

**Las medidas alternativas como dique
de contención a la prisión preventiva**

**Alternative measures such as a
containment dam to preventive detention**

Telmo Fabricio Macías-Saldarriaga¹
Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Manabí - Ecuador
fabriciomacias1425@hotmail.com

doi.org/10.33386/593dp.2022.2-1.1089

V7-N2-1 (abr) 2022, pp. 73-87 | Recibido: 24 de febrero de 2022 - Aceptado: 06 de marzo de 2022 (1 ronda rev.)
Edición especial

¹ Magíster en Derecho Penal Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) sede en Manabí

Descargar para Mendeley y Zotero

RESUMEN

El presente artículo analiza la eficacia del uso de medidas cautelares alternativas ante la aplicación automatizada de la prisión preventiva en el Ecuador. Esto realizado a partir de una metodología esencialmente hermenéutica, con lo cual se analiza la situación actual sobre el hacinamiento carcelario, así como la naturaleza y características de las medidas cautelares y la prisión preventiva que se encuentran instauradas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano (Código Orgánico Integral Penal). Con lo cual se obtuvo como resultado que el uso excesivo de la prisión preventiva provoca una súper población carcelaria, esto en virtud de la falta de un mandato de optimización para aplicar medidas alternativas a la prisión preventiva, que sean menos lesivas al derecho a la libertad, como es el caso de los dispositivos electrónicos de geolocalización acompañado del arresto domiciliario. Concluyendo entonces que, las medidas no privativas de libertad muestran eficacia para garantizar la finalidad para la cual fueron creadas, esto enmarcado en la permisibilidad de la ley de ordenar la imposición de una o varias, de tal modo que a través de un juicio de ponderación, atendiendo al principio de proporcionalidad el juzgador pueda imponer estas medidas en conjunto con el dispositivo electrónico de vigilancia para garantizar su cumplimiento y por consiguiente la finalidad que se persigue con las mismas.

Palabras claves: medidas cautelares; prisión preventiva; principio de proporcionalidad; súper población carcelaria

ABSTRACT

This article analyzes the effectiveness of the use of alternative precautionary measures in the face of the automated application of preventive detention in Ecuador. This is done from an essentially hermeneutical methodology, which analyzes the current situation regarding prison overcrowding as well as the nature and characteristics of the precautionary measures and preventive detention that are established in the Ecuadorian legal system (Organic Integral Penal Code). With which it was obtained as a result that the excessive use of preventive detention causes an overcrowded population in prison, this by virtue of the lack of an optimization mandate to apply alternative measures to preventive detention, which are less harmful to the right to freedom, as is the case with electronic geolocation devices accompanied by house arrest. Concluding then those non-custodial measures show efficacy to guarantee the purpose for which they were created, this framed in the permissibility of the law to order the imposition of one or several, in such a way that through a weighing trial, attending to the principle of proportionality, the judge can impose these measures in conjunction with the electronic surveillance device to ensure compliance and therefore the purpose pursued with them.

Keywords: precautionary measures; preventive detention; principle of proportionality; advance sentence; super prison population

Introducción

El presente artículo analizará la aplicación de las medidas cautelares personales en el Ecuador, tanto las privativas de libertad como las no privativas de libertad, que previo a un estudio conceptual de estas medidas cautelares, y a través del principio de proporcionalidad, como elemento idóneo, el cual no se encuentra desarrollado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pero que por vía doctrinal puede ser aplicado por el operador de justicia como criterio para que se aplique las medidas no privativas de libertad sobre la prisión preventiva, lo cual llevaría a reducir el hacinamiento carcelario en el país.

Para la elaboración de este artículo científico se ha utilizado la técnica de análisis documental y valoración de investigaciones existentes, así como una metodología hermenéutica jurídica y normativa, a fin de analizar los fundamentos normativos y doctrinales de la medida cautelar de prisión preventiva y la viabilidad de utilizar las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva menos lesivas al derecho de libertad de locomoción y que bajo el principio de proporcionalidad el operador jurídico cuente con el instrumento para aplicar estas medidas cautelares alternativas sobre la prisión preventiva.

En este sentido la estructura con la cual se ha desarrollado este trabajo inicia con un análisis conceptual sobre las medidas cautelares, mismas que se conciben como aquellas cuyo fin es de asegurar los fines del procedimiento jurídico sin dilaciones. Segundo, se presentan las medidas alternativas a la prisión preventiva, donde se mencionan la prohibición de salida del país, la presentación periódica ante la autoridad competente, el arresto domiciliario y la colocación del dispositivo electrónico de vigilancia.

Como tercer punto se aborda la prisión preventiva desde un punto de vista conceptual, donde se establece que esta es una medida de carácter personal donde se priva de libertad al procesado de manera provisional para cumplir con

los finales del procedimiento judicial, así también se exponen los datos referentes al hacinamiento carcelario del Ecuador a causa de la imposición recurrente de esta medida. Prosiguiendo en el cuarto punto con los fundamentos normativos de la prisión preventiva, mientras que en el quinto punto se menciona la eficacia que tienen las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, para concluir con el principio de proporcionalidad que se constituye en un medio para reducir los índices de hacinamiento carcelario.

Las medidas cautelares

De acuerdo con Suberviola (2017), las medidas cautelares son potestades restrictivas o privativas de la libertad personal o de disposición patrimonial del imputado, que decreta el juez o tribunal con competencia penal a solicitud de parte interesada y siempre que concurren fundamentos que justifiquen su aplicación.

