad* entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la *defensa* incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones pre- vistas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los

de la norma. Esta barrera se realiza con anterioridad al proceso penal, en el momento en que el poder legislativo constituye la norma, en la criminalización primaria (Zaffaroni, 2000, pág. 8). La proporcionalidad se refiere a la necesidad de que la inferencia en el ejercicio de los derechos del procesado sea imprescindible para el fin legítimo que pretende alcanzar, en relación con el bienestar social. La medida o pena aplicada debe ser ineludible, estrictamente necesaria. Debe existir equilibrio entre: por una parte, la gravedad del delito, las condiciones bajo las cuales se perpetró el mismo y las condiciones sociales del procesado; y por otra, la reacción adoptada por el estado. Solamente así se mide la idoneidad de la medida o pena, ya que “el hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida” (Ferrajoli, 2004, pág. 121).

Ya en el proceso, la primera garantía es la necesidad de un juicio previo; la estricta disposición de realizar un debate fáctico y jurídico gracias al cual se pueda deducir la responsabilidad del procesado. La existencia del juicio es de por sí una de las manifestaciones de un debido proceso; implica la prohibición fundamental condenar a alguien sin que se haya sustanciado un proceso en respeto con lo previsto por la norma. En relación con ello, encontramos en el mismo artículo constitucional la obligación de atenerse a lo dispuesto en la ley penal para realizar acusación y condena; es decir el principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* o principio de legalidad, gracias al cual nadie puede ser juzgado por un delito no tipificado al momento de cometerse y en caso de condena, a nadie puede imponérsele una pena no prescrita por la ley. Además, en relación con ambas se encuentra a favor del procesado la disposición de utilizar la ley más beneficiosa en caso de existir la posibilidad de aplicar dos leyes penales distintas.

Un segundo límite se refiere a la presunción de inocencia a favor del procesado, garantía absoluta desde la sospecha hasta la condena o absolución. Esta presunción tiene como consecuencia que el procesado goce de la misma situación jurídica que una persona

recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

inocente; se trata de un punto de partida gracias al cual, según Trechsel, todas las personas “deben ser tratadas de una manera compatible a la posibilidad de que sean inocentes” (Aguilar García, 2013, pág. 114). En este sentido, la presunción se desprende en numerosos aspectos: respeto de los derechos de la persona a lo largo de todo el proceso, sea inocente o no de determinada falta; necesidad de probar la responsabilidad mediante sentencia condenatoria; carga de la prueba en manos de la parte acusadora; y principio *in dubio pro reo* gracias al cual se absuelve al procesado en caso de duda razonable. Esto último en concordancia con la naturaleza *iuris tantum* de la presunción de inocencia, que admite prueba en contrario.

La prueba constituye el tercer límite. Se reconoce constitucionalmente la ineficacia de la prueba obtenida indebidamente; numerosas normas se refieren a la prueba, por lo que la obtención ilegítima de acervo probatorio puede manifestarse de muchas formas. Por ejemplo, la declaración rendida sin presencia de abogado defensor, clara violación al debido proceso en relación con el derecho a la defensa¹⁰⁹; o la obtenida mediante malos tratos o tortura. Respecto de esta última, existen varios casos emblemáticos en Ecuador como el conocido “los 7 de Putumayo” en el que se sancionó a siete humildes campesinos por el asalto de una patrulla militar, condena revocada en casación cuando la Sala consideró que los condenados habían sido objeto de actos de tortura en sede policial, tal y como lo expuso el análisis médico-forense.

Finalmente, como última garantía se encuentra el derecho a la defensa, como evidente consecuencia del principio de contradicción recogido por el modelo acusatorio. La defensa constituye la posibilidad del procesado de refutar la afirmación de la parte acusatoria, es la institucionalización de la confrontación del procesado ante el estado. La teoría de la acusación no solo debe concordar con la prueba, sino que debe ser lo suficientemente fuerte como para no derrumbarse por la refutación de la defensa; ello en concordancia con el principio *in dubio pro reo*. El derecho y garantía de defensa¹¹⁰ abarca numerosas ramificaciones sobre ellas las cuales nos referimos más adelante a lo largo del desarrollo analítico del proceso especial directo y hacemos lo propio con garantías específicas para personas privadas de libertad¹¹¹, ya que hemos mencionado algunas al referirnos a la

¹⁰⁹ En concordancia con el artículo 76, 7, literal e. CRE.

¹¹⁰ Artículo 76,7 y 77,7. Id.

¹¹¹ Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar

excepcionalidad de la flagrancia.

A la par con las garantías expuestas, la Constitución también reconoce el derecho de toda persona de acceder a la justicia gratuitamente y el derecho a la tutela judicial efectiva, entendida como la ausencia de indefensión¹¹²; además establece que Fiscalía, como titular de la acción pública, debe regirse por los principios de oportunidad y de mínima intervención penal¹¹³. Como ya se ha mencionado, bajo el contexto brindado por la Constitución y en concordancia con el hecho de que el sistema procesal penal se concibe como un medio para alcanzar la justicia¹¹⁴, reflexionamos a continuación sobre delitos flagrantes tramitados mediante procedimiento directo en casos relativos al tipo penal recogido en el artículo 220 del COIP.

2.2. Debido proceso dentro del Procedimiento Directo aplicable a delitos flagrantes por posesión de sustancias ilícitas

Hemos visto la ruta de un delito flagrante y el desarrollo del procedimiento directo. Ahora podemos proceder con los pasos del amalgama que ambos constituyen en casos de posesión de sustancias ilícitas, para a la vez destacar las observaciones del estudio.

Partimos de los siguientes datos: los delitos flagrantes en los años 2014 y 2015 se han incrementado considerablemente en comparación con años previos. La cantidad de causas ingresadas de delitos relativos a drogas se encuentran en el cuarto lugar con un 11%; y de éstas, la primera causa de criminalización es la tenencia y posesión ilícita sin comprobación que es con ánimo de consumo y no de comercialización, con un 65.18% (Defensoría Pública, 2015).

medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. 2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, *salvo en caso de delito flagrante*. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos. 3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a *conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio*. 4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su *derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique*. 5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al *representante consular de su país*. 6. Nadie podrá ser incomunicado. 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento. b) Acogerse al silencio. c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

¹¹² Artículo 75, CRE.

¹¹³ Artículo 194, Id.

¹¹⁴ Artículo 169, Id.

2.2.1. Presencia de flagrancia

Recordando el análisis de Fontán Balestra y Soler acerca de la distinción entre delitos permanentes y delitos de efectos permanentes, se concluye que la tenencia de sustancias ilícitas es de éstos últimos, por lo cual no podría (en teoría) constituir flagrancia. Bajo esta premisa, iniciamos el análisis de los procedimientos especiales aplicados a delitos flagrantes fallando en la naturaleza de los mismos como tales.

Pero incluso, alejándonos de lo propuesto por Soler y Fontán Balestra, aceptando el criterio de que la posesión puede constituir flagrancia por la permanencia del estado de antijuridicidad, en la realidad se observa un hallazgo importante: informes policiales describen hechos que no se adecúan con la figura¹¹⁵. El informe policial o *parte* es un documento oficial que pretende demostrar la participación activa de la autoridad de seguridad interna en el delito flagrante, lo que implica entre otras cosas la responsabilidad de la policía de estudiar en primer lugar los hechos que justifican la aprehensión. Por esta razón surge preocupación al estudiar los partes policiales que día a día se emiten en la Unidad de Flagrancia: se hallan expresiones vacuas, carentes de real contenido que justifican la supuesta flagrancia. Enunciados como *actitud sospechosa, llamada telefónica anónima, información reservada y conducta nerviosa* son frecuentes¹¹⁶, muchas veces utilizadas como recurso para sustentar registros sobre personas. Destacamos este tema por la alarma que causa la potencial violación al debido proceso ejecutado a través de la práctica de criterios infundados y percepciones subjetivas.

La actuación policial en esta etapa inspira bastante desconfianza en la medida en la que muchos consumidores son detectados sin siquiera realizar actos que ameriten intervención policial, como lo es esperar en determinado lugar el arribo de un amigo o conocido. En el caso de que la conducta del aprehendido consista en numerosos encuentros con intercambio de objetos, la situación es distinta, pues allí en efecto existen indicios suficientes para justificar la aprehensión flagrante por posesión con ánimo de comercialización. Pero la distinción no es clara desde la perspectiva de la actuación policial, es más, parece bastarle a la policía la presencia de sustancias sujetas a fiscalización más que la conducta *per se* de los sujetos aprehendidos, conducta que en el caso de tenencia para consumo personal (insistimos) no constituye delito.

¹¹⁵ Destacan las causas 17282-2014-3120 y 17282-2015-03261.

¹¹⁶ Destacan las causas 17282-2015-04043, 17282-2015-01785, 17282-2015-03753.

Concluimos este tema con dos reflexiones. Uno, que incluso el mejor entrenamiento policial no es razón suficiente para desprendernos despreocupadamente de la seguridad jurídica tan bellamente ilustrada en la Constitución¹¹⁷ ni para permitir la práctica de juicios de valor por parte de las autoridades de seguridad interna. Dos, que entendemos la utopía de la concordancia entre el planteamiento ideológico-dogmático y la realidad de una sociedad, pero lo expuesto nos hace entender que se ha dejado atrás el mero debate doctrinario, que nos encontramos ante una discordancia fundamental entre la realidad práctica y la postulación dogmática, evidenciada en la clara inexistencia de flagrancia en casos tratados como tales, y en un ataque a la seguridad jurídica al verificarla.

2.2.2. Aprehensión

Para que la aprehensión proceda legítimamente es necesario que cualquier autoridad no policial o persona civil que la haya realizado ponga al sujeto capturado en manos de la autoridad competente, que es la Policía Nacional. A partir de este momento, la actuación de la policía es clave para que todos los pasos del proceso se realicen conforme a derecho. Primero, el aprehendido debe ejercer su derecho a la información¹¹⁸ en concordancia con el principio de publicidad¹¹⁹ el cual se manifiesta mediante la obligación de los agentes policiales de informar al capturado lo siguiente: las razones de su aprehensión, la mención de derechos y garantías a su disposición, y los nombres y apellidos de quienes realizan la captura. Este primer paso es un presupuesto necesario para el ejercicio del derecho a la defensa, parte del debido proceso; de esta manera, la persona aprehendida podrá abstraer su actuación penal conociendo qué conducta exactamente se le atribuye¹²⁰, ejercer sus derechos activando posibles estrategias de defensa en base a su situación¹²¹ e impedir el posible uso de fuerza indebida por parte de los agentes de policía gracias al reconocimiento de la autoridad que participa en su aprehensión¹²².

En este sentido, la Constitución dispone la responsabilidad del estado ante detenciones arbitrarias, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y violaciones al debido proceso¹²³, tal y

¹¹⁷ Artículo 82, CRE.

¹¹⁸ Artículos 77, 3 y 77, 4. Id

¹¹⁹ Artículo 5, numeral 16. COIP – Artículo 77, 7, literal d. CRE.

¹²⁰ Artículo 77, 7, literal a. CRE.

¹²¹ Artículo 77, 7, literal b. Id.

¹²² Artículo 77, 7, literal c. Id.

¹²³ Artículo 11, 9, cuarto inciso. CRE.

como se evidencia en el caso Chaparro Álvarez sustanciado ante la Corte IDH (Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, 2007).

En la práctica, el derecho a la información se demuestra mediante documentación referente al hecho flagrante. Con esto nos referimos en primer lugar al parte policial, el cual exhibe los hechos por los cuales presuntos autores son aprehendidos y los datos de los agentes aprehensores; y en segundo lugar, a la hoja de conocimiento de derechos constitucionales, la cual contiene los datos de la autoridad que informa a los capturados sobre sus derechos y en qué consisten los mismos. Mediante la presentación de ambos se sostiene procesalmente la afirmación de que derechos fundamentales de personas aprehendidas han sido respetados desde el inicio.

Recalcamos que el presente trabajo ha sido realizado en base a expedientes por lo cual las reflexiones aquí expuestas son críticas constructivas, por lo que es nuestra responsabilidad al menos mencionar la posibilidad de que existan fallas en el debido proceso.

