

UNIVERSIDAD DE OTAVALO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

TRABAJO FINAL DE TITULACIÓN

**LA INADMISIBILIDAD DE LA CAUCIÓN EN LOS DELITOS
SANCIONADOS CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD
SUPERIOR A CINCO AÑOS**

**CRISTINA GABRIELA YÉPEZ CIFUENTES
CÉSAR HUMBERTO HIDALGO CUNALATA**

TUTOR: Dr. FRANKLIN ALCIDES PONCE MONTOYA

Otavalo, enero 2023

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Nosotros, **Cristina Gabriela Yépez Cifuentes** y **César Humberto Hidalgo Cunalata**, declaramos que este trabajo de titulación denominado: **“La inadmisibilidad de la caución en los delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a cinco años”**, es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional. Así mismo declaramos que dicho trabajo no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo como autores la responsabilidad ante las reclamaciones que pudieran presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de cualquier responsabilidad al respecto.

Que de conformidad con el artículo 114 del Código Orgánico de la Economía Social, conocimientos, creatividad e innovación, concedo a favor de la Universidad de Otavalo licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra con fines académicos, conservando a nuestro favor los derechos de autoría según lo establece la normativa de referencia.

Se autoriza además a la Universidad de Otavalo para la digitalización de este trabajo y posterior publicación en el repositorio digital de la institución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior. Por lo anteriormente declarado, la Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes otorgados, por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

En Otavalo, a los 19 días del mes de enero de 2023.



CRISTINA GABRIELA YÉPEZ CIFUENTES

CC. 1003424544



CÉSAR HUMBERTO HIDALGO CUNALATA

CC. 1803137288

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado “**La inadmisibilidad de la caución en los delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a cinco años**”, bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magíster en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, de los estudiantes Cristina Gabriela Yépez Cifuentes y César Humberto Hidalgo Cunalata, cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.

Dr. Franklin Alcides Ponce Montoya
CC. 1103017834

**LA INADMISIBILIDAD DE LA CAUCIÓN EN LOS DELITOS SANCIONADOS
CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A CINCO AÑOS**

**THE INADMISSIBILITY OF THE CAUTION IN THE CRIMES SANCTIONED
WITH DEPRIVATION OF LIBERTY OVER FIVE YEARS**

***Cristina Gabriela Yépez Cifuentes**

César Humberto Hidalgo Cunalata**

RESUMEN

El objetivo del artículo profesional de alto nivel denominado la inadmisibilidad de la caución en los delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a cinco años, fue analizar la procedencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que prescribe que no se admitirá la caución cuando la pena del delito por el que se procesa sea superior a 5 años, considerando que la figura jurídica de la caución cumple con el mismo fin de la prisión preventiva en el marco del proceso penal puesto que mantiene la misma línea argumentativa de la sentencia No. 8-20-CN/21, en la cual la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la norma prevista en el artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, puesto que en esta disposición legal se prohibía la sustitución de la medida cautelar de la prisión preventiva en delitos sancionados con una pena superior a cinco años, esto, considerando que lo que debe imperar en el proceso penal, es la libertad del procesado en miras a su comparecencia al proceso. Metodológicamente el estudio implicó el empleo del paradigma de investigación cualitativo, el nivel de profundidad o nivel de investigación descriptivo, el tipo de investigación documental; los métodos de investigación aplicados fueron histórico - lógico, analítico - sintético, análisis o revisión documental e inductivo - deductivo. Dicho análisis permitió concluir que se debe declarar la inconstitucionalidad del artículo 544 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal por vulnerar el derecho a la libertad máxima, pues asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal no admite la creación de puntos de inflexión con los derechos del procesado.

PALABRAS CLAVE: Caución, Corte Constitucional, prisión preventiva, inconstitucionalidad, proceso penal ordinario.

* Maestrante en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo. ep_cgyepeza@uotavalo.edu.ec; Tutor: Dr. Franklin Alcides Ponce Montoya.

** Maestrante en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo. ep_chhidalgo@uotavalo.edu.ec; Tutor: Dr. Franklin Alcides Ponce Montoya.

ABSTRACT

The objective of the high-level professional article called the inadmissibility of the bond in crimes sanctioned with a custodial sentence of more than five years, was to analyze the origin of the declaration of unconstitutionality of the norm that prescribes that the bond will not be admitted when the penalty for the crime for which it is being prosecuted is greater than 5 years, considering that the legal figure of the bond fulfills the same purpose as preventive detention in the framework of the criminal process, since it maintains the same argumentative line of sentence No. 8. -20-CN/21, in which the Constitutional Court declared the unconstitutionality of the norm provided for in article 536 of the Comprehensive Organic Criminal Code, since this legal provision prohibited the substitution of the precautionary measure of preventive detention in crimes sanctioned with a sentence of more than five years, this, considering that what should prevail in the criminal process is the freedom of the defendant in view to his appearance in the process. Methodologically, the study implied the use of the qualitative research paradigm, the level of depth or level of descriptive research, the type of documentary research; The research methods applied were historical-logical, analytical-synthetic, documentary analysis or review, and inductive-deductive. Said analysis concluded that article 544 numeral 2 of the Comprehensive Organic Criminal Code must be declared unconstitutional for violating the right to maximum freedom that ensuring compliance with the fines of the criminal process does not admit the creation of inflection points with the rights of the accused.

KEY WORDS: Bond, Constitutional Court, preventive detention, unconstitutionality, ordinary criminal process.

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico ecuatoriano en los últimos años ha cambiado en forma sustancial, puesto que la normativa se ha ido modificando de tal forma que los principios, derechos y garantías tengan una mayor efectividad, esto en razón de que, las necesidades sociales demandan mayores compensaciones para patentizar la seguridad jurídica, justamente por ello se evidencia que existe un gran número de reformas normativas y declaratorias de inconstitucionalidad de algunas normas.

En este orden cabe indicar que, en la esfera del derecho a la libertad, los debates han sido amplios en cuanto a su restricción bajo la medida cautelar de prisión preventiva que antes que verse como la excepción, se le ha tomado como una regla. En este orden de argumentos, con fecha 18 de agosto de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador emitió la sentencia de carácter vinculante signada con el No. 8-20-CN/21, en la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, pues esta norma impedía que la medida de prisión preventiva sea sustituida por una medida alternativa en delitos que contemplan una pena privativa de libertad superior a cinco años.

El problema jurídico que aparejaba esta norma es que vulneraba el derecho de libertad ambulatoria porque impedía analizar la medida de aseguramiento personal desde la óptica de los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, previstos en la Constitución de la República del Ecuador (2008), en razón de que en virtud de ellos y algunos tratados y convenios internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1848) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1969), la privación de la libertad no debe entenderse como una regla sino como una excepción, ya que precisamente la excepcionalidad es la que permite que de cierta forma se pueda abordar el principio de mínima intervención penal que prescribe que la intervención penal se legitima o se activa para proteger los bienes jurídicos más relevantes. De hecho, para ampliar el contexto se evidencia que algunos casos que deben debatirse en la vía civil se llevan a la vía penal para incidir en la primera, pero aun así se dicta la medida cautelar más rígida.

En este orden de argumentación, si en un primer momento el juez se haya facultado a dictar la medida alternativa o la prisión preventiva por que habría de impedirse que se sustituya esta medida gravosa de prisión preventiva en forma posterior. Concomitantemente, es importante referir que la medida no es una pena anticipada por tener un fin legítimo y constitucionalmente válido, ya que la presunta víctima tiene derecho a que la justicia llegue en forma pronta y sin dilaciones de ninguna naturaleza, por eso se puede sustentar la adopción de la medida en ese sentido.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, aunque la medida de prisión preventiva puede ser sustentada en esa forma, eso no explica por qué se tenga que dejar de privilegiar el uso de otras medidas que consideren la no privación de la libertad pues el derecho penal actual se fundamenta en la órbita garantista y no punitivista, pues precisamente la Constitución de la República del Ecuador determina que “La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

A nivel doctrinario, normativo y práctico se advierte que la privación de la libertad no debe obedecer a razones que no se fundamenten en peligros procesales como el riesgo de fuga o la alteración de elementos de prueba, porque la misma Corte Constitucional ha manifestado que el derecho a la defensa se ve afectado cuando se restringe la libertad, ya que la defensa formal y material no tiene el mismo efecto por ello la prisión preventiva no debe ser punitiva.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), establece que entre las finalidades de la prisión preventiva no solo está la comparecencia a juicio de la persona procesada sino también el cumplimiento de la pena y la reparación integral. Al respecto constituye un hecho público y notorio que en el Ecuador existe sobre población carcelaria y que las personas que se encuentran privados de su libertad se encuentran en situación de vulnerabilidad, por ello, han aumentado la acción de habeas corpus.

Pero estos problemas en sus dimensiones sociales y jurídicas bien podrían ser solucionados mediante la caución, puesto que, tiene por finalidad suspender el efecto de la prisión preventiva, y como bien se indicó en párrafos anteriores la prisión preventiva se puede dictar por peligros procesales claros, no por sospechas y si uno de los fines de la medida cautelar es asegurar la reparación integral si eventualmente el procesado se fuga esta puede satisfacerse con el monto de la caución rendida, de hecho no habrían fugas si la privación de la libertad no fuera la regla, simplemente con la caución se garantizaría aún más el derecho a defenderse en libertad. Al respecto se debe recordar que la misma Corte Constitucional en la sentencia No. 8-20-CN/21 expreso que:

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. (Corte Constitucional, 2021, p.20)

En suma, con todo lo antes expuesto y en lo principal haciendo referencia a la sentencia No. 8-20-CN/21, la investigación está plenamente justificada, pues, si se declaró la inconstitucionalidad de la norma que prohibía la sustitución de la prisión preventiva por vulnerar el derecho a la libertad, por qué no habría que efectuar un análisis de la norma que impide que se conceda la caución en delitos que contemplen una pena superior a 5 años. Precisamente, por ello, la pregunta de investigación quedó expresada en la siguiente forma: ¿La inadmisibilidad de la caución en los delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a cinco años es inconstitucional por resultar vulneratoria del derecho de libertad?

La pregunta de investigación responde a un objetivo de estudio que quedó circunscrito en desarrollar un análisis jurídico de aplicación de la caución en los delitos que superan la pena privativa de libertad de cinco años con respecto a la finalidad del proceso penal, las medidas cautelares, en forma específica la prisión preventiva, para de ese modo abordar un eje temático o línea de investigación relevante para el sistema procesal penal, siendo esta: “Estudio de la teoría de las medidas preventivas y cautelares aplicadas en el proceso penal, abarcando aspectos relativos a las condiciones o presupuestos para que operen, así como los aspectos procedimentales, abarcando medidas de carácter personal o real” (Guiar Metodológica -Universidad de Otavalo, 2020, p.3), en concordancia con el objetivo 5 del

eje social del plan creación de oportunidades 2021-2025, en lo atiente a garantizar los derechos.

METODOLOGÍA

El artículo de investigación se presentó bajo un enfoque o modalidad de investigación cualitativo en razón de que esta por su naturaleza “se enfoca en la comprensión de los fenómenos y puede centrarse en significados, percepciones, conceptos, pensamientos, experiencias o sentimientos” (Loayza, 2020), es decir, permitió entender en forma integral el objeto de investigación que es, la inconstitucionalidad de la norma respecto de la caución.

El nivel de investigación o nivel de profundidad fue descriptivo por cuanto se describió y analizó el objeto de investigación desde dos dimensiones, que son, en qué forma incide y cómo está integrado, esto a partir del tipo de investigación documental que tuvo como fin estudiar los documentos previstos en fuentes secundarias de información como lo es la normativa penal y constitucional vinculada al objeto estudio, de hecho, con base en ella se pudo efectuar una revisión de las fuentes primarias de información, como la doctrina, la jurisprudencia, sentencias, tratados y convenios internacionales de derechos humanos, los mismos que fueron examinados mediante la aplicación de los métodos y técnicas afines al enfoque de investigación cualitativo.

