

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**“DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS  
CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN LA LEGISLACIÓN  
ECUATORIANA”**

**MILTON DAVID MORA NAVARRO**

**DIRECTOR: DR. RICARDO VACA ANDRADE**

**QUITO, 2011**

## **SUMARIO**

El objeto fundamental de la presente investigación es determinar si las medidas cautelares de carácter personal en la legislación ecuatoriana, introducidas en las reformas penales de marzo de 2009, realmente poseen un carácter cautelar. Se busca determinar si las medidas que sustituyen a la prisión preventiva, como opción última para precautelar la consecución de los fines del Derecho Penal, realmente suplen a esta limitación de la libertad o resultan ser ineficientes por no tener una naturaleza cautelar. Finalmente se trata de determinar cómo realmente deberían ser entendidas ciertas medidas cautelares, si estas deben ser parte del proceso penal o si deben regularse de un modo distinto.

Para esto se ha analizado, a la medida cautelar, la pena, la medida de seguridad, la medida de protección, entre otras disposiciones legales que suponen una limitación a la libertad frente a la existencia de una conducta punible. Al ser el tema central las medidas cautelares, las otras disposiciones son analizadas en función de esta, enfatizando en la distinción que se debe hacer entre estos conceptos, para lograr determinar si el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, contiene únicamente medidas cautelares o existió un error de nuestro legislador.

Con este análisis, se busca poner de manifiesto las inconsistencias de las últimas reformas penales en nuestro ordenamiento jurídico y evitar así que disposiciones imprecisas sirvan como instrumentos de represión. El problema además surge del fin que nuestra legislación y la doctrina atribuye a las medidas cautelares y que sin embargo no parece haber sido tomado en cuenta al momento de introducir algunas de estas medidas en las reformas penales.

La metodología que se ha empleado es construir el concepto y detallar las características de la medida cautelar, tomando como fuente la doctrina y la legislación comparada; después definir los principales conceptos que pueden confundirse erróneamente con las medidas cautelares, también tomando como referencia la doctrina, legislación nacional y comparada; finalmente con estos dos capítulos elaborar un tercero a manera de conclusión en donde se analizan las medidas cautelares que actualmente son aplicables en la legislación ecuatoriana, en función de los conceptos previamente examinados, determinando si estas medidas guardan armonía con la naturaleza cautelar o con los términos que suelen ser erróneamente confundidos con las medidas cautelares.

El aporte que se hace con este trabajo es teorizar el concepto de medida cautelar, determinar sus principios, características y diferenciarlo de otros conceptos similares, particular que no se considera en nuestra legislación. A través del presente trabajo se denuncia la introducción irresponsable de las medidas de seguridad en nuestra legislación que sin estar debidamente reguladas, no son más que instrumentos represivos que resultan en un retroceso para el Derecho Procesal Penal ecuatoriano. Finalmente entonces, se propone también una reforma legislativa para darle coherencia al tratamiento del tema en nuestra legislación y sobre todo evitar arbitrariedades de parte del juzgador.

