

Señores jueces de la Corte Constitucional

Caso No. 49-21-CN

FABIÁN TEODORO POZO NEIRA, en mi calidad de SECRETARIO GENERAL JURÍDICO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA conforme lo dispuesto con Decreto Ejecutivo No. 2 del 24 de mayo de 2021 -en anexo-, por los derechos que represento del señor Presidente de la República, en el marco del caso **No. 49-21-CN**, intervengo respecto de la consulta de constitucionalidad presentada por la jueza de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, respecto de la aplicación de los artículos 57 y 536 inciso final del Código Orgánico Integral Penal, comparezco ante ustedes en la presente causa y manifiesto:

1. Antecedentes

- 1.1. Comparezco en razón de la providencia notificada el día 02 de febrero de 2022 mediante correo electrónico a la Presidencia de la República en la que se le notifica de esta causa y se le concede un término de 10 días para que remita *«un informe debidamente motivado sobre la constitucionalidad de la norma y los argumentos que fundamentan la consulta»*.
- 1.2. Esta consulta fue elevada por la jueza de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Paola Viviana Campaña Terán en el curso de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio y revisión de medidas cautelares **por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización a gran escala**, en el proceso número 17282-2021-01575. Las normas consultadas son el artículo 57 y el último inciso del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, «COIP»), que transcribo:

“Art. 57.- Reincidencia.- (Reformado por el Art. 14 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019).- Se entiende por reincidencia la comisión de un

nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada.

La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa.

Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.”

“Art. 536.- Sustitución.- (Sustituido por el Art. 89 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019; y Reformado por el Art. 19 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021).- 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, ni en los delitos de peculado, sobrepregios en contratación pública o actos de corrupción en el sector privado.

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.”

- 1.3. **La jueza consultante no explica en qué consistiría la supuesta inconstitucionalidad.** En esencia, la consulta cuestiona si son compatibles con la Constitución de la República, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con otros instrumentos internacionales (no todas ellas vinculantes para el Ecuador) las normas indicadas. Todo esto partiendo de la premisa que la prisión preventiva debe ser de *ultima ratio* y, como tal, la excepción y no la regla. No obstante, la consulta soslaya que el COIP —entendido en su conjunto y no solo las dos normas aisladas— ya recoge estos estándares. La consulta

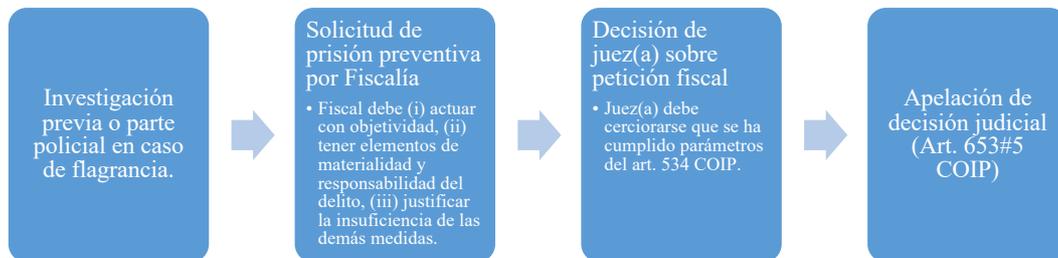
parece presumir que es obligación de Fiscalía solicitar prisión preventiva en todo caso de reincidencia y obligación del juez que conoce dicha petición concederla. Esto no es así.

- 1.4. Al respecto, el análisis de la Presidencia de la República se expone en este informe.

2. ¿Cuándo se aplican las normas consultadas? El rol de la reincidencia como factor para decidir sobre la prisión preventiva

- 2.1. El argumento principal para dudar sobre la constitucionalidad de las normas consultadas es la *aparente* contradicción entre estas y el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República que prohíbe la discriminación por pasado judicial.
- 2.2. Si las normas consultadas ordenaran dictar prisión preventiva siempre que se inicia un proceso penal contra una persona reincidente, entonces sí estaríamos ante una ley inconstitucional. O también si es que el único parámetro que se usó al decidir sobre la prisión preventiva como medida cautelar fuera la reincidencia. Sin embargo, no es este el caso.
- 2.3. El caso es que la reincidencia es uno de muchos elementos que el sistema penal considera para decidir qué medida cautelar (si alguna) dicta contra el procesado. Vale tener presente que para llegar al momento procesal en que se apliquen las normas consultadas, previamente, se han agotado varios espacios en que se analizó la procedencia o no de medidas cautelares.

Ilustración 1: Momentos procesales previos a la aplicación de la norma consultada



2.4. Para ser claros, en el caso que se consulta o en otros análogos ha existido la siguiente actividad preprocesal y/o procesal previa: (i) una investigación previa o una aprehensión en flagrancia con su respectivo parte policial (cuya legalidad debe ser calificada judicialmente), (ii) luego una audiencia de formulación de cargos en la que dos actores distintos de la función judicial —agente fiscal y juez de garantías penales— deben haber coincidido en que se verifican los parámetros para dictar prisión preventiva contenidos en el artículo 534 del COIP basados en la información levantada en el punto anterior. Además, el procesado a quien se le dicta prisión preventiva tiene salvado su derecho a (iii) apelar la medida ordenada. Durante todas estas fases a la persona procesada se le garantiza el respecto a su derecho a la defensa, y durante todas ellas la Fiscalía tiene que actuar bajo el principio de objetividad incardinado en el numeral 21 del artículo 5 del COIP.