En este orden, cabe indicar que los métodos de carácter cualitativo “(...) están compuestos por un grupo de técnicas que utilizan una variedad de herramientas para recopilar datos y construir una teoría fundamentada”. (Piza, Amaquilema & Beltrán, 2019); precisamente por ello la técnica que se utilizó para la obtención y procesamiento de datos fue la entrevista con su respectivo instrumento guía, el mismo que fue aplicado a jueces y fiscales con la finalidad de obtener información relevante para la investigación.

En cuanto a los métodos de investigación, como métodos de nivel teóricos se utilizaron:

1. Histórico – lógico

Este método en lo concerniente a la parte histórica se refiere al estudio de la verdadera trayectoria de los fenómenos y eventos durante un período determinado, lo cual hizo posible precisar los antecedentes de la investigación. Por su parte el tratamiento lógico estudia la ley general de funcionamiento y desarrollo de los fenómenos e investiga su naturaleza, así la lógica y la historia son complementarias y están relacionadas entre sí, por ello en el presente trabajo investigativo la información proporcionada por el método histórico no es un simple razonamiento especulativo porque no se limitó a una mera descripción de hechos materia de estudio, sino que los mismos se presentaron revelando la lógica objetiva del desarrollo histórico del objeto de investigación.

2. Analítico - sintético

El análisis es un procedimiento lógico mediante el cual se divide mentalmente en sus partes y propiedades el objeto de estudio. Esto permitió estudiar cada una de las particularidades que presentaba la caución según la normativa penal vigente. La síntesis

por su parte es una operación inversa que crea mentalmente una unión o combinación de las partes previamente analizadas lo que permitió precisar las relaciones y propiedades generales entre los elementos del objeto de investigación para comprenderlo en mejor forma.

3. Inductivo - deductivo

El método inductivo-deductivo consta de dos procesos inversos: inducir y deducir. La inducción es una forma de razonamiento en la que se aprende a partir del conocimiento de casos específicos, por ende, posibilitó un análisis puntual de la caución bajo la línea argumentativa de la Corte Constitucional en la sentencia 8-20 CN/21 para un conocimiento más amplio.

En cuanto a las técnicas de investigación contempladas dentro del presente estudio, se precisa la revisión documental y la entrevista con su respectivo instrumento guía de entrevista. La revisión documental implicó la revisión y análisis de fuentes primarias y secundarias de información tales como libros, revistas científicas indexadas, jurisprudencia y sentencias; y, con respecto a la entrevista su instrumento fue aplicado a jueces y fiscales como informantes claves para obtener criterios jurídicos y de esta manera otorgar mayor asidero científico a la investigación.

Presentación y discusión de resultados

1. Las medidas cautelares

Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vienen a constituirse en actos de coerción que tienen por objeto asegurar la prosecución del proceso penal hasta llegar a una fase de juzgamiento, pues a través de sus distintas tipologías buscan asegurar que la persona contra la cual se efectúa la formulación de cargos comparezca a la audiencia de juicio, y de ser declarado culpable cumpla con una pena y repare integralmente a la víctima de la infracción. Conforme la doctrina, varios tratadistas del derecho señalan que las medidas cautelares

(...) son una acción constitucional, que evitan la amenaza contra derechos constitucionales o derechos humanos identificados en aparatos mundiales. Cesan la amenaza contra derechos constitucionales o derechos humanos identificados en artefactos mundiales, evitan la violación de derechos constitucionales o derechos humanos ubicados en artefactos mundiales, cesan la violación de derechos constitucionales o derechos humanos ubicados en aparatos de todo el mundo. (González & Durán, 2021, p. 35).

En este tenor, las medidas cautelares según su tipología pretenden limitar la libertad ambulatoria del procesado pues dentro del Código Orgánico Integral Penal, se desarrollan seis de ellas siendo la más gravosa la prisión preventiva, esto con el fin de averiguar la verdad material, y de hecho esto tiene una razón jurídica sustentada en el Derecho constitucional, y es que el Estado está en la obligación de garantizar no solo la protección sino también la seguridad de todos los ciudadanos.

Justamente, la protección y seguridad es lo que permite que se activen las vías procesales según los casos en concreto, porque la vía penal sin duda alguna es la más radical, por ello, incluso se cuenta con el principio de mínima intervención penal, que en términos sencillos indica que la protección penal es para los bienes jurídicos más relevantes, y con las prerrogativas de la titularidad de la acción penal que indica que la Fiscalía General del Estado puede o no iniciar una acción penal e incluso de desistir de la que se ha iniciado cuando pueda aplicar el principio de oportunidad o exista causales de “prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas” (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 412)

En la normativa procesal penal se distinguen dos tipos de medidas, las personales que recaen sobre las personas y las reales que recaen en los bienes, de la primeras se puede enunciar que los tratados y convenios internacionales establecen que aquellas que tienden a restringir la libertad ambulatoria en forma total deben aplicarse en forma excepcional, por eso, serán las medidas alternativas a la prisión preventiva como medidas de aseguramiento cautelar personal las que primen, es así que, las que deben aplicarse en el mayor número de casos serán: “1. Prohibición de ausentarse del país. 2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe. 3. Arresto domiciliario. 4. Dispositivo de vigilancia electrónica., y 5. Detención” (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 522)

Respecto de las medidas cautelares reales deberá aplicarse: “1. El secuestro 2. Incautación 3. La retención 4. La prohibición de enajenar” (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 549). En este orden, es correcto indicar que ambas categorías de medidas cautelares no implican bajo ningún concepto una pena anticipada, más en el caso de la prisión preventiva que siempre se encuentra en la esfera de debate, esto porque todas ellas tienen un fin constitucionalmente válido, patentizado en los fines del proceso penal, por eso se aplican previo a una sentencia sea esta condenatoria o ratificatoria de inocencia, de hecho siempre la contrariedad recaerá en el abuso de la aplicación de la prisión preventiva en razón de que la regla es pensar que lo ideal para garantizar la inmediación del procesado a juicio es privar de la libertad para investigar y no investigar para privar de la libertad.

Lo más común es que desde la Fiscalía con frecuencia se escuche siempre que las medidas alternativas no son suficientes para que el procesado esté presente en el juicio, pero la verdad es que este argumento se emite sin indagar otras aristas posibles como la pena a imponer. Por ejemplo, en los casos de robo con violencia, en el grado de tentativa con sustento en los artículos 169 inciso primero y 39 del Código Orgánico Integral Penal, la fiscalía pide la medida de prisión preventiva aun sabiendo que la pena se reduce en un tercio, y que quizá el procesado se someta a un procedimiento abreviado y la pena reduzca de uno a dos tercios más, sumado al hecho de que puede someterse al beneficio penitenciario del régimen semiabierto, consecuentemente el procesado no estará privado de su libertad más de cinco o seis meses.

Es importante citar las características de las medidas cautelares, y al respecto se enuncia que estas, gozan de provisionalidad, sustituibilidad y discrecionalidad. Respecto a la provisionalidad cabe indicar que las medidas cautelares tienen un plazo de duración por la razón de que ninguna persona puede estar privada de su libertad sin que se haya emitido una fórmula de juicio, y en cuanto a la sustituibilidad, es correcto indicar que si se desvanecen las razones que motivan la medida procede la sustitución de la misma; por

ejemplo, la prisión preventiva, pues cuando el procesado justifique arraigos aunque normativamente no existan podrá solicitar audiencia de sustitución de la medida en aras de que se le imponga una medida cautelar que no limite el derecho a la libertad ambulatoria como la prohibición de salida del país y la presentación periódica ante la autoridad que se designe.

No obstante, de lo anterior, la provisionalidad y la sustituibilidad pueden conformar una sola cuando la medida privativa de libertad, llámese esta prisión preventiva puede suspenderse cuando el ciudadano procesado rinda una caución en cualquiera de las formas previstas en el Código Orgánico Integral Penal.

Finalmente, será discrecional no porque los fiscales puedan solicitar abiertamente la medida de prisión preventiva, sino por el hecho que si la medida no se encuentra correctamente fundamentada de acuerdo a lo que determina el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal el juez puede negar la petición del fiscal, ya que es un hecho que esta medida cautelar es la más gravosa y de cierto modo disminuye la calidad de la defensa formal y material.

Sin perjuicio de lo antes mencionado cabe indicar que estas características también hacen parte de los principios regulatorios de las medidas cautelares, los mismos que según Zabala citado en (Parrága, 2019) son: “Excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, obligatoriedad, instrumentalidad, provisionalidad, impugnabilidad, judicialidad, motivación y legalidad” (p. 33).

La excepcionalidad se halla fundamentada en el numeral 1 del artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador, pues en dicha norma se indica que la privación de la libertad debe aplicarse siempre y cuando sea en forma excepcional, debiendo dejar claro que esta disposición hace referencia a la prisión preventiva. La necesidad por su parte también está desarrollada dentro de esta norma cuando se indica que se debe aplicar excepcionalmente la privación de la libertad cuando sea necesaria para garantizar la inmediación del procesado y el cumplimiento de la pena.

En cuanto a la proporcionalidad se habla básicamente de correlación entre la gravedad del hecho que se está imputando y cuan gravosa es la medida, de hecho, si se está frente a un tipo penal de robo sin violencia o simple, lo correcto es que al procesado se le impida salir del país y se le imponga la obligación de presentarse periódicamente ante el fiscal que conoce la instrucción o ante un juez (Parrága, 2019 , p.38). Espinosa (2022), respecto de la proporcionalidad indica que:

(...) en sus acepciones permite distinguir la idoneidad de la medida para conseguir el fin propuesto y su necesidad en sentido estricto, por lo que la prisión sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas menos gravosas a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional, por lo que la Constitución ha previsto que “La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.” (p.357)

La obligatoriedad por su parte, radica en el hecho de que el procesado debe cumplirla a cabalidad, no es opcional acatarla o no, pues en el supuesto caso de que al procesado se le

imponga una medida de aseguramiento personal alternativa a la prisión preventiva, y este no la cumpla, la medida deberá ser revocada y habrá que privarlo de su libertad, que no es lo mismo que la revocabilidad como principio, pues, por el contrario, esta implica que si ha fenecido el plazo previsto en la ley habrá que cesar la medida porque ha operado su caducidad, justamente como la medida no es definitiva y está sujeta a tiempos procesales se habla del principio de provisionalidad.

Respecto de la impugnabilidad implica que se puede apelar de la medida cautelar pues el numeral 5 del artículo 653 del Código Orgánico Integral Penal, prescribe que procede la apelación de “(...) la resolución que conceda o niegue la prisión preventiva siempre que esta decisión haya sido dictada en la formulación de cargos o durante la instrucción fiscal” (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 653)

Por último, respecto de la legalidad, judicialidad y la motivación, se indica que las medidas cautelares están previstas en la ley y deben ser ordenadas de manera motivada por un juez competente para conocer y resolver la causa puesta en su conocimiento, y que la motivación para dicha orden está a cargo de la fiscalía quien solicita.

1.1. Marco normativo requisitos y finalidad

Casi por regla general las personas que cometen una infracción penal, bajo la categoría de delito, debido al temor de ingresar a un centro de privación de libertad por un largo periodo, procuran evadir la acción de los titulares de la acción penal y de los administradores de justicia con el objeto de soslayar la pena prevista en el tipo penal, así como el pago de la reparación integral y las multas que correspondan según el caso en concreto. Párraga & Vielka (2019) expresan que:

Existen varios principios de Derecho Penal, de los cuales el principio de inmediación resalta dentro de la consecución del proceso penal al vincular directamente al juzgador con los sujetos procesales y la prueba que se practica en juicio, siendo fundamental la presencia de estos intervinientes para que no se suspenda o paralice el proceso y lograr administrar justicia oportunamente, sin dilaciones y sin riesgo a incurrir en prescripción.