Partamos desde el principio. Primero, la documentación referida es extraída una vez que ha sido aprehendido el sujeto y trasladado a una unidad con los recursos necesarios para la emisión de dichos documentos. En otras palabras, una vez que la persona aprehendida se encuentra bajo custodia policial, los agentes lo trasladan a la Unidad Judicial de Flagrancia para dar inicio al trámite y es allí donde se realizan los documentos. Es decir que no hay forma posible de verificar el actuar policial en el momento preciso de aprehensión por flagrancia y como consecuencia, la agencia policial utiliza un blindaje documental realizado *a posteriori* para probar su actuación debida. Con esto expuesto, no se pretende invalidar la compleja profesión de los agentes policiales, simplemente se desea exponer la fragilidad de los derechos de las personas aprehendidas en circunstancias de rápido actuar bajo presión, como lo son procedimientos en delitos flagrantes. Segundo, la rúbrica plasmada en la documentación sobre derechos constitucionales realizada *a posteriori* también se constituye como un respaldo documental para el proceso, pero éste de ninguna forma confirma el conocimiento y real entendimiento que el aprehendido tiene sobre sus derechos. Puede darse el caso que el documento simplemente avale el hecho de que la policía haya cumplido con su deber de mencionarlos, o en el peor de los casos, que haya cumplido con la formalidad de hacer firmar el documento que lo respalda. Tomemos en cuenta que dentro de toda población existen grados de analfabetismo que pueden incidir en situaciones como la expuesta; además, existen casos de personas extranjeras (cuyo idioma no es dominado

por agentes policiales) sobre las cuales no se puede asegurar el entendimiento pleno de lo expuesto sino después de la llegada de un traductor¹²⁴, que en muchos casos suele tardarse.

2.2.3. Derechos del aprehendido

Concluida la aprehensión, cuya legitimidad como vimos no es verificable a ciencia cierta, la persona aprehendida cuenta con otros derechos a partir de la privación de la libertad realizada por los agentes policiales. Con esto nos referimos a dos aspectos: el primero, a la obligación estatal de garantizar la vida e integridad del capturado; y el segundo, al ingreso del aprehendido a un centro de detención calificado.

La obligación estatal de garantizar la integridad del aprehendido, se configura como la responsabilidad de evitar a toda costa el posible cometimiento de malos tratos, tratos crueles, tortura o incluso desaparición forzada. Ello en concordancia con lo estipulado por la CIDH que en su Informe de Derechos Humanos en las Américas expone que en el momento en el que el estado priva de la libertad a una persona, “se coloca en una especial posición de garante” (CIDH, 2011, pág. 17).

En este sentido, el aprehendido debe encontrarse en buen estado físico y psíquico en aras de su dignidad mientras se halle en custodia y es allí donde entra a la escena otro documento de respaldo del legítimo proceso (en este caso respecto del bienestar del individuo): el reporte médico. Una vez aprehendido y bajo custodia policial, el presunto autor del delito es trasladado a la Unidad de Flagrancia, en donde además de realizar los documentos ya mencionados, se realiza un examen médico estandarizado que determina su estado de salud. El examen médico aborda cuatro aspectos fundamentales que son: enfermedades pre-existentes y discapacidades, uso de medicamentos, revisión de lesiones y un cuarto aspecto que es el Test Multidrogas, realizado solo con consentimiento del aprehendido.

Específicamente sobre el examen de drogas, debemos destacar el hecho de que muchas personas dedicadas al micro-tráfico utilizan al examen multidrogas como primer indicio de que son consumidores problemáticos o adictos para evitarse las consecuencias penales acarreadas por el tipo penal que estamos tratando.

¹²⁴ Artículo 76, 7, literal f. CRE.

Sobre ello, es relevante establecer que el descubrimiento de la verdad histórica del hecho ilícito es complejo dentro de un escenario tan dramático como es un procedimiento penal por flagrancia, dentro del cual el debido proceso pretende equilibrar la balanza a favor del procesado para evitar errores judiciales, que como ya mencionamos, son parte de la responsabilidad del estado; pero esta dificultad no amerita una actuación bajo la consigna “el fin justifica los medios”¹²⁵. Por ello, y por lo expuesto respecto del garantismo constitucional en Ecuador, debemos acordar con Juan José Hinojosa quien dice “es preferible cien culpables en la calle que un inocente en la cárcel” (Zamora, 2013).

Volviendo al informe médico, es gracias este que la autoridad judicial, ante la cual el aprehendido comparece después, puede verificar el respeto a la integridad del procesado y el uso proporcional de la fuerza por parte de la policía. Además, el mismo informe con el examen de drogas le brinda al juez indicios acerca de la condición real del sujeto envuelto en el proceso, es decir, conocimiento acerca de la cantidad de sustancias ilícitas halladas en poder del procesado y su concordancia con el consumo. De esta manera, se pretende evitar la confusión entre consumidores y micro-traficantes, ya que la cantidad portada con ánimo de comercialización será por lo general excesiva ante el ánimo de consumo, de acuerdo con el informe médico.

El segundo aspecto, el ingreso del aprehendido a un centro de detención o zona de aseguramiento temporal sin orden emitida por juez competente¹²⁶, debe ser realizado de acuerdo a la excepcionalidad de la situación flagrante. La Constitución exhibe el carácter extraordinario de la flagrancia y también la necesidad de traslado del aprehendido a un recinto autorizado adecuado para su situación jurídica¹²⁷ en instalaciones que provean servicios básicos y cuenten con el espacio necesario para recibirlo. De esta forma, el estado garantiza una vez más el bienestar del aprehendido mientras se encuentra bajo su custodia, proporcionando un espacio seguro en el cual, por la presunción de inocencia¹²⁸, no se encuentre bajo la misma situación que personas condenadas; así se ha manifestado la CortelDH en el caso Tibi, en el cual la falta de clasificación de detenidos forzó al ciudadano francés a exponerse a mayor violencia (Tibi vs Ecuador, 2004). Además, dentro de este

¹²⁵ Frase atribuida a Nicolás Maquiavelo.

¹²⁶ Artículo 77, 2. CRE.

¹²⁷ El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura lo ha denominado seguridad sábana, que consiste en la separación de detenidos; entre condenados, detenidos con fines investigativos, aprehendidos, etc.

¹²⁸ Artículo 76, 2. CRE.

este lugar de detención temporal, el aprehendido podrá ejercer otros derechos propios del debido proceso como el derecho a ser comunicado en confidencialidad o a ser visitado y asesorado por un abogado defensor¹²⁹; ello mientras espera a que se convoque a las partes procesales requeridas para realizar la calificación de flagrancia dentro de una audiencia contradictoria.

2.2.4. Derecho a ser presentado y calificación de flagrancia

Como observación previa de lo estudiado, destacamos el cambio de autoridad responsable de la custodia del individuo. Una vez que la agencia policial presenta al aprehendido ante autoridad judicial, el poder ejecutivo deja de ser custodio del sujeto para darle la responsabilidad al poder judicial. Ello se evidencia en el mismo lenguaje procesal, ya que el sujeto deja de ser aprehendido para convertirse en procesado. En este sentido, el bienestar y la dignidad de la persona deben ser respetadas y garantizadas por el poder judicial, ya que la parte administrativa traspasado su custodia.

Dentro de la función judicial, existe una garantía mínima que todo proceso debe reportar para que pueda ser considerado justo y legítimo: el derecho al juez natural. Este derecho se refiere a la necesidad de que exista una autoridad judicial competente, independiente, imparcial, y establecida con anterioridad por la ley para que determine la situación jurídica del procesado. De esta forma se excluye la posibilidad de que el procesado se encuentre sentenciado previo al juicio por criterios parcializados y descarte indiscriminado de pruebas de descargo.

Una vez convocado el ministerio público, la autoridad judicial y la defensa (nos referimos exclusivamente a la pública), el procesado es extraído de la zona de aseguramiento temporal recién mencionada para su comparecencia. La comparecencia ante la autoridad judicial competente se basa en el derecho a ser presentado¹³⁰ el cual no consiste en el mero conocimiento de las partes procesales respecto de la causa, sino que se refiere a la presencia física del procesado y a su derecho a ser escuchado oportunamente y en igualdad de condiciones¹³¹. En este sentido, se debe marcar la diferencia entre *poner a disposición* y *entregar* al aprehendido ante la autoridad judicial competente. De acuerdo con Salido Valle, la primera se refiere a la comparecencia formal, al conocimiento de la

¹²⁹ Artículo 76, 7, literales a, g, y e. CRE.

¹³⁰ Artículo 6, 1. COIP

¹³¹ Artículo 76, 7, literal c. CRE.

autoridad judicial respecto de determinado proceso que puede darse vía expediente; la segunda en cambio, la entrega, se refiere a la presencia física de la persona detenida para que pueda declarar ante autoridad judicial competente sobre el trato recibido durante la privación de libertad¹³², y para que la misma autoridad pueda realizar un control de derechos y garantías (Salido Valle, 1997, pág. 120).

A la par con el traslado físico, la comparecencia del procesado ante la autoridad competente conlleva también el derecho de empaparse de su proceso, su derecho a informarse y comprender su situación jurídica junto con la posibilidad de participar en la confrontación transparente dentro del debate jurídico, ejerciendo así su rol en la aplicación del principio de contradicción también consagrado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano¹³³. Es este el primer momento para que el procesado sea escuchado en igualdad de condiciones, tal y como el derecho a la defensa lo dispone.

En relación con lo expuesto, el derecho a la defensa constituye una garantía procesal compleja que involucra una variada gama de manifestaciones; algunas de ellas son el tiempo apropiado de preparación¹³⁴, libre comunicación entre procesado y defensor, además de libre acceso a la información del caso. Todo ello encaminado al equilibrio de fuerzas en el enfrentamiento judicial entre estado y procesado.

Además de la presencia de las partes procesales, la audiencia de calificación de flagrancia requiere de otro elemento para poder iniciarse, el tiempo; desde el momento en el que se realiza la aprehensión, el plazo máximo para la sustanciación de la audiencia es de veinticuatro horas¹³⁵, si no se da en ese plazo es ilegítima. Al respecto, nuestras observaciones concluyen que estos plazos no son un problema dentro de las Unidades de Flagrancia, son estrictamente respetados gracias al efectivo funcionamiento de estos organismos. Por ello, aplaudimos la diligencia de las autoridades en brindar al procesado un juicio de calificación de flagrancia dentro de las veinticuatro horas a partir de su captura, ya que además de brindar celeridad a la administración de justicia también se adscribe a la seguridad jurídica.

¹³² Artículo 51, 4. CRE.

¹³³ Artículo 76, 7, literal h. - Artículo 168, 6. Id.

¹³⁴ Artículo 76, 7, literal b. Id.

¹³⁵ Artículo 77, 1. Id.

Pero realizamos esta felicitación con una observación. El establecimiento de plazos en la ley no se puede basar en una mera consideración temporal. El plazo establecido debe ser considerado en base a criterios de razonabilidad y de justicia adecuada; de allí la complejidad del concepto de plazo razonable.

La aplicación de plazos razonables dentro de los procesos judiciales, en particular los penales, es una garantía constitucional e internacional. La ECHR ha determinado que “en causas criminales, el tiempo razonable al que se refiere el artículo 6, 1 (Convención Europea de Derechos Humanos, CEDH) empieza a correr desde que una persona es acusada” a menos que la situación del procesado sea sustancialmente afectada antes de la formulación de cargos, en cuyo caso, el día de detención o registro se toma como iniciado el proceso. La ECHR también especifica que el plazo razonable se extiende hasta el fallo que resuelva el fundamento de la acusación, incluyendo la resolución del tribunal de segunda instancia, en caso de recurrirse la sentencia (Neumeister vs. Austria, 1968).

Además, en los diversos fallos de la misma corte se ha establecido que se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso que son: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales (Genie Lacayo, 1997) (Ruiz Mateos vs España , 1993). La CortelDH también se ha pronunciado sobre el plazo razonable, compartiendo el criterio de la Corte Europea (Suárez Rosero vs Ecuador, 1997); y la CIDH ha manifestado al respecto que “los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana persiguen justamente el propósito que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes” (CIDH, 1996).

Por tanto, al hablar del plazo en delitos flagrantes, debemos considerar que el corto tiempo en el que se prepara la defensa no brinda flexibilidad ni recursos para una adecuada intervención judicial lo cual incide trascendentalmente en su estrategia, por ello este plazo puede no es necesariamente razonable.

Ya en la audiencia de calificación de flagrancia se procede a exponer la teoría del caso de fiscalía y de defensa respectivamente. En este punto, es notable como por lo general no se discute la legalidad de la aprehensión en la audiencia; casi nunca se la impugna y es justificada mediante el informe policial cuyo relato es respaldado por versiones de otros

agentes. La única réplica al parte y a las versiones policiales es la versión del procesado, no existe real debate en este punto.

En las escasas audiencias estudiadas en donde se pone en duda la legalidad de la aprehensión, consideramos que el actuar de la defensa puede mejorar bastante. La argumentación jurídica es deficiente, en muchos casos consiste en el mero relato de los hechos y la mención de su incompatibilidad con la configuración de la flagrancia; y en otros, se alega la ilegalidad de la aprehensión por uso desproporcionado de la fuerza sobre el procesado evidenciado en el informe médico, sin más que agregar. Además de las débiles exposiciones y de la ausencia de argumentación efectiva por parte de la defensa, también debemos destacar la tendencia de las autoridades judiciales de regirse exclusivamente por lo expuesto por fiscalía, en específico por el informe policial, adoptándolo como cierto y calificando la flagrancia a pesar de lo expuesto por la defensa.

