

Quito, D.M. 18 de agosto de 2021

CASO No. 8-20-CN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y
LEGALES, EXPIDE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA

Tema: La Corte resuelve la consulta de constitucionalidad respecto al artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal relativo a la sustitución de la prisión preventiva. Luego del análisis correspondiente la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de la prohibición de la sustitución de la prisión preventiva en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años del inciso primero del artículo 536 del COIP.

I. Antecedentes

1. El 29 de enero del 2020, Jhonnathan Andrés Blanco Tovar, Andrés Fernando Martino Tovar y Yoendry David Barreto Rivera (“**los procesados**”) fueron detenidos en presunto delito flagrante.
2. Durante la audiencia del 30 de enero del 2020, la Unidad Judicial Penal con competencia en infracciones flagrantes con sede en la parroquia Mariscal Sucre del D. M. de Quito calificó la flagrancia, formuló cargos por el delito de robo -tipificado en el artículo 189 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal (“**COIP**”)- y ordenó la prisión preventiva de todos los procesados.
3. El 04 de febrero del 2020, se radicó el conocimiento de la causa No. 17282-2020-00210 en la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Ñaquito del D. M. de Quito (“**Unidad Judicial**”).
4. El 06 de febrero del 2020, los procesados presentaron una solicitud de sustitución de medida cautelar al tenor de lo dispuesto en el artículo 521 del COIP¹. Mediante providencia de 04 de marzo del 2020, se convocó a audiencia de sustitución de la prisión preventiva y se declaró concluida la instrucción fiscal.
5. El 09 de marzo de 2020, durante la audiencia de sustitución de medidas cautelares, la jueza Paola Campaña Terán de la Unidad Judicial decidió suspender y elevar en

¹ COIP, Art. 521.- “Audiencia de sustitución, revisión, revocatoria o suspensión de medida cautelar y protección.- Cuando concurren hechos nuevos que así lo justifiquen o se obtengan evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados, la o el fiscal, la o el defensor público o privado, de considerarlo pertinente, solicitará a la o al juzgador la sustitución de las medidas cautelares por otras (...)”.

consulta la constitucionalidad del artículo 536 del COIP. El 12 de marzo de 2020, la jueza de la Unidad Judicial dispuso remitir el proceso a la Corte Constitucional.

6. El 26 de agosto de 2020, la jueza de la Unidad Judicial decidió continuar con la tramitación del caso y convocó a la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio para el 07 de septiembre del 2020. En providencia de 31 de agosto de 2020, en contestación a un pedido de los procesados señaló que lo referente a la sustitución de la prisión preventiva sería resuelto en la misma audiencia.
7. El 21 de septiembre de 2020, la Unidad Judicial dictó auto de sobreseimiento a favor de los procesados en razón de *“no existir elementos de cargo SUFICIENTES que permitan presumir que existe el delito de acción pública que fue acusado y que los procesados son autores o cómplices de la infracción”*. En consecuencia, revocó todas las medidas cautelares dictadas en su contra y dispuso su inmediata libertad. Inconforme con esta decisión, la agente Fiscal de Patrimonio Ciudadano 7 interpuso recurso de apelación.
8. El 25 de noviembre de 2020, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha resolvió desechar el recurso de apelación y confirmó en todas sus partes el auto de sobreseimiento.

Proceso ante la Corte Constitucional

9. Con fecha 16 de marzo de 2020, ingresó a la Corte Constitucional la consulta de constitucionalidad, cuyo sorteo recayó en la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo.
10. El 16 de marzo de 2020, la Corte Constitucional mediante resolución No. 004-CCE- PLE-2020 suspendió los términos y plazos de las acciones puestas en su conocimiento. Posteriormente, en la resolución No. 005-CCE- PLE-2020 de 12 de mayo de 2020, la Corte Constitucional resolvió reanudar los plazos y términos de los procesos puestas en su conocimiento a partir del 18 de mayo de 2020.
11. El 04 de junio de 2020, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la consulta de constitucionalidad presentada.
12. El 03 de julio de 2020, la jueza sustanciadora avocó conocimiento de la causa.
13. El 10 de julio y 11 de agosto de 2020, los procesados presentaron escritos en los que insistieron en la resolución de la presente consulta.

II. Competencia

14. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente consulta de norma conforme lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la

República (“CRE”) y los artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”).

III. Enunciado normativo cuya constitucionalidad se consulta

15. La norma cuya constitucionalidad se consulta está contenida en el artículo 536 del COIP²:

ARTÍCULO 536

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.

IV. Argumentos de la consulta de constitucionalidad de norma

16. La jueza consultante, una vez solicitada la sustitución de la prisión preventiva, previo a resolver, consultó a esta Corte la constitucionalidad de la limitación contenida en el artículo 536 del COIP que prevé, como excepción, para el caso particular de la prisión preventiva, que no procede su sustitución cuando la pena del delito por el que se procesa es **superior a 5 años**.
17. En este sentido, explica que en el caso concreto se acusó a los procesados por el delito de robo, mismo que se encuentra sancionado con pena privativa de libertad de **5 a 7 años** y “(...) estaría abarcado por el espectro normativo del Art. 536 del precitado cuerpo legal”. Es por ello que “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”. Por lo que considera que, con independencia de la sanción, en la prisión preventiva se deben observar los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la misma conforme a la CRE y a los instrumentos internacionales.