Precisamente, para garantizar el cumplimiento del principio de inmediación dentro del proceso penal, nacen las medidas cautelares personales. Aquellas son fijadas como medidas de aseguramiento, dictadas por una autoridad judicial, con el fin específico de garantizar la comparecencia del procesado a juicio y/o el cumplimiento de una posible pena. (p.86)

En este orden las medidas cautelares tiene por objeto dar solución al problema citado anteriormente, ya que resultaría contraproducente para la administración de justicia que la tutela judicial efectiva se convierta en una utopía, de ahí las limitaciones totales o parciales a la libertad en el marco de un proceso penal de acción pública, pues si no se evita que el procesado escape o altere prueba por ejemplo incurriendo en la intimidación de testigos, sin duda alguna la persona que eventualmente si sea responsable del hecho logrará esconderse buscando que opere la prescripción u obtener una sentencia favorable.

Al respecto el artículo 519 del Código Orgánico Integral Penal, indica que el juez puede ordenar una o varias medidas cautelares personales o reales con la finalidad de:

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal. 2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral. 3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción. 4. Garantizar la reparación integral a las víctimas. (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 519)

La disposición legal ciertamente indica que el fin es evitar al máximo que se sigan vulnerando bienes jurídicos o al menos procurar que cese la amenaza, pues en el caso de que se trate de un intento de asesinato, eventualmente el procesado buscará atacar nuevamente contra la vida de la víctima, esta finalidad incluso tiene relación con aquella que se prevé en la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional (2014), pues en esta normativa se indica que en materia constitucional en el marco de acciones de garantías jurisdiccionales, estas medidas tienen por objeto “prevenir, impedir o interrumpir” que se menoscabe un derecho.

Entre las finalidades se plasma la de garantizar la inmediación del procesado, pues resulta mandatorio que el juez lleve a cabo las audiencias con la presencia de todos los sujetos procesales, salvo los casos en que la ley establezca el juzgamiento en ausencia, porque incluso se debe tomar en cuenta que la prueba testimonial se practica en juicio salvo el testimonio anticipado, y en vista de que el juez debe estar en contacto con las partes incluso se puede hacer efectivo mediante medios telemáticos.

En suma, se dirá entonces que las medidas cautelares se deben aplicar atendiendo a la gravedad del hecho y la dosimetría de la pena, ya que tienen un fin instrumental, que indica que:

(...) el tamaño del ejercicio de la facultad de pedir y ordenar medidas cautelares va a estar dada justamente por aquella finalidad a que está destinada, atendiendo intentar el menor mal viable a los individuos y bienes a los cuales perjudique el tamaño. (González & Durán, 2021, p. 34).

Efectivamente las facultades que gravitan en torno a las medidas cautelares no se deben desvincular de su finalidad, puesto que lo que debe primar es no afectar los derechos constitucionales del procesado como lo es la libertad, puesto que la cautela debe atender a cada caso en concreto.

1.2. Presupuestos doctrinarios y jurisprudenciales de las medidas cautelares

Es necesario indicar que en todos los procesos penales necesariamente se hace presente una medida cautelar, en aras de garantizar la protección del debido proceso y evitar que la persona procesada realice actos tendientes a la obstaculización del fin del proceso penal al afectar la prueba.

En virtud de estas razones, la ley otorga a los jueces una facultad de control de las medidas, pues según la fundamentación que realice la fiscalía y la defensa de la persona procesada puede aceptar, negar, modificar y revocar las mismas. En este orden en la audiencia de formulación de cargos la fiscalía en el mayor de los casos por no decir en todos, solicita la medida de prisión preventiva no obstante, la defensa del procesado puede

solicitar medidas alternativas, pero será el juez a quien para el caso se lo denominará juez de control, decida sobre la procedencia o no de ellas, ya que en él recae la necesidad de motivar la resolución con base en los requisitos y presupuestos legales previstos en el Código Orgánico Integral Penal.

Estos requisitos y presupuestos legales para motivar la resolución de prisión preventiva a nivel de la doctrina se expresan bajo dos figuras jurídicas que son: la apariencia de un buen derecho y el peligro de demora, las mismas que se explican conforme a lo que se expresa a continuación:

- La apariencia de un buen derecho.

La apariencia de un buen derecho puede constituirse como un principio rector de las medidas cautelares, dado que en él se explica las mismas, las cuales solo nacen a partir de una imputación penal como un elemento que le da vida al proceso penal, en este orden esta apariencia es el presupuesto jurídico de admisibilidad de las medidas de aseguramiento cautelar.

De lo anterior es importante hacer mención respecto del hecho, de que este presupuesto implica el conocimiento no absoluto o integro por parte del juez a quien siendo competente para conocer una causa le corresponde otorgar medidas cautelares. En otros términos se agota el argumento indicando que para otorgar medidas el juez no requiere tener certeza porque, incluso la certeza en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no hace parte de los criterios de la valoración de la prueba, es decir solo es necesario un cierto grado de probabilidad o credibilidad del derecho, ya que está prohibido exigir que se demuestre en forma plena la veracidad de los hechos, porque lo que sí está permitido es exigir argumentos razonables que le hagan suponer que existe veracidad en lo que alega.

De hecho, Benavides & Escudero Soliz citados en la sentencia emitida el 05 de agosto de 2021 dentro del juicio No. 13284-2021-06338, indican que “la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la sentencia principal; en sede cautelar basta que el derecho aparezca verosímil (...)” (Unidad Judicial Penal de Manta, 2021), es por eso que no se puede exigir certeza respecto de los hechos para otorgar una medida cautelar, pues lo verdaderamente importante es una correcta argumentación sobre los requisitos que se exigen en la ley en virtud de los elementos que obren en el proceso.

- Peligro de demora.

Conforme a lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador (2008), todos los ciudadanos dentro del “Estado constitucional de derechos y justicia social”, gozan de un conjunto de derechos y garantías para hacerlas efectivas dentro del marco de la ley, por eso se encuentra prohibido hacer justicia por obra propia, por la sencilla razón de que la autotutela está prohibida, pues de no ser así, muchos tipos penales deberían ser expulsados del catálogo de delitos.

Para evitar la autotutela el “Estado constitucional de derechos y justicia social”, indica que el instrumento para efectivizar los derechos en materia penal es un proceso, el mismo que

está sujeto a plazos procesales, es decir no es posible actuar de forma inmediata debido a que debe seguirse un debido proceso porque no solo la víctima tiene derechos sino también el procesado, entre ellos y el más importante la presunción de inocencia.

Por consiguiente, se requiere un periodo de tiempo para que opere la protección penal de los derechos, pues la materialidad en la mayoría de los casos es evidente pero la responsabilidad del procesado no, de ahí que el principio de celeridad opera como un mecanismo que atraviesa tanto la perfección como la imperfección hasta llegar a dar a quien lo que en derecho se merece, por eso justamente aparecen las medidas cautelares, así lo reafirma Calamandrei al mencionar que:

En un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en el que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera de inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares. (Calamandrei, 2018, p. 43)

En suma, es correcto recalcar que el peligro de demora es un presupuesto para que existan las medidas cautelares, pues si no fuera de ese modo el derecho de tutela judicial efectiva se convertiría en una utopía, ya que procesalmente no habría forma de asegurar que se cumplan con los fines del proceso, ni que el procesado comparezca a juicio peor aún de proteger y reparar los derechos que se ven vulnerados por el cometimiento de un delito, ya que el tiempo que se debe atravesar hasta llegar a una sentencia constituye un riesgo, y más aún si no se contará en el ordenamiento jurídico con mecanismos cautelares que evite la obstrucción de la prueba o instrumentos como la caución para reparar a la víctima.

2. La caución

A nivel doctrinario, bajo el criterio jurídico del estudioso del Derecho Maguiña (2019), la caución:

(...) es concebida como mecanismo reparador de los daños y perjuicios que a consecuencia de la ejecución de una medida cautelar pudiera ocasionarse a quien deba soportarla. De allí, que a pesar de encontrarse del lado de la tutela cautelar que en principio beneficia solamente a su titular, resulta innegable que termina beneficiando a quien soporta tal medida y ello en atención a su fin reparador. (p. 260)

Precisamente, la caución es reparadora puesto que en caso de ejecutarse cubre la reparación integral de la víctima de la infracción penal y de no ejecutarse beneficia el procesado ya que puede ejercer su derecho a la defensa en libertad de modo que los derechos derivados del derecho a la libertad no se verían limitados.

Para los estudiosos del Derecho Moreno & Cortés citados en Acuario (2020) “la caución es una medida de aseguramiento directo que busca la disponibilidad de dinero de forma inmediata, impuesta por el juzgado.” Es decir que el juzgador tiene la potestad de imponer una caución al procesado, para asegurar la presencia del mismo en el juicio. (p. 22)

Tomando en consideración que la prisión preventiva es la medida cautelar que con mayor frecuencia se dicta en los procesos penales y que esta tiene por finalidad garantizar que el

procesado comparezca a juicio, no hay que perder de vista que la caución tiene por finalidad suspender la consecuencia jurídica de la prisión preventiva, que es la privación de la libertad durante todo el proceso penal hasta llegar a su conclusión siempre que esta no sea revisada y sustituida por una medida alternativa, revocada o suspendida.

Concretamente, la obligación principal que emana de la caución es la de que el procesado comparezca a juicio y secundaria es que el procesado colabore compareciendo a las diligencias que impulse la fiscalía para efectos de que el caso en concreto pase el filtro que le habilite para ser discutido y controvertido en la audiencia de juicio.

Según el artículo 543 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, la caución puede consistir en “(...) dinero, póliza, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera” pero además “la persona procesada podrá rendir caución con su dinero o bienes o con los de un garante” (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 543)

Para los casos en los que la caución sea rendida por el procesado con los bienes o dinero de un garante, éste queda en la obligación de hacer que el procesado comparezca al juicio pues la caución es de carácter personalísimo por lo tanto el garante no queda ligado al proceso, pero se debe dejar claro que en caso de que no comparezca, la caución debe ser ejecutada porque voluntariamente éste se ha obligado a favor del procesado, no obstante el garante en vía civil podrá iniciar las acciones legales para el cobro del dinero. En efecto, si el procesado rinde caución con su dinero o con sus bienes y no comparece a juicio la caución se ejecuta, debiendo ordenarse la prisión preventiva. En ambos casos la caución rendida deberá emplearse con la finalidad de garantizar el pago de la reparación integral.

Actualmente el Ecuador contempla algunos delitos que pueden ser juzgados en ausencia del procesado, bajo este argumento, si el procesado rinde caución y no comparece a juicio bajo la concepción de la justicia restaurativa se garantizaría la reparación integral, para posteriormente agotando esfuerzos con labores de inteligencia y acudiendo a la fuerza pública se logre que el sentenciado tras ser declarado prófugo de la justicia, en un momento dado sea puesto a órdenes de la autoridad y cumpla su pena, o en su defecto en los casos en los que necesariamente, se debe contar con la presencia de la persona procesada si no comparece a juicio con la ejecución de la caución ya se tendría asegurado el pago de una reparación integral y se podría declarar la audiencia de juicio fallida por lo que el juicio quedaría en suspenso hasta que la persona procesada sea puesta a órdenes del juez y se dicte una sentencia, debiendo así descartar el hecho de que la caución es sinónimo de impunidad.