Por lo expuesto, en la mayoría de causas se declara la legalidad de aprehensión y por tanto se califica la flagrancia. Existe una elasticidad enorme en la discrecionalidad policial en la aprehensión explotada por fiscalía para ejecutarla aún cuando no existen las circunstancias para hacerlo. Como consecuencia, el ministerio público tiene la oportunidad de exponer sus razones para solicitar un plazo de instrucción fiscal a la vez que solicita medidas cautelares o de protección¹³⁶.

Específicamente sobre las medidas, llama la atención la preferencia de fiscalía de solicitar la medida cautelar de prisión preventiva en casos relativos a sustancias sujetas a fiscalización; la solicitud y posterior aplicación de dicha medida se manifiesta en un alto porcentaje de casos flagrantes, tal y como lo exponen los datos del Capítulo III¹³⁷. El uso indiscriminado de la prisión preventiva es una clara inobservancia de la presunción de inocencia, además de ser un uso desproporcionado de recursos judiciales, algo incompatible con el mismo propósito de los procedimientos especiales penales. En casos con indicios de tráfico de sustancias el uso de la prisión preventiva es un gasto innecesario considerando las otras opciones que el sistema procesal penal provee, como el uso del dispositivo de vigilancia electrónica por ejemplo. En casos en donde solo existe la tenencia encaminada al consumo bajo parámetros de cantidad establecidos en las resoluciones del CONSEP, la aprehensión es ilegítima, la formulación de cargos incorrecta, y por tanto la

¹³⁶ Artículos 522 y 558, COIP.

¹³⁷ Ver Cuadro XVI.

aplicación de la medida cautelar improcedente. Aquí vuelve a surgir la alta relevancia del actuar policial y reiteramos la preocupación respectiva.

Una vez que la parte acusatoria ha intervenido, es el turno de la defensa. Su intervención también consiste en alegaciones sobre lo actuado, la principal acerca de la aplicabilidad de la medida cautelar. Sin el ánimo de atacar a la institución pública de defensa penal, realizamos una observación crítica que esperamos inspire la participación de la defensa en aras de las personas procesadas: al igual que en la discusión sobre la legalidad de la aprehensión, aquí tampoco suele argumentarse en contra de las medidas cautelares a pesar de la desproporcionalidad de las mismas¹³⁸. Como consecuencia, la autoridad judicial suele limitarse a aceptar lo solicitado por fiscalía, a pesar de que las medidas pueden no ser las adecuadas ni las estrictamente necesarias.

Finalmente, la audiencia de calificación de flagrancia concluye con la determinación de hora y fecha para que se realice la audiencia de juicio directo la cual debe encontrarse dentro de los diez días posteriores a la calificación de la flagrancia, en donde se incluyen todas las etapas procesales.

2.2.4. Audiencia de Juicio Directo

Con esta directriz, tanto fiscalía como defensa deben acoplar su actuar profesional al lapso de tiempo brindado así que el tiempo de preparación para la audiencia es el mismo para ambas partes pero los recursos disponibles distan mucho de serlo. Fiscalía cuenta con la ventaja de la calificación de flagrancia que le brinda un punto de partida fuerte. Defensa en cambio, debe buscar en un corto plazo de tiempo una forma de beneficiar a su cliente respecto de la situación en la que se encuentra. En el caso de micro-traficantes por ejemplo, mencionamos previamente que muchas veces esa estrategia consiste en hacerse pasar por consumidores; en el caso de micro-traficantes que también consumen, deben esforzarse en probar que su consumo es adictivo; pero finalmente en el caso de consumidores no problemáticos, la defensa alega que la cantidad junto con el examen psicosomático solicitado con posterioridad se acopla al problema de salud pública no criminal de acuerdo con la Constitución.

¹³⁸ En relación con la Resolución DP-DPG-2015-157

En general, en los delitos tramitados bajo el tipo penal comprendido en el artículo 220 del COIP el trabajo de la defensa se ve limitado por la necesidad de probar la inocencia del procesado pese a la existencia de una presunción a su favor. No es extraño encontrar en los expedientes de las causas certificados de honorabilidad y de conducta para respaldar a la defensa respecto de la calidad de persona que es su cliente, algo totalmente atentatorio a la presunción de inocencia. Además, defensa se enfrenta con la increíble tarea de preparar la estrategia probatoria en un lapso de máximo diez días, en el séptimo de los cuales ya debe anunciar la prueba para que sea posible evacuarla en el juicio directo. Por esta razón, de la totalidad de casos estudiados que han sido tramitados por procedimiento directo, hasta un 20% resultan en incidente de cambio de trámite¹³⁹. Con el grave riesgo de recibir una sentencia condenatoria por la falta de tiempo y recursos para preparar una estrategia apropiada, la defensa (abogado defensor y procesado) se inclina por realizar un acuerdo con el ministerio público para que el procesado se declare culpable y al menos se le reduzca la pena utilizando la vía del procedimiento abreviado, el cual a opinión personal no sigue el curso garantista ya que atenta contra la obligatoriedad del juicio y de la acción penal.

Cuando no existe incidente de cambio de trámite, el anuncio de prueba por parte del ministerio público consiste casi exclusivamente en el informe policial y en versiones de las autoridades que realizaron la aprehensión. Es de esta forma que fiscalía sostiene su versión de los hechos cuando no se han dado acuerdos probatorios. Defensa en cambio, cuenta con la versión del procesado y con la examinación psicosomática que sostiene la calidad de consumidor dependiente del sujeto de manera que sea una víctima que requiere la protección estatal y no un criminal digno de pena. En este sentido, a pesar de la regular violación a la presunción de inocencia durante el desarrollo del proceso, en la mayoría de ilícitas los consumidores que han portado una cantidad que se encuentra dentro de la permitida de acuerdo con la resolución del CONSEP no han sido condenados en concordancia con lo dispuesto por la Constitución y el COIP¹⁴⁰.

Los procedimientos rápidos han sido instituidos con tendencia proteccionista hacia la víctima ya que se busca una respuesta judicial expedita, sin embargo el objetivo fundamental de todo proceso penal siempre es el respeto de derechos por lo preocupan las potenciales violaciones al debido proceso expuestas pese a que la mayoría de resoluciones

¹³⁹ Ver Cuadro XVI.

¹⁴⁰ Destacan las causas 17282-2015-05242 y 17282-2015-04262.

emitidas mediante procedimiento directo sean ratificadorias de inocencia. Como caso ejemplar destacamos el juicio N° 17282-2015-04945 (Chinlla Quingaguano) en el que defensa argumenta que, basándose en el principio de lesividad, el dependiente no puede ser condenado por un estado que reconoce a las adicciones como problema de salud y bajo ese mismo razonamiento la jueza emite sentencia ratificatoria de inocencia.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS CASUÍSTICO

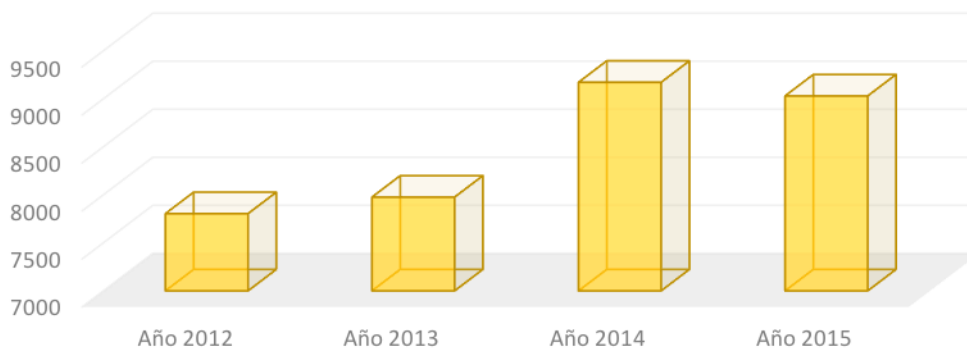
*Si perece la justicia sobre la tierra,
carece ya de valor que los hombres vivan en ella.*
Kant

En el presente capítulo, exponemos la información extraída gracias al apoyo de la Defensoría Pública a quien agradecemos por su cooperación. Se ilustran a continuación diversas perspectivas respecto de los delitos flagrantes de posesión de sustancias sujetas a fiscalización dentro de la línea de tiempo tratada por el presente proyecto dentro de la Unidad de Flagrancia de Quito. Dentro de los anexos se encuentra la información completa tabulada en el presente capítulo.

Subcapítulo I: Muestra

Se ha mencionado que el número de patrocinios de flagrancia en la ciudad de Quito se ha incrementado en los últimos dos años. En el año 2012, la Defensoría Pública patrocinó 7804 defensas y en el año 2015 llegó a las 9030 causas; el incremento vertiginoso de flagrancia entre el año 2013 y 2014 se da en algo más del 13% lo cual se explica con el nacimiento de las Unidades de Flagrancia y la vigencia del COIP.

Patrocinio público en causas flagrantes - Pichincha



Cuadro XII: Defensa pública en causas flagrantes – Pichincha. Fuente: Defensoría Pública. Elaboración propia.

1.1. Tipo de patrocinio en flagrancia

En la línea de tiempo utilizada en el presente trabajo, el 88% de la muestra universal de patrocinios en causas flagrantes han sido realizados por defensores públicos.



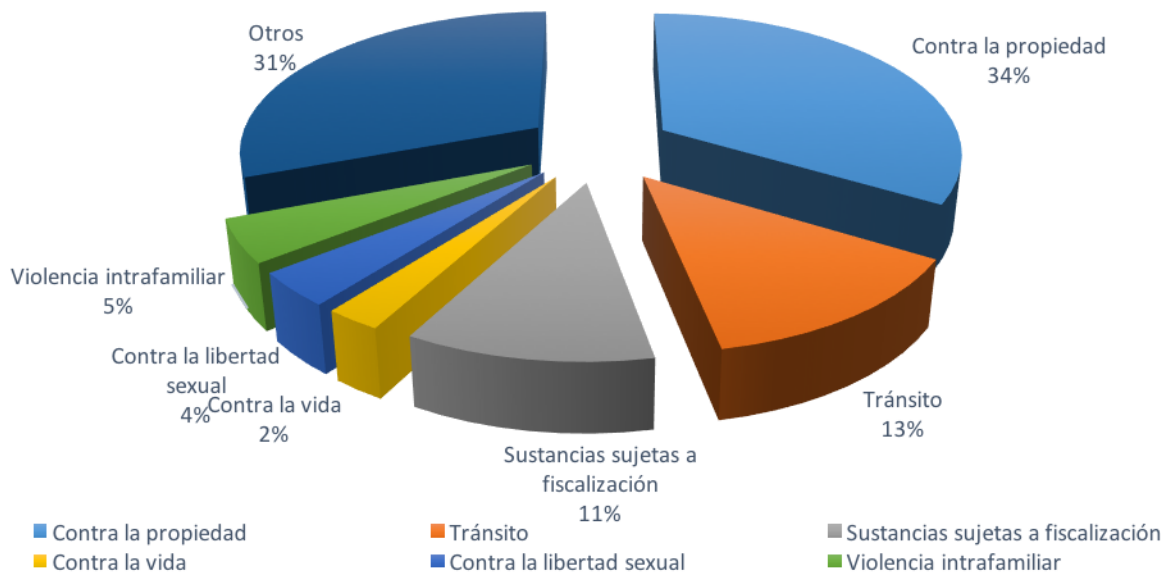
Cuadro XIII: Tipo de patrocinio en causas flagrantes. Fuente: Defensoría Pública. Elaboración propia.

1.2. Patrocinio de flagrancia por tipo de delito

A la totalidad de causas flagrantes dentro de la misma línea temporal podemos clasificarlas por tipo de delito en relación con el bien jurídico protegido, con el resultado siguiente: en primer lugar se encuentran los delitos contra la propiedad con 34%; en un distante segundo lugar le siguen los delitos y contravenciones de tránsito con 13%; y en tercer lugar se ubican los delitos relativos a sustancias sujetas a fiscalización con 11%.

Estas tres clases de infracciones son las que tienen mayor presencia en flagrancia. El cuarto puesto lo ocupan infracciones por violencia intrafamiliar con 5%, seguida de los delitos sexuales con 4%, y delitos contra la vida con 2%.