² El 17 de febrero de 2021 se efectuó una reforma a este artículo que incorporó una nueva limitación para los “delitos de peculado, sobrepagos en contratación pública o actos de corrupción en el sector privado” con una *vacatio legis* de 180 días. Dado que esta reforma no es materia de la consulta de norma efectuada por la jueza consultante y que no estaba vigente al momento de la presentación de la consulta de constitucionalidad ni durante la etapa de sustanciación de la causa, esta Corte analizará únicamente la norma consultada aplicable al caso concreto del que se solicita control concreto de constitucionalidad.

18. En tal sentido, en cuanto al principio de excepcionalidad, establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de su jurisprudencia ha enfatizado que *“la medida de prisión preventiva debe ser la excepción, más (sic) no la regla general (...) 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 (...). 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”*.
19. Por otra parte, menciona que la proporcionalidad implica 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”* y agrega que la prisión preventiva *“debería mantenerse en constante revisión, para poder optar por medidas alternativas a ésta”*.
20. Finalmente, sobre el contenido del principio de necesidad argumenta que la medida de prisión preventiva 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”*. Agrega 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”*.
21. Es por estas consideraciones que sostiene que en las medidas cautelares el juzgador debe aplicar estos principios a fin de no vulnerar los derechos de las personas procesadas. No obstante, a su criterio, el artículo 536 inciso primero del COIP *“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”*.
22. En tal sentido, sostiene que la norma consultada entra en claro conflicto con el artículo 77 numeral 1 de la CRE que determina que la privación de libertad no será la regla general, pues produce que en delitos con pena superior a cinco años, la prisión preventiva no pueda ser sustituida por otras medidas, aunque el solicitante reúna las condiciones necesarias para ello.
23. La jueza consultante señala que con base en el principio de mínima intervención penal, la prisión preventiva como medida cautelar debe ser considerada como el último recurso. En aplicación de la Constitución y demás normas expuestas, *“por tanto, limitar la posibilidad de sustitución a través de normas integradas a la legislación penal, impide que se cristalicen estos principios”*. Asevera que la norma

que se consulta como está, elimina la posibilidad de efectivamente convertir a la prisión preventiva en una medida excepcional, de última *ratio*.

24. En su consulta, como segundo punto, agrega que las últimas reformas del COIP al artículo 536 en el inciso tercero añade a la reincidencia como otra excepción. Lo que a su criterio limita “*la posibilidad de que la medida sea revisada en todos los delitos y para todos los procesados*”. Considera que el tipo del delito y su gravedad no deben ser tomados como elementos para la aplicación de una medida cautelar como es la prisión preventiva y menos aún deben incorporarse estas consideraciones en la legislación.
25. Sustenta que las condiciones relativas directamente al autor, como es la reincidencia, se contraponen a los principios antes señalados y al deber de no discriminación en función del pasado judicial reconocido en nuestra Constitución en el artículo 11 numeral 2 que dispone: “*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 (...) pasado judicial, (...) 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 (...)*”. Asimismo, argumenta que se contraponen con las Reglas de Tokio,³ específicamente con los numerales 2 y 6, que desarrollan los principios de aplicación de las medidas no privativas de la libertad, indicando que deben aplicarse sin discriminación alguna, puesto que a su criterio el considerar el pasado judicial para la sustitución de la medida cautelar, constituye una condición de discrimen.

V. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

5.1. Delimitación de la consulta

26. De la revisión de la consulta de norma se observa que la jueza consultó la constitucionalidad de las prohibiciones contenidas en el artículo 536 del COIP relativas a que no cabe la sustitución de la prisión preventiva (i) en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, así como (ii) cuando se trate de un caso de reincidencia. No obstante, de la revisión de los recaudos procesales se identifica que, al momento de efectuar la consulta de norma, la prohibición basada en la reincidencia todavía no entraba en vigencia y los procesados no se encontraban en el supuesto de ser reincidentes. De manera que la jueza consultante no ha justificado su posible aplicabilidad al caso concreto y pertinencia para la resolución de la causa. Es por ello que no corresponde que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de una prohibición que no resulta aplicable.

³ 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.

27. Al respecto, es importante mencionar que conforme al artículo 141 de la LOGJCC, la consulta de norma tiene como finalidad “*garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales*”. Así, en nuestro orden constitucional, la consulta de norma constituye un mecanismo de control concreto de constitucionalidad precisamente porque permite que los juzgadores consulten la constitucionalidad de una norma aplicable al caso concreto y no cualquier otra disposición del ordenamiento jurídico.
28. Debe recordarse que la suspensión de la tramitación de la causa prevista en el artículo 428 de la CRE -y su respectiva incidencia para el normal desarrollo del proceso- encuentra justificativo constitucional únicamente en virtud de que la norma consultada resulta relevante para la decisión. No corresponde que mediante consulta de norma las autoridades jurisdiccionales consulten, en abstracto, la constitucionalidad de normas que, en principio, no resultan aplicables al caso concreto que deben resolver.
29. Por otra parte, es importante mencionar que si bien por el transcurso del tiempo el proceso efectivamente continuó su curso y la Unidad Judicial dictó auto de sobreseimiento y revocó las medidas cautelares en la audiencia en la que se resolvería la solicitud de sustitución de la prisión preventiva, conforme a lo previsto por el artículo 428 de la CRE y 142 de la LOGJCC, corresponde a esta Corte analizar la consulta de norma sobre la imposibilidad de sustitución de la prisión preventiva en delitos con pena privativa de libertad superior a 5 años.