Por eso, justamente es importante que sea admitida la caución en delitos que superen una pena privativa de libertad de cinco años ya que la norma penal vigente lo prohíbe. Es correcto indicar que la caución también se encuentra prohibida en los siguientes casos:

1. En los delitos en los que las víctimas son niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad o adultas o adultos mayores. 2...; 3. Cuando la persona procesada por cualquier motivo ocasione la ejecución de la caución. 4. En delitos contra la inviolabilidad de la vida, secuestro en sus diferentes tipos, de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos contra la integridad sexual y reproductiva. 5. Será inadmisibles la caución cuando el presunto infractor haya sido condenado con anterioridad por un delito

que atente contra el mismo bien jurídico protegido. (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 544)

Estas prohibiciones a excepción de la segunda son constitucionalmente válidas, pues resulta inadmisibles, por ejemplo, se considera que en los delitos sexuales cometidos en contra de los grupos de atención prioritaria se aplique la caución teniendo en cuenta que si bien es cierto la caución no es sinónimo de impunidad, no es menos cierto que es un medio que irrumpe con el principio de celeridad, pero obviamente esto puede ser motivo de futuras investigaciones.

En cuanto al trámite de la caución es importante mencionar que el Código Orgánico Integral Penal prescribe que para fijar la misma se debe presentar:

1. La solicitud de caución se analizará y resolverá en audiencia oral. 2. En audiencia se discutirá la modalidad de la caución. 3. Si fuere pecuniaria, se determinará el monto de la caución, para lo cual se tomará en cuenta las circunstancias personales de los sujetos procesales, la infracción de que se trate y el daño causado. 4. En los casos que se acepte la caución prendaria o hipotecaria, esta última otorgada por escritura pública, se inscribirá en el registro respectivo de manera gratuita. 5. La modalidad de la caución o el garante podrá ser sustituido previa autorización de la o el juzgador, manteniendo el mismo monto determinado. 6. La o el juzgador que admite caución, que no reúna los requisitos prescritos en este Código, responderá civil, administrativa o penalmente según corresponda. (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 545)

Cabe referir que el hecho de que se solicite y se acepte la caución, ésta no solo puede ser materia de ejecución pues normativamente existe la figura de cancelación, así ésta puede ser cancelada por las siguientes razones:

1. Cuando la persona que actúa como garante lo pida y presente a la persona procesada. 2. Cuando se dicte el auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria. 3. Por muerte de la persona procesada. 4. Cuando quede ejecutoriada la sentencia que imponga una pena no privativa de libertad y se repare de manera integral a la víctima. 5. Cuando se revoque la resolución de prisión preventiva. 6. Cuando se dicte la resolución de prescripción del ejercicio de la acción. (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 548)

La cancelación de la caución opera porque no es una camisa de fuerza para el garante puesto que puede pedir que este beneficio sea cancelado, así mismo, en el caso de que la fiscalía no cuente con elementos de convicción para formular una acusación y sobre la base de ello el juzgador emita un auto de sobreseimiento o la sentencia sea ratificatoria de inocencia la caución en la misma forma será cancelada. También cuando mediante sentencia se imponga una pena no privativa de libertad, se revoque la medida de prisión preventiva y cuando por el paso del tiempo el ejercicio de la acción penal haya prescrito.

2.1. Concepto y marco jurídico

Teniendo en cuenta que el objeto “de las medidas cautelares es la de “eludir los peligros de la tardanza del proceso en orden a garantizar que la resolución que en su momento se dictó tenga la misma eficacia que si hubiera recaído cuando la demanda fue presentada” (Gutiérrez, 2020, p. 27).

La caución puede ser definida como la “garantía que ofrece la parte o un tercero para asegurar el cumplimiento de una obligación reconocida o impuesta judicialmente en un proceso. También puede ser conceptualizada como la garantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación actual o eventual. Carbajal (2021) indica que:

La caución como servirá para que la prisión provisional no surta efecto, garantizando la presentación del procesado, además será de gran ayuda para que no sea la prisión la que sirva de enganche para que el imputado arribe al proceso; al contrario, la caución pretende hacer cumplir con dicho objetivo. Del mismo modo en virtud de esta medida es posible asegurar su presencia en el proceso, el cumplimiento de la pena que se imponga y la reparación integral de los derechos de la víctima. (p. 10)

La caución, entonces desempeña con las mismas finalidades de la prisión provisional o preventiva, que son los de asegurar al imputado en el proceso, hacer que el mismo cumpla, de ser el caso con la pena que se dicte dentro del proceso. Sin embargo, la caución como medida cautelar dentro del sistema procesal penal no es muy empleada, pese a que coadyuba al sistema de administración de justicia, puesto que con esta se garantizaría en mejor forma el derecho fundamental de la libertad.

Lo anterior no implica que la caución pueda subsistir por sí sola, ya que esta necesita de una obligación principal, que en este acto será la prisión preventiva, con la diferencia que con ella se logra la recuperación de la libertad personal y se cumpla con los fines del proceso penal. En el mismo sentido, Vaca citado en Carbajal (2021) manifiesta que:

La libertad provisional bajo caución, es la que obtiene el procesado o acusado en el curso de una causa o un proceso penal, antes de la resolución definitiva, para impedir o suspender la prisión preventiva, garantizando su presentación al juicio, y la eventual ejecución de la pena, por medio del suministro de una caución real o personal. (p. 11)

Jurídicamente, según el Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, la caución es la medida que se dispone “para garantizar la presencia de la persona procesada y suspenderá los efectos de la prisión preventiva” (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 534), por lo que puede presentarse de diversas formas como:

1. Caución hipotecaria: Se deberá acompañar el certificado del Registrador de la Propiedad del cantón o distrito en donde están situados los bienes inmuebles, libre de gravámenes y el certificado del avalúo municipal correspondiente.
2. Caución prendaria: Se deberá acompañar los documentos que acrediten el dominio saneado del bien mueble ofrecido en prenda.
3. Caución pecuniaria: Se consignará el valor determinado por la o el juzgador, en efectivo, en cheque certificado o por medio de una carta de garantía otorgada por una institución financiera. La solicitud para su aceptación deberá ir acompañada de la documentación que justifique el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley.
4. Caución por póliza de seguro de fianza: Se entregará una póliza de seguro de fianza incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, emitida por una aseguradora legalmente constituida en el país y que cuente con las autorizaciones respectivas del órgano correspondiente, el beneficiario será la judicatura que ordene la medida.
5. Garante: En los casos en que la caución sea propuesta por un garante, deberá presentar los correspondientes certificados que acrediten que es propietario de los bienes que pueden cubrir el monto de la

caución. La persona que actúe como garante deberá señalar domicilio para las correspondientes notificaciones (...). (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 546)

La caución de carácter hipotecario, implica que a la solicitud debe acompañarse el certificado por parte del Registro de la Propiedad para poder justificar no solo que sobre ese bien inmueble no pese algún gravamen sino también el avalúo de forma que de hacerse efectiva la misma sea suficiente para cubrir el monto de la reparación integral. Cabe destacar que para constituir la hipoteca se debe otorgar una escritura pública ante la autoridad competente y registrarla en el registro de la propiedad, para que en virtud de ello se habilite al procesado para obtener una libertad condicional mientras el proceso llega a la etapa de juicio.

Respecto de la caución prendaria, la solicitud debe acompañarse de documentos que acrediten la propiedad, así por ejemplo el certificado del Registro Mercantil, pero también un certificado de gravámenes; y en igual forma que en el caso anterior se debe verificar si los bienes prendados son suficientes para cubrir el monto de la caución para que posteriormente se entregue a un depositario judicial. En cuanto a la caución pecuniaria, ésta debe ser rendida en cheque o en efectivo previa certificación de su consignación en una cuenta de la Función Judicial. Finalmente, la caución de póliza y garante se efectuará en la forma ya prescrita por la ley conforme se citó anteriormente.

2.2. La caución en el derecho comparado

Tomando en cuenta que el Derecho comparado tiene como objetivo observar y buscar la similitud de la legislación materia de investigación en relación con el objeto de estudio con otras legislación que presenta normas coincidentes, en este sentido, en el presente trabajo se analizó la normativa referente a la caución con el Derecho chileno, hondureño, boliviano y colombiano en razón que se ha buscado establecer diferencias y semejanzas del tratamiento que se le otorga a esta figura jurídica dentro de estas legislaciones para de ese modo otorgarle un mayor asidero científico a la investigación.

- Derecho chileno.

Según el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal chileno con sus reformas de 2022 la caución se regula en la misma forma como lo hace el Ecuador pues tiene por objeto:

(...) reemplazar la prisión preventiva. Cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta únicamente para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará. La caución podrá consistir en el depósito por el imputado u otra persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas idóneas calificadas por el tribunal. (Código de Procedimiento Penal Chileno, 2022).

La caución reemplaza la prisión preventiva ante un riesgo procesal, es decir como consecuencia de haberse dictado esta medida de índole gravosa ya que, la detención se impone únicamente para garantizar la comparecencia del acusado ante el tribunal y la posible ejecución de la sentencia consecuentemente, el tribunal puede conceder

en su lugar una garantía financiera suficiente por ello esta debe incluir un depósito de dinero o valores por parte del procesado u otros, la creación de una hipoteca o garantía, o una garantía por parte de una o más personas, según lo considere apropiado el tribunal.

- Derecho hondureño.

Según el artículo 93 del Código Penal de Honduras a diferencia del Ecuador la caución se otorga en los casos de buena conducta, pues esta norma señala que:

(...) La caución de buena conducta consiste en la garantía personal, hipotecaria, pignoratícia o depositaria, prestada a satisfacción del juez y por el término señalado la (sic) sentencia, de que el sujeto peligroso no perpetrará nuevos hechos punibles y de que cumplirá las normas de conducta que le sean impuestas durante un período de prueba, el cual no será menor de un año ni mayor de cinco.

Se aplicará esta medida en todos los casos en que el juez la estime oportuna, especialmente a los autores de delito de peligro, sin perjuicio de la pena cuando hubiere lugar. La caución se hará efectiva a favor del Fisco cuando el sometido a esta medida violare las normas de conducta impuestas; en caso contrario, al finalizar el plazo, se ordenará la restitución de la suma depositada, la extinción de la fianza o la cancelación de la obligación pignoratícia o hipotecaria a que se haya constituido. (Congreso Nacional de Honduras, 1996)

Lo que expresa este ordenamiento plasma la pauta de que, aunque el estándar es que, con la caución se asegure el cumplimiento de una obligación, en materia penal y dependiendo de cada ordenamiento jurídico la obligación puede variar, pues en el Ecuador y Chile se prevé que con la caución el procesado comparezca a juicio, mientras que en Honduras con la caución se orienta la lucha contra los índices de criminalidad porque lo que se busca es evitar la reincidencia y la comisión de nuevos delitos.

- Derecho boliviano.

Según el artículo 85 del Código Penal de la legislación de Bolivia la caución se puede otorgar en casos de buen comportamiento, por eso se determina que:

(...) La caución de buena conducta, que durará de seis meses a tres años, impone al condenado la obligación de prestar fianza de que observará buena conducta.

La fianza será determinada por el juez, atendiendo a la situación económica del que debe darla y a las circunstancias del hecho y, en caso de ser real, no será nunca inferior a quinientos pesos bolivianos. Si fuere personal, el fiador debe reunir las condiciones fijadas por el Código Civil.