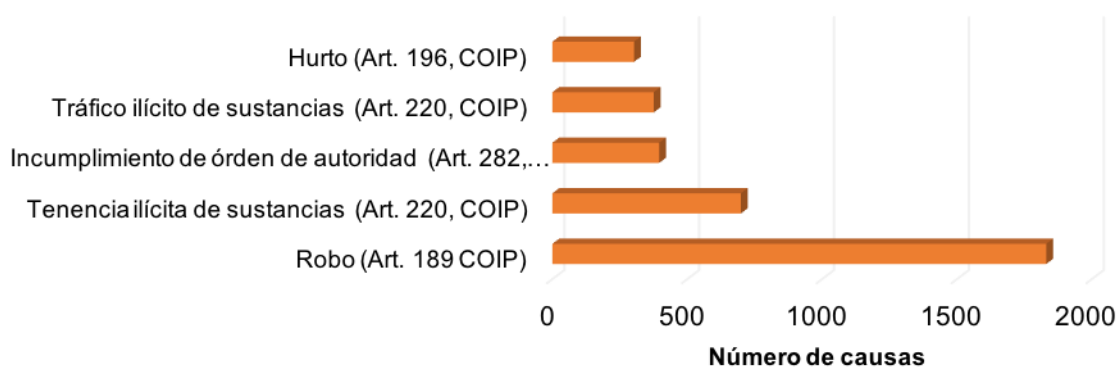
Patrocinio de flagrancia por tipo de delito Agosto 2014 - Agosto 2015



Cuadro XIV: Patrocinio público en flagrancia por tipo de infracción. Fuente: Defensoría Pública. Elaboración pública.

De las categorías del Cuadro XIV, pudimos extraer las infracciones específicas con mayor presencia en flagrancia. Desagregados en 291 tipologías por el Sistema de Gestión de la Defensora Pública (SGDP) encontramos que el principal delito es el robo representando un 18,1% del universo total. La tenencia o posesión de sustancias sujetas a fiscalización ocupan el segundo lugar con el 6,9%, tomando en cuenta que son procesos en los que se criminalidad la posesión por el ánimo de comercialización, distinguiéndose así del tráfico de sustancias también incluido en el listado.

Principales delitos en flagrancia Agosto 2014 - Agosto 2015



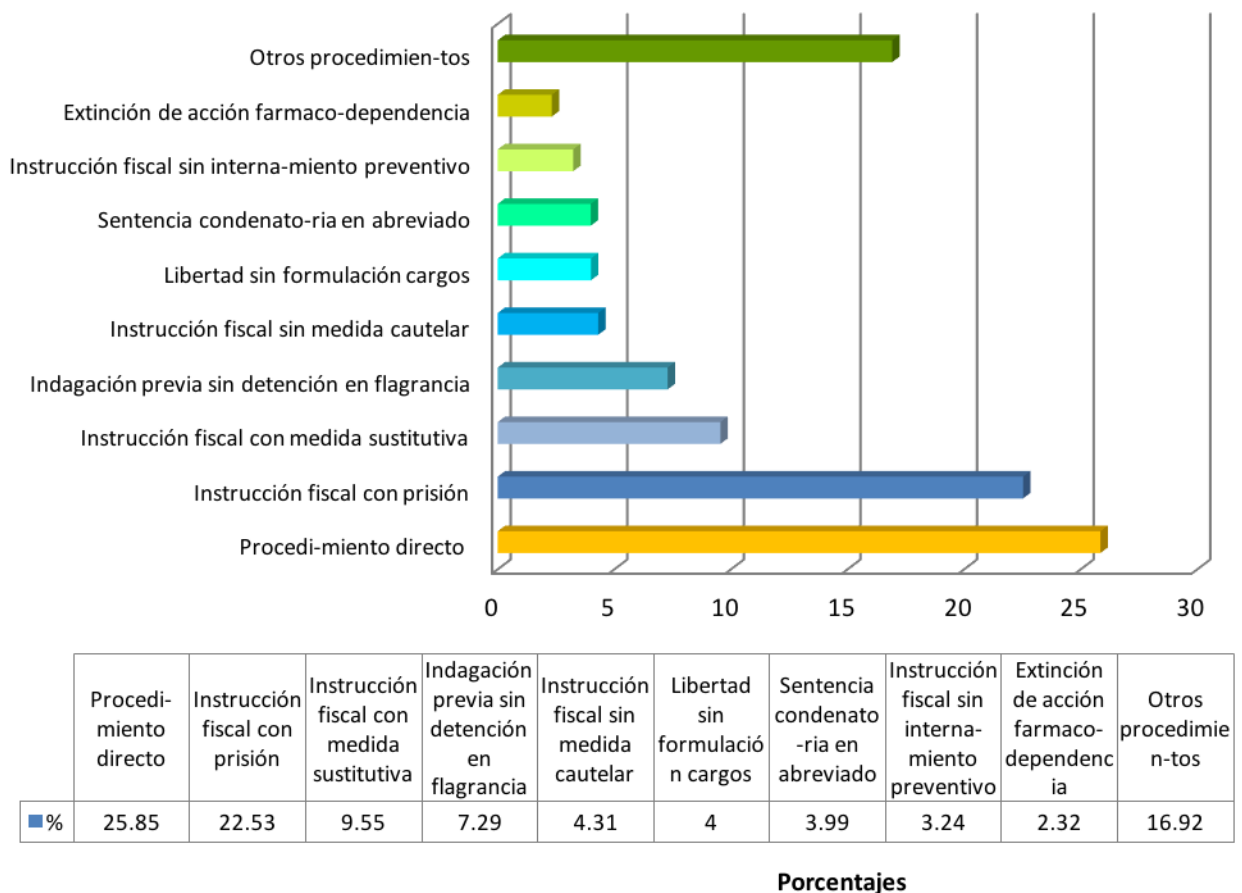
Cuadro XV: Principales delitos en flagrancia. Fuente: Defensoría Pública. Elaboración propia.

1.3. Patrocinio de flagrancia mediante procedimiento directo

En este punto, debemos mencionar que el sistema mediante el cual se ha obtenido la información aquí expuesta (SGDP), separa a las causas en los aspectos graficados a continuación. Por lo que tratamos la información en base a los datos con los que contamos.

De la totalidad de causas flagrantes con patrocinio público referentes a sustancias no toleradas hemos podido extraer que bajo el trámite de procedimiento directo se han tramitado al menos 1258 causas; un micro universo en nuestra línea temporal que expone dos realidades: la primera es que incluso con la categorización amplia brindada por el SGDP (casi 85 tipos de procedimientos), el procedimiento directo encabeza la lista; y la segunda, la tendencia de fiscalía de acudir a la prisión preventiva como único mecanismo para garantizar la inmediación del procesado.

Patrocinio de flagrancia en delitos de drogas



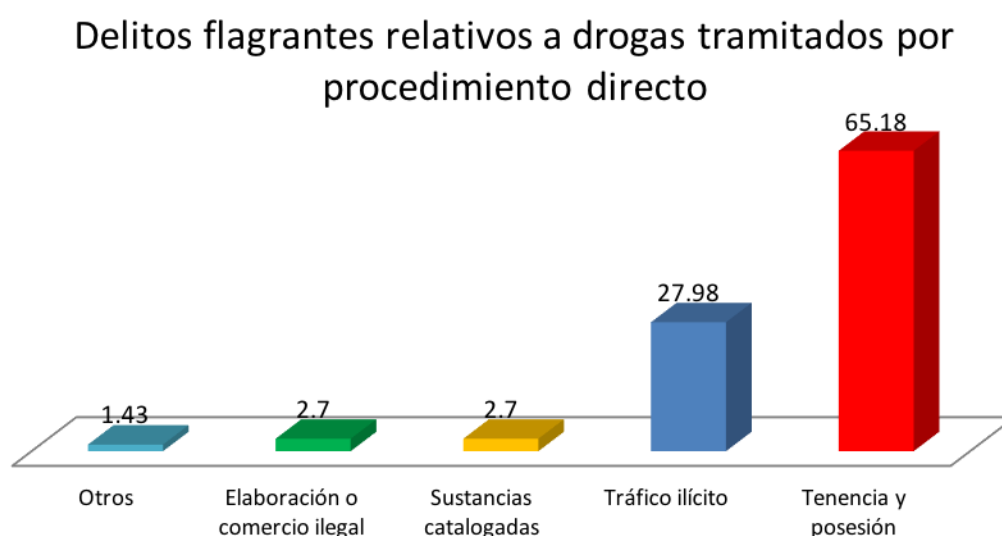
Cuadro XVI: Patrocinio de flagrancia en delitos de drogas. Fuente: Defensoría Pública. Elaboración propia.

Cabe destacar que la extinción de la acción penal por farmacodependencia suma un 2.32%, que en información cruda expone a 149 causas en las que fiscalía decide no formular cargos por la dependencia a sustancias sujetas a fiscalización.

1.4. Delitos flagrantes relativos a drogas mediante procedimiento directo

Al revisar los delitos flagrantes relativos a drogas tramitados bajo procedimiento directo (es decir del 27.98% de causas ilustrado en el Cuadro XVI), se aprecia que la gran mayoría corresponde al delito de tenencia o posesión ilícita con un 65,18%, en un lejano segundo lugar se ubica el tráfico ilícito con casi el 28%, y ambos suman más del 93%.

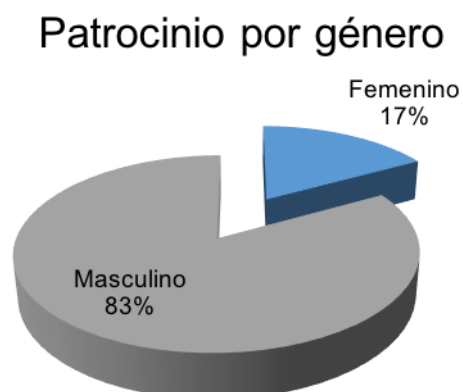
Porcentajes menores se refieren el tipo penal genérico de sustancias fiscalizadas (2,7%) dentro del cual se encuentra la siembra; elaboración o comercio ilegal (2,7%); y otros (1,43%) como suministro y prescripción injustificada.



Cuadro XVII: Delitos flagrantes relativos a drogas tramitados por procedimiento directo. Fuente: Defensoría Pública. Elaboración propia.

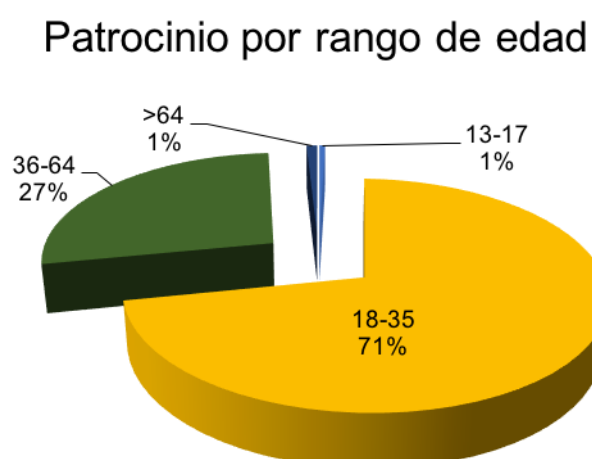
1.5. Perfil social del patrocinio de flagrancia por delitos relativos a drogas mediante procedimiento directo

Del universo de causas flagrantes de drogas patrocinadas públicamente via procedimiento directo el 83% son identificados como hombres y el 17% restante son mujeres.



Cuadro XVIII: Patrocinio por género. Fuente Defensoría Pública. Elaboración propia.

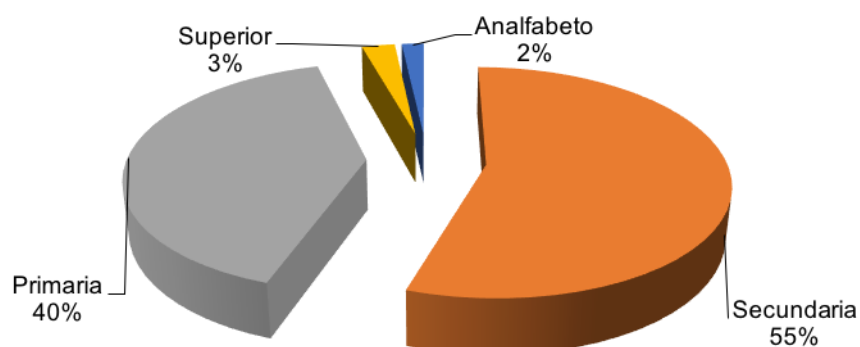
Por rango de edad se puede observar que el 71% son jóvenes que oscilan entre los 18 y 35 años, en segundo lugar se ubica la población adulta entre los 36 y 64 años, y apenas un 1% son menores de edad entre los 13 y 17 años.