Por su parte García (2018) refiere que estas se clasifican en medidas cautelares personales y reales según afecten la libertad personal o la libertad de disposición patrimonial o administración del imputado y dependiendo de la medida que se decrete tendrá por objeto asegurar los fines del procedimiento, que consisten en velar por la seguridad de la sociedad o de la víctima y/o asegurar la existencia de bienes suficientes para una eventual reparación o indemnización a esta.

Vallespín (2018) manifiesta que las medidas cautelares al ser dictadas en contra de un procesado generalmente tienen por objetivo velar por la seguridad de la sociedad o la víctima, así como también el asegurar la continuidad de los procedimientos que corresponden a la investigación, además dependiendo del tipo de proceso judicial pretenden asegurar la existencia de bienes para una eventual reparación de daños.

En ese orden, se puede indicar que las medidas cautelares tienen por características ser instrumentales, provisionales, mutables o flexibles, destinadas a asegurar preventivamente los eventuales resultados que *ex post* cobrarán consistencia cuando se resuelva la pretensión principal. (Rioja, 2018).

Ahora bien, es importante resaltar que para decretar las medidas cautelares se requiere un conocimiento en grado de apariencia y no de certeza, toda vez que no se busca su credibilidad basada en una verdad absoluta. Asimismo, no produce efectos de cosa juzgada material, su otorgamiento no supone prejuicio, no tienen incidencia directa sobre la relación procesal, son de ejecutabilidad inmediata y revisten por último carácter urgente y deberán ser canceladas si la pretensión principal es declarada improcedente (Gómez, 2019).

Con base en lo anterior, se debe señalar que mediante la imposición de las medidas cautelares se busca mantener un *statu quo* respecto de determinadas situaciones vinculadas a la pretensión principal, toda vez que, de no aplicarse las referidas medidas se presume un posible riesgo de incumplimiento sobre la sentencia que es emitida a través del proceso de juzgamiento, en caso de que el extremo pasivo acusado fuese declarado responsable. Bajo esta perspectiva, surge la aparente necesidad del dictado de medidas cautelares, con el propósito de asegurar el resultado del proceso principal.

De acuerdo con Serrano (2019), las medidas cautelares personales, como su propia denominación lo sugiere, son un tipo de medidas de seguridad que afectan los derechos personales del procesado. Es así como estas se definen como aquellas medidas restrictivas o privativas de libertad personal que puede adoptar el administrador de justicia en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento.

La naturaleza jurídica de las medidas cautelares personales es coercitiva, es decir, utiliza la fuerza para limitar los derechos de libertad de los procesados, con el objeto de garantizar su comparecencia a juicio, de modo que su aplicación debe realizarse de manera estricta como se ha dispuesto dentro del ordenamiento jurídico, debido al importante derecho que restringen (Giorgio, 2017).

De conformidad con lo señalado, se comprende como las medidas cautelares de carácter personal aquellas con las que se restringe el derecho a la libertad de una persona procesada, las cuales son dictadas por un operador judicial, con el objeto de que el procesado pueda afrontar el juicio penal y cumpla la sentencia en el caso de que esta sea condenatoria.

Las medidas alternativas a la prisión preventiva

De acuerdo a lo definido por Díaz *et al.* (2018) las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad son aquellas formas en que el ordenamiento jurídico propone asegurar la permanencia del imputado en el proceso penal que se encuentra en proceso de juzgamiento, siendo este un mecanismo de sujeción del imputado, puesto que no es posible concebir un proceso de tipo penal en ausencia del procesado o en rebeldía por motivos derivados del principio de inviolabilidad de la defensa, bajo este precepto es indispensable su presencia hasta que se dictamine su posible culpabilidad.

Por su parte Romero (2017) explica que:

Las medidas cautelares sustitutivas a la prisión preventiva, o para un mayor entendimiento, [...] son aquellas medidas que establece un Juez de Garantías Penales para asegurar la finalidad del proceso penal, siendo dicha finalidad establecer la verdad de los hechos por la vías jurídicas, es decir respetando el debido proceso y principios Constitucionales, como el “*Principio de Inocencia*”, garantizando así, el derecho tanto de la víctima, como del procesado, teniendo este último, también la obligación de comparecer a juicio; y no precisamente cumplir

con esta obligación privándolo de su libertad, sino aplicándole medidas sustitutivas, siempre que la ley lo permita (p. 12).

Con respecto a las medidas no privativas de libertad Párraga (2018) menciona que una de estas consiste en prohibición de salida del país, la cual es ejecutada por el juez, previa petición de la fiscalía, disponiendo que la persona procesada no puede traspasar las fronteras abandonando el territorio ecuatoriano por ningún tipo de medio de transporte-hasta que se resuelva la causa por la cual se encuentra imputado. Esta acción judicial se hace efectiva mediante la notificación por parte del juzgado a las autoridades de migración del Ecuador para que sea registrado en el sistema la resolución que la administración de justicia ha emitido contra el procesado. Una vez concluido el proceso de juzgamiento y de existir una sentencia ratificatoria de inocencia, de oficio se levantará dicha medida.