Si durante el plazo establecido, el caucionado observare buena conducta, el monto de la fianza será devuelto al depositante o quedará cancelada la caución. En caso contrario, el juez podrá substituir la fianza con otra u otras medidas de seguridad que se estime necesarias. (Código Boliviano, 1997)

La fianza bajo la legislación boliviana implica una garantía de una orden personal que hace las veces de un beneficio penitenciario por buena conducta, que implica que la persona

luego de recibir una sentencia y esta estar en ejecución, si el sentenciado no tiene problemas de orden disciplinario puede optar por cumplir la pena en libertad

- Derecho colombiano.

En el caso de la legislación colombiana la caución se hace viable para algunas figuras jurídicas, por ejemplo según el artículo 38 de éste cuerpo normativo, refiere sobre la prisión domiciliaria, pues para efectos de que la pena privativa de libertad pueda ser cumplida en el lugar de residencia del sentenciado se debe rendir una caución, también en los casos de la suspensión condicional de la pena el beneficiario debe garantizar algunas obligaciones como la buena conducta, cambio de residencia, entre otros mediante caución, esto según el artículo 65 *ibídem*. (Código Penal Colombiano, 2000)

En suma, la caución en la legislación colombiana opera para que la persona sentenciada por optar por el beneficio penitenciario de casa por cárcel o con la finalidad de solicitar la suspensión condicional de la pena, figura jurídica que, si está contemplada en el Ecuador, pero bajo otros presupuestos legales.

3. La prisión preventiva

Conceptualmente se expresa que la prisión preventiva según Kostenwein, citado en Sacoto, Erazo, Pozo & Narváez (2020) “consiste en la privación de la libertad llevada a cabo antes de la existencia de una sentencia firme efectuada por un Juez o Tribunal competente contra una o más personas imputadas por la comisión de un delito” (p. 483). En los términos de la praxis jurídica se expresa que:

Un mandato de prisión preventiva implica la pérdida de la libertad ambulatoria de una persona que se encuentra inmersa en un proceso penal, en el cual se está decidiendo si es o no responsable penalmente de los hechos por los cuales, según el estado en que se encuentre el proceso, se le investiga, acusa o juzga. Esto quiere decir que, al momento de dictarse la medida, la persona no tiene una sentencia condenatoria en su contra. A su vez, dicho mandato trae consigo que el sujeto sea internado en un penal, por un plazo determinado, mientras se resuelve su situación jurídica en el proceso. (Missiego, 2021, p. 127)

A nivel de la Doctrina la prisión preventiva se aborda bajo criterios estrictos, pues según Jauchen citado en Zapatier (2020):

El encarcelamiento cautelar debe tener una proximidad a la certeza pues “ya no basta la sospecha que se exige para ordenar la detención, sino que se requiere un escalón más elevado en el grado cognoscitivo del órgano jurisdiccional respecto de la existencia del hecho y de la participación de quien se encuentra imputado. El grado cognoscitivo se eleva, por lo menos, a la existencia de probabilidad sobre la intervención penalmente relevante del imputado. (p. 35)

En efecto, se debe alcanzar un cierto grado de certeza para evitar la arbitrariedad en el encarcelamiento, ya que el riesgo o peligro de fuga tiende a estacar el proceso penal, pues aunque la privación de la libertad sea provisional, para una persona que no ha participado en la comisión del delito y para la que sí ha participado, el temor a enfrentarse a un proceso

penal en el que su derecho a la defensa se ve limitado y a una pena, limita la comparecencia al proceso. Al respecto la Corte Constitucional ha expresado que:

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. (Corte Constitucional, 2021, p. 20)

En el mismo modo Maier citado en Zapater (2020), manifiesta que la prisión preventiva:

Representa un nuevo grado de complejidad y gravedad en la privación de la libertad cautelar, caracterizada, en relación con los demás estados, por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad, pero debe sustentarse en razones objetivas que hagan presuponer que el procesado no comparecería a juicio o eludiría la acción de la justicia, o sea, razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional –definido jurídicamente– frente a la regla de la libertad personal. (p. 35)

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, cuyos requisitos de procedencia y reglas de aplicación están desarrollados desde el artículo 519 al 521 del Código Orgánico Integral Penal. Las medidas cautelares tienen por finalidad:

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
4. Garantizar la reparación integral a las víctimas. (...). (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 519)

Sin embargo, no se puede alegar que la prisión preventiva sea aplicable en los casos previstos en los numerales 1, 2 y 3 de ésta disposición legal, por la sencilla razón de que, en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, prescribe que ésta medida tiene por finalidad: “garantizar la comparecencia de la persona procesada en el proceso y el cumplimiento de la pena”. (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 534)

Esto en razón que en el numeral 1 del artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador se establece que “(...) la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso (...)”. (Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008, Art. 77)

Al respecto, es correcto decir que es muy común que, en la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, se escuche a jueces y fiscales mencionar que se ordena y se solicita la medida cautelar de prisión preventiva con el fin de evitar que se obstaculice la práctica de la prueba cuando legalmente hablando es equivocado. En cuanto a los requisitos, en el artículo 520 de este cuerpo normativo en materia penal se establecen las reglas para la procedencia de la solicitud de prisión preventiva, siendo éstas las siguientes:

1. Las medidas cautelares y de protección podrán ordenarse en delitos. En caso de contravenciones se aplicarán únicamente medidas de protección.
2. En delitos, la o el

juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal, una o varias medidas cautelares. En contravenciones, las medidas de protección podrá disponerlas de oficio o a petición de parte. 3. La o el o el (sic) juzgador resolverá de manera motivada, en audiencia oral, pública y contradictoria. De ser el caso, se considerará las solicitudes de sustitución, suspensión y revocatoria de la medida, u ofrecimiento de caución que se formule al respecto. 4. Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada. 5. Deberán cumplirse en forma inmediata después de haber sido ordenadas y se notificará a los sujetos procesales de conformidad con lo previsto en este Código. 6. La interposición de recursos no suspenderá la ejecución de las medidas cautelares o medidas de protección. 7. En caso de incumplimiento de la medida cautelar por parte de la persona procesada, la o el fiscal solicitará su sustitución por otra medida más eficaz. 8. La o el juzgador vigilará el cumplimiento de las medidas cautelares y de protección con intervención de la Policía Nacional. 9. En el caso de delitos contra la integridad sexual y reproductiva de niños, niñas y adolescentes, se dictará medidas de protección, de manera obligatoria e inmediata. (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 520)

En forma complementaria el artículo 534 de este mismo cuerpo legal establece los requisitos que se debe reunir para fundamentar la solicitud, así en la forma siguiente:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa. (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 534)

De lo citado entonces, queda claro que en este tipo de audiencia se debe tener en claro dos términos que datan de relevantes, y son las palabras: solicitud y fundamentada, pues con base en ellas en el Código Orgánico Integral Penal queda patentizado que en la fiscalía recae la obligación de solicitar la medida de prisión preventiva, pero a más de ello fundamentar la misma cumpliendo con todos los requisitos del artículo 534, puesto que la falta de uno de ellos inhabilita al juez para aceptar la solicitud.

Lo anterior considerando que los jueces amparados en la sana crítica, deben analizar si el pedido tiene coherencia en función de los requisitos para no inadmitirla o en su defecto admitirla, porque en ambos casos el juzgador tiene que motivar la resolución, esto conforme a lo que dispone el literal l) numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008, Art. 76)

De hecho, la Corte Constitucional en concordancia a la obligación de resolver en forma motivada la solicitud conforme a lo que indica el numeral 3 del artículo 520 del Código Orgánico Integral Penal, en la sentencia No. 030-15-Sep-CC al hacer referencia a la motivación indica que “(...) en todos los casos, los jueces o tribunales deberán hacer una exposición detallada de los fundamentos de su decisión, en relación directa con los hechos (...)”.

Retomando el tema de aceptación o no de la solicitud de prisión preventiva, en forma concluyente se puede decir, que no solo basta que se cumpla con los requisitos para la fundamentación, sino que, por parte de la fiscalía debe existir una argumentación suficiente del por qué pide la misma, de no ser así, ni el juez, ni la defensa pública o privada de la persona procesada podrán saber porque razón la fiscalía está solicitando esta medida cautelar.

Continuando con el análisis, es correcto mencionar que la prisión preventiva está sujeta a revocatoria y sustitución, y las medidas alternativas a sustitución, en este orden la prisión preventiva puede ser revocada por las siguientes razones:

1. Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron.
2. Cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia.
3. Cuando se produce la caducidad. En este caso no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva.
4. Por declaratoria de nulidad que afecte dicha medida. (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 535)

Ciertamente, las medidas alternativas pueden ser sustituidas porque se ha incumplido con ellas y no se puede sustituir la prisión preventiva si se trata de reincidencia. En casos especiales la prisión preventiva:

(...) podrá ser sustituida por el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica, en los siguientes casos: 1. Cuando la procesada es una mujer embarazada y se encuentre hasta en los noventa días posteriores al parto. En los casos de que la hija o hijo nazca con enfermedades que requieren cuidados especiales de la madre, podrá extenderse hasta un máximo de noventa días más. 2. Cuando la persona procesada es mayor de sesenta y cinco años de edad. 3. Cuando la persona procesada presente una enfermedad incurable en etapa terminal, una discapacidad severa o una enfermedad catastrófica, de alta complejidad, rara o huérfana que no le permita valerse por sí misma, que se justifique mediante la presentación de un certificado médico otorgado por la entidad pública correspondiente. 4. Cuando el procesado sea miembro activo de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria y el hecho investigado tenga relación con una circunstancia suscitada en el cumplimiento de su deber legal. (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 537)

Finalmente, es importante indicar que la prisión preventiva puede ser sustituida rindiendo una caución, pero no en todos los casos, ya que tiene limitación para su admisibilidad, pues en el artículo 544 del Código Orgánico Integral Penal se prescribe que la caución no puede ser admitida cuando las víctimas de la infracción penal sean “(...) niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad o adultas o adultos mayores”, cuando se trate de “(...) delitos cuya pena máxima privativa de libertad sea superior a cinco años”, cuando “la persona procesada por cualquier motivo ocasione la ejecución de la caución”, y cuando se trate de “(...) delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (...)”. (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 544)

La sustitución se fundamenta en la línea jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia 8-20 CN/21 manifiesta que 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 en 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.

Ciertamente, lo que expresa la Corte Constitucional es relevante en razón que, existen otros instrumentos alternativos (medidas alternativas a la prisión preventiva y la caución) con los cuales los fines del proceso también podrían cumplirse sin afectar el derecho de tutela judicial efectiva y el derecho a la reparación integral. Incluso Cafferata citado en Espinosa (2022) expresa que:

(...) es la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, y que aquel rigor máximo deja de justificarse cuando estos objetivos pueden ser cautelados con medidas menos severas, surge la idea de evitarlo antes de que ocurra, o hacerlo cesar cuando ya se haya producido, siempre que en ambas hipótesis la privación de libertad no sea necesaria. (p. 353)

En suma, lo que se debe procurar en el proceso penal es imponer medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, debido a que la incidencia negativa con respecto a los derechos y garantías constitucionales de la persona que está siendo procesada, es notable desde cualquier arista que se analice.

4. La pena y la reparación integral

La reparación integral no es una pena sino una consecuencia accesoria de ella, puesto que esta nace de la responsabilidad penal del sentenciado en virtud de la cual se ve en la obligación de resarcir a la víctima por los daños materiales e inmateriales como producto de la comisión del delito.