5.2. Sobre la prisión preventiva y su imposibilidad de sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a 5 años

30. Derivado del reconocimiento constitucional de una tutela judicial que sea “*efectiva*”, el Estado no solo debe resolver los conflictos de las personas a través de su aparato jurisdiccional, sino también garantizar que la decisión final que se adopte efectivamente pueda ser ejecutada luego de la sucesión de etapas procesales que conforman el proceso⁴. Así, la tutela cautelar permite que el proceso se pueda desarrollar con todas sus garantías, sin riesgo de que la futura respuesta jurisdiccional no sea efectiva.
31. En el caso del proceso penal, precisamente, el legislador ha previsto distintas medidas cautelares como garantía de la eficacia del proceso penal a fin de asegurar la presencia del procesado, el cumplimiento de la posible pena y reparación integral; para prevenir el ocultamiento, alteración o destrucción de las fuentes de prueba y la

⁴ Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha determinado de forma consistente que la tutela judicial efectiva tiene tres componentes, que podrían concretarse en tres derechos: (i) el acceso a la justicia, entendida ésta a través de los mecanismos propuestos por el Estado para la resolución de controversias; (ii) el derecho a un debido proceso judicial; y (iii) que la sentencia dictada se cumpla, esto es, la ejecutoriedad del fallo, que se traduce en el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 889-20-JP/21, 10 de marzo de 2021, párr. 110.

obstrucción de su práctica; impedir la paralización del proceso penal, entre otras, las cuales deben ser debidamente justificadas por el juzgador al momento de dictar una medida.

32. No obstante, junto al establecimiento de medidas cautelares, el COIP incorpora también la posibilidad de que estas puedan ser sustituidas, suspendidas o revocadas, pues -por su propia naturaleza- toda medida cautelar es de carácter instrumental, provisional y esencialmente mutable, lo que denota que estas pueden transformarse en otras si se modifican las circunstancias que inicialmente las fundamentaron y que, en definitiva, estas no pueden persistir si no subsisten los presupuestos que las justificaron.
33. Para el efecto, el artículo 521 del COIP permite que las partes soliciten la sustitución de las medidas cautelares *“cuando concurran hechos nuevos que así lo justifiquen o se obtengan evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados”*, siendo incluso posible que en virtud de su mutabilidad el juzgador dicte *“una medida negada anteriormente”*.
34. Pese a ello, concretamente, para el caso de la medida cautelar de prisión preventiva, el artículo 536 del COIP erige una limitación al establecer que *“no cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años”*. Por lo que, en definitiva por esta limitación, una vez dictada, la prisión preventiva se vuelve insustituible por otra medida cautelar menos gravosa, aun cuando las circunstancias hayan cambiado, si la infracción presuntamente cometida es sancionada con una pena privativa de libertad superior a 5 años.
35. En el caso concreto, la Unidad Judicial Penal con competencia en infracciones flagrantes dictó prisión preventiva contra los procesados al considerar que sus requisitos se habían verificado y era necesaria para garantizar la eficacia del proceso penal. No obstante, en virtud de la existencia de nuevos elementos, los procesados solicitaron que se les sustituya la prisión preventiva por una medida menos gravosa⁵.
36. Es por ello que la jueza consultante mantiene una duda sobre la constitucionalidad de la limitación contenida en el artículo 536 del COIP, pues al haberse formulado cargos por el delito de robo sancionado con pena privativa de libertad de 5 a 7 años, de modo automático la norma impide sustituir la medida de prisión preventiva, aun si se hubiesen modificado las circunstancias que inicialmente la fundamentaron.
37. Al respecto, es preciso mencionar que la prisión preventiva constituye una medida cautelar que garantiza la eficacia del proceso penal a través de la privación preventiva de libertad de una persona procesada por un delito. No obstante, esta constituye la medida más gravosa que el Estado puede adoptar sin que aún exista

⁵ Información constante en el extracto de la audiencia de sustitución de medidas de 09 de marzo de 2020, en el cual se suspendió el proceso para realizar la presente consulta.

previamente una sentencia condenatoria ejecutoriada⁶, pues supone una restricción al derecho a la libertad ambulatoria del procesado (artículo 66 numeral 14 de la CRE⁷) que, a su vez, tiene serias repercusiones sobre sus distintas actividades y relaciones familiares, sociales y laborales, así como sobre su integridad física y psíquica.