Frente a la disposición de presentarse periódicamente ante la autoridad Moya (2017) refiere que mediante esta medida cautelar se obliga al procesado a presentarse cada determinado lapso frente a la autoridad que dictaminó dicha medida o ante otra autoridad o institución que sea designada por el juzgador, con lo cual se pretende demostrar la permanencia de la persona procesada en el territorio ecuatoriano. Además, se impone que el funcionario designado para el control de la presentación del procesado este obligado a informar a la autoridad sobre el cumplimiento o no de la medida dispuesta, con sujeción a las respectivas sanciones que la ley impone en caso de incumplimiento.

Respecto al arresto domiciliario, Suárez (2021) distingue que esta figura jurídica fue reconocida en el Ecuador a partir del siglo XXI, con la finalidad de asegurar los derechos principalmente de los grupos vulnerables, por tal razón, el Ecuador al ser un Estado garantista tiene la obligación de promover políticas públicas y programas dirigidas a mayores de 65 años, sin importar las diferencias propias de cada uno, así también cuando la persona procesada corresponde a una mujer embarazada o es una persona que posee una enfermedad incurable en

etapa terminal, discapacidad severa o enfermedad catastrófica.

Por otra parte López (2018) expresa que el arresto domiciliario consiste en una medida cautelar cuya aplicabilidad corresponde a personas procesadas que judicialmente no han recibido una sentencia, consistiendo en la aprehensión del procesado en su lugar de residencia, obligándose a permanecer de manera ininterrumpida en esta por orden judicial, limitando su tránsito a los metros cuadrados de domicilio habitual, con la finalidad que la justicia tenga acceso al sujeto con fines investigativos y para poder garantizar que la administración de justicia restituya derechos menoscabados o bienes jurídicos penalmente relevantes.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en lo que respecta a las medidas cautelares, el COIP (2018) en su artículo 519 determina la finalidad bajo la cual pueden ser ordenadas por la administración de justicia, entre estas se procura proteger a las víctimas o cualquier otro participante del procedimiento penal que se encuentra en juzgamiento, garantizar la presencia del imputado durante el proceso penal, evitar que el imputado obstaculice la investigación y garantizar la reparación integral a las víctimas.

Bajo este contexto, el COIP en su artículo 522 distingue las modalidades de las medidas cautelares, siendo estas “*Prohibición de ausentarse del país. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe. Arresto domiciliario. Dispositivo de vigilancia electrónica. Detención. y, Prisión preventiva*” (p. 171).

Ante las medidas descritas, el mismo artículo concibe la posibilidad que el administrador de justicia ordene la colocación de un dispositivo de vigilancia electrónica en conjunto con las primeras tres medidas cautelares; así también permite que se dicten una o varias de estas para asegurar la presencia del imputado al proceso de juzgamiento, sin embargo, en su parte pertinente expone “(...) y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad” (p. 171). Es decir,

que previo a que se dicte la prisión preventiva se deberá justificar y demostrar jurídicamente porque es viable la medida cautelar no privativa de la libertad sobre la privativa de la libertad, que en este trabajo se propondrá para su aplicación el principio de proporcionalidad para que aquella sea abordada para una mejor decisión judicial, la cual actualmente no es objeto de análisis en el Ecuador por omisión normativa. Dicho principio se va a analizar más adelante.

Ahora bien, sobre el fundamento normativo de las medidas cautelares, el COIP (2018) sobre la prohibición de ausentarse del país como primera medida cautelar no privativa de libertad, mediante el artículo 523 determina que: “*La o el juzgador por pedido de la o el fiscal, podrá disponer el impedimento de salida del país, que se lo notificará a los organismos y autoridades responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales*” (p. 171).

Sobre la segunda medida cautelar, de acuerdo con el artículo 524 del COIP, (2018) esta consiste en la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad, indica que el juez puede ordenar al procesado que se presente de manera periódica ante él o incluso alguna autoridad o institución que se designe. Además, dispone que:

El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad tendrá la obligación ineludible de informar a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación y de forma inmediata, si ésta no se ha producido, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas (p. 171).

Acercas del arresto domiciliario, el artículo 525 del COIP (2018) dispone que el juez que interponga como medida cautelar el arresto domiciliario tiene a su cargo el control del cumplimiento de dicha disposición, empleando para su verificación a la Policía Nacional o mediante el establecimiento de cualquier otro medio. Además, el mencionado artículo en su párrafo segundo establece que: “*La persona procesada, no estará necesariamente sometida*

a vigilancia policial permanente; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica y obligatoriamente deberá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica” (p. 172).

Teniendo en mente lo expuesto, las medidas cautelares sustitutivas (no privativas de libertad) son aquellas donde, en respeto de los principios constitucionales prevalece la libertad del procesado, y aunque tanto las medidas privativas de libertad como las no privativas cercenan el derecho de libertad de locomoción, las no privativas afectan en menor medida esa libertad, por eso estas medidas no privativas son mejores para el procesado, y más aun considerando que ambas medidas cumplen con las finalidades para las que son implementadas que son el garantizar que el procesado comparezca a la etapa de juzgamiento, garantizar la seguridad de la víctima o evitar la obstaculización del procedimiento, hasta que mediante las investigaciones se demuestre su culpabilidad o se otorgue un dictamen ratificadorio de inocencia. Cabe indicar, que conforme el respectivo cuerpo legal el juez podrá imponer en conjunto más de una medida cautelar no privativa de libertad al procesado, las cuales deben valorarse mediante un juicio de ponderación a través del principio de proporcionalidad, procurando que estas garanticen la finalidad jurídica dentro del proceso.