La reparación integral se encuentra prevista en la Constitución de la República del Ecuador y parte primordialmente de dos circunstancias, la primera es el reconocimiento, pues la norma fundamental del estado en el artículo 78 de su texto prevé que:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las

protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. (Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008, Art. 78)

Y la segunda, el sometimiento a los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente la *restitutio in integrum*, entendida como el tipo de reparación que debe llevar a cabo el Estado en caso de haber incumplido con las obligaciones que se derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en aras de devolver a la víctima de la infracción penal a su estado anterior y comprendida como un elemento de la reparación integral que hace referencia a:

(...) la pretensión que persigue de restablecer el derecho, como finalidad idónea de esta que es expresada a través de la *restitutio in integrum*, institución que pretende devolver a la víctima al estado anterior a la producción del daño, siempre y cuando sea posible, como por ejemplo en el caso de reintegro de un trabajador a su puesto de trabajo. Es importante recalcar que cuando no es posible la retroacción de los sucesos que vulneraron el derecho, como ocurre en el caso de graves vulneraciones de derechos humanos, será necesaria la adopción de medidas alternativas o un conjunto de formas de reparación que puedan compensar el daño propiciado; sin embargo, la *restitutio in integrum* constituye el máximo ideal de la reparación integral, por cuanto define que devolver a la víctima a su estado anterior conforma la finalidad óptima de alcanzar la reparación integral. (Aguirre & Alarcón, 2018, p. 24)

En estricto sentido de lo anterior, no es posible que las consecuencias derivadas del cometimiento de la infracción penal, puedan volver al estado anterior como si no se hubiera suscitado el hecho punible, pero si es procedente que en la medida de lo posible se aplique las formas alternativas de reparación como las que prevé el artículo 78 de la norma superior del Estado ecuatoriano, esto en razón que:

La *restitutio in integrum* por la naturaleza de las afectaciones derivadas de una transgresión de un derecho constitucional debe ser interpretada de manera profunda, con lo cual no implica limitadamente el solo reconocimiento de la restitución del goce del derecho, ya que el restablecimiento debe comprender un goce material para que se ajuste a una reparación adecuada, debe desplegarse el derecho a los hechos. Entonces, es la naturaleza del conflicto y el tipo de afectaciones las que determinan las formas y alcances de la reparación integral. (Aguirre & Alarcón, 2018, p. 19)

Lógicamente, el “*restitutio in integrum*” implica que la reparación a la víctima no puede hacerse en forma parcial sino íntegra de acuerdo al daño o afectación derivada del cometimiento de la infracción penal, por ello en los procesos penales mediante la prueba aportada se cuantifica el monto de la reparación.

4.1 Alcance e implicaciones jurídicas con respecto de la caución

Es máxime que las medidas cautelares tienen un fin constitucionalmente válido cuando son dictadas con base en las circunstancias propias del caso en concreto y dando prioridad al derecho a la libertad a través de medidas alternativas a la prisión preventiva o la caución, esto en razón que:

Determinar que las medidas cautelares constitucionales es mecanismo adecuado y pueden ser utilizado con el objetivo de que se aplique correctamente el deber de prevención de violación de derechos que tiene el Estado hacia los ciudadanos, la regulación constitucional de este tipo de procedimientos aun nos resulta un tanto pobre, imprecisa y confusa. (Vernaza, 2020, p. 6)

El alcance e implicaciones jurídicas de la caución, radica en el derecho de libre tránsito limitado por la privación de la libertad la cual según Bermúdez (2021) se define “como la restricción de uno de los derechos fundamentales del ser humano, la libertad, entendida como el derecho a la libre movilidad e interacción con su entorno”. (p. 35)

La Constitución de la República del Ecuador incorpora dentro de sus preceptos constitucionales, la excepcionalidad de la prisión preventiva, en su artículo 77 numeral 1 determina que:

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley. (Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008, Art. 77)

Este precepto está ligado al derecho de libre tránsito pues en el numeral 14 el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador establece: “(...) 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” (Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008, Art. 66).

Cabe referir que estas normas son inobservadas en muchos casos en los que se hace necesaria su aplicación, uno de ellos era la prohibición para sustituir la medida cautelar de prisión preventiva en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad superior a los cinco años, sin embargo respecto de la prohibición para aplicar la caución en los delitos que contemplan esta misma pena el efecto jurídicos sería el mismo, por lo cual, se puede manifestar que existe una tensión normativa con estas normas, lo cual implica que a nivel procesal desde la esfera de la constitucionalización del derecho penal el Ecuador no estaría en desarrollo.

Se expresa una carencia de desarrollo, porque si se limita la posibilidad de rendir caución en delitos que contemplan una pena privativa de libertad superior a los 5 años se estaría contrariando el hecho de que la prisión preventiva tiene carácter excepcional, pues en el marco de un proceso penal ordinario la caución cumple con la misma finalidad de la prisión preventiva. En este orden si limitar la sustitución de la prisión preventiva cuando se trataba de delitos que contemplaban una pena privativa de libertad superior a los 5 años constituía un menoscabo al derecho a la libertad, lo mismo se puede afirmar de lo que ocurre con la caución.

Manifiestar que la caución cumple el mismo fin que la prisión preventiva dentro de un proceso penal ordinario no es inadecuada, pues si la finalidad de la caución es suspender el efecto de la prisión preventiva, esto es limitar la libertad de tránsito, obviamente entre líneas se estará acreditando que con la caución también se garantiza que la persona procesada comparezca al proceso penal y que cumpla con la pena en el caso de que esta sea condenatoria.

Entonces si se mantiene la norma tal como está descrito en el numeral 2 del artículo 544 del Código Orgánico Integral penal se estaría vulnerando disposiciones expresas determinadas en los artículos 3 y 7 de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos y los artículos 8 y 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificados por el Ecuador, puesto que “la procedencia de las medidas cautelares está justificada, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes (...)” (Herrera, 2020, p. 5). Esta igualdad también tendrá que ver con el hecho de que la persona procesada se defienda en libertad y comparezca a todas las etapas del proceso en razón que no existe una sentencia en la cual se haya declarado la culpabilidad.

Análisis e interpretación de los resultados de la entrevista

El objetivo de las entrevistas fue obtener información relevante acerca de la caución y su incidencia con respecto al derecho a la libertad, naturalmente, la praxis jurídica data que las personas entrevistadas deben ser conocedoras del tema, para de ese modo, llevar a cabo una investigación adecuada. En ese sentido el instrumento de guía de entrevista se aplicó a las siguientes personas: 1) Dr. Fredy Sevillano, Juez de la Unidad Judicial Penal de Ibarra; 2) Dr. Meyderman Chandi, Juez de la Unidad Judicial Penal de Ibarra; 3) Dra. Lizandra Bastidas – Agente fiscal de Ibarra y 4) Abg. Lilian Maribel Inuca Morales - Agente fiscal de Otavalo

Tabla 1.

Pregunta 1. ¿Considera usted que el derecho a la defensa se ve limitado cuando la persona procesada se encuentra privado de su libertad?	
Entrevistado 1. Dr. Fredy Sevillano, Juez de la Unidad Judicial Penal de Ibarra.	Entrevistado 2. Dr. Meyderman Chandi, Juez de la Unidad Judicial Penal de Ibarra.

<p>Respuesta.</p> <p>El debido proceso llamado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho de defensa procesal, consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal.</p> <p>De lo expuesto se denota indudablemente un nexo entre el debido proceso y el respeto del derecho de defensa, en cualquier tipo de procedimiento principalmente desde la perspectiva del proceso penal y su interpretación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Inicialmente debe apuntarse que dicha conexión inmediatamente remite a la consideración de las garantías judiciales.</p>	<p>Respuesta.</p> <p>Considero que desde el uso del COIP es decir a partir del 10 de agosto del 2014, fecha en la que entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, el mismo dio paso y fomentó el abuso de la prisión preventiva, ya que estableció penas desproporcionadas con figuras delictivas que se contradicen con el Estado de derechos y justicia, es posible visibilizar que una buena parte de las penas no son proporcionales al daño causado por el delito, tal como se establece en el artículo 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador.</p>
<p>Entrevistado 3.</p> <p>Dra. Lizandra Bastidas – Agente fiscal de Ibarra.</p>	<p>Entrevistado 4.</p> <p>Abg. Lilian Maribel Inuca Morales - Agente fiscal de Otavalo.</p>
<p>Respuesta.</p> <p>Sí, recordemos que no es lo mismo ejercer el derecho a la defensa encontrándose el procesado con medidas alternativas a la prisión preventiva que defenderse con una medida cautelar de prisión preventiva. Si bien es cierto una de las finalidades de las medidas cautelares es proteger los derechos de la víctima también es cierto que se debe proteger los derechos de la persona procesada. Y al verse limitado este derecho a la defensa para los abogados se torna más complejo poder demostrar una teoría la cual lleve a la ratificatoria de inocencia.</p>	<p>Respuesta.</p> <p>Sí, en virtud de que la persona privada de libertad ante la Constitución y demás organismos internacionales se encuentra revestida de varios derechos que le asisten, siendo que al estar sin su libertad no puede acceder a una defensa justa y proba, que tengan como fin contradecir los hechos que se le imputa.</p>

Análisis.

Considerando el hecho que la prisión preventiva “(...) no puede constituirse como una pena anticipada que contravenga el principio de presunción de inocencia que protege al imputado (...)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020), y que sobre todo que actualmente no se contempla como tema de debate que:

(...) que los Estados Parte pueden adoptar medidas de derecho interno para prevenir la delincuencia, una parte de ellas a través de su ordenamiento jurídico y particularmente del Derecho Penal a través de la imposición de penas, pero estima necesario enfatizar que ello no es función de la prisión preventiva (...). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

En este orden, resulta necesario entonces, que se deje de considerar que los delitos que contemplan una pena privativa de libertad superior a cinco años como una limitante para conceder la caución, puesto que, la libertad es el derecho que viene a constituirse como piedra angular para ejercer el derecho a la defensa en mejor forma, en razón que el derecho a la defensa:

(...) se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, inter alia, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas (...). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

La primera faceta que engloba, el poder rendir un testimonio en forma libre y voluntaria o en su defecto acogerse al derecho al silencio y la segunda faceta que tiene estricta vinculatoriedad con la vulneración del derecho a la libertad con la limitación de la caución, pues si bien es cierto el procesado puede contar con un defensor técnico de su elección sin embargo, esto no implicará que la defensa formal y material sea eficaz ya que el ciudadano procesado en el mayor de los casos no recibe las visitas de su abogado para conocer su situación jurídica por ello nunca será lo mismo asumir la defensa con medidas no privativas de libertad que con medidas de aseguramiento cautelar personal restrictivas del derecho de libertad ambulatoria.

Tabla 2.

Pregunta 2. ¿Considera usted que la finalidad más importante de la caución es poder asumir el derecho a la defensa sin ser privado de la libertad?	
Entrevistado 1. Dr. Fredy Sevillano, Juez de la Unidad Judicial Penal de Ibarra.	Entrevistado 2. Dr. Meyderman Chandi, Juez de la Unidad Judicial Penal De Ibarra.