38. Así, a consideración de esta Corte Constitucional, en la prisión preventiva existe una clara tensión entre la salvaguarda de la eficacia del proceso penal y la garantía misma de los derechos del procesado. Es por ello que la prisión preventiva es una medida cautelar de última *ratio* que únicamente es justificable desde una perspectiva constitucional si (i) **persigue fines constitucionalmente válidos** tales como los establecidos en el artículo 77 de la CRE; (ii) es **idónea** como medida cautelar para cumplir estas finalidades; (iii) es **necesaria** al no existir medidas cautelares menos gravosas que igualmente puedan cumplir la finalidad que la prisión preventiva persigue; y, (iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es **proporcional** frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado. De otro modo, la imposición de la prisión preventiva supone una restricción injustificada y arbitraria⁸.
39. Respecto a las finalidades constitucionalmente válidas de la prisión preventiva, el artículo 77 numeral 1 de la CRE, de forma general, establece que:

“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

⁶ La Corte IDH precisamente ha señalado que la prisión preventiva “*constituye la medida más severa que se puede imponer a una persona imputada, y por ello debe aplicarse excepcionalmente: la regla debe ser la libertad de la persona procesada mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Carranza Alarcón vs. Ecuador. 3 de febrero de 2020, pág. 16, párr. 65/ Cfr. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo. 1 de febrero de 2006, párr. 67, y el Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 72.

⁷ Conforme al artículo 66 numeral 14 de la CRE “*el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente. Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas. Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados*”.

⁸ Al respecto, la Corte IDH también ha previsto tres requisitos para garantizar que la prisión preventiva no sea arbitraria, a saber: “*i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea [...] que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto*”. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñínguez vs. Ecuador. 21 de noviembre de 2007, párr. 93.

pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley”.

40. En decisiones anteriores, esta Corte ya ha establecido que la Constitución contempla a la prisión preventiva como una medida excepcional que tiene como finalidades exclusivas (i) garantizar la comparecencia de la persona procesada, (ii) garantizar el derecho de las víctimas a *“una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones”* y (iii) *“asegurar el cumplimiento de la pena”*⁹. Por lo que, en ningún caso, puede perseguir fines punitivos o de cumplimiento anticipado de la pena¹⁰
41. Por otra parte, en vista de que para que la prisión preventiva sea justificable constitucionalmente es preciso que la restricción a la libertad ambulatoria del procesado sea necesaria y no existan otras medidas cautelares menos gravosas que igualmente permitan cumplir el fin constitucional pretendido¹¹, el artículo 77 numeral 11 de la Constitución exige que los jueces apliquen las *“medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley”*.
42. En esa misma línea, la Observación General No. 35 del Comité de Derechos Humanos establece que *“los tribunales deberán examinar si las alternativas a la reclusión previa al juicio, como la fianza, los brazaletes electrónicos u otras medidas, harían que la reclusión fuera innecesaria en el caso concreto”*.
43. Adicional a ello, el principio de excepcionalidad establecido por el artículo 77 numeral 1 de la CRE y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹² exigen que la prisión preventiva no constituya la regla general¹³, sino una medida personal de última *ratio*¹⁴

⁹ Corte Constitucional del Ecuador. 8-20-IA, 05 de agosto de 2020, párr. 54. Asimismo, es importante tomar en consideración que tanto el sistema universal como el sistema interamericano de derechos humanos prevén como fin de la prisión preventiva, garantizar la comparecencia del procesado en el juicio. En tal sentido, el artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es claro al señalar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, al disponer: *“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*. Por su parte, el artículo 7 numeral 5 de la CADH establece: *“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”*.

¹⁰ Véase, Corte Constitucional del Ecuador. 8-20-IA, 05 de agosto de 2020, párr. 54; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñiguez vs. Ecuador. 21 de noviembre de 2007, párr. 103.

¹¹ Conforme a la Corte IDH este tipo de medidas restrictivas de la libertad deben ser *“necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto”*. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñiguez vs. Ecuador. 21 de noviembre de 2007, párr. 93.

¹² Conforme al artículo 9 del PIDCP *“la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la*

44. Ahora bien, es preciso dejar claro que no basta con que estos requisitos se cumplan únicamente al momento de dictar la medida de prisión preventiva, pues la grave intromisión en las esferas de libertad del procesado debe mantener su justificativo constitucional a lo largo de toda su vigencia. Esto debido a que el transcurso del tiempo, efectivamente, puede provocar que la prisión preventiva se torne arbitraria, incluso si al momento de su adopción no existía tacha alguna.
45. Así, ante una modificación de las circunstancias que inicialmente fundamentaron la prisión preventiva, es posible que esta deje de ser constitucionalmente admisible. En tal sentido, la restricción a la libertad puede tornarse innecesaria por la concurrencia de hechos o evidencias nuevas que provoquen que otras medidas menos gravosas resulten igualmente idóneas para salvaguardar la eficacia del proceso penal.
46. Más aun, incluso si no existen hechos o evidencias nuevas, el mero transcurso del tiempo puede alterar el examen inicial de proporcionalidad de la medida adoptada previamente. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha establecido que el peso del reclamo de libertad del procesado aumenta, justamente, con el paso del tiempo, a diferencia del interés constitucional detrás del procesamiento penal efectivo¹⁵.
47. En la misma línea, el artículo 77 numeral 9 de la CRE ha establecido un plazo máximo de caducidad de la prisión preventiva fuera del cual la salvaguarda de la eficacia del proceso penal nunca puede ser proporcional frente a la restricción a los derechos del procesado. Sin embargo, aunque efectivamente existe un plazo máximo de la prisión preventiva, esto no implica que el máximo de tiempo de la prisión preventiva sea el proporcional para todos los casos, pues la restricción a la libertad del procesado puede tornarse arbitraria antes de que la prisión preventiva caduque dependiendo de las circunstancias de cada caso.
48. De ahí que es preciso que la autoridad jurisdiccional continuamente pueda realizar una revisión de la prisión preventiva que verifique que la restricción a los derechos del procesado sigue siendo constitucionalmente admisible. Al respecto, la Corte IDH

comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

¹³ Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile. 2014, párr. 310.