La prisión preventiva

De acuerdo con Llobet (2017) la finalidad de este tipo de medida es la de garantizar la comparecencia del imputado dentro del proceso penal y su resolución, para lo cual, restringen el derecho de libertad del procesado. Además, la justificación de este hecho está en la peligrosidad de la persona llamada a juicio, de modo que también impiden que se realicen nuevos actos punibles. Se pueden considerar que estas medidas cautelares son urgentes y solo el juzgador puede ordenar las mismas, previo cumplimiento de lo dispuesto dentro de la legislación penal y constitucional.

De esta manera, se concluye que la prisión preventiva limita el derecho a la libertad de la persona, asumiendo que por el grado de peligrosidad de este es necesario su encarcelamiento, para lo cual es indispensable considerar todos los instrumentos jurídicos que sustenten la decisión del juez en dictar prisión preventiva en virtud de evitar una posible vulneración de los derechos del procesado.

La prisión preventiva según Hadwa (2019) constituye una medida cautelar personal que se ha incluido dentro de los distintos ordenamientos jurídicos penales alrededor del mundo, y debido a que restringe el derecho de libertad de las personas, se encuentra regulado también por los principios constitucionales y tratados internacionales.

Por su parte Marchiori (2018) explica que la prisión preventiva es una medida cautelar personal, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento. Se trata de una medida cautelar personal de carácter excepcional, que solo procede cuando las demás medidas cautelares previstas por la ley fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento.

Ahora bien, en cuanto a las características, Serrano (2019) destaca que tiene un carácter de excepcional, es decir, la regla general es conceder la libertad al procesado o la concesión de otras medidas cautelares, mientras que la prisión preventiva solo se aplica como excepción; por esta razón, también es de última instancia, lo que implica que el juez la ordena ante la falta de otras alternativas válidas que aseguren la comparecencia a juicio del procesado. También es provisional, pues solamente puede ordenarse mientras dura la resolución del proceso penal, hasta antes de que dicte la sentencia definitiva.

Estableciendo así que las medidas cautelares tanto privativas de libertad como las no privativas tienen las mismas finalidades que son asegurar la comparecencia del procesado a juicio, evitar un posible riesgo de fuga del acusado, precautelar la integridad de la averiguación de la verdad de los hechos, asegurar que el individuo, en caso de ser declarado culpable, cumpla con la pena que se dictamine mediante la respectiva sentencia condenatoria, y con esto asegurar la reparación a las víctimas, pero, particularmente la prisión preventiva prevé, que de existir un alto grado de peligrosidad del individuo procesado, se cumpla con estas finalidades.

Por lo expuesto, es importante considerar que para dictarse la prisión preventiva, al igual que las medidas no privativas de libertad, esta debe ser solicitada por el Fiscal, por lo cual dicha solicitud debe estar debidamente motivada y justificada, mostrándose la necesidad imperiosa de aplicar la referida medida cautelar, cuya duración tiene un tiempo determinado según la complejidad del delito, además de darse un dictamen condenatorio el período que el procesado ha cumplido privado de la libertad a causa de la medida interpuesta es computable a la pena.

Siendo esta una medida cautelar de *ultima ratio* o de carácter excepcional, deben converger varios requisitos para su imposición, como la existencia de indicios suficientes sobre el cometimiento de un delito de acción pública, asimismo, que estos indicios sean claros y precisos sobre la participación culpable del imputado en el hecho que se está juzgando, además debe tratarse un delito que encierre complejidad. Así mismo, debe demostrarse que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar que no va a existir un riesgo de fuga y que no va a interferir en el descubrimiento de la verdad de los hechos, justificando debidamente que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para dicha finalidad.

Ahora bien, como consecuencia de la automatización de la prisión preventiva se ha generado un hacinamiento carcelario en el Ecuador, el cual ha traído un grave problema social debido a que se priva de la libertad a un gran número de personas con la finalidad de rehabilitarlas así como de retribuir el derecho de la víctima a recibir justicia, esto en el caso de aquellos que han recibido una sentencia ejecutoriada y se encuentran en el cumplimiento de la pena dispuesta por las autoridades, sin embargo, un porcentaje representativo de esta población se encuentra privada de su libertad en espera de una sentencia, toda vez que se encuentran cumpliendo con una medida cautelar de prisión preventiva.

De acuerdo con Miranda *et al.* (2021) en el año 2007 las personas privadas de libertad (PPL) a nivel nacional ascendían a 16.470, de los cuales 9.874 se encontraban sin sentencia, reduciéndose estas cifras para el año 2009 donde se registraron 11.279 de los que 3.200 estaban sin recibir sentencia; mostrándose hasta finales del año 2020 un despunte de estas cifras ubicándose en 38.804 PPL, de los cuales cerca del 40% se encuentra sin recibir sentencia.

En este sentido, Aguilar & Rodríguez (2021) explican que en el Ecuador, el hacinamiento carcelario manifiesta cifras alarmantes, toda vez que la infraestructura de los centros de rehabilitación social a nivel nacional en su conjunto han sido diseñados para la privación de libertad de 29.643 personas, cifra que hasta marzo de 2021 se ha visto superada hasta llegar a 38.800 PPL, demostrándose que existe una significativa sobrepoblación en las cárceles del país.