2.5. Entendido entonces el proceso judicial de toma de decisiones sobre medidas cautelares en su conjunto, se aclara que la reincidencia se suma a los elementos del artículo 534 del COIP. No es un factor exclusivo para decidir sobre la aplicación de la prisión preventiva. Así, se cumple con lo que ha manifestado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en *el Informe sobre uso de prisión preventiva en las Américas*:

“Finalmente, en cuanto al criterio de reincidencia, la Comisión estima que el mismo pudiera considerarse como un elemento más en el análisis de procedencia de la medida en el caso concreto, pero en ningún caso debería utilizarse como criterio rector de su aplicación, por ejemplo, mediante la presunción legal de que con esta sola circunstancia se configura el riesgo procesal, ello sería contrario al principio de presunción de inocencia. Además, en ningún caso podrá considerarse la reincidencia en función de registros policiales u otra base documental distinta de sentencias ejecutoriadas emitidas por los tribunales competentes” (énfasis añadido).¹

3. El fin legítimo de la norma consultada

- 3.1. La finalidad de la prisión preventiva es «garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena» cuando «las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes».²
- 3.2. Las normas consultadas buscan el fin constitucionalmente legítimo de garantizar la tutela judicial efectiva en el proceso penal evitando la fuga de procesados.³ Establecido eso, la pregunta que la Corte Constitucional debe responder es: ¿es idóneo y proporcional que se impida la sustitución de prisión preventiva para la persona reincidente que ya ha pasado por todas las actuaciones procesales que llevan a que dicha medida sea dictada y se encuentre ejecutoriada? Para ello es necesario preguntarse, ¿las personas que reinciden tienen mayor riesgo de fuga?
- 3.3. Es decir, cabe precisar si incluir la reincidencia como uno de varios factores para analizar el riesgo de fuga es una distinción razonable con base a la evidencia empírica o no.

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, parr. 157.

² COIP, art. 534.

³ Constitución de la República, art. 75.

- 3.4. Si es que se logra determinar con base estadística que las personas reincidentes tienen mayores probabilidades de fuga, las normas consultadas entonces serán idóneas para el fin que persiguen. Serán también proporcionales, pues el momento procesal donde se puede pedir la sustitución de la prisión preventiva solo se alcanza luego de cumplir varias actividades previas que permiten evaluar el caso particular, como se contextualizó en el punto anterior. En este caso, las normas serán claramente constitucionales.
- 3.5. Sería valioso por tanto contar con información estadística de la administración de justicia que permita evaluar si la fuga —entendida como la situación en que el procesado no comparece al proceso penal o el sentenciado no se somete al cumplimiento de la pena— es más alta entre personas reincidentes que entre aquellas personas que no lo son. Esta información no ha sido recopilada a nuestro conocimiento. Por ello, sugiero respetuosamente que en ejercicio del artículo 86 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se recabe esta información de la función judicial.

4. Conclusión

- 4.1. De lo expuesto, considero que es necesaria más información de tipo estadístico para determinar la idoneidad de la norma consultada, y por ello sugiero que se solicite información para resolver como indiqué en el punto 3.4.
- 4.2. Ahora bien, en el caso que la Corte Constitucional no considere necesaria dicha información o que la misma no sea posible de obtener, es la posición de la Presidencia de la República que la aplicación del principio *in dubio pro legislatore* obliga a mantener las normas consultadas en el ordenamiento jurídico.
- 4.3. En caso que se obtenga la información sugerida en el punto 3.4 y esta indique que no existe diferencia significativa entre el riesgo de fuga de

procesados reincidentes y de aquellos que no reinciden, quedaría claro que la norma no es idónea para el fin que persigue. En este supuesto deberá declararse su constitucionalidad condicionada a que la reincidencia sea *analizada* por el juez que conoce el pedido de sustitución, pero que no se tome como presunción de derecho en contra de concederla.

4. Notificaciones y autorizaciones

Autorizo a los abogados Marcos Miranda Burgos, Roberto Andrade Malo, Yolanda Salgado Guerrón, Hugo Aguiar Lozano y Joaquín Ponce Díaz para que de forma individual o conjunta actúen en mi nombre y representación en esta causa, presentando cuanto escrito sea necesario y/o interviniendo a las audiencias a las que haya lugar.

Las notificaciones las recibiré en la casilla constitucional No. 1 y en los correos electrónicos sgj@presidencia.gob.ec y nsj@presidencia.gob.ec.

Cordialmente,

Fabián Pozo Neira
Secretario General Jurídico