¹⁴ En la sentencia 365-18-JH, la Corte Constitucional ha señalado que “*el hacinamiento es a su vez consecuencia de una de las graves deficiencias estructurales en el sistema de administración de justicia, como es el uso excesivo de la prisión preventiva (...) las autoridades jurisdiccionales competentes están obligadas a dictar de forma prioritaria respecto a la prisión preventiva otras medidas que resulten más adecuadas, de conformidad con los principios de necesidad, gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta los fines del proceso, las particularidades del caso y la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva. También los fiscales y defensores públicos deben desempeñar sus funciones considerando estos criterios*”. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 365-18-JH/21, 24 de marzo de 2021.

¹⁵ Véase, Tribunal Constitucional Federal de Alemania. 2 BvR 2128/20, 3 de febrero de 2021.

ha establecido que es tarea del juez analizar periódicamente su proporcionalidad para efectos de determinar si la medida debe mantenerse¹⁶. En tal sentido, ha establecido:

*“en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que **deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse**”* (énfasis añadido)¹⁷.

49. De igual manera, el Tribunal Constitucional de España ha determinado que la incidencia del paso del tiempo en la prisión preventiva exige que se posibilite su revisión en todo momento:

*“ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables (...) **la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional “obliga a possibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente”**. La particular característica de que los Autos referidos a la situación personal del imputado no alcancen en ningún caso la eficacia de cosa juzgada (...) conlleva que las partes puedan reiterar sus peticiones en esta materia —por más que hubieran sido ya total o parcialmente denegadas— obligando al juzgador a realizar una nueva reflexión sobre la cuestión ya decidida”* (énfasis añadido)¹⁸.

50. Contrario a esto, en el presente caso, como ya ha quedado anotado, el inciso primero del artículo 536 del COIP imposibilita, sin excepciones, que los juzgadores puedan evaluar siquiera la posibilidad de sustituir la prisión preventiva en todos los casos en que la infracción acusada sea sancionada con una pena privativa de libertad superior a 5 años. En tal sentido, incluso si se justificasen nuevas circunstancias que denotan que la restricción a la libertad ambulatoria del procesado es innecesaria y que esta en estricto sentido ya no es proporcional, la norma consultada prohíbe que se sustituya la prisión preventiva y la restricción al derecho a la libertad del procesado.
51. Cabe mencionar que esta limitación a la sustitución de la prisión preventiva que imposibilita examinar la necesidad y proporcionalidad de la misma no se ve saneada por la posibilidad de apelar la prisión preventiva, pues como ha quedado anotado esta puede perder su justificativo constitucional a lo largo de su vigencia. Asimismo,

¹⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile. 2014, párrs. 340-341.

¹⁷ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñiguez vs. Ecuador. 21 de noviembre de 2007, párr. 117; Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina, párr. 76.

¹⁸ Tribunal Constitucional de España. STC 66/2008, de 29 de mayo; STC 66/1997, de 7 de abril.

aunque el artículo 535 del COIP prevé la posibilidad de revocatoria de la prisión preventiva, esta es únicamente para los casos de desvanecimiento de los indicios o elementos de convicción, sobreseimiento, caducidad y nulidad procesal. Por lo que la revocatoria opera en supuestos puntuales y distintos a la sustitución de la prisión preventiva en el que se examina si la prisión preventiva ha perdido su justificativo constitucional al existir otras medidas cautelares menos gravosas que igualmente resultan idóneas para garantizar la eficacia del proceso penal.