Por lo expuesto, se determina que existe una sobrepoblación carcelaria de 9.157 personas lo que representa un exceso del 31% sobre la capacidad de la infraestructura destinada a centros de rehabilitación social en el Ecuador, lo que conlleva a una crisis del sistema penitenciario, no solo por la cantidad de personas privadas de su libertad sino además por el personal asignado, el cual resulta insuficiente para la administración y resguardo de estos centros lo que presupone

una limitación para el control y rehabilitación de los PPL.

Silva (2020) manifiesta que la ineficiencia en el sistema penitenciario del Ecuador tiene como una de las principales causas la sobrepoblación, esto debido a que en estas infraestructuras se encuentran personas en cumplimiento de sentencia condenatoria ejecutoriada, asimismo, aquellas que tienen orden de apremio por incumplimiento en el pago de pensiones alimenticias, contraventores y principalmente aquellas a quienes se les ha ordenado la prisión preventiva como medida cautelar.

Según Morales (2016), parte de la problemática que concierne al hacinamiento carcelario del Ecuador consiste en que existen procesados sobre los cuales se ha dictado prisión preventiva de manera injusta, toda vez que concluido el proceso de juzgamiento se emite sentencia ratificatoria de inocencia; no obstante, también es observable que las medidas cautelares no privativas de libertad influyen en varios aspectos del proceso judicial debido a que existe el riesgo de que el procesado no comparezca a juicio. Por lo que, la medida de mayor eficacia en el caso de aquellas no privativas de libertad es el uso del dispositivo electrónico de vigilancia, mismo que respeta los derechos garantizados en la legislación nacional e internacional, como es la libertad individual de la persona procesada, asegurando su comparecencia a juicio.

De este modo, siendo la prisión preventiva una medida de carácter excepcional o de *último ratio*, es imprescindible observar lo dispuesto en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) donde se expresa que “*Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada*” (p. 38). Por tanto, ante la problemática de la sobrepoblación carcelaria, se debe contemplar la aplicación de una o varias de las medidas cautelares no privativas de libertad que permitan garantizar el fin jurídico para el que fueron creadas.

Por consiguiente, de acuerdo a la literatura citada se establece que las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar que el procesado comparezca a juicio, así como también evitar que existan interrupciones o entorpecimiento de las investigaciones, no obstante, es importante destacar que las medidas de prohibición de salida del país y presentación periódica ante el juez o autoridad designada garantizan la permanencia del procesado en un área territorial determinada sin que esto signifique que está garantizada su comparecencia a juicio, por lo que una medida conjunta a las demás para alcanzar dicha garantía es la colocación del dispositivo electrónico de vigilancia, lo que permitiría dar continuidad al proceso conforme los parámetros de ley y bajo el principio de proporcionalidad.

Sobre la fundamentación que debe tener la solicitud de prisión preventiva para que esta sea procedente Krauth (2018) explica que:

Si la solicitud de la Fiscalía no es coherente, el juzgador deberá rechazarla. Coherencia es la idoneidad de la exposición del sujeto procesal para provocar la consecuencia jurídica deseada. Este es el caso, cuando los hechos expuestos por la Fiscalía son subordinables bajo el supuesto del hecho que, como consecuencia jurídica de la norma, activa la consecuencia. En el caso del artículo 534, numeral 3 del COIP, la consecuencia jurídica deseada por la Fiscalía sería la prisión preventiva (p. 29).

Al respecto, es importante acotar que en el caso de existir incoherencia o falta de fundamento en la solicitud del fiscal, es deber de la defensa del procesado solicitar al juez el rechazo de la solicitud de prisión preventiva, toda vez que al carecer de fundamentación explícita, la prisión preventiva pierde su esencia de medida cautelar necesaria e indispensable para asegurar la presencia del individuo durante el juzgamiento, pudiendo entonces dictarse una de las demás medidas cautelares establecidas en el COIP, conforme al tipo de delito así como los hechos y circunstancias en que se haya desarrollado el acto que se encuentra en proceso de juicio.

Acerca de los Derechos Humanos Martínez (2017) explica que:

De acuerdo a la hermenéutica jurídica y partiendo de un previo análisis sobre la obligación que tienen los estados firmantes del Tratado de Viena, es necesario plasmar que los tratados internacionales ratificados por el estado ecuatoriano son de obligatorio cumplimiento, como el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y todas aquellas que nazcan de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por lo tanto, sus fuentes jurisprudenciales son de obligatoria revisión y aplicación por parte de los jueces de instancia (p. 36).

La libertad es uno de los derechos más preciados de la humanidad, el cual en lo que refiere al Ecuador es reconocido dentro de la Constitución de la República (2008) en su artículo 66; además en el artículo 76 numeral 2, manifiesta que toda persona se presumirá inocente hasta que por resolución en firme o sentencia ejecutoriada se declare la responsabilidad dentro del acto juzgado; y, en lo que respecta a las condiciones que se deben cumplir para que dentro de un proceso penal una persona sea privada de la libertad se encuentran instauradas en el artículo 77.

Además, cabe mencionar que la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 426 reconoce la aplicabilidad de los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos, por tanto, ante una posible vulneración de los derechos del procesado resulta indispensable que el juzgador valore los respaldos y justificaciones jurídicas propuestas por la fiscalía ante la solicitud de prisión preventiva, a fin de que las decisiones sean adecuadamente motivadas.