<p>Respuesta.</p> <p>La caución es una obligación accesoria de un tercero o del procesado que rinde para obtener la libertad. Ahora bien, el artículo 543 del COIP determina que la caución se dictará para garantizar la presencia del procesado al proceso, empero, es evidente que conforme al artículo 519.4, ibídem, su sostén además es la reparación integral. Una vez admitida, cumplida el trámite previsto en la ley, si se incumple la obligación, es decir si el procesado no comparece al proceso, fundamentalmente a la audiencia de juicio, el juez puede declarar la ejecución de la caución y vuelve a ordenar la prisión preventiva, sin que ello quiera decir que el procesado se libere de una posible condena, ni que por un fallo absolutorio se le deba devolver la caución ejecutada. La caución puede ejecutarse conforme a los casos determinados en el artículo 547 del COIP. La cancelación de la caución implica la extinción de sus efectos jurídicos por las causas determinadas en la ley art. 548 ibídem.</p>	<p>Respuesta.</p> <p>Al ser esta una garantía que entrega el procesado teniendo el propósito de asegurar que se presentará cuando sea requerido en el proceso, de la misma manera garantizará la ejecución de la sentencia dictada en su contra, así como también el pago de la reparación de los derechos de las víctimas que sea fijada en la sentencia.</p>
<p>Entrevistado 3.</p> <p>Dra. Lizandra Bastidas – Agente fiscal de Ibarra.</p>	<p>Entrevistado 4.</p> <p>Abg. Lilian Maribel Inuca Morales - Agente fiscal de Otavalo.</p>
<p>Respuesta.</p> <p>Sí, en virtud de que la caución es una obligación accesoria de un tercero o del procesado que tenga orden de prisión preventiva que rinde para obtener la libertad, pero también considero que una de las finalidades importantes de la caución es la reparación integral y además considero que sería muy factible para liberar el espacio en las cárceles, espero que en Ecuador se pueda aplicar más esta figura legal como en los Estados Unidos.</p>	<p>Respuesta.</p> <p>Sí, ya que la caución se considera un mecanismo que permite proteger los derechos de las partes en el proceso penal, garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal a fin de que cumpla con la pena y confiera una reparación integral a la víctima, y no limita que el procesado en libertad ejerza su derecho a la defensa.</p>

Análisis.

Efectivamente, finalidad más importante de la caución es poder asumir el derecho a la defensa sin ser privado de la libertad, puesto que suspende los efectos de la prisión preventiva, que es estar alojado en un centro de privación de libertad durante el tiempo de

la instrucción, en este orden si la caución tiene el carácter de importante en el marco del ejercicio del derecho a la defensa porque habría que superar sus limitaciones ya que la privación de la libertad es de última ratio y además el “(...) derecho a la libertad personal ha sido entendido desde la perspectiva de la libertad física (libertad de movimiento). Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ha dado un contenido amplio, que se asocia también a la posibilidad de autodeterminación (...) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020)”, en razón que:

En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p. 30)

Entonces la libertad en sentido amplio es el libre albedrío de cada persona para actuar de acuerdo a sus convicciones en cualquier orden, siempre y cuando, dichos actos no afecten o vulneren los derechos de otras personas, ya que la consecuencia jurídica inmediata sería limitar dicho derecho constitucional.

Tabla 3.

Pregunta 3. ¿Considera usted que la caución genera impunidad?	
Entrevistado 1. Dr. Fredy Sevillano, Juez de la Unidad Judicial Penal de Ibarra.	Entrevistado 2. Dr. Meyderman Chandi, Juez de la Unidad Judicial Penal De Ibarra.
Respuesta. La caución es la garantía que se entrega con el fin de asegurar que se cumplirá con lo pactado o prometido. La caución alude a la palabra cautela o prevención y su objetivo es asegurar a una parte de un contrato o acuerdo de que se cumplirá con los compromisos pactados no se evidencia impunidad, al contrario, dar la oportunidad que el reo se defienda en libertad.	Respuesta. En lo que dice las normas considero que no ya que la caución es sustitutiva de la prisión preventiva ya que aun cuando se mantienen los fundamentos o bases de tal decisión jurisdiccional, se permite que el individuo pueda recuperar su libertad; pero en la práctica en el diario vivir es posible que se genere impunidad parcial por cuanto la

	persona al encontrarse en libertad puede ausentarse el país y no seguir compareciendo al proceso.
Entrevistado 3. Dra. Lizandra Bastidas – Agente fiscal de Ibarra.	Entrevistado 4. Abg. Lilian Maribel Inuca Morales - Agente fiscal de Otavalo.
Respuesta. No, puesto que al haber la caución de por medio está asegurada la reparación integral a la víctima, independientemente de si el procesado se da a la fuga. Ya la norma nos establece que si el procesado no comparece a la audiencia de juicio la caución podrá ser ejecutada y desde mi punto de vista lo que la víctima en su mayoría de ocasiones busca es una reparación integral por el bien jurídico afectado.	Respuesta. No, hay que entender que la caución es un rubro ofrecido por parte del procesado, y constituye una garantía de su comparecencia a juicio sea que en la misma lo absuelvan o lo condenen previo a un juicio justo.

Análisis.

De la información obtenida por los entrevistados es claro que la caución no genera impunidad, dado que es una garantía para la comparecencia a juicio de la persona procesada, la misma que en caso de ser incumplida implica la ejecución de la misma y sobre la base de ello que se vuelva a ordenar la prisión preventiva, debiendo girar la respectiva orden de detención para que se proceda a la ubicación y captura del procesado. De hecho, la Corte Nacional en la consulta realizada por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en los siguientes términos: “(...) ¿Cuál es el curso procesal que debe tomar la causa y cuáles los efectos jurídicos de dicha ausencia del procesado al juicio?”. (Corte Nacional de Justicia, 2018), expresa que:

Si el procesado no comparece al proceso, fundamentalmente a la audiencia de juicio, el juez puede declarar la ejecución de la caución y vuelve a ordenar la prisión preventiva, sin que ello quiera decir que el procesado se libere de una posible condena, ni que por un fallo absolutorio se le deba devolver la caución ejecutada. Si el procesado ha comparecido al proceso, a la audiencia de juicio, y a su vez ha sido condenado, con la sentencia ejecutoriada se debe proceder a liquidar la caución, y para hacerlo, en primer lugar, se deben considerar los montos que le corresponden a la víctima en razón de la reparación integral, de existir excedente se debe proceder a su devolución. (Corte Nacional de Justicia, 2018)

En suma, si se hace efectiva la caución rendida por la persona procesada o su garante, el procesado deberá cumplir la orden de prisión preventiva de acuerdo con los plazos señalados en la ley de la materia y el monto de la caución destinado para garantizar la

reparación integral, debiendo devolverse el saldo excedente, por ende, el ciudadano procesado no quedará liberado del proceso penal ni de la pena a imponerse según el tipo penal cometido.

Tabla 4.

<p>Pregunta 4. ¿Considera usted que la caución es una medida eficaz que permite obtener los mismos resultados de la prisión preventiva en los procesos penales ordinarios?</p>	
<p>Entrevistado 1.</p> <p>Dr. Fredy Sevillano, Juez de la Unidad Judicial Penal de Ibarra.</p>	<p>Entrevistado 2.</p> <p>Dr. Meyderman Chandi, Juez de la Unidad Judicial Penal De Ibarra.</p>
<p>Respuesta.</p> <p>Se considera que la caución es una medida que surte los mismos efectos que la prisión preventiva; dentro del sistema penal ecuatoriano es una medida cautelar que se emite de forma motivada por parte del juez penal competente debiendo cumplir los criterios de necesidad y proporcionalidad.</p>	<p>Respuesta.</p> <p>En base a la norma podría llamarse eficaz ya que, si el procesado recupera su libertad, éste se mantiene a órdenes del Juez o Tribunal Penal y no puede ausentarse del país, ni dejar de atender el llamado de los mismos; siendo que el procesado se obliga, en virtud de la caución, a concurrir al llamado del Juez o Tribunal Penal, tantas veces así se disponga.</p>
<p>Entrevistado 3.</p> <p>Dra. Lizandra Bastidas – Agente fiscal de Ibarra.</p>	<p>Entrevistado 4.</p> <p>Abg. Lilian Maribel Inuca Morales - Agente fiscal de Otavalo.</p>
<p>Respuesta.</p> <p>Considero que en ciertos casos si sería una medida eficaz, sin embargo, si bien la finalidad o el objeto de la caución es garantizar la comparecencia del procesado a juicio, sin embargo, al recuperar el procesado la libertad tranquilamente puede darse a la fuga independientemente de la caución y tomando en consideración de la pena que sería impuesta al emitir una sentencia condenatoria.</p>	<p>Respuesta.</p> <p>Sí, porque la caución es un medio que sirve para suspender los efectos de la prisión preventiva siempre y cuando se cumpla con las condiciones establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, se constituye como el medio para el cumplimiento del ejercicio de un derecho, por tanto, se convierte en exigible y necesaria para proteger los derechos de los investigados y que estos puedan acceder a la justicia proba y se les pueda sancionar o no.</p>

Análisis.

Efectivamente la caución es una medida eficaz que permite obtener los mismos resultados de la prisión preventiva en los procesos penales ordinarios, puesto que ésta tiene por finalidad al igual que la prisión preventiva garantizar la comparecencia de la persona procesada a juicio, por lo tanto ésta figura jurídica debería tener preminencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano dado la situación carcelaria que el país enfrenta, en la marco de la seguridad y los hacinamientos o sobrepoblación carcelaria, “(...) los escenarios no satisfacen los fines de prevención especial que deben acometerse con la ejecución de las penas (...)”. (Carrillo, 2021, p. 41)

Tabla 5.

<p>Pregunta 5. ¿Considera usted que debería declararse la inconstitucionalidad de la norma que prohíbe que el procesado pueda rendir caución cuando se trate de delitos sancionados con una pena privativa de libertad superior a cinco años por vulnerar los derechos de libertad e igualdad y no discriminación?</p>	
<p>Entrevistado 1.</p> <p>Dr. Fredy Sevillano, Juez de la Unidad Judicial Penal de Ibarra.</p>	<p>Entrevistado 2.</p> <p>Dr. Meyderman Chandi, Juez de la Unidad Judicial Penal De Ibarra</p>
<p>Respuesta.</p> <p>Sí se debería declarar la inconstitucionalidad a las normas que no permiten rendir caución, debiendo procederse en similar forma a la ya observada por la Corte Constitucional con Sentencia No. 8-20-CN/21, que declaró la inconstitucionalidad de la frase contenida en el primer párrafo del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal estableciendo que la prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el COIP dado que la caución es una garantía que se otorgará para garantizar la presencia de la persona procesada al juicio.</p>	<p>Respuesta.</p> <p>La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 8-20-CN/21, declaró inconstitucional la frase contenida en el inciso primero del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, que establece “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años...” sustituyendo el Art. 536 por el siguiente: “La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, ni en los delitos de peculado, sobrepagos en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado...”</p> <p>La Corte Constitucional al haberse pronunciado y otorgar el beneficio y derecho a las personas procesadas y privadas de libertad por delitos cuya pena privativa supera los 5 años de prisión, quienes pueden acogerse a la sustitución de la prisión preventiva, es necesario que se analice la aplicación de la</p>

	<p>caución en delitos con pena privativa de libertad superior a 5 años, en pro de los principios constitucionales a la libertad y derecho de igualdad consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, para que esto no recaiga como un acto de discriminación ya que todos tenemos los mismos derechos y debemos ser valorados de la misma manera.</p>
<p>Entrevistado 3.</p> <p>Dra. Lizandra Bastidas – Agente fiscal de Ibarra.</p>	<p>Entrevistado 4.</p> <p>Abg. Lilian Maribel Inuca Morales - Agente fiscal de Otavalo.</p>
<p>Respuesta.</p> <p>Sí, la Asamblea como Órgano Legislativo es quien debe reformar esta norma e irse por el lineamiento de aplicar la caución en delitos superiores a 5 años exceptuando determinados delitos, porque recordemos que existe la figura jurídica de la suspensión condicional de la pena que también se la puede aplicar hasta los 5 años a la cual muchos de los procesados cumplen con los requisitos que esta exige para ser aceptados.</p>	<p>Respuesta.</p> <p>Sí, el derecho constitucional a la libertad, es un derecho que como fundamental debe ser preservado para cualquier persona, y cuando se ve limitado por el cometimiento de una infracción penal, esa limitación claramente contraría una serie de garantías que señala la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y las Leyes especialmente el Código Orgánico Integral Penal; más aún en un estado constitucional de derechos y justicia, y si la asociamos a la caución al ser ésta una obligación accesoria de un tercero o del procesado que tenga una orden de prisión preventiva, esta tiene como fin principal obtener la libertad de una persona, consagrando así el principio de la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico; en tal virtud creo que si se debería declarar la inconstitucionalidad del artículo 544 del COIP., que habla sobre la inadmisibilidad de la caución.</p>

Análisis.