52. De modo que, aunque existan otros mecanismos de impugnación de la prisión preventiva, la limitación contenida en el inciso primero del artículo 536 del COIP imposibilita, sin excepciones, que en los casos en que la infracción acusada sea sancionada con una pena privativa de libertad superior a 5 años el juzgador pueda evaluar la posibilidad de sustituir la restricción a la libertad del procesado cuando esta se ha tornado arbitraria.
53. Precisamente esto ocurrió en el caso concreto bajo análisis, pues pese a que los procesados solicitaron la sustitución de la medida, la jueza consultante se encontraba impedida de hacerlo, por el simple hecho de que el delito por el cual estaban siendo juzgados tenía una posible pena de entre 5 y 7 años.
54. En decisiones anteriores, esta Corte Constitucional ha establecido que si bien la Asamblea Nacional como órgano de carácter representativo y legitimado por el poder democrático cuenta con libertad de configuración para el establecimiento de reglas, regulaciones, requisitos y procedimientos, esta libertad de configuración legislativa no es ilimitada y debe respetar el marco constitucional y los derechos de las personas¹⁹. De modo que, aunque el legislador puede configurar los distintos procedimientos que perfilan la sustitución de la prisión preventiva, estos procedimientos no pueden establecer condicionamientos u obstáculos que impidan, de forma irrestricta, la revisión de esta medida cautelar cuando ha perdido su justificativo constitucional, convirtiéndola en una situación jurídica rígida o insustituible mientras no opere la caducidad. Esto pervierte la propia naturaleza de las medidas cautelares, sobre la única base de la gravedad de la posible sanción.
55. Cabe recordar que en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, la Corte IDH ya determinó la responsabilidad internacional del Estado por haber establecido una excepción, sobre la base del tipo de delito, para la liberación de procesados después de haberse dictado la prisión preventiva. En tal sentido, la Corte IDH consideró que este tipo de excepciones a la libertad únicamente basadas en el tipo o gravedad del delito:

“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 inculpados. 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

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador. 34-19-IN/21, 28 de abril de 2021, párrs. 98 y 100.

artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso” (énfasis agregado)²⁰.

56. En función de las consideraciones expuestas, esta Corte Constitucional considera que la prohibición de sustitución de la prisión preventiva en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años del inciso primero del artículo 536 del COIP es contraria al artículo 66 numeral 14 y 77 numeral 1 de la CRE, pues determina la imposibilidad irrestricta de sustituir la prisión preventiva, cuando esta haya perdido todo fundamento constitucional y se haya tornado arbitraria.

5.3. Efectos de la sentencia

57. De conformidad con el artículo 143 de la LOGJCC, los efectos del fallo de una consulta de norma difieren dependiendo si el pronunciamiento de la Corte se limita a la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica o si esta versa sobre su compatibilidad con las normas constitucionales.
58. En el presente caso, en vista de que se examinó la compatibilidad constitucional del inciso 1 del artículo 536 del COIP, la presente sentencia tendrá los mismos efectos de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad conforme al artículo 143 numeral 1 de la LOGJCC, sin perjuicio de la aplicabilidad del principio de favorabilidad cuando corresponda.

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Declarar inconstitucional la frase contenida en el inciso primero del artículo 536 del COIP que establece: “*en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, ni*”.
2. Devolver el expediente al tribunal de origen.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

²⁰ Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. 1997, párr. 98.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con cinco votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado y Daniela Salazar Marín; y, cuatro votos en contra de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet, Teresa Nuques Martínez y Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 18 de agosto de 2021.- Lo certifico.

Dra. Paulina Saltos Cisneros
SECRETARIA GENERAL (S)

SENTENCIA No. 8-20-CN

VOTO CONCURRENTE

Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría

I. Antecedentes

1. Estoy de acuerdo con los argumentos y con la decisión en esta sentencia, con ponencia de la jueza Karla Andrade Quevedo. Me permito resaltar la importancia de esta sentencia y dar mis razones por las que concuro con mi voto.
2. En el caso se dispuso la prisión preventiva, dentro de un proceso penal por un supuesto delito contra la propiedad.¹ Los procesados pidieron sustitución de la prisión preventiva. La jueza que conocía la causa cuestionó la constitucionalidad del artículo 536 del COIP y consultó a la Corte Constitucional sobre su alcance. Meses más tarde, la Unidad Judicial dictó auto de sobreseimiento a favor de los procesados, revocó todas las medidas cautelares dictadas en su contra y dispuso la inmediata libertad de las personas procesadas.
3. La norma cuya constitucionalidad se consultó prohíbe la sustitución de la prisión preventiva en delitos sancionados con penas mayores a cinco años:

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.²

4. La jueza penal, Paola Campaña Terán, consideró que hay principios constitucionales afectados por esta norma: excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. La jueza sostuvo que la regla general debe ser la libertad; que la prisión preventiva es un gravamen que puede exceder al del condenado; que debería poderse revisar la medida de prisión preventiva; que debe ser estrictamente necesaria.
5. Concuero con los argumentos esgrimidos por la jueza consultante. Me parece que, al plantear la duda, expuso argumentos constitucionales válidos, profundos y bien sustentados. Tomó con responsabilidad su labor jurisdiccional y los derechos

¹ Código Orgánico Integral Penal (“COIP”), 189, inciso primero (robo).

² COIP, artículo 536.

reconocidos en la Constitución. Juezas como ella hacen honor y dan sentido a la calificación de jueces y juezas “de garantías penales.” Hago votos por más jueces y juezas como ella, que toman en serio la Constitución, los derechos que reconoce y las garantías que hacen que no sean mero papel.