En lo que respecta al Código Orgánico Integral Penal, COIP (2018) en su artículo 520 se establecen las reglas generales de las medidas cautelares y de protección, donde es importante señalar que dentro de estas disposiciones se contempla la procedencia de la solicitud, no así la procedencia de la prisión preventiva como tal.

Por tanto, la motivación de la medida cautelar toma un papel de gran importancia en la decisión del juzgador para acogerla en audiencia oral, toda vez que deberá basarse en el contenido de los artículos 519, 520 numeral 4, 522 numeral 6 y 534 del COIP (2018), tomando en consideración que, aunque el procesado interpusiera algún recurso en contra de la orden de prisión preventiva, esta es de inmediata ejecución.

El principio de proporcionalidad y su eficacia para la aplicación de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.

En alusión al principio de proporcionalidad Alexy (2002) refiere que los principios son normas que ordenan que la realización de un acto se encuentre guiada en concordancia con las posibilidades fácticas y jurídicas, en lo que se ve implicado el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios que corresponden a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en estricto sentido. Es así que el subprincipio de idoneidad tiene el *status* de un criterio negativo, es decir que detecta los medios que no son idóneos, mientras que el subprincipio de necesidad exige que se seleccione entre dos medios igualmente idóneos aquel que sea más benigno con el derecho fundamental afectado, y por último sobre el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido expresa la optimización de los mandatos en relación con las posibilidades jurídicas, ordenando la ponderación en el caso concreto de los intereses contrapuestos con la finalidad que no se otorgue una carga excesiva para quien debe soportarla.

Con respecto a la prisión preventiva en el marco del principio de proporcionalidad, Cervantes (2020) distingue que el método para designar su imposición consiste en la ponderación donde el juez al momento de conceder ante la solicitud del fiscal una medida cautelar, este deberá verificar que sea *a priori* necesaria para la protección del derecho que se alega se encuentra en peligro o en lesión actual, así también que esta se muestre útil o que sea idónea para conseguir el fin perseguido y finalmente que la afectación a los derechos o intereses legítimos del procesado

o incluso de terceros no se vea afectado más de lo necesario.

De acuerdo a lo explicado por Rosales (2020), el principio de proporcionalidad se concibe como un concepto cuyo sustento se encamina a la necesidad que se percibe en cuanto a la existencia de racionalidad en las intervenciones del poder público, en el ámbito de la esfera de los derechos, inclusive, en su no satisfacción, por limitaciones legítimamente autorizadas, de esta manera se establece que tiene un alto impacto en el proceso de toma de decisiones, toda vez que se constituye como un maximizador de los de los derechos fundamentales de los seres humanos en coherencia con las posibilidades fácticas y jurídicas.

El principio proporcionalidad en su más amplio sentido, tal como ha sido referido anteriormente por Alexy (2002) y de acuerdo con lo expresado por Clérico (2018) concierne a la formulación de un test en cuya esencia deben converger tres juicios o subprincipios, con los cuales se dictamine que:

(...) el medio es idóneo, cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado; es necesario, cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado (p. 28).

Los argumentos expuestos, que en conjunto configuran el principio de proporcionalidad, buscan regular la intensidad con la cual se ve restringido un derecho constitucional como consecuencia de satisfacer y efectivizar un derecho, estableciendo límites sobre actividades que se encuentran cobijadas por otros derechos. De esta manera, los juicios que caracterizan al principio de proporcionalidad se constituyen como un importante criterio de interpretación para la tutela de los derechos y por

consiguiente la adopción de decisiones judiciales correctas, criterios que si bien no aspiran a tener la verdad absoluta en torno a las decisiones, priman en ellos la búsqueda de una justificación racionalizada para evaluar la constitucionalidad de las medidas restrictivas de los derechos, dada la prevalencia de una de las razones en conflicto.

En este sentido el principio de proporcionalidad implica que la medida debe ser idónea, apta y adecuada para alcanzar el fin, que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, estas persiguen, es decir, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal. Con base a la necesidad, se busca que, en el estricto caso de la prisión preventiva, existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y, que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que se imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de hechos y de las sospechas existentes.

De esta manera, al referirse a las medidas cautelares de prohibición de salida del país y la presentación periódica ante el juez o autoridad competente designada, estas son idóneas debido a que garantiza que el procesado no abandone por medios de transporte legales el territorio nacional, y al comparecer periódicamente dentro del proceso se asegura que comparecerá a la etapa de juicio y no pondrá en peligro la ejecución de la pena, y si se le dispone además la utilización de brazaletes electrónicos esta medida puede garantizar conocer la ubicación geográfica en tiempo real del procesado evitando que obstaculice la investigación de los hechos y que no afecte a las víctimas. En caso de considerarse que las dos primeras medidas no sean suficientes para cumplir con las finalidades de las medidas cautelares se puede emplear el arresto domiciliario.

Con base al subprincipio de necesidad, esta serie de medidas no privativas de libertad estarían consideradas en conjunto como menos lesivas al derecho a la libertad puesto que si bien es cierto que estas medidas restringe la movilidad de locomoción del procesado lo hacen en menor grado que la prisión preventiva, ya que se lo obliga a permanecer en un área perimetral que le permita cumplir con la medida impuesta en vez de restringir su derecho de movilidad completamente al cumplir una medida cautelar en una celda de un centro de reclusión.