Cuadro XIX: Patrocinio por rango de edad. Fuente Defensoría Pública. Elaboración propia.

Por nivel de instrucción, la mayoría (55%) ha cursado educación secundaria, en menor rango están las personas que cuentan con educación primaria (40%), solamente el 3% tiene educación superior y el 2% es analfabeto.

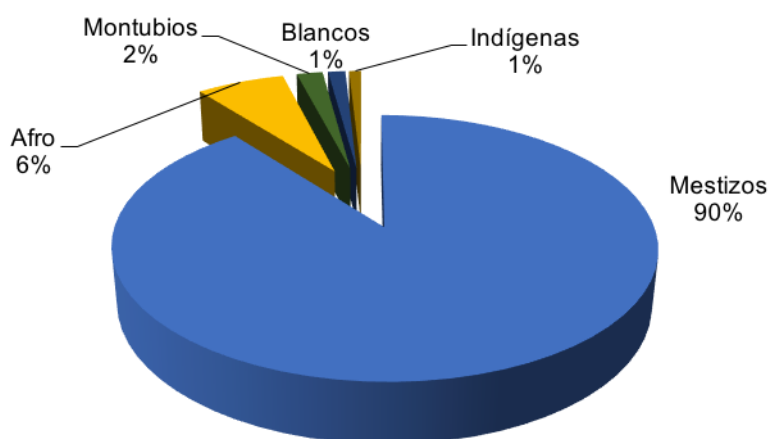
Patrocinio por nivel de instrucción



Cuadro XX: Patrocinio por nivel de instrucción. Fuente Defensoría Pública. Elaboración propia.

Por pertenencia étnica, una abrumadora mayoría es mestiza (90%). En segundo lugar se halla las personas afro-ecuatorianas con el 6%, en tercer lugar se encuentran las personas montubias con 2% y quienes se autodefinen como indígenas y blancos comprenden el 1% restante.

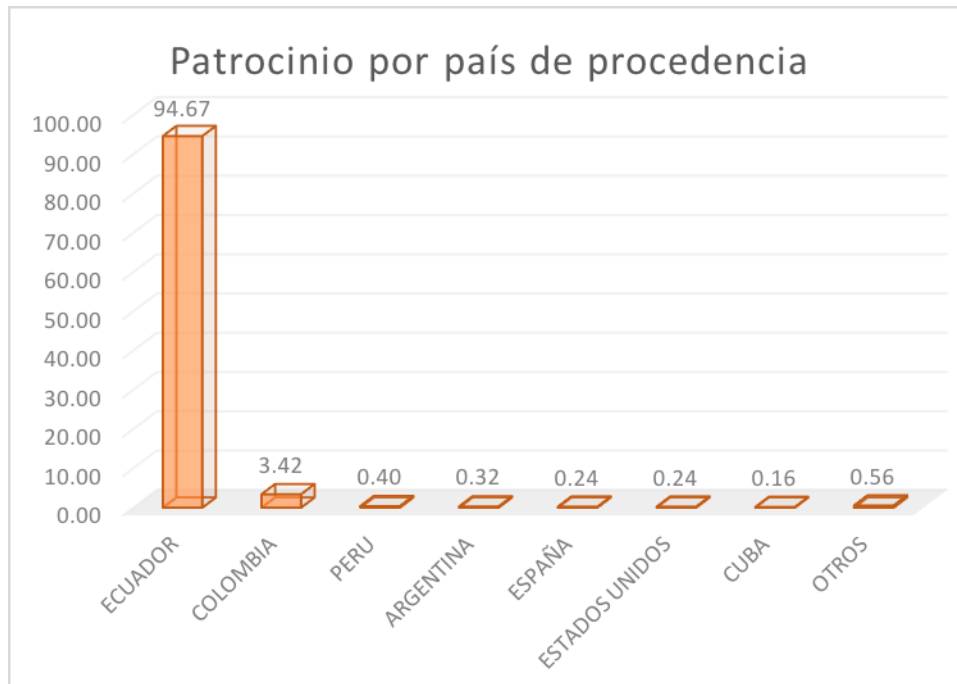
Patrocinio por pertenencia étnica



Cuadro XXI: Patrocinio por pertenencia étnica. Fuente Defensoría Pública. Elaboración propia.

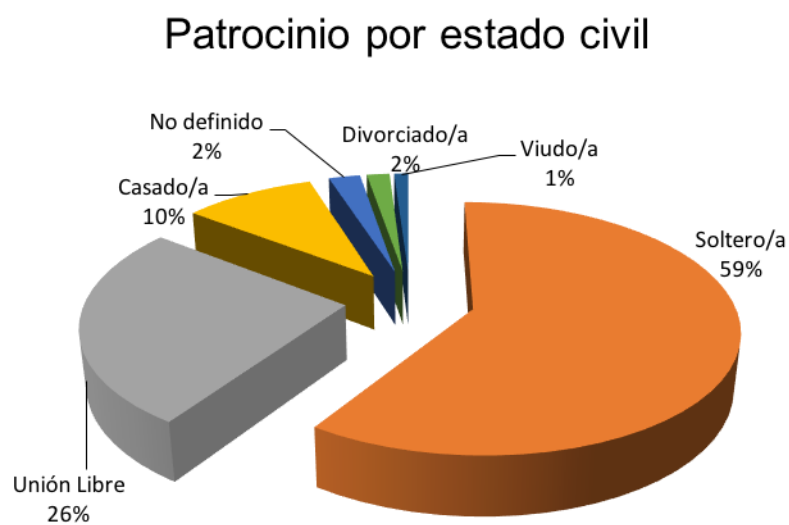
Por el país de procedencia y en virtud del radio geográfico, es obvia la mayoría ecuatoriana con casi 95%. En segundo lugar se ubican la nacionalidad colombiana con 3,42%, y el

porcentaje restante es de procedencia peruana, argentina, española, estadounidense, cubana, y otra.



Cuadro XXII: Patrocinio por país de procedencia. Fuente Defensoría Pública. Elaboración propia.

En cuanto al estado civil, cerca del 60% de los procesados afirmaron ser solteros y un 26% mantienen unión libre. Solamente un 10% declara ser casado y porcentajes menores corresponden a divorcio, viudez y personas que no proveyeron datos al respecto.



Cuadro XXIII: Patrocinio por estado civil. Fuente Defensoría Pública. Elaboración propia.

Subcapítulo II: Roces constitucionales

Hasta este punto, dentro del presente trabajo se ha realizado un estudio sobre el procedimiento sumario para el juzgamiento de delitos flagrantes relativos a sustancias ilícitas y un análisis de causas con las mismas características tramitadas dentro de la línea de tiempo establecida previamente. Por tanto, corresponde en la última parte de este tercer y último capítulo extraer las vulnerabilidades del debido proceso en relación con lo estudiado.

Como primera vulnerabilidad, destacamos la ausencia de aplicación de la presunción de inocencia. La presunción de inocencia es un principio fundamental que permite que el procesado goce de la misma situación jurídica que una persona no procesada, cuya inocencia no se encuentra en duda. Es el punto de partida gracias al cual se puede construir cualquier proceso penal y muy aparte de las implicaciones políticas que lleva en relación con el estado de derecho, tiene un significado jurídico muy importante por el cual el procesado no es necesariamente inocente, sino que es tratado como tal hasta que se pruebe que es responsable. La inocencia no es una mera etiqueta a favor del procesado, es un estado jurídico que se mantienen mientras la persona envuelta en el proceso se encuentre vinculada a la jurisdicción penal, estado que además debe mantenerse hasta que se emita una resolución motivada en la que se le atribuya la responsabilidad de determinada falta, condenando al procesado a la pena establecida por la norma. La inocencia es un estado permanente, una presunción que constituye fundamento de todas las garantías judiciales y de dignidad humana. Por tal razón, es obligación de la parte acusatoria destruirla con pruebas demuestren conforme a derecho el nexo entre el procesado y la infracción; no puede existir otra forma de deshacerse de ella.

El artículo 8,2 de la CADH explica que la presunción de inocencia “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”. Y sin embargo, contamos con una realidad en la que la policía reprime todo acto relacionado con sustancias ilícitas pese a la disposición expresa de que la tenencia para consumo no es punible; una realidad que obliga a la agencia fiscal a investigar a fondo cualquier caso de drogas que llegue a su despacho; que constriñe a defensa a ignorar el principio de oportunidad y no argumentar en contra de medidas cautelares privativas de libertad; que exige a los procesados probar su honorabilidad mediante certificaciones y

antecedentes penales¹⁴¹; una realidad en la que basta la presentación de un informe policial y versiones de los policías que lo realizaron para obviar la cualidad no criminalizada de consumidor.

Sobre éste último punto, recalamos el peso que tiene la documentación provista por la agencia policial: el parte constituye una versión inequívoca e indiscutible de los hechos y el registro de antecedentes penales que siempre consta en el expediente causa propensión de criterio por parte de la autoridad judicial, antecedentes que solamente son relevantes en caso de reincidencia. Por tal motivo, el dato sustancial de la presunción de inocencia escapa de los juzgados y tribunales, ya que la carga probatoria correspondiente a la parte actora no exige más que lo provisto por el escueto expediente.

En la práctica, la presunción de inocencia versa en la mera consideración de no estar condenado y no en un efectivo goce de beneficios a favor. El consumidor de sustancias ilícitas, sea problemático o no, debería estar en condiciones de favorabilidad por parte del proceso penal, pues la carga probatoria se encuentra en estricta responsabilidad de la parte acusadora. Pero no es así, la acusación se basa en la existencia de la sustancia sujeta a fiscalización, muchas veces acompañada de la cantidad portada pero se acusa indiscriminadamente sin considerar la conducta no punible de consumidores.

Por tales razones no es difícil comprender la creciente tendencia por la cual cada día más y más causas se extinguen mediante procedimiento abreviado; es la consecuencia lógica que la inseguridad jurídica tiene en el actuar de la defensa. Juicio N° 2014-3120 (Ruano Vidal), juicio N° 17282-2015-03261 (Sura Lastra), juicio N° 17282-2015-01785 (Granda Pilco) son algunos causas que llamaron nuestra atención en los que la defensa se ha sometido al procedimiento abreviado, pero de estar la presente investigación enfocada hacia tal punto, la lista podría extenderse a lo largo de varias páginas.

Como segunda vulnerabilidad se encuentra el derecho a la defensa, previsión que abarca el derecho del procesado a informarse con claridad sobre su proceso y a comparecer y recurrir en pleno ejercicio de la tutela judicial efectiva. Por la amplia gama de manifestaciones y por abarcar variedad de aspectos, el derecho a la defensa es vulnerable en diversos momentos del proceso penal directo, pero destacan: el momento de la

¹⁴¹ Elemento a favor del procesado ahora excluido en casos de Procedimiento Expedito.

aprehensión junto con la calificación de flagrancia; y el momento de preparación para el Juicio Directo.

Sobre el primer momento, la Constitución reconoce la obligación de toda autoridad administrativa o judicial de garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes constriñéndose así el respeto de la defensa del procesado pero en el momento de la aprehensión esto no es verificable, lo cual es preocupante. Así como el proceso debido tiene que ejecutarse desde el primer instante en el que la persona se ve limitada en sus derechos por la figura extraordinaria de flagrancia, el derecho a la defensa debe ser ejercido por el aprehendido apenas ello sucede. Apenas la persona es aprehendida y puesta a disposición de la autoridad policial, ésta debe permitir que acuda un abogado de la defensa. Por ello, llama la atención el hecho de que muchas de las versiones del justiciable receptadas por fiscalía no sean realizadas con presencia de abogado defensor, una vez que una persona es puesta a disposición judicial, defensa ya debería estar al tanto de la causa.

La ausencia de un abogado defensor es una clara violación del derecho a la defensa incluido en el debido proceso. En este sentido, la CortelDH ha manifestado que así como la defensa debe ser adecuada y letrada, también debe ser oportuna; debe estar presente desde el primer instante, que en el caso de los delitos flagrantes, es la aprehensión. La ausencia de asesoría implica vulnerabilidad para el procesado, además de ser un atajo para la parte acusatoria; pese a la posibilidad de que defensa alegue coerción o cualquier otra violación al debido proceso cuando no se haya contando con asesoría durante la entrevista con fiscalía, esta aún así se verá aventajada en su estrategia por la participación del procesado a su favor.