6. Como se puede apreciar por la votación, y también por los debates en el seno de la Corte sobre el tema y el caso, existen criterios divididos. Mi explicación tiene relación con las dos tendencias mayoritarias sobre el poder punitivo y sus límites. La una, que se acerca al funcionalismo penal, que pregona un uso utilitario del derecho penal, que va de la mano con la flexibilización de las garantías penales y de un endurecimiento de las penas y de las restricciones a la libertad.
7. La otra visión tiene que ver con el garantismo penal, que pregona el uso racional, excepcional, mínimo del poder punitivo. En esta lógica, tanto la función legislativa como la jurisdiccional tienen como objetivo y principal función limitar el poder punitivo que está en manos de la función ejecutiva. La historia del sistema penal en el mundo y en el Ecuador nos enseña que, cuando no hay límites al poder punitivo, se producen graves y sistemáticas violaciones a los derechos de las personas, como los genocidios, las torturas, las detenciones arbitrarias, el hacinamiento carcelario, los malos tratos, el abuso de la privación de libertad sin condena.
8. La Constitución vigente, nos guste o no, es garantista penal. No es funcionalista. Los legisladores, como bien dice la sentencia, no tienen libertad para configurar el proceso penal ni las penas. Cuando no hay suficiente justificación para restringir los derechos, deben prevalecer los derechos.
9. En Ecuador lastimosamente, y la norma consultada lo demuestra, como tantas otras normas del COIP, prevalece el funcionalismo penal y la expansión del poder punitivo. El miedo, los prejuicios, la irracionalidad, la indiferencia a las personas contra quienes opera el poder punitivo (mayoritariamente las personas más excluidas de la sociedad que el único servicio público que conocen es la cárcel), prevalecen frente a los derechos y garantías constitucionales.
10. La consulta y la sentencia van en contrasentido con el populismo o punitivismo penal. Los argumentos no solo provienen de la Constitución sino del derecho internacional de derechos humanos.³ El garantismo que está en la Constitución, en otras palabras, no es una cuestión aislada del Ecuador sino que hay un consenso global sobre la necesidad de reconocer y proteger los derechos de las personas cuando tienen riesgo de perder su libertad por parte del Estado.

³ Convenios y otros instrumentos internacionales, sentencias de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, Observaciones Generales de Comités de Naciones Unidas.

11. El garantismo es el resultado, en repúblicas democráticas, de una evolución del derecho y de la superación de varios siglos de un sistema inquisitivo, que produjo injusticias, dolor y autoritarismos.
12. He dicho que estoy de acuerdo con todos los argumentos esgrimidos en la sentencia, así que no quiero reiterarlos. Lo que quisiera es añadir algunas razones más para ratificar la importancia y el acierto de la sentencia.
13. No podemos dejar de mencionar el contexto en Ecuador. En este país, privar de la libertad a una persona, por disponer una medida cautelar o una pena privativa de libertad, por el hacinamiento y las masacres de los últimos meses, significa someterla al riesgo de que signifique una medida o pena que implica la muerte, estar sometido a un ambiente violento y a contar con servicios públicos básicos insuficientes, como la alimentación o la atención a la salud.
14. En este contexto, cualquier medida que evite que más personas sean privadas de libertad, a nivel legislativo, jurisdiccional o constitucional, significa salvar y proteger vidas.
15. Si yo fuera juez o jueza de garantías penales que ordenó la prisión preventiva y supiese que esa persona muere en un amotinamiento, no podría con mi conciencia. Sin dudar preferiría saber que es prófuga a que está muerta. Por eso, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, la proporcionalidad de las medidas de restricción de libertad (cautelares y condena) es extremadamente importante.
16. La prisión preventiva es una de las instituciones más abusadas en la historia de la región y de nuestro país. ILANUD llamó la atención sobre el drama de la prisión preventiva en los años 80.⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que era un problema acuciante en Ecuador en los años 90.⁵ Y el problema sigue existiendo actualmente y a pesar de los principios constitucionales.
17. No aprendemos de la historia ni queremos abrir los ojos a lo que pasa en nuestras cárceles.
18. La sentencia contribuye a abrir una ventanita más para poder evitar que las personas puedan ir a la cárcel. Antes de la sentencia, si una persona estaba procesada por un delito con penas mayores a cinco años simplemente tenía que estar presa. Ahora podría reclamar o pelear por su libertad sin importar la pena.
19. La prisión preventiva no debe depender del cumplimiento de requisitos formales, como si fuera un ejercicio matemático, tales como el caso consultado o si se demuestra arraigo. El juez o jueza tiene que mirar caso por caso. Puede ocurrir que

⁴ Elías Carranza y otros, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe* (San José: ILANUD, 1983).

⁵ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en *Ecuador* (Washington D.C.: OEA, 1997).

un caso de muerte o de delitos graves existan garantías efectivas para que se cumplan los fines del proceso sin necesidad de privar de libertad a la persona procesada.