# **ÍNDICE**

## **INTRODUCCIÓN**

### **1. MEDIDA CAUTELAR**

#### **1.1. REFERENCIA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

#### **1.2. PRINCIPIOS**

1.2.1. Principio de presunción de inocencia.

1.2.2. Principio de necesidad.

1.2.3. Principio de legalidad.

#### **1.3. FIN**

#### **1.4. REQUISITOS**

**1.4.1. Fumus boni iuris.**

**1.4.2. Periculum in mora.**

#### **1.5. CARACTERÍSTICAS**

1.5.1. Instrumentalidad.

1.5.2. Provisionalidad.

1.5.3. Excepcionales.

1.5.4. Procesal.

1.5.5. Subjetivas.

#### **1.6. APLICACIÓN PROCESAL**

#### **1.7. RELACIÓN CON LAS MEDIDAS COERCITIVAS**

## **2. OTRAS MEDIDAS Y RESTRICCIONES DISPUESTAS EN EL PROCESO PENAL**

### **2.1. MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL O MEDIDAS COERCITIVAS**

#### **2.1.2. FIN**

#### **2.1.3. CARACTERÍSTICAS**

2.1.3.1. No son impuestas exclusivamente al imputado.

### **2.2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN INMEDIATA O DE AMPARO**

#### **2.2.1. FIN**

#### **2.2.2. NATURALEZA**

#### **2.2.3. CARACTERÍSTICAS**

2.2.3.1. No son procesales.

2.2.3.2. No tienen un fin cautelar.

### **2.3. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**

#### **2.3.1. FIN**

2.3.1.1. Absolutas o retributiva.

2.3.1.2. Preventivas.

2.3.1.3. Medidas de seguridad.

#### **2.3.2. DISTINCIÓN ENTRE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD, FRENTE A LAS MEDIDAS CAUTELARES**

2.3.2.1. Momento procesal en el que se aplican.

2.3.2.2. Elementos para su aplicación.

## **3. MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO**

### **3.1. ANTECEDENTE HISTÓRICO**

### **3.2. DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS**

3.2.1. La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares.

- 3.2.2. La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas.
- 3.2.3. La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare.
- 3.2.4. La prohibición de ausentarse del país.
- 3.2.5. Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos.
- 3.2.6. Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos.
- 3.2.7. Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia.
- 3.2.8. Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica.
- 3.2.9. Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario, nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia.
- 3.2.10. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare.
- 3.2.11. El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial.
- 3.2.12. La detención.
- 3.2.13. La prisión preventiva.

## INTRODUCCIÓN

El término medidas cautelares es común en algunas ramas del derecho. Dependiendo de la legislación, éstas se han entendido como disposiciones propias del Derecho Procesal Civil, Penal, Administrativo, Constitucional, entre otros. De modo general cualquier proceso donde aún no se decide una situación jurídica, tiene un desenlace incierto que puede afectar una pretensión, para esto surge la medida cautelar, el propósito es, ayudar a que el derecho pueda conseguir su fin.

El presente trabajo se centra en el campo del Derecho Procesal Penal y las medidas cautelares que son propias de esta materia. Solo de modo circunstancial se mencionan disposiciones pertinentes a otras ramas del derecho, con la finalidad de explicar la naturaleza de las medidas cautelares del proceso penal.

Según la doctrina, hay varias formas de clasificar a las medidas cautelares en función de diferentes criterios; sin embargo, de acuerdo a nuestra legislación Procesal Penal, existen dos tipos de medidas, según la afectación que tienen para conseguir su fin, éstas son reales y personales.

El criterio de clasificación de las medidas cautelares en nuestro sistema se refiere en todo caso, a los derechos que se están limitando con la imposición de la medida. Éstas pueden ser reales cuando los derechos que se ven gravados son los que tiene una persona con relación a un objeto que le pertenece o su patrimonio de modo general.

En el presente análisis nos centraremos en las medidas cautelares personales. Éstas son disposiciones que tienen como objeto gravar o limitar los derechos, no de la persona con relación a un objeto, sino que son inherentes a la persona. Como se podrá apreciar en el desarrollo del tema, en todos los casos las medidas cautelares de carácter personal son una limitación a la libertad del individuo al que se las impone.

La legislación en la que se centra el análisis, es la ecuatoriana, como es obvio; sin embargo se ha recurrido brevemente a la legislación comparada para poder apreciar de manera más adecuada el tema y poder lograr el objetivo de este trabajo.

El problema planteado y que es la base del presente trabajo, es la duda que surge, si las medidas cautelares de carácter personal en la legislación ecuatoriana en realidad son disposiciones que tienen un carácter cautelar o si más bien, son ajenas al proceso penal, propias de otras ramas del derecho; en cuyo caso se debe determinar qué naturaleza poseen.

Esta duda surge de las últimas reformas impuestas al Proceso Penal en marzo del 2009, que patrocinan el empleo de un Derecho Penal limitado y proteccionista, garantista de derechos como lo manifiesta nuestro mismo código; pero que deja muchos cabos sueltos, lo que en materia penal es bastante peligroso pues puede dar paso para se cometan arbitrariedades.