En alusión al subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido, al momento que el juzgador emplea un juicio de ponderación con respecto a la imposición de una o varias de las medidas cautelares no privativas de libertad, resulta importante identificar el conflicto o colisión que surge entre el derecho a la justicia de la víctima y el derecho a la libertad del procesado, no obstante la imposición de la medida de prohibición de salida del país en conjunto con la presentación periódica y la colocación del dispositivo electrónico, respeta el derecho a la libertad del acusado aun cuando este se ve limitado en su movilidad dentro del territorio ecuatoriano o el perímetro geográfico que le permita acudir a la presentación en las fechas determinadas por el juez, además, la monitorización en tiempo real de la ubicación del mismo garantiza que, de incumplirse con las medidas impuestas se puede rastrear y aprehender al individuo, garantizado de esta manera los fines jurídicos que persiguen estas medidas, así como el respeto al derecho de justicia de la víctima.

En base con los fundamentos sobre el principio de proporcionalidad acerca de las medidas cautelares no privativas de libertad, es relevante mencionar que, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia penal, no se encuentra contemplado dicho principio, partiendo desde los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, por lo que su aplicación con fundamento en la doctrina podrá contribuir a decisiones más razonables y con la obligación por parte del operador judicial de una alta carga argumentativa al momento de elegir una medida cautelar no privativa de la

libertad sobre una privativa de la libertad, lo cual bajo una valoración preliminar podría generar una reducción de los índices de privados de la libertad en los centros de reclusión del Ecuador que actualmente soportan la automatización de la prisión preventiva.

Conclusiones

Se establece por lo tanto que las medidas cautelares se constituyen como herramientas para garantizar que los procesados comparezcan a juicio evitando dilaciones en el mismo y así obtener justicia para la o las víctimas; en especial, lo que respecta a la prisión preventiva, esta se configura como una medida excepcional, debido a que limita el derecho de libertad de locomoción en un mayor grado de la persona acusada por el presunto cometimiento de un delito, esta se debe emplear en los casos que exista un alto grado de peligrosidad del procesado

Por otra parte, se determina que la orden de prisión preventiva vista desde el orden Constitucional al ser dispuesta a cumplirse en los centro de rehabilitación social contraviene la disposición de que se disponga de centros de privación provisional de libertad, provocando que exista una sobrepoblación carcelaria, en donde se ven conjugadas todas aquellas personas que se encuentra privadas de su libertad con o sin sentencia condenatoria ejecutoriada, excediendo de esta manera la capacidad de la infraestructura actual.

Por tanto, tomando como base la problemática de la sobrepoblación carcelaria, es imperativo que la administración de justicia prevea implementar las medidas alternativas no privativas de libertad, las cuales para afirmar su eficacia en el marco de la Ley se pueden ordenar varias, para que en su conjunto se garantice su finalidad dentro del proceso que se encuentra en juzgamiento.

En la actualidad, la medida cautelar de prisión preventiva es ordenada por el juez sobre la base de la petición debidamente fundamentada que realiza la fiscalía, si este petitorio carece de sustento jurídico suficiente, el juez en apego a los principios de libertad, proporcionalidad y racionalidad puede rechazar la petición e imponer una o varias medidas cautelares no privativas de libertad.

Si bien la fiscalía como ente protector de las víctimas, solicita las medidas cautelares que considera necesarias para garantizar que el procesado comparezca a juicio y cumpla con una posible pena a futuro, es obligación del juez analizar los requisitos materiales y formales que se constituyen como los fundamentos de dicha solicitud así como el hecho delictivo presuntamente cometido por el procesado en conjunto con las circunstancias bajo las cuales tuvo lugar dicha acción, todo esto con la finalidad de identificar la eficacia, idoneidad y necesidad de ordenar la prisión preventiva o en su defecto disponer el cumplimiento de una o varias medidas sustitutivas no privativas de libertad.

Para reducir el hacinamiento carcelario, causado por la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, se torna importante al momento de tomar la decisión por parte del juez, la aplicación del principio de proporcionalidad, en el que se deben observar los tres subprincipios que lo rigen como es la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en estricto sentido, esto con la finalidad de otorgar al procesado una medida que sea menos lesiva a los derechos fundamentales involucrados, con lo cual luego de la evaluación realizada puede imponerse una o varias que el ordenamiento jurídico dispone como no privativas de libertas, entre las que se puede mencionar la colocación del dispositivo electrónico de vigilancia, por individual o en conjunto con otras que a criterio de la administración de justicia permitan garantiza su finalidad dentro del proceso en juzgamiento.