Es necesario que se declare la inconstitucionalidad de la norma que prohíbe que el procesado pueda rendir caución cuando se trate de delitos sancionados con una pena privativa de libertad superior a cinco años, por vulnerar los derechos de libertad e igualdad y no discriminación, siguiendo la misma línea de análisis de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que prohibía la sustitución de la prisión preventiva en

delitos que contemplaban una pena superior a cinco años, pues que la caución permite un mejor ejercicio de derecho a la defensa.

Discusión de los resultados

El control constitucional “(...) ha tenido un desarrollo ligado al desarrollo de estos modelos de estado constitucional, siendo el contexto norteamericano donde imperó la idea de que debe existir un control del sistema jurídico y la actividad legislativa con relación al texto constitucional” (Cueva, Uyaguari & Campoverde, 2019, p. 207)). En la misma línea argumentativa Betancourt & Romero expresan que:

La interpretación constitucional es un pilar fundamental para la materialización de los derechos humanos, en el sentido que con la jurisprudencia puede provocar reformas legales, pero sobre todo interpretaciones extensivas de los derechos plasmados en la Constitución. (Betancourt & Romero, 2021, p. 482)

El control de constitucionalidad desempeña una función importantísima en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en razón que asegura que el texto constitucional tenga eficacia jurídica, naturalmente cuando una norma es inconstitucional bien se puede presentar una acción pública de inconstitucionalidad de conformidad a lo previsto en el artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con los artículos 75 y 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, o se puede proponer una acción de consulta de la norma conforme a lo que determina el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con los artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues en estas disposiciones legales se establecen el ámbito de competencia de la Corte Constitucional.

De lo anterior, como respuesta a la problemática planteada y en función del objetivo de investigación, es que se declare la inconstitucionalidad del artículo 544 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, pues asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal no tiene fundamento legal para crear un punto de inflexión con los derechos del procesado, principalmente porque con la Constitución de la República del Ecuador de 2008, el derecho penal tiene transcendencia de orden garantista y porque el debido proceso no puede desprenderse ni de las normas infraconstitucionales ni de los procesos penales, en razón que en virtud de él, es que en medida de lo posible se brinda un resultado justo a los sujetos procesales, pese a que desde su propia convicción en ciertos casos no lo parezca, visto que, se debe tener claro que el garantismo penal lo que procura es poner límites rígidos al poder punitivo del Estado, y que algunas normas que gravitan en la esfera legalista deben eliminarse del catálogo normativo penal en aras de atender las nuevas necesidades sociales que marca el derecho procesal penal.

Así en virtud de lo antes expuesto, lo lógico es que el fundamento de inconstitucionalidad comprenda el siguiente argumento: se debe superar la limitación contenida en el artículo 544 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal que prevé, como excepción, que no se admitirá la caución cuando la pena del delito por el que se procesa sea superior a 5 años, esto en razón de que dicha norma genera un conflicto con el artículo 77 numeral 1 de la

Constitución de la República del Ecuador que determina que la privación de libertad no será la regla general, y teniendo claro que la caución cumple la misma función de la prisión preventiva en el marco de un proceso penal ordinario. En suma, con la declaratoria de inconstitucionalidad de esta norma, se puede superar la vulneración del artículo 66 numeral 14 y 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, a fin de que tanto la víctima como el procesado litiguen en igualdad de condiciones y una norma no puede restringir o menoscabar el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales que se encuentran regulados en la norma fundamental de la siguiente forma:

(...) Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 14. 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 peligran 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. (Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008, Art. 66)

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley (...). (Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008, Art. 77)

En suma, la libertad de circulación es una condición necesaria para el libre desarrollo de todas las personas extensivo a otros derechos establecidos en instrumentos legales de derechos humanos, como el derecho a una vida digna; tener una familia, acceso a la educación, sanidad y asistencia social de calidad. Por ende, las limitaciones al derecho de libertad solo podrán versar en una orden judicial y cumpliendo las formalidades que la ley de la materia establece porque, de hecho:

La restricción al derecho a la libertad únicamente puede tener aplicación respetando principios de orden legal y constitucional, a tal punto que la privación de la libertad ambulatoria se aplica de manera excepcional, como una medida de última ratio para asegurar la comparecencia del procesado en el juicio o para garantizar el cumplimiento de la pena, por lo que los jueces están facultados a dictar medidas alternativas a la privación de la libertad ambulatoria. (Rodríguez, Zurita, Coronel & Álvarez, 2020, p. 616)

En este orden la privación de la libertad jamás será la regla sino la excepción, y en caso de considerar limitar la libertad, se debe atender los principios constitucionales, sobre todo, al de proporcionalidad para no incurrir en un abuso ya que existen, otros medios para asegurar la efectividad del proceso penal como la caución.

Conclusiones

De conformidad al objetivo planteado se concluye dos situaciones, la primera, que la caución cumple con la misma finalidad de la prisión preventiva, respecto de garantizar la comparecencia del procesado al juicio, y la segunda, que debe superarse la limitante contemplada en el artículo 544 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, declarándolo inconstitucional en la misma línea argumentativa establecida en la sentencia No. 8-20-CN/21 que declaró la inconstitucionalidad de la norma que prohibía 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 Código Orgánico Integral Penal.

La caución debe aplicar en la misma línea o bajo los mismos parámetros de la prisión preventiva debido a que como bien se explica esta es una medida cautelar gravosa, pero a más de ello, si la caución en el marco de un proceso penal cumple con la misma finalidad de la prisión preventiva se debe tomar en cuenta que lo primordial es garantizar el derecho a defenderse en libertad, en razón que la fiscalía no solo puede aplicar el principio de oportunidad, emitir un auto de sobreseimiento, los sujetos procesales podrán en ciertos casos conciliar, se puede sobreseer al procesado, ratificar su estado de inocencia o incluso dependiendo las circunstancias del caso con una sentencia condenatoria podrá solicitar la suspensión condicional de la pena. Entonces por qué privar de la libertad a una persona si se puede otorgar un mayor alcance a la caución.

Con énfasis en las entrevistas queda patentizado que la limitación prevista en el artículo 544 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, vulnera el derecho a la libertad y que si bien es cierto no se puede atribuir directamente a esta prescripción legal como una causa principal de la situación carcelaria que enfrenta el país, bien puede venir a constituirse como parte de la solución a la reducción de los elevados porcentajes de hacinamiento carcelario.

En referencia a la forma de aplicación de la caución a nivel de derecho comparado, se evidencia que esta se aplica a manera de una libertad condicionada, de modo que si el procesado vuelve a cometer un delito se ejecuta la caución. Este particular con relación a la legislación ecuatoriana, bien podría considerarse al momento de conceder beneficios penitenciarios como el régimen abierto y semiabierto.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional de Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial No. 180, del 10 de febrero de 2014.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 449 del 20 de octubre de 2008
- Acurio, M. (2020). La caución en delitos de juicio de procedimiento directo de la unidad judicial penal de Ambato y el principio constitucional de proporcionalidad.

- Ecuador: Universidad Técnica de Ambato. Recuperado de <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/31920/1/FJCS-POSG-249.pdf>
- Betancourt, E. J., & Romero, C. (2021). Interpretación de las normas constitucionales ecuatorianas como garantía a los derechos humanos. *Sociedad & Tecnología*, 4(S2), 482–499. <https://doi.org/10.51247/st.v4iS2.165>
- Bermúdez, D. (2021). La privación de la libertad como último recurso en adolescentes infractores. *Revista Sociedad& Tecnología*, 4(S1), 29-43
- Calamandrei, P. (2018). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos aires: Olejnik.
- Convención Americana de los Derechos Humanos (1978). (Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978).
- Corte Nacional de Justicia. (2021). Resolución No. 14-2021. Recuperado de: <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2021/2021-14-Aclara-el-Art-534-COIP.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 8-20-CN/21. Recuperado de: https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/8-20-CN.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141
- Comisión Interamericana de Derecho Humanos. (2016). Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>
- Cueva, C., Uyaguari Castillo, B., & Campoverde, L. (2019). Influencia de los modelos de control anglosajón y civilista en el desarrollo del control constitucional en el Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 11(5), 206-216.
- Espinoza, E. (2022). La prisión preventiva como medida cautelar y el respeto del principio de presunción de inocencia. *Revista Sociedad & Tecnología*, 5(2), 351-364. Doi: <https://doi.org/10.51247/st.v5i2.219>.
- Fenech, M. (2017) *El Proceso Penal*. España: Editorial Labor.
- Gutiérrez, A. (2019). La exigencia de caución para la adopción de medidas cautelares en el proceso civil y su posible colisión con el derecho a la tutela judicial efectiva. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*. 15. 26-38. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7468232>
- Herrera, E. (2022). Medidas cautelares en las que interviene o es parte el Estado Nacional. Análisis de la Ley n° 26.854. *Revista Científica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE*, (1). 2, 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.30972/rcd.126280>

- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Registro Oficial Suplemento No. 52 del 22 de octubre de 2009.
- Loayza, E. (2020). La investigación cualitativa en Ciencias Humanas y Educación. Criterios para elaborar artículos científicos. *Revista de investigación de la Facultad de Humanidad*. 8(2) (2020), 56-66. Recuperado de: <https://acortar.link/oVsFL8>
- Mora, A., & Zamora, B. (2020). La inadecuada aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva en el Ecuador. *Revista polo del conocimiento*, 8(5), 250-268. Recuperado de: <https://acortar.link/upoOox>
- Maguiña, M. (2019). Incorporación de la institución de la caución al artículo 320 del Código Procesal Civil para el resarcimiento de daños y perjuicios. *Revista de Ciencias Jurídicas* 6 (2). 2631 – 2735 / ISSN-L: 2631 – 2735 Recuperado de <https://doi.org/10.33996/revistalex.v2i6.39>
- Missiego, J. (2021). Uso y abuso de la prisión preventiva en el proceso penal peruano. *Ius Et Praxis*, (053), 125-135. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.5073>
- Piza, N., Amaquilema, F., & Beltrán, G. (2019). Métodos y técnicas en la investigación cualitativa. Algunas precisiones necesarias. *Revista Conrado*, 15(70), 455-459. Recuperado de <http://conrado.ucf.edu.cu/index.php/Conrado>
- Rodríguez, G., Zurita, I., Coronel, M., & Álvarez, J. (2020). Habeas corpus preventivo como garantía del derecho a la vida, la integridad física y libertad. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 5(8), 608-623.
- Sacoto, J., Álvarez, J., Cabrera, E., & Zurita, I. (2020). La fundamentación y la motivación como habilitantes de la prisión preventiva. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 5(8), 465-492.
- Vielka, P. (2019). Alcance de las medidas cautelares personales en la reforma penal ecuatoriana. *Frónesis*, 26(3), 84-103. Recuperado de <https://produccioncientificaluz.org/index.php/fronesis/article/view/35237>
- Vernaza, D. (2020). Análisis de las Medidas Cautelares Frente a la Jurisdicción Constitucional en el Ecuador. *Revista Tecnológica-Educativa Docentes 2.0*, 9(2), 32–38. <https://doi.org/10.37843/rtd.v9i2.139>
- Zapatier, P. (2020). La aplicación de la prisión preventiva y el principio de presunción de Inocencia. Ecuador: Universidad Anadina Simón Bolívar. Recuperado de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7634/1/T3321-MDPE-Zapatier-La%20aplicacion.pdf>