

SEÑORES

**MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA DEL
ECUADOR**

PRESENTE.-

De mi consideración:

Ab. Paola Viviana Campaña Terán, en mi calidad de Jueza Titular de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, en cumplimiento de las atribuciones constitucionales y legales conferidas en razón del cargo, acudo a su autoridad con la siguiente exposición de motivos y solicitud.

I.- FUNDAMENTOS DE HECHO

1.1.- Antecedentes

Co fecha 29 de enero del 2020, son detenidos en presunto delito flagrante los ciudadanos BLANCO TOVAR JHONNATHAN ANDRES, portador del documento de identificación número 1759478843; MARTINO TOVAR ANDRÉS FERNANDO, portador del documento de identificación número 1759951468; y, BARRETO RIVERA YOENDRY DAVID, portador del documento de identificación número 126975697.

Con fecha 30 de enero del 2020, se realiza el sorteo de la petición de Audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, presentada por Fiscalía, en la Unidad Judicial Penal con competencia en infracciones flagrantes, con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha.

A fojas 81 del proceso obra el acta resumen de la Audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, celebrada el 30 de enero del 2020, por el delito de robo tipificado en el artículo 189 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, en la misma que se califica la flagrancia, se formulan cargos por el delito anteriormente indicado, se ordena la prisión preventiva de los señores: BLANCO TOVAR JHONNATHAN ANDRES, MARTINO TOVAR ANDRÉS FERNANDO y BARRETO RIVERA YOENDRY DAVID, se notifica

con el tiempo de la instrucción que por tratarse de un delito flagrante es 30 días y se dispone su tramitación por procedimiento ordinario.

Obran del proceso de fojas 83 a 85 las boletas constitucionales de encarcelamiento números 17282-2020-000130, 17282-2020-000129 y 17282-2020-000128, correspondientes a los procesados BLANCO TOVAR JHONNATHAN ANDRES, MARTINO TOVAR ANDRÉS FERNANDO y BARRETO RIVERA YOENDRY DAVID.

Mediante auto de 30 de enero del 2020, el Dr. Núñez Velasco Gonzalo Fernando, se inhibe de continuar en la sustanciación del proceso, por tratarse de un procedimiento ordinario y en aplicación de la resolución 193-2017 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura. Por lo que con fecha 4 de febrero del 2020, se radica el conocimiento de la causa en la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha en el despacho conformado por Ab. Paola Viviana Campaña Terán en calidad de jueza y Dr. Fausto Cristóbal Paucar Remache en calidad de Secretario.

Con fecha 6 de febrero del 2020, los señores BLANCO TOVAR JHONNATHAN ANDRES, MARTINO TOVAR ANDRÉS FERNANDO y BARRETO RIVERA YOENDRY DAVID, presentan una solicitud de sustitución de la medida cautelar al tenor de lo dispuesto en el artículo 521 del Código Orgánico Integral Penal. Mediante providencia de 11 de febrero del 2020, se avoca conocimiento de la causa y se señala a audiencia de sustitución de la medida cautelar para el 4 de marzo del 2020, en virtud del agendamiento ya previsto dentro del despacho. En dicho día y hora, Fiscalía presenta un escrito, solicitando se difiera la diligencia al no poder acudir, por haber sido convocada a una Audiencia de Apelación en la Corte Provincial. Con escrito de la misma fecha se solicita el cierre de la instrucción.

Mediante providencia de 4 de marzo del 2020, atendiendo a los sujetos procesales se convoca a audiencia de sustitución de medida cautelar para el 9 de marzo del 2020, y se declara concluida la instrucción fiscal. En el día y hora convocados se celebra la audiencia.

1.2.- Caso que suscita la consulta de constitucionalidad:

La consulta de constitucionalidad se propone dentro de la causa número 17282-2020-00210, seguida en contra de los ciudadanos de nacionalidad venezolana BLANCO TOVAR JHONNATHAN ANDRES, MARTINO TOVAR ANDRÉS FERNANDO y BARRETO RIVERA YOENDRY DAVID por el delito de robo tipificado en el Art. 189 inciso 1 del

Código Orgánico Integral penal, el mismo que dispone: “Art. 189.- Robo.- La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años...”

Ante la solitud de sustitución de la prisión preventiva dispuesta dentro del proceso en la respectiva audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, realizada por los procesados y por el tipo penal en que se sustancia el proceso, para resolver la pretensión es necesario la aplicación del Art. 536 del mismo cuerpo normativo que al momento dispone:

“Art. 536.- Sustitución. La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.

Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.”

Texto que se mantendrá vigente hasta el 24 de junio del 2020, en que iniciará la aplicación de las reformas introducidas al Código Orgánico Integral Penal mediante la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Suplemento al Registro Oficial número 107 de 24 de diciembre del 2019, momento en el cual mantendrá el siguiente texto.

“Art. 536.- Sustitución. La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.

Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.

Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia.”

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Constitución en el Art. 428 dispone:

“Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos

internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.”

El Art. 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone:

“Art. 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.”

Amparada en la normativa precitada la suscrita autoridad de oficio suspende la tramitación de la causa número 17282-2020-00210 y eleva en Consulta a la Corte Constitucional del Art.

- 5 -
CINCU

536 del Código Orgánico Integral Penal, por considerar que dicha norma contraviene los Arts. 77 numeral 1 y 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los principios 2 y 6 establecidos en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), los principios 36 y 39 establecidos en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en torno a la prisión preventiva ha desarrollado dicho organismo, relacionada principalmente con los principios de que la prisión preventiva no puede estar determinada por el tipo de delito ni por la gravedad del delito. De conformidad con la Sentencia número N.º 006-17-SCN-CC dentro del CASO N.º 0011-11-CN, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador el 18 de octubre del 2017, la misma que establece: "Finalmente, en virtud de una interpretación más favorable de los derechos constitucionales conforme lo establecido en el artículo 427 de la Constitución de la República del Ecuador, y en observancia del artículo 143 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a fin de que en el presente caso no se dilate de forma innecesaria la sustanciación y resolución, este Organismo, establece que la presente solución jurídica deberá ser observada por los administradores de justicia, desde la notificación de esta decisión hacia el futuro; aspecto que guarda relación con el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en virtud del cual, las o los jueces consultantes deben continuar con la tramitación de la causa, si transcurrido el plazo de cuarenta y cinco días, no se ha emitido resolución constitucional respecto a su consulta." A fin de dar cumplimiento a lo señalado por la Corte Constitucional, se remite el proceso original a la Corte, dejando en la judicatura copias certificadas, para continuar con la sustanciación del mismo una vez fenecido el plazo contemplado en la norma.

III.- CONSULTA

La presente exposición se la realiza en aplicación de lo dispuesto en la Sentencia de la Corte Constitucional Número 001-13-SCN-CC de 6 de febrero del 2013.

3.1.- Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta.-

La norma elevada en consulta es el Art. 536 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que ha sido reformado a través de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Suplemento al Registro Oficial número 107 de 24 de diciembre del 2019, y que en virtud de la *vacatio legis*, iniciará su vigencia el 24 de junio del 2020, pero que por tratarse de una norma ya aprobada, forma parte del ordenamiento jurídico, por ello se expone los dos textos para consulta.

a) El texto en cual vigencia:

“Art. 536.- Sustitución. La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.

Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.”

b) Texto reformado la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Suplemento al Registro Oficial número 107 de 24 de diciembre del 2019, que mantiene el siguiente texto.

“Art. 536.- Sustitución. La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.

Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.

Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia.”

3.2.- Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos.-

3.2.1.- Las normas constitucionales que se presume contraviene el artículo elevado en consulta:

“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 no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y 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 formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley..." (Lo resaltado es mío)

"Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:...

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación..." (Lo resaltado es mío)

3.2.2.- La norma de la Convención Americana de Derechos Humanos que se presume infringida:

"Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios."

3.2.3.- Los principios establecidos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se contravienen con la norma que se eleva en consulta:

La Convención Americana de Derechos Humanos, no hace una específica referencia a la prisión preventiva en su texto, pero sobre la base de los derechos reconocidos en este instrumento, especialmente el artículo 7 numeral 3 y las garantías básicas del derecho a la defensa, recogido en el artículo 8 numeral 2 de la precitada Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado a través de su jurisprudencia cinco

principios a tomar en cuenta al momento de aplicar la medida de prisión preventiva, los mismos que son:

1.- La prisión preventiva constituye una medida excepcional, desarrollado en las sentencias de los casos Daniel Tibi vs Ecuador, Barreto Leiva vs Venezuela, Acosta Calderón vs Ecuador, Palamara Iribarne vs Chile y López Álvarez vs Honduras.