Sobre el segundo momento, de preparación para el juicio directo, la norma constitucional determina que la defensa debe contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación¹⁴² pero tal y como se desprende de lo estudiado además de los datos respecto a incidencias para cambiar el trámite a procedimiento abreviado, podemos observar que no es así en la práctica. El procedimiento directo no brinda las posibilidades para una adecuada preparación para la defensa, pues pese al hecho de que estamos tratando delitos flagrantes y que éstos no requieren de una investigación compleja, deben ser explorados de manera suficiente como para que los elementos de convicción necesarios para probar la

¹⁴² Artículo 76, 7, literal b. CRE.

existencia del delito y su nexos con el procesado como partícipe del mismo sean inequívocos. Pero por el corto tiempo provisto por el procedimiento directo surge el fenómeno en el que la parte acusatoria se abstiene de mayor investigación cuando ya cuenta con un sospechoso, dejando de lado la necesidad de alcanzar la verdad histórica y conformándose con la potencial condena.

Todo lo expuesto se encuentra en directa relación con primera vulnerabilidad (presunción de inocencia). La violación del estado de seguridad jurídica a favor del procesado junto con la falta de tiempo razonable para una investigación adecuada y para preparar una defensa apropiada, arrinconan al procesado a escoger entre el mejor de dos males: procedimiento directo sin defensa fuerte o procedimiento abreviado con una pena leve.

Como tercera vulnerabilidad, encontramos a la validez de pruebas obtenidas mediante la justificación de flagrancia. Reiteramos que mucho de lo relatado y descrito por informes policiales no constituye flagrancia. En la práctica, se dan circunstancias no flagrantes que son aprovechadas por la amplia discrecionalidad policial para ejercer sus funciones: muchas situaciones no ameritan registro personal y aun así la policía lo ejecuta (causa N° 17282-2015-04990, García); hay casos en los que se realizan detenciones arbitrarias, y aun así se califica la legalidad de la aprehensión (causa N° 17282-2015-03753, Mera Lara); hay casos de allanamiento que nada tienen que ver con flagrancia y aún así se califica (causa N° 17282-2015-03261, Sura Lastra).

A la par con ello, el debido proceso se ve limitado por la imposibilidad de impugnar la calificación de flagrancia; esta se verifica pese a ser inexistente de acuerdo a las postulaciones dogmáticas y normativas, abriendo así las puertas a la aplicación del proceso especial sumario directo. En este sentido, todo elemento probatorio obtenido a través de circunstancias no flagrantes debería ser inválido, la ausencia de flagrancia debería hacer que carezcan de eficacia probatoria¹⁴³, además de provocar la inmediata libertad del imputado por la ilegalidad de su detención.

En relación con la discrecionalidad policial se debe recordar las numerosas condenas que la CorteIDH le ha impuesto a Ecuador referentes al abuso policial y judicial; el caso Acosta Calderón, Chaparro-Lapo y Tibi son algunos ejemplos de las potenciales consecuencias

¹⁴³ Artículo 76, 4. CRE.

que pueden tener la concurrencia de amplia discrecionalidad y la ausencia de prueba conforme a derecho. Dichos casos tuvieron repercusiones de alta gravedad con consecuencias inimaginables para los perjudicados, a diferencia de la muestra que por el presente trabajo se ha estudiado; pero el propósito de hacer esta referencia es recalcar que procesos que inician con criterios arbitrarios y que concluyen con acervo probatorio inconforme a derecho son una grave resquebrajamiento de la valla protectora de derechos consagrada por la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos. Cada resquebrajamiento tiene sus niveles, sí, pero en cualquier caso, todos comparten la cualidad de ser potencialmente violatorios al debido proceso.

Finalmente, como cuarta vulnerabilidad se encuentra el principio de imparcialidad de autoridad judicial competente en el sentido en el que la autoridad que califica la existencia de flagrancia es la misma que preside la audiencia de juicio directo en donde se emite la resolución que concluye el proceso penal. Un mismo juez debe realizar un análisis respecto de la existencia de la flagrancia, de las medidas cautelares solicitadas por fiscalía, y acerca de la resolución del caso. Entendiendo la intención de que un mismo juez se encuentre empapado de los hechos discutidos dentro del proceso, debemos criticar la potencial propensión que la autoridad puede tomar en base al desarrollo del proceso a su cargo. El rigor con el que se realiza el análisis correspondiente a la calificación de flagrancia y a la aplicación de medidas cautelares obliga al juez competente a emitir criterios que tienden a comprometer su posición al emitir una resolución final posterior.

De todo lo expuesto se extrae que las ventajas que los procedimientos especiales sumarios brindan al sistema judicial pueden ser suficientes para calmar la exigencia social de eficiencia dentro del aparataje judicial penal, pero ello no puede ser consigna para alcanzar sentencias en el menor tiempo posible, cualquiera sea el costo. Jamás debe olvidarse que quien se encuentra en situación de fragilidad es el procesado, y que por más atroz que haya sido su crimen jamás se justifica una respuesta de igual brutalidad por parte del estado. Nadie lo ha ilustrado mejor que John Rawls quien ha dicho que “la justicia no debe pensarse desde los ojos de los omnipotentes, sino desde el punto de vista de los más débiles”.

CONCLUSIONES

Todo estado debe enfrentarse con un sinnúmero de antagonismos en el ejercicio de su actividad y el más relevante en el campo jurídico siempre será entre eficiencia y debido proceso. Es notable que el sistema judicial nunca ha sido considerado algo mejor que inútil por parte de la sociedad, hasta hace un par de décadas, en Ecuador y en toda la región la justicia estaba muy por debajo de los estándares mínimos de funcionamiento. La sociedad no esperaba mucho de los servidores judiciales para solucionar los conflictos allí recaídos, por lo cual fue el sistema judicial el objeto de las más fuertes reformas en la última década, en particular en el campo penal. La eficiencia se vuelve un objetivo primordial en todo estado de la región con el ánimo de compensar el déficit histórico que el sistema judicial le debe a la población.

Los procedimientos especiales son clara manifestación de ello, constituyen la externalización de la decisión de la institucionalidad de justicia de efectivizar el discurso de una búsqueda célere de verdad. Queremos creer que se trata de un mecanismo de garantía de la tutela de las víctimas además de un efectivo funcionamiento judicial y no de un atajo beneficioso para el ministerio público pero aun así la verdad procesal llega a costa de un juicio previo adecuado, tal y como hemos visto en el desarrollo del presente trabajo.

Es un hecho que en el desenvolvimiento de procedimientos especiales sumarios se da una vulneración de derechos fundamentales por lo acelerado de su desenvolvimiento. En la etapa de previa al proceso judicial per se, se degrada cada vez más la fundamentación mediante la cual se infiere inequívocamente la existencia de flagrancia; la argumentación es prácticamente inexistente por consistir en una mera narración de lo expuesto por la documentación realizada por la agencia policial. La justificación de la flagrancia no puede consistir en una mera formalidad, debe basarse en un debate jurídico y fáctico. Le corresponde a la autoridad policial determinar la existencia de la flagrancia para proceder con la aprehensión, luego le corresponde al agente fiscal analizar si la policía actuó apropiadamente, y finalmente le corresponde a la autoridad judicial calificar todo lo actuado como legítimo. Y sin embargo, a pesar de estos tres filtros, se declara la existencia de la flagrancia cuando dogmáticamente no es así.

En la etapa de investigación, el desenvolvimiento del procedimiento directo no permite que se realice una efectiva preparación ni fundamentación de la defensa; los cortos plazos y la prevalencia del informe policial arrinconan a la defensa obligándola a utilizar estrategias mínimas para poder sobrellevar el proceso, entre ellas el argumento de adicción. Por tal razón, la defensa cae en la creciente tendencia de renunciar al derecho al juicio previo mediante la aceptación de acuerdos de rebaja o beneficencia de penas a cambio de la aceptación de responsabilidad. Cuando el delito por el cual el individuo es procesado tiene una sanción de máximo cinco años (como los relativos a drogas dependiendo el rango referencial emitido por el CONSEP) y se encuentra bajo la calificación de flagrancia y por tanto es aplicado el procedimiento directo, obviamente es mejor para el acusado el sometimiento de la causa al procedimiento abreviado para que sin riesgo, al menos se beneficie de una pena disminuida.

Finalmente, en la etapa de juicio directo en donde se agrupan todas las etapas procesales, consideramos relevante plantear el parangón entre la naturaleza del procedimiento directo y su ejercicio práctico, ya que el ánimo de constituirse en un mecanismo efectivo de agilización de etapas procesales se ejecuta como una suerte de compendio apresurado de todas ellas. Pese a la ya mencionada mayoría de resoluciones ratificadoras de inocencia en delitos flagrantes referentes a la posesión de drogas no podemos ignorar la incompatibilidad del debido proceso con la agrupación acelerada de etapas procesales, ya que cada una de ellas constituye un espacio de desenvolvimiento de la defensa.

El ejercicio apropiado del derecho a la defensa, y de todas las otras manifestaciones del debido proceso son los pilares del campo de debate ejecutado dentro de un proceso; es lo que brinda sustento a lo actuado con posterioridad por la autoridad judicial; de manera que, el procesado adecuadamente defendido bajo los parámetros dispuestos por la Constitución e instrumentos internacionales solamente puede ser legítimamente condenado por el diligente y apropiado actuar de la acusación.

Pero no es así, en general existe el constante riesgo de que una persona considerada enferma o vulnerable por la Constitución sea confundida dentro del sistema penal y se vea criminalizada; nos referimos por supuesto a consumidores de sustancias sujetas a fiscalización. Preocupa el actuar policial pero también la intervención de fiscalía por lo mecánica y puramente legalista, obviando la capacidad de actuar bajo la mínima

intervención penal y el principio de oportunidad, principios que estructuran a la institución en concordancia con una Constitución garantista.

La Constitución establece que la justicia no se verá ofuscada por la falta de aplicación de meras formalidades (Art. 169, CRE) y tal vez esa sea la razón por la cual tantas vulnerabilidades pasan desapercibidas. De ser así, entonces nos sentimos obligados a aclarar que el debido proceso y su alcance no constituye en lo más remoto una mera formalidad ni un trámite, sino una barrera protectora de la parte más vulnerable en el desarrollo de los procesos penales.

Por todo lo expuesto, creemos que los procedimientos especiales son en efecto la solución más viable para lidiar con casos de delincuencia común como lo son los recogidos por el procedimiento directo ya que su frecuencia y cantidad requieren de una pronta respuesta estatal. Sin embargo, creemos que el problema del tratamiento de delitos flagrantes a través de procedimientos sumarios surge cuando la eficiencia se convierte en el fin. La eficiencia como objeto de la política de justicia desemboca en una maquinaria judicial cuyos productos finales son personas condenadas, una fábrica *fordista*¹⁴⁴ de flagrancia.

Contamos con varios procedimientos sumarios que tienen el fin de acelerar el proceso penal para que no congestione al sistema judicial y de ello surge la duda: ¿estamos frente a procedimientos que cumplen con el principio de celeridad? o por el contrario, ¿frente a procesos ejecutados como una suerte de compendio apresurado de las etapas ordinarias de juicio? ¿celeridad procesal o procesos acelerados?

Concluimos con lo siguiente: parafraseando a Sixto Duran Ballén, el fin no justifica los medios, son los medios los que justifican al fin.

¹⁴⁴ En referencia al fordismo, sistema socioeconómico basado en la producción industrial en serie.

RECOMENDACIONES

Es necesario realizar una valoración integral acerca de lo que está en juego, en particular los derechos fundamentales del procesado; evaluar si el plazo de hasta diez días es suficiente para la investigación de un delito, incluso para aquellos que no requieren extensiva inversión de recursos; y valorar el desarrollo del proceso en concordancia con la figura de celeridad del procedimiento, para no desnaturalizarlo.

Evitar a toda costa la mecanización del desarrollo de los procedimientos penales. Estos deben consistir en un debate jurídico en base a los hechos, y no en la realización de meros trámites. Esto en referencia a todo procedimiento, pero en particular a los procedimientos sumarios, que son más susceptibles de caer en este funcionamiento mecánico.

Evaluar la exigencia judicial de aplicar la prisión preventiva como medida cautelar principalmente utilizada. Concordamos que muchas veces las limitaciones impuestas a las personas son medidas necesarias en beneficio de la sociedad, pero ello no implica la ignorancia de la disposición de guardar la privación de la libertad como último recurso; y ello no solo en referencia a medidas cautelares sino también en penas.

Desprendernos de la violación al principio de imparcialidad, procurando la presencia de jueces distintos a los que hayan participado en actos previos de la misma causa. De esta forma, jueces de garantías penales que han aplicado medidas cautelares en determinadas causas no se verán perjudicados al momento de emitir la posterior sentencia.

Finalizamos esta línea de recomendaciones haciendo alusión a la práctica *eficientista*¹⁴⁵ del sistema judicial, destacando que la política criminal no debería responder únicamente a exigencias políticas cambiantes como la paranoia social naciente del desconocimiento y la ignorancia. La política criminal tampoco puede imponerse como un método de amoldamiento de la idiosincrasia de la sociedad; sino que debe ser acorde a la sociedad que rige, en el caso ecuatoriano, acorde al principio constitucional de derechos y justicia.