Referencias bibliográficas

- Aguilar, J. P., & Rodríguez, M. G. (2021). Políticas públicas como articuladoras de una cultura de paz en Ecuador y rehabilitación social. *Revista Defensa y Justicia*, 1(30), 28-30. Recuperado el 09 de noviembre de 2021, de <http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/jspui/bitstream/123456789/1194/1/Revista-DyJ-43-comprimido.pdf>
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(66), 13-64. Recuperado el 05 de diciembre de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2018). *Código Orgánico Integral Penal, COIP*. Quito, Ecuador: Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
- Cervantes, A. (2020). Las medidas cautelares constitucionales y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE*(2), 171-210. Recuperado el 12 de diciembre de 2021, de <http://www.revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/23>
- Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por y por regresión: Miradas locales, interamericanas y comparadas*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Díaz, J., Vargas, J., Vásquez, G., & González, I. (2018). *Análisis de las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad como forma de asegurar la permanencia del imputado en el proceso penal*. Recuperado el 20 de octubre de 2021, de Repositorio Institucional de la Universidad Privada Dr. Rafael Belloso Chacín: <http://virtual.urbe.edu/tesispub/0107336/intro.pdf>
- García, E. (2018). *Medidas cautelares: introducción a su estudio*. Bogotá, Colombia: Librería El Foro de la Justicia Editorial.
- Giorgio, A. M. (2017). *Medidas de coerción: La prisión preventiva*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Dunken.
- Gómez, F. d. (2019). *Sobre las medidas cautelares y otras medidas de aseguramiento y protección en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Hadwa, M. (2019). *La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Defensoría Pública del Ecuador.
- Limitación a la sustitución de la prisión preventiva, 8-20-CN/21 (Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador 18 de agosto de 2021).
- Llobet, J. (2017). *La prisión preventiva: Límites constitucionales*. San José, Costa Rica: Fondo Editorial de la Universidad para la Cooperación Internacional.
- López, C. A. (2018). *Arresto domiciliario, el principio de igualdad y el derecho a transitar libremente por el territorio nacional*. Recuperado el 20 de octubre de 2021, de Repositorio Institucional de la Universidad Regional Autónoma de los Andes: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8136/1/PIUAMCO063-2018.pdf>
- Marchiori, H. (2018). *La prisión preventiva y el problema de su ejecución*. Córdoba,

Argentina: M. Lerner Editora Córdoba.

- Martínez, J. A. (2017). *La prisión preventiva y la presunción de inocencia*. Recuperado el 06 de octubre de 2021, de Repositorio Digital de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/8718/1/T-UCSG-POS-MDC-83.pdf>
- Miranda, L. R., Sailema, J. G., Cisneros, C. P., & Garcés, D. V. (2021). El desastre de la crisis del sistema carcelario, incremento de los privados de libertad. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política Y valores, Edición Especial(94)*, 1-17. Recuperado el 09 de noviembre de 2021, de <https://www.dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com/index.php/dilemas/article/view/3004/3003>
- Morales, E. E. (2016). *La prisión preventiva, como consecuencia del incumplimiento de las medidas cautelares personales alternativas, en la Unidad Judicial Penal del cantón Riobamba durante el período 10 de agosto del 2014, al 10 de agosto del 2015*. Recuperado el 24 de octubre de 2021, de Repositorio Digital de la Universidad Nacional de Chimborazo: <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/2879/1/UNACH-FCP-DER-2016-0046.pdf>
- Moya, V. (2017). *Medidas cautelares en el Ecuador: Excepcionalidad de la prisión preventiva*. Recuperado el 20 de octubre de 2021, de Repositorio Institucional de la Universidad de los Hemisferios: <http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/jspui/bitstream/123456789/602/1/Tesis%20Ver%C3%B3nica%20Moya%20UDLH.pdf>
- Párraga, V. M. (2018). *Eficacia de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva para asegurar la inmediación del procesado a juicio directo*. Recuperado el 20 de octubre de 2021, de Repositorio Digital de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/11952/1/T-UCSG-POS-MDC-153.pdf>
- Rioja, A. (2018). *La medida cautelar en el proceso civil*. Recuperado el 06 de octubre de 2021, de Revista Electrónica La Pasión por el Derecho: <https://lpderecho.pe/medida-cautelar-proceso-civil/>
- Romero, C. G. (2017). *La aplicación de las medidas cautelares sustitutivas a la prisión preventiva, en los delitos de robo y su incidencia en el desarrollo del proceso judicial, en la Unidad Penal del cantón Riobamba*. Recuperado el 20 de octubre de 2021, de Repositorio Digital de la Universidad Nacional del Chimborazo: <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/1979/1/UNACH-FCP-DER-2015-0052.pdf>
- Rosales, K. D. (2020). *El principio de proporcionalidad y su aplicación en el juzgamiento constitucional del Ecuador. Análisis de sentencias*. Recuperado el 12 de diciembre de 2021, de Repositorio Digital de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/15813/3/T-UCSG-PRE-JUR-DER-629.pdf>
- Serrano, M. E. (2019). *Prisión preventiva y el principio de proporcionalidad*. Recuperado el 06 de octubre de 2021, de Repositorio Institucional de la Universidad Técnica de Ambato: <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/29983/1/FJCS-POSG-163.pdf>
- Silva, C. D. (2020). *Los padecimientos que sufren los presos sin condena en el Centro de Detención Provincial El Inca de Quito*. Recuperado el 09 de noviembre de 2021, de Repositorio Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7633/1/T3320-MDPE-Silva-Los%20padecimientos.pdf>
- Suárez, D. M. (2021). *Caducidad del arresto*

domiciliario. Recuperado el 20 de octubre de 2021, de Repositorio Digital de la Universidad de Santiago de Guayaquil: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/16433/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-674.pdf>

Suberviola, A. (2017). *Medidas cautelares*. Barcelona, España: Editorial Rúbrica.

Vallespín, D. N. (2018). *Medidas cautelares personales: detención, libertad provisional y prisión preventiva*. Porto, Portugal: Editorial Juruá.