2.- La prisión preventiva debe ser proporcional, caso Barreto Leiva vs Venezuela,

3.- La prisión preventiva debe ser necesaria, casos Palamara Iribarne vs Chile y Ricardo Canese vs Paraguay

4.- La prisión preventiva no puede estar determinada por el tipo de delito, Sentencia Suárez Rosero vs Ecuador

5.- La prisión preventiva no puede estar determinada por la gravedad del delito, caso López Álvarez vs Honduras

3.2.4.- Los principios establecidos en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 que se consideran en conflicto

"2. Alcance de las medidas no privativas de la libertad...

2.2 Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

*2.3 A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. **El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas...***

2.6 Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención..." (Lo resaltado es mío)

"6. La prisión preventiva como último recurso

- 7 -
Sicre

6.1 *En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.*

6.2 *Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.*

6.3 *El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva.” (Lo resaltado es mío)*

3.2.5.- Los principios establecidos en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988 que se contravienen

“Principio 36

1. Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención...” (Lo resaltado es mío)

“Principio 39

Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención.” (Lo resaltado es mío)

3.3 Identificación del por qué las normas elevadas en consulta contravienen los principios y normas constitucionales enunciados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido principios que deben seguirse al adoptar la medida de prisión preventiva, los mismos que son excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, no determinación en función del tipo de delito y no determinación en función de la gravedad del delito.

Dicho organismo internacional ha señalado que en función del principio de presunción de inocencia, la medida de prisión preventiva debe ser la excepción, más no la regla general, esto en consonancia con la norma que mantiene nuestra Constitución en el artículo 77 numeral 1, ya que constituye la medida más severa que se puede imponer al procesado.

“106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.” (CIDH, Tibi vs Ecuador, 2004, p. 61) (Lo resaltado me pertenece)

Esta excepcionalidad, radica también en el carácter procesal más no punitivo que debe revestir a la medida, analizándose que las restricciones a la libertad deben valorarse en función de la necesidad y buscando que no se convierta en una medida de anticipo de la pena. La Corte inclusive ha llegado a establecer que la regla general debe ser la libertad, mientras se espera la resolución de la situación jurídica.

*“121. Del principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva... Constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado. Por ello, se debe aplicar excepcionalmente. **La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal...**” (CIDH, Barreto Leiva vs Venezuela, 2009, p25) (Lo resaltado me pertenece)*

El segundo principio establecido por la Corte, es el de proporcionalidad, es decir que debe atenderse al tiempo de duración de la medida, ya que no puede establecerse para el presuntamente inocente un gravamen que corresponda o exceda al del condenado y en ningún caso extenderse de forma desproporcionada en el tiempo.

“122. La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad..., en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción...” (CIDH, Barreno Leiva vs Venezuela, 2009, p. 25-26)

La prisión preventiva a criterio de la Corte, debería mantenerse en constante revisión, para poder optar por medidas alternativas a ésta, en caso de que las circunstancias del proceso lo permitan y para realizar un control de la arbitrariedad e ilegalidad, en la adopción de la medida.

“76. El artículo 7.5 de la Convención dispone que toda persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia...” (CIDH, Acosta Calderón vs Ecuador, 2005, p26)
(Lo resaltado me pertenece)

El tercer principio es el de necesidad, debe adoptarse cuando sea estrictamente necesaria para garantizar el desarrollo eficiente de la investigación y la prosecución del proceso. Es decir, que la valoración debe estar enfocada en las consideraciones de obstrucción y evasión, debe por tanto determinarse que es posible la presencia de estas condiciones para su aplicación, caso contrario la medida se torna arbitraria.

*“180. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites **estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia.** En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). **Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida.** Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos...” (CIDH, Tibi vs Ecuador, 2004, p82) (Lo resaltado me pertenece)*

“198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia... De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención. (CIDH, Palamara Iribare vs Chile, 2005, p. 88-89) (Lo resaltado es mío)

El artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, en su texto original y reformado, mantiene excepciones para la sustitución de la prisión preventiva por otras medidas no

privativas de libertad, en el texto en actual vigencia se relaciona con el quantum de la pena, la norma indica que no cabe la sustitución cuando se trate de delitos cuya pena exceda los cinco años, y en el texto reformado, manteniendo la consideración invocada y añade una relativa a la reincidencia, lo que contraviene las decisiones de la Corte, al limitar la posibilidad de que la medida sea revisada en todos los delitos y para todos los procesados. Lo que nos lleva a analizar el principio de que el tipo del delito y su gravedad para la Corte no deben ser tomados como elementos para la aplicación de una prisión preventiva y menos aún deben incorporarse estas consideraciones en la legislación.