¹⁴⁵ La exigencia estatal de contar con resultados palpables en datos (como número de detenidos y número de sentenciados) atenta contra el debido proceso; obvia aspectos importantes de desarrollo de un procedimiento penal, como la debida motivación en toda resolución, conforme lo exige la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación:

Constitución de la República del Ecuador 2008

Código Orgánico Integral Penal

Resolución No. 1 del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas publicada en el Suplemento del Registro Oficial de fecha 20 de junio de 2013

Resolución No. 2 del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 288 de 14 de julio del año 2015

Libros:

Ávila Santamaría, R. (2012). *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar.

Binder, A. (2011). *Análisis Político Criminal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Cabanellas de Torres, G. (2001). *Diccionario Jurídico Elemental: Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Healiasta S.R.L. .

Carnelutti, F. (1996). *Lecciones sobre el Proceso Penal, Tomo II*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch.

Clariá Olmedo, J. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal - Culzoni.

Escriche, J. (1998). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia : edición notablemente corregida y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano por Don Juan B. Guim*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Ferrajoli, Luigi. (2004). *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Ferrajoli, Luigi. (2010). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid, España: Editorial Trotta.

García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado, Tomo I*. Quito, Ecuador: Latitud Cero Editores.

- Fontán Balestra, C. (1996). *Tratado de Derecho Penal, Tomo I.* . Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot.
- Jiménez de Asúa, L. (1954). *Principio de Derecho Penal: La Ley y el Delito.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
- Manzini, V. (1996). *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires, Argentina: Librería El Foro S. A.
- Medina Quiroga, C. (2003). *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial.* San José, Costa Rica: Universidad de Chile.
- Meléndez, F. (2012). *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia.* Bogotá, Colombia: Fundación Editorial Universidad del Rosario.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal, Parte General.* Barcelona, España: Editorial Reppertor.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal.* Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- Paladines, J. (2012). *La sociedad del riesgo y el discruso criminalizador de las drogas .* Quito, Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).
- Paladines, J. (2013). *Fábrica de Flagrancia. Justiça Criminal e Democracia.*
- Peces-Barba Martínez, G. (1984). *Derechos fundamentales.* Madrid, España: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Rives Seva, P. (1999). *La Prueba en el Proceso Penal, Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.* Navarra, Italia: Editorial Aranzadi.
- Rodríguez, F. (2013). *El Derecho Penal Simbólico.* Quito, Ecuador: Editora Jurídica Cevallos.
- Salido Valle, C. (1997). *La detención policial.* Barcelona, España: Editorial Bosch.
- San Martín Castro, C. (1999). *Derecho Procesal Penal, Volúmen II.* Lima, Perú: Editoriales Grijley.
- Soler, S. (1945). *Derecho Penal Argentino.* Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.
- Vaca Andrade, R. (2015). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Según el Código Orgánico Integral Penal, Tomo II.* Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán.* Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, E. R. (2000). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

Zavala Baquerizo, J. (2004). *Tratado de derecho Procesal Penal, Tomo VI*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino.

Revistas y artículos en periódicos:

De Hoyos, Monserrat. (2001). Análisis Comparado de la Situación de Flagrancia. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile - Valdivia*, 12(2).

Ferreira de Abreu, F. (Enero - Diciembre de 2007). La flagrancia en los delitos permanentes y los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes. *Revista CENIPEC*(26).

Ferreira de Abreu, F. (Enero - Diciembre de 2005). La Dimensión Constitucional y Normativa de la Flagrancia. Comentarios a la Sentencia N° 2580 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. *Revista Cenipec*(24), 181 - 209.

García Falconí, R. (27 de Octubre de 2015). Reformas al COIP, ¿hacia dónde caminar? (Parte I). *El Universo*.

Langbein, J. H. (1978). Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, 46(N° 1), 3-22.

Molina, T. (2004). La entrada y registro practicada por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*(XXXVII).

Torres Manrique, J. ., (Mayo de 2015). Reflexiones acerca de la posibilidad de cuestionar la detención en flagrancia, vía el proceso de Hábeas Corpus. *Revista General de Derecho Procesal*(N° 36).

Pastor, D. R. (2005). La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva Doctrina Penal*(A).

Web:

Ambos, K. (Mayo-Agosto de 2007). Los fundamentos del ius puniendi nacional; en particular, su aplicación extraterritorial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XL(119), 268. Obtenido de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex119/BMD000011901.pdf>

- Cameron, I. (6 de Febrero de 2006). *European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions*. Recuperado el 12 de Noviembre de 2015, de Council of Europe:
<http://www.statewatch.org/terrorlists/docs/Cameron-06.pdf>
- Goldstein, R. (1983). *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. (E. Astrea, Editor) Recuperado el 14 de Julio de 2015, de Biblioteca de Recursos Universia:
<http://148.201.96.14/dc/ver.aspx?ns=000040326>
- Halla, C., Bewley-Taylor, D., & Jelsma, M. (Julio de 2014). *La clasificación en el sistema internacional de control de drogas*. Recuperado el 29 de Agosto de 2015, de International Drug Policy Consortium:
<http://www.druglawreform.info/es/publicaciones/serie-reforma-legislativa/item/5549-la-clasificacion-en-el-sistema-internacional-de-control-de-drogas>
- Metaal, P. (Febrero de 2009). *Indulto para mulas en Ecuador, una propuesta sensata*. Recuperado el 30 de Agosto de 2015, de International Drug Policy Consortium:
<http://idpc.net/es/publications/2012/03/indulto-de-mulas-una-propuesta-sensata>
- Naciones Unidas. (s.f.). *Drogas y democracia - Convenciones*. Recuperado el 12 de Octubre de 2015, de Control de Drogas de las Naciones Unidas:
<http://www.undrugcontrol.info/es/control-de-drogas-de-la-onu/convenciones>
- Sáez Capel, J. (s.f.). *El estado de derecho y la tenencia de drogas para consumo personal*. Recuperado el 25 de Septiembre de 2015, de Alfonso Zambrano:
http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/estadoderecho_tenenciadrogas.doc
- Secretario General del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (3 de Agosto de 2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Recuperado el 4 de Septiembre de 2015, de Organización de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>
- Zamora, S. (17 de Marzo de 2013). *Entrevista a Juan José Hinojosa*. Obtenido de Diario Sur: <http://www.diariosur.es/20130317/local/malaga/juan-jose-hinojosa-preferible-201303170119.html>

Jurisprudencia:

Ártico vs Italia (European Court of Human Rights 13 de Mayo de 1980).

Acosta Calderón vs Ecuador, Fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Junio de 2005).

Baena Ricardo y otros vs Panamá (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de Febrero de 2001).

Bayarri vs Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de Octubre de 2008).

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Noviembre de 2007).

C-491/12 (Corte Constitucional de Colombia 28 de Junio de 2012).

Constantine y Benjamin y otros vs Trinidad y Tobago (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Julio de 2002).

DaCosta Cadogan vs Barbados (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Septiembre de 2009).

García Asto y Ramírez Rojas vs Perú, Serie C, N° 137 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre de 2005).

Garibaldi vs. Brasil (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de Septiembre de 2009).

Genie Lacayo, ECHR, Series C, N° 30. (European Court of Human Rights 29 de Enero de 1997).

Gutiérrez Soler vs Colombia, Serie C, N° 132 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de Septiembre de 2005).

HC 0813, HC 0813 (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral 25 de Junio de 2014).

Lori Berenson Mejía vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre de 2004).

Ruiz Mateos vs España, ECHR, Series A, N° 262. (European Court of Human Rights 23 de Junio de 1993).

Suárez Rosero vs Ecuador, Serie C No. 35 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de Noviembre de 1997).

Tibi vs Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de Septiembre de 2004).

ANEXOS

A) Defensa pública en causas flagrantes – Pichincha

| Defensa Pública en causas flagrantes - Pichincha | | | | |
|---|----------|----------|----------|----------|
| Meses | Año 2012 | Año 2013 | Año 2014 | Año 2015 |
| Enero | 629 | 569 | 725 | 755 |
| Febrero | 618 | 496 | 642 | 733 |
| Marzo | 691 | 622 | 740 | 814 |
| Abril | 747 | 593 | 760 | 880 |
| Mayo | 586 | 614 | 754 | 803 |
| Junio | 683 | 784 | 781 | 775 |
| Julio | 828 | 690 | 845 | 733 |
| Agosto | 665 | 833 | 801 | 705 |
| Septiembre | 676 | 695 | 827 | 773 |
| Octubre | 672 | 701 | 801 | 841 |
| Noviembre | 455 | 664 | 769 | 752 |
| Diciembre | 554 | 715 | 727 | 466 |
| Total | 7804 | 7976 | 9172 | 9030 |
| | | | | |
| Defensa Pública en causas flagrantes - Pichincha | | | | |
| Años | Año 2012 | Año 2013 | Año 2014 | Año 2015 |
| Total | 7804 | 7976 | 9172 | 9030 |

B) Tipo de patrocinio en causas flagrantes – Agosto 2014, Agosto 2015

| Tipo de defensores | Nro | % |
|---------------------|-----|--------|
| Defensores públicos | 301 | 88.01 |
| Defensores privados | 36 | 10.53 |
| Sin registro | 5 | 1.46 |
| Total | 342 | 100.00 |

C) Patrocinio de flagrancia por tipo de delito – Agosto 2014, Agosto 2015

| Tipo de delito/contravención | Nro | % |
|------------------------------------|--------|------|
| Contra la propiedad | 3,400 | 33.6 |
| Tránsito | 1,350 | 13.3 |
| Sustancias sujetas a fiscalización | 1,123 | 11.1 |
| Contra la vida | 259 | 2.6 |
| Contra la libertad sexual | 388 | 3.8 |
| Violencia intrafamiliar | 490 | 4.8 |
| Otros | 3,113 | 30.8 |
| Total | 10,123 | |

D) Principales delitos en flagrancia – Agosto 2014, Agosto 2015

| Nro. | Delito | Total |
|------|---|-------|
| 1 | Robo (Art. 189 COIP) | 1831 |
| 2 | Tenencia ilícita de sustancias (Art. 220, COIP) | 699 |
| 3 | Incumplimiento de orden de autoridad (Art. 282, COIP) | 396 |
| 4 | Tráfico ilícito de sustancias (Art. 220, COIP) | 376 |
| 5 | Hurto (Art. 196, COIP) | 303 |

E) Patrocinio de flagrancia en delitos de drogas - Agosto 2014, Agosto 2015

| | % |
|--|-------|
| Procedimiento directo | 25.85 |
| Instrucción fiscal + prisión preventiva | 22.53 |
| Instrucción fiscal + medida sustitutiva | 9.55 |
| Indagación previa | 7.29 |
| Instrucción fiscal sin medida cautelar | 4.31 |
| Libertad sin formulación de cargos | 4.00 |
| Procedimiento abreviado + sentencia condenatoria | 3.99 |
| Instrucción fiscal sin prisión preventiva | 3.24 |
| Extinción de acción por dependencia | 2.32 |
| Otros procedimientos | 16.92 |

F) Tipo de delito de droga en procedimiento directo - Agosto 2014, Agosto 2015

| Tipo de delito de droga | % |
|-------------------------------|-------|
| Otros | 1.43 |
| Elaboración o comercio ilegal | 2.7 |
| Sustancias catalogadas | 2.7 |
| Tráfico ilícito | 27.98 |
| Tenencia y posesión | 65.18 |