- 20.** Un paréntesis con el famoso y popular “arraigo”, que es una práctica procesal generalizada y perversa en el Ecuador. El arraigo no está contemplado en la ley. A alguien se le ocurrió que si una persona demuestra tener domicilio o trabajo estable, entonces no hay peligro de fuga. Por el contrario, si no tiene domicilio ni trabajo (no tiene arraigo), se presume el peligro de fuga. Si no hay el supuesto arraigo, en la práctica se ha vuelto obligatoria la prisión preventiva. Práctica discriminatoria y, por eso, inconstitucional. Resulta que la gran mayoría de personas pobres, que no tienen domicilio ni trabajo formal, corren el riesgo de ir a la cárcel sin condena. No es justo. La vida es difícil para la gente más excluida. No puede ser que las prácticas procesales la empeoren cuando se las procesa penalmente.
- 21.** Toda medida restrictiva de derechos debe ser estrictamente justificada, como la prisión preventiva. Una de las formas de analizar la justificación es a través del análisis de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad. Se podría considerar, a primera vista, que cuando la infracción es grave, del tipo muerte, genocidio, violación y más delitos que impliquen violencia contra las personas, la restricción de libertad podría tener asidero.
- 22.** Cuando se trata de delitos que tienen que ver con la propiedad, como los hurtos o robos sin violencia contra las personas, el restringir la libertad es, a primera vista, desproporcionada. Esto seguro lo entienden mejor quienes ya han vivido la privación de libertad y pueden valorar que estar libres vale más que dinero o cosas.
- 23.** Insisto. Quienes legislan deben ponderar cuando establecen requisitos para restricción de derechos, igual quienes juzgan también deben ponderar cuando establecen condenas de privación de libertad.
- 24.** No hay que olvidar: las medidas cautelares y condenadas de privación de libertad, en nuestro país pueden significar muerte violenta. Y en nuestro país, la pena de muerte está prohibida.
- 25.** No voy a agotar los argumentos en contra de la prisión preventiva pero quisiera formular uno adicional: la igualdad de armas entre las partes en un proceso. Si la prisión preventiva genera una desigualdad de armas, entonces no es legítima y debería evitarse su uso.
- 26.** La defensa procesal de una persona no es igual si está privada de libertad una de las partes o si está en libertad. Cuando está en libertad, puede presionar a su abogado defensor en su oficina, puede buscar las pruebas, puede tener mejores condiciones para sobrevivir y preparar su defensa. Esto, por ejemplo, lo hacen los fiscales.

27. Cuando una persona está privada de libertad preventivamente, no puede visitar a su abogado o abogada, está a la merced de lo que quiera hacer el abogado (que muchas veces ni visita ni informa a la persona procesada), sus posibilidades de vida digna se limitan, si está sobreviviendo en la cárcel difícilmente pensará de forma adecuada en su defensa. Por eso hay que atender los fines de la medida cautelar. Si un fin es resguardar los medios de prueba. Que se los resguarden y que luego se disponga la libertad.
28. Cuando fiscales y personas procesadas se les prive simultáneamente de su libertad durante el proceso, o en ningún caso se les prive de libertad mientras se desarrolla el proceso, entonces se garantizará la igualdad de armas en el proceso penal.
29. La prisión preventiva otorga una ventaja injustificable a favor de la fiscalía y en desmedro de la persona procesada.
30. La consulta de normas era sobre el artículo 536 del COIP. La sentencia restringió el análisis al inciso primero, sobre la restricción en base a la pena del delito acusado, porque, según la sentencia, de eso iban los hechos del caso.
31. Considero que la Corte perdió la oportunidad para analizar el resto de disposiciones, y que podía hacerlo por el principio de conexidad. Las dos hipótesis descartadas son: i) prisión preventiva ante incumplimiento de medida sustitutiva; y ii) no sustitución de prisión preventiva frente a la reincidencia.
32. Ambas normas podrían ser cuestionadas por su presunta inconstitucionalidad. En el incumplimiento de la medida sustitutiva, podría argumentarse, en casos concretos, que hubo fuerza mayor y que el cumplimiento de la medida sustitutiva no era posible.
33. En la reincidencia se podría afirmar que no se puede atribuir a una persona, que se le promete rehabilitarse y se le sumerge en un ambiente de violencia en las cárceles. La reincidencia es la demostración del fracaso del sistema penitenciario y no el fracaso de la persona.
34. Finalmente, un comentario sobre la presunción de inocencia. La Constitución afirma que la presunción de inocencia implica que hay que tratar como inocente a las personas hasta que tengan sentencia condenatoria ejecutoriada: *“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”*⁶
35. El encierro dentro del proceso penal significa tratar como culpable a una persona. En encierro, dentro de una cultura penal vengativa y punitivista, es una pena anticipada. Quien diga que el encierro durante proceso es una mera medida cautelar, que vaya a la cárcel, viva un día y me diga la diferencia entre medida cautelar o condena. La

⁶ Constitución, artículo 76 (2).

privación de libertad es un padecimiento se la llama como se la llame. La retórica jurídica no altera la realidad deplorable de un encierro.

36. En suma, el derecho penal mínimo, la presunción de inocencia, la proporcionalidad, la excepcionalidad y más principios constitucionales ordenan que la regla debe ser la posibilidad de que las personas procesadas penalmente se defiendan en libertad.
37. Si existiría certeza de que las personas podrían defenderse, durante el proceso, en libertad, seguramente no tendríamos tantas fugas y la calidad de la defensa penal mejoraría sustancialmente. Ahora sabemos que, como la prisión preventiva es la regla, la gente prefiere huir. Es tiempo de probar lo contrario y contribuir a que existan menos presos en las cárceles y ojalá menos violencia.

Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 8-20-CN, fue presentado en Secretaría General, el 19 de agosto de 2021, mediante correo electrónico a las 09:23; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Paulina Saltos Cisneros
SECRETARIA GENERAL (S)