Bajo estas reformas las medidas cautelares de carácter personal pasaron de ser dos (detención y prisión preventiva) como tradicionalmente se ha propuesto, a ser trece disposiciones, muchas de las cuales no son nuevas en nuestra legislación en general, pero sí en materia procesal penal.

La solución a esta interrogante queda aún más lejos por la confusión a la que da lugar nuestro Código de Procedimiento Penal, cuando en el artículo que precede a la enunciación de las medidas cautelares se determina que el fin de éstas es, asegurar la comparecencia del procesado y la existencia de bienes para el cumplimiento de la sentencia; fin que no concuerda con lo que cada medida propone.

Por lo tanto, surge la necesidad de analizar la naturaleza misma de cada medida, porque hay una dicotomía entre la parte teleológica y la praxis de las medidas cautelares en nuestra legislación. No solo definida por el fin que nuestro Código de Procedimiento Penal le da a las medidas cautelares, sino en general, por lo que plantea con respecto al tema la doctrina y como se lo ha entendido en otras legislaciones.



La importancia de determinar cuál es la verdadera naturaleza de las medidas cautelares en nuestro sistema jurídico radica fundamentalmente en la seguridad y en la coherencia que debe propugnar la legislación penal.

Es importante que estas normas sean absolutamente claras y precisas, debido a que incluso las medidas cautelares de carácter personal menos restrictivas, son una limitación a la libertad y, por lo tanto, un mal que se le impone al procesado. De tal forma, deben ser restringidas e instrumentarse con criterios claros para que no sean aplicadas de forma arbitraria por el juez.

El trabajo se ha planteado en tres fases, cada una analizada en un capítulo distinto. Inicialmente se analiza la medida cautelar de forma general, haciendo una recopilación de los criterios doctrinarios aplicables al tema y de modo general también se mencionan disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico y de la legislación comparada.

En el primer capítulo se busca sentar un criterio claro de lo que es una medida cautelar, el mismo que servirá de premisa para verificar si todas las disposiciones enunciadas como tales en nuestra legislación, son realmente una medida cautelar o estamos frente a una norma con una naturaleza distinta a la que estas deberían tener y, en consecuencia, habría que entenderlas como otra figura jurídica. Este capítulo es el axioma de la tesis.

El segundo capítulo busca sentar un criterio de lo que no es una medida cautelar. Es la antítesis del trabajo. Lo que se propone con esta parte del análisis, es presentar argumentos que permitan distinguir a la medida cautelar de otras disposiciones con la que puede ser confundida.

De tal suerte, se presentan figuras jurídicas que generalmente han sido confundidas con las medidas cautelares, estas son: las penas, medidas de seguridad, medidas de protección en casos de violencia familiar y medidas de coerción. Todas enfocadas al Proceso Penal en general.

Finalmente el tercer capítulo propone el análisis individual de cada medida cautelar contenida en el artículo ciento sesenta del Código de Procedimiento Penal. Este capítulo busca proponer argumentos que desentrañen la naturaleza de cada una de las medidas de forma objetiva.

El último capítulo entonces, funciona como una segunda premisa, de tal forma, se pueda determinar finalmente si las medidas analizadas tienen o no una naturaleza cautelar. Esta conclusión se incluye en el mismo análisis de la medida en forma de una crítica.

Bajo esta modalidad se puede determinar de manera precisa si una medida debe ser considerada como cautelar y, en consecuencia, desentrañar cuál es su verdadera naturaleza, siendo este el objetivo fundamental de la presente disertación. Con este análisis se propone obtener un Proceso Penal más coherente.

El resultado que finalmente se busca, es conseguir un criterio claro de qué es una medida cautelar, qué disposiciones jamás pueden ser consideradas como tales y determinar si las normas que nuestra legislación encasilla como medidas cautelares, en realidad lo son y, en caso de no ser así, determinar qué tipo de medidas o figuras jurídicas en definitiva se debería considerar como tales.

La legislación penal no se puede sustentar en disposiciones vagas. El Derecho Penal debe en todo momento observar el principio de mínima intervención. No se pueden escudar limitaciones a la libertad, justificadas en propuestas supuestamente proteccionistas.