G) Patrocinio público en delitos flagrantes de drogas por tipo de procedimiento - Agosto 2014, Agosto 2015

| Patrocinio en delitos de droga por tipo de procedimiento | | | | | | | | | | | | | | | % |
|--|--------|------------|---------|-----------|-----------|-------|---------|-------|-------|------|-------|-------|--------|-------|-------|
| RESOLUCIÓN | Agosto | Septiembre | Octubre | Noviembre | Diciembre | Enero | Febrero | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Julio | Agosto | Total | % |
| INDETERMINADA (DERIVADA A ABOGADO PARTICULAR) | 109 | 112 | 61 | 59 | 51 | 67 | 60 | 74 | 54 | 52 | 46 | 45 | 53 | 843 | 24.87 |
| PROCEDIMIENTO DIRECTO CON INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL | | 23 | 10 | 10 | 24 | 24 | 33 | 26 | 46 | 44 | 35 | 41 | 54 | 370 | 10.91 |
| SENTENCIA CONDENATORIA EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO | 9 | 9 | 10 | 12 | 38 | 35 | 33 | 26 | 35 | 36 | 27 | 34 | 41 | 345 | 10.18 |
| NO APLICA RESOLUCIÓN | 40 | 22 | 26 | 22 | 19 | 41 | 18 | 23 | 23 | 21 | 21 | 10 | 19 | 305 | 9.00 |
| INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL CON PRISIÓN | 21 | 17 | 10 | 34 | 17 | 25 | 13 | 13 | 19 | 17 | 13 | 9 | 7 | 215 | 6.34 |
| INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL CON MEDIDA SUSTITUTIVA | 26 | 16 | 9 | 11 | 12 | 15 | 8 | 14 | 8 | 8 | 8 | 12 | 9 | 156 | 4.60 |
| EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN POR FARMACODEPENDENCIA | 29 | 11 | 12 | 13 | 8 | 15 | 13 | 11 | 12 | 8 | 7 | 4 | 6 | 149 | 4.40 |
| CAUSA DERIVADA A OTRO DEFENSOR | 24 | 16 | 16 | 14 | 12 | 5 | 5 | 6 | 2 | 2 | 6 | 3 | 6 | 117 | 3.45 |
| SE SUSPENDE LA ETAPA DE JUICIO Y SE DECLARA PRÓFUGO | 2 | 3 | 12 | 2 | 7 | 5 | 3 | 7 | 6 | 4 | 8 | 10 | 10 | 79 | 2.33 |
| INDAGACIÓN PREVIA SIN DETENCIÓN EN FLAGRANCIA | 1 | 4 | 5 | 6 | 8 | 3 | 7 | 9 | 3 | 9 | 5 | 8 | 6 | 74 | 2.18 |
| SENTENCIA CONDENATORIA EJECUTORIADA | 11 | 4 | 5 | | 1 | 6 | 7 | 6 | 5 | 7 | 6 | 5 | 3 | 66 | 1.95 |
| SENTENCIA CONDENATORIA NO EJECUTORIADA | 11 | 11 | 5 | 5 | 5 | 5 | 3 | 3 | 3 | 2 | 3 | 1 | 6 | 63 | 1.86 |
| AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO (DICTAMEN ACUSATORIO) | 12 | 1 | 8 | 6 | 6 | 8 | 1 | | 5 | 1 | 6 | 2 | 3 | 59 | 1.74 |
| SENTENCIA ABSOLUTORIA EJECUTORIADA | 13 | 3 | 4 | 2 | 4 | 2 | 6 | 6 | | 3 | 4 | 1 | 1 | 49 | 1.45 |
| IMPROCEDENCIA DEL | | 3 | 1 | 3 | | 3 | 1 | 1 | 5 | 7 | 5 | | 2 | 31 | 0.91 |

| | | | | | | | | | | | | | | | |
|--|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|----|------|
| RECURSO | | | | | | | | | | | | | | | |
| LIBERTAD SIN FORMULACIÓN CARGOS | 2 | 4 | 3 | 1 | | 4 | | 2 | 3 | 3 | 1 | 3 | 5 | 31 | 0.91 |
| SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA | | | 1 | 1 | 3 | 4 | 6 | 5 | 3 | 1 | 3 | 3 | 1 | 31 | 0.91 |
| UNKNOWN | 2 | 5 | 1 | | 1 | | 2 | 3 | | 4 | 2 | 8 | 3 | 31 | 0.91 |
| ESPERA POR RESOLUCIÓN | | 1 | | | 6 | 3 | | 2 | 2 | 3 | 5 | 2 | 2 | 26 | 0.77 |
| SOBRESEIMIENTO POR FALTA DE ACUSACIÓN(DICTAMEN ABSTENTIVO) | 5 | 1 | 4 | 1 | 2 | 2 | | 1 | 1 | 3 | 1 | | 5 | 26 | 0.77 |
| INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL SIN MEDIDA CAUTELAR | 1 | | | 4 | 7 | 2 | 1 | 2 | | 1 | 5 | 1 | | 24 | 0.71 |
| SENTENCIA ACEPTANDO PARCIALMENTE EL RECURSO | 1 | 7 | 2 | 4 | 1 | | 5 | | | 2 | | 1 | | 23 | 0.68 |
| REMISIÓN JUDICIAL DE AMONESTACIÓN E IMPOSICIÓN DE REGLAS DE CONDUCTA | 2 | | | 1 | 6 | 3 | 2 | | 4 | 2 | | | | 20 | 0.59 |
| SENTENCIA ACEPTANDO RECURSO | 1 | 4 | 3 | 1 | 2 | | 4 | 1 | 2 | | 2 | | | 20 | 0.59 |
| AUDIENCIA DERIVADA A ABOGADO PARTICULAR | | | 1 | 2 | 5 | 2 | 1 | 3 | | | 1 | 1 | | 16 | 0.47 |
| CASACIÓN DE OFICIO | 4 | 4 | 1 | | 1 | 2 | 1 | 2 | | 1 | | | | 16 | 0.47 |
| INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL SIN INTERNAMIENTO PREVENTIVO | 4 | 2 | | | | | | 2 | | 1 | 4 | | 2 | 15 | 0.44 |
| LIBERTAD POR ILEGALIDAD DE DETENCIÓN EN FLAGRANCIA | 4 | 4 | | | | 2 | | | | 3 | 1 | | | 14 | 0.41 |
| SOBRESEIMIENTO (DEFINITIVO DEL PROCESO Y DEFINITIVO DEL PROCESADO) | 4 | | 2 | 1 | 4 | 3 | | | | | | | | 14 | 0.41 |
| ORDEN DE DETENCIÓN POR 24 HORAS PARA INVESTIGACIÓN EN FLAGRANCIA CONTINUA INDAGACIÓN | | | | | 3 | 1 | | | | 4 | | | 3 | 11 | 0.32 |
| ARCHIVO DEL PROCESO | | 1 | 1 | | | 3 | 1 | 1 | | | 2 | 1 | | 10 | 0.29 |
| INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL CON PRISIÓN / PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO | | | | | 2 | | 4 | 2 | 1 | 1 | | | | 10 | 0.29 |
| EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD | 2 | | 2 | | 1 | 1 | 2 | | | 1 | | | | 9 | 0.27 |
| ABANDONO DEL RECURSO PROPUESTO POR EL SENTENCIADO | | 2 | 1 | | 1 | | | | 1 | | | 1 | 2 | 8 | 0.24 |
| NULIDAD A PARTIR DEL ACTO PROCESAL QUE LO INVALIDA | 2 | 2 | | 1 | | | 1 | | | | 1 | | | 7 | 0.21 |
| NULIDAD EMITIDA DE OFICIO POR LA SALA | | | 1 | 3 | | | 2 | | | 1 | | | | 7 | 0.21 |
| SE RECHAZA EL RECURSO DEL FISCAL | 4 | 2 | 1 | | | | | | | | | | | 7 | 0.21 |
| SENTENCIA RATIFICADA EN CONSULTA | | 1 | 1 | 1 | | | | 1 | | 2 | 1 | | | 7 | 0.21 |
| SENTENCIA CONDENATORIA CON SUSPENSIÓN DE PENA | | | | | | | | 1 | 1 | | 3 | | 1 | 6 | 0.18 |
| ABANDONO DEL RECURSO PROPUESTO POR FISCALÍA | | | 2 | | | | | | 2 | | | | | 4 | 0.12 |
| EXTINCIÓN POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN | 1 | 1 | | 1 | | | | | 1 | | | | | 4 | 0.12 |
| REMISIÓN FISCAL DE LIBERTAD ASISTIDA | 1 | 1 | | | | 1 | | | | 1 | | | | 4 | 0.12 |
| SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO | | | | | | | | 2 | 1 | 1 | | | | 4 | 0.12 |
| ACEPTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN MEDIDAS CAUTELARES | | | 3 | | | | | | | | | | | 3 | 0.09 |
| CONFIRMACIÓN DEL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO | 3 | | | | | | | | | | | | | 3 | 0.09 |
| Extinción del ejercicio de la acción penal (conciliación) | | | | | | | | | | | 3 | | | 3 | 0.09 |

| | | | | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|------|
| INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL CON INTERNAMIENTO PREVENTIVO | | | | | 1 | | | 1 | 1 | | | 3 | 0.09 |
| INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL CON PRISIÓN POR VINCULACIÓN | | | 1 | | | 2 | | | | | | 3 | 0.09 |
| NULIDAD POR FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA | 1 | | | 1 | | | | | 1 | | | 3 | 0.09 |
| REMISIÓN | | | 1 | | | 1 | | | | | 1 | 3 | 0.09 |
| SENTENCIA RATIFICA LA INOCENCIA EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO | | | | | 1 | 1 | | | 1 | | | 3 | 0.09 |
| Aceptación de la suspensión condicional de la pena: 4 Someterse a un tratamiento médico... | | | | | | | 2 | | | | | 2 | 0.06 |
| AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO SIN PRISIÓN POR DELITO MENOR A 1 AÑO | 1 | 1 | | | | | | | | | | 2 | 0.06 |
| DESISTIMIENTO DEL RECURSO | | | 2 | | | | | | | | | 2 | 0.06 |
| EXTINCIÓN POR CUMPLIMIENTO DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL | | | 1 | | 1 | | | | | | | 2 | 0.06 |
| HABEAS CORPUS ACEPTACIÓN | | 1 | | 1 | | | | | | | | 2 | 0.06 |
| REMISIÓN SIN CARGOS | 1 | | | | | | | | 1 | | | 2 | 0.06 |
| REVOCATORIA DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE PROCEDIMIENTO | | | | | | | 2 | | | | | 2 | 0.06 |
| SENTENCIA OBTENIDA EN CONSULTA | | | | 1 | | 1 | | | | | | 2 | 0.06 |
| SOBRESEIMIENTO (PROVISIONAL DEL PROCESO Y DEFINITIVO DEL PROCESADO) | 2 | | | | | | | | | | | 2 | 0.06 |
| Aceptación de la suspensión condicional de la pena: Presentación periódica | | 1 | | | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| ACUERDO REPARATORIO Y ARCHIVO PROVISIONAL | 1 | | | | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| ACUERDO REPARATORIO Y ARCHIVO DEFINITIVO | | | | | | | 1 | | | | | 1 | 0.03 |
| AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO, CON LIBERTAD POR SUSTITUCIÓN | | | | | | | | | 1 | | | 1 | 0.03 |
| DESESTIMACIÓN (ARCHIVO DE LA CAUSA) | | 1 | | | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| IMPROCEDENCIA DE RECURSO POR FALTA DE PRUEBA | | | | 1 | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| INHIBICIÓN POR FALTA DE COMPETENCIA (SIN PRISIÓN) | | | | | | | | | | 1 | | 1 | 0.03 |
| INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL CON ORDEN DE PRISIÓN (PROCESADO PRÓFUGO) | | | | | | | | | | 1 | | 1 | 0.03 |
| INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL SIN PRISIÓN POR VINCULACIÓN | | 1 | | | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| MEDIDA SOCIOEDUCATIVA | | | | 1 | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| RECURSO IMPROCEDENTE | 1 | | | | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| ORDEN DE DETENCIÓN POR 24 HORAS PARA INVESTIGACIÓN EN FLAGRANCIA FORMULA CARGOS SIN PRISIÓN | | | | 1 | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| REMISIÓN JUDICIAL DE AMONESTACIÓN VERBAL | | | | | 1 | | | | | | | 1 | 0.03 |
| REVOCATORIA A LA SENTENCIA QUE DECLARA LA CULPABILIDAD DEL | | | 1 | | | | | | | | | 1 | 0.03 |

| | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|---|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|--|------|---|------|
| PROCESADO | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| REVOCATORIA DEL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL | | | | | | | | | | | 1 | | | | | 1 | 0.03 |
| SE ACEPTA LA DEPORTACIÓN | | | | | | | | | | | 1 | | | | | 1 | 0.03 |
| SE NIEGA LA DEPORTACIÓN | | | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| SENTENCIA CONDENATORIA EN PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO | | | | | | | | | | | 1 | | | | | 1 | 0.03 |
| SENTENCIA RATIFICA LA INOCENCIA EN PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO | | | 1 | | | | | | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| SUSTITUCIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA. AUSENTARSE DEL PAÍS | 1 | | | | | | | | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| SUSTITUCIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA. SUJECIÓN A LA VIGILANCIA DE AUTORIDAD O INSTITUCIÓN | 1 | | | | | | | | | | | | | | | 1 | 0.03 |
| SUSTITUCIÓN AL INTERNAMIENTO PREVENTIVO. PRESENTARSE PERIÓDICAMENTE ANTE EL JUEZ O JUEZA | | | | | | | | | | | 1 | | | | | 1 | 0.03 |
| Total | 360 | 305 | 227 | 225 | 261 | 296 | 248 | 257 | 252 | 257 | 239 | 211 | 252 | | 3390 | | |