“22. Fundar la prisión preventiva exclusivamente en la gravedad del delito (que se dice) cometido, en el reproche que (eventualmente) merece el (supuesto) autor y en la pena (que sería) aplicable, sin considerar --porque la propia ley elimina la posibilidad de hacerlo-- otros datos que permitan valorar su procedencia en concreto, para el debido amparo, también en concreto, de los fines que la legitiman, contraviene flagrantemente la presunción de inocencia, implica un (pre)juicio anticipado a la sentencia (a la que se confiere, mucho antes de que se pronuncie, carácter condenatorio) y adelanta manifiestamente la imposición de la pena. Con ello deviene arbitraria, aunque sea legal.” (CIDH, Lopez Alvarez vs Honduras, 2006, p.6) (Lo resaltado es mío)

En este contexto para imponer una medida de prisión preventiva el juez debe aplicar estas consideraciones, a fin de no vulnerar los derechos de las personas procesadas, y que las órdenes de privación de libertad no se tornen arbitrarias. Una correcta motivación implica analizar todos estos requisitos. Cuando se plantean excepciones a la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva, el juez se ve en la imposibilidad de realizar un análisis que se ajuste a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos anteriormente expuestos. Nuestro país ya fue sancionado por mantener en su ordenamiento jurídico disposiciones contrarias a la Convención en el caso Suárez Rosero vs Ecuador, justamente porque se mantenían excepciones a la liberación de detenidos en atención al tipo de delito de que se trate.

“97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella. Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano

asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.” (CIDH, Suarez Rosero vs Ecuador, 1997, p. 26)

La legislación que se mantenía a la época fue considerada por la Corte Interamericana como discriminatoria y contraria a las disposiciones de la Convención, al no haber adoptado una legislación que permita la efectividad de los derechos en ella consagrados.

“98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculcados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.

99. En conclusión, la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 bis citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención.” (CIDH, Suarez Rosero vs Ecuador, 1997, p. 27) (Lo resaltado es mío)

El contenido del artículo 536, como se encuentra legislado, impone un candado legal a los operadores de justicia, que les impide realizar un análisis de la prisión preventiva en torno a los principios que se han identificado anteriormente como necesarios para la aplicación de una medida de esta naturaleza, tomando en cuenta que la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 77 numeral 1 establece que la privación de libertad no será la regla general, esta disposición entraría en claro conflicto con la que se consulta. La excepcionalidad que propone la norma, produce que si se ha ordenado la prisión preventiva en una causa por un delito con pena superior a cinco años, esta medida no pueda ser sustituida por otras medidas, aunque se reunieran las condiciones necesarias para hacerlo. La reforma adicionalmente incorpora condiciones relativas directamente al autor, por la reincidencia, caso que también constituiría una excepción que se encuentra contrapuesta a los principios señalados y al deber de no discriminación en función del pasado judicial reconocido en nuestra Constitución en el Art. 11 numeral 2.

Es necesario realizar esta consulta, pues aunque puedan presentarse en la Corte Constitucional actual, posiciones más favorables sobre el control difuso de constitucionalidad, disposiciones como esta deben, en caso de valorarse inconstitucionales, ser expulsadas del ordenamiento jurídico, ya que la actuación contra norma expresa se encuentra tipificada en el Código Orgánico Integral Penal, como un delito en el artículo 268. El que se haya establecido que la privación de libertad no debe ser la regla general en nuestra Constitución, obliga al país a adaptar su legislación a los principios que rigen la aplicación de medidas cautelares no privativas de libertad y garantizar los derechos de los detenidos. La Organización de Naciones Unidas ha adoptado principios que deben aplicarse en estos campos mediante los instrumentos Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que si bien no son tratados o convenios internacionales de cumplimiento obligatorio, mantienen consonancia con la jurisprudencia internacional y dan pautas para la adopción de medidas cautelares.

Las excepciones contempladas en el artículo 536, limitan también la aplicación de los principios desarrollados en estos instrumentos. Las reglas de Tokio desarrollan los principios de aplicación de las medidas no privativas de la libertad, indicando que deben aplicarse sin discriminación alguna, el pasado judicial, constituye una condición de discrimen. Deben ser utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención penal y la prisión preventiva debe ser considerada como el último recurso, por tanto, limitar la posibilidad de sustitución a través de normas integradas a la legislación penal, impide que se cristalicen estos principios. Adicionalmente, se ha incorporado que las medidas no privativas de libertad tienen un carácter emergente y de aplicación inmediata, con la correlativa obligación de establecer un catálogo y normativa que permita su aplicación coherente.

Respecto al Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, se pone de relieve la presunción de inocencia y correlacionado con este principio se desarrolla que sólo se procederá al arresto o detención cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o el procesamiento. Añadiendo que, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a que otra autoridad decida lo contrario y recobrar la libertad en espera de juicio. Por lo que se recomienda mantener un

examen de la necesidad de la detención durante todo el proceso. Ese examen con la norma que se consulta en vigencia es poco probable en el país, para los delitos con pena superior a cinco años –debe considerarse que no es una pena elevada- o en caso de reincidencia.

Estos principios no pueden aplicarse, si el artículo 536, mantiene condiciones excepcionales que impiden la revisión de la medida de prisión preventiva, condiciones excluyentes que ya han sido resaltadas por la Corte como contrarias a la Convención, y que a la vez determinan el comportamiento procesal en ajuste a la norma, en perjuicio de la posibilidad de efectivamente convertir a la prisión preventiva en una medida, excepcional, de ultima ratio, con apego a la necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

Es necesario resaltar el carácter cautelar y no punitivo de la medida de prisión preventiva, que no puede responder a la gravedad del delito o pena por la cual se desarrolle el procesamiento, ni a las características del autor y que tiene que mantenerse en consonancia con los derechos consagrados en la Constitución, caso contrario estaríamos contraviniendo normativa constitucional y convencional e incursionando en un derecho penal de autor, al analizar el pasado judicial para limitar la posibilidad de revisar si la medida de prisión preventiva en otro momento procesal sigue cumpliendo con los requisitos para su mantenimiento. La dignidad humana exige que el gravamen que se provoque se encuentre justificado en los beneficios que éste reporte, si las necesidades de mantenimiento de una medida tan gravosa como la privación de libertad desaparecen, debe haber posibilidad de sustituir la medida por otra que provoque un gravamen menor.

*69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.... **Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.** La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva⁸⁶. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena⁸⁷. (CIDH, Lopez Alvarez vs Honduras, 2006, p 39)*

3.4 Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto.-

En el caso en que se consulta, fue solicitado de manera expresa que sea sustituida la medida de prisión preventiva dispuesta en la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, en contra de los ciudadanos BLANCO TOVAR JHONNATHAN ANDRES, MARTINO TOVAR ANDRÉS FERNANDO y BARRETO RIVERA YOENDRY DAVID, por las medidas cautelares contempladas en el artículo 522 numerales 1,2 y 4 del Código Orgánico Integral Penal, las mismas que corresponden a medidas no privativas de libertad alternativas a la prisión preventiva.

El proceso se sustancia en contra de los ciudadanos anteriormente mencionados, por el delito de robo con violencia, tipificado en el Art. 189 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que contempla para la conducta típica una pena privativa de libertad de 5 a 7 años, por tanto, supera los cinco años, por lo que el delito analizado estaría abarcado por el espectro normativo del Art. 536 del precitado cuerpo legal, por ello para resolver las pretensiones de los procesados es necesaria su aplicación, limitando la posibilidad de realizar un análisis atendiendo las normas, jurisprudencia y principios que se han identificado como contrarios al artículo indicado que es el que se eleva en consulta.

IV.- PETICIÓN CONCRETA.-

Con los antecedentes expuestos, se eleva en Consulta la causa número 17282-2020-00210, a fin de que dentro de esta la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del Art. 536 del Código Orgánico Integral Penal.

De conformidad con la Sentencia número N.º 006-17-SCN-CC dentro del CASO N.º 0011-11-CN, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador el 18 de octubre del 2017, por la naturaleza del proceso, al mantenerse detenidos tres procesados, con la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia anteriormente señalada e impedir cualquier vulneración de los derechos de los procesados, se continuará con la sustanciación del presente proceso una vez fenecido el plazo legal. Sin embargo de lo manifestado, quedo a la decisión de la Corte, que en caso de considerarlo necesario me disponga que el mismo se suspenda por un tiempo adicional.

V.- TRÁMITE.-

El trámite que debe darse a la presente causa es el establecido en los Arts. 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

VI.- NOTIFICACIONES.-

Las notificaciones que me correspondan dentro de la presente consulta de constitucionalidad, las recibiré en los correos electrónicos viviana.campana@funcionjudicial.gob.ec y paola.campana.pc@gmail.com.

Muy atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'P. Campaña', with a horizontal line drawn underneath it.

Ab. Paola Campaña Terán

Jueza

Unidad Judicial Penal con sede de la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito,
Provincia de Pichincha.