## CAPÍTULO I

### MEDIDA CAUTELAR

El proceso penal se ocupa “*de los actos que deben o pueden llevar a cabo para la imposición de una pena (o medida de seguridad) por la participación en un delito*”<sup>1</sup>, esto nos lleva a afirmar que el proceso necesariamente requiere tiempo, hasta que se tenga una disposición definitiva sobre lo que se está juzgando. Durante este tiempo existe el riesgo de que se tomen acciones que impedirían la correcta aplicación de la decisión judicial.

En el caso particular del proceso penal estas acciones pueden ser entendidas como la evasión del cumplimiento de la sentencia por parte del procesado, ocultándose para no cumplir una pena privativa de libertad; o, enajenando, escondiendo o destruyendo sus bienes para no responder patrimonialmente con estos por los posibles daños y perjuicios a los que puede ser condenado.

Es por esto que surge la necesidad de poner a disposición del juez herramientas para impedir la evasión del cumplimiento de la sanción, cuando éste lo considere necesario y verifiquen todos los requisitos que la legislación impone para que estas limitaciones a la libertad no sean arbitrarias y sirvan como un mecanismo represor del Estado.

Cautelar se define como prevenir o precaver una posible consecuencia frente a un hecho o acción. Entonces al hablarse de cautelar, se debe entender que todavía no existe certeza sobre el desenlace de una situación jurídica, pero existe un riesgo razonablemente de que se vulnere o burle la tarea del derecho. Una medida es cautelar en tanto prevenga el quebrantamiento de un derecho, una acción o el proceso mismo.

Las medidas cautelares son comunes en la legislación procesal penal. En éstas se les ha denominado como: proveimientos cautelares, de conservación o cautelares,

---

<sup>1</sup> Cafferata Nores José, Manual de Derecho Procesal Penal, Universidad de Córdoba, Argentina, página 181

providencias de naturaleza cautelar, provisionales de cautela, preventivas de seguridad, providencias precautelatorias<sup>2</sup>.

Clariá Olmedo se refiere a ella como ‘coerción procesal’ y le atribuye el fin de *“prevenir la normal realización del proceso y la obtención de su resultado. Restringe la libertad física de los particulares que intervienen en el proceso, principalmente para someterlos a su régimen o a un específico acto procesal”*.<sup>3</sup>

Jorge Vázquez Rossi las define como *“aquellos actos de índole asegurativa y provisional”*... *“que se dirigen en todos los casos a motivos de efectividad y a evitar que la actuación del Derecho se convierta en ilusoria, lo que ha sido invocado como una de las notas justificativas del encarcelamiento provisional con miras al aseguramiento del eventual condenado para la efectiva aplicación de la pena correspondiente”*.<sup>4</sup>

Julián López Masle de manera muy acertada puntualiza que *“las medidas cautelares han sido concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo puede realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia. En este sentido, las medidas cautelares constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión”*.

Fenech menciona que *“son actos cautelares los que consisten en una imposición del Juez o Tribunal que se traduce en una limitación de la libertad individual de una persona o de su libertad de disposición sobre una parte del patrimonio y que tiene por fin asegurar la prueba o las responsabilidades inherentes al hecho punible, haciendo posible la consecución del fin del derecho procesal penal”*.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Plascencia Villanueva Raúl, Medidas de aseguramiento y reforma penal: Una perspectiva desde los derechos humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

<sup>3</sup> Clariá Olmedo Jorge, Derecho Procesal Penal, Tomo II, página 352, 353.

<sup>4</sup> Vazquez Rossi Jorge, Derecho Procesal Penal, Tomo II: El Proceso Penal, página 237.

<sup>5</sup> Ricardo Vaca Andrade, Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo II, página 656.

Tantos en los conceptos mencionados como en las diferentes denominaciones que se le han dado a las medidas cautelares se ponen de manifiesto elementos comunes. Entre los principales podemos mencionar: la atribución del carácter de instrumentales que se les da a las medidas, es decir que sirven a lo que busca el proceso.

Otro elemento común es que en todos los casos se reconoce que sirven al proceso y por lo tanto se deben dictar dentro de esto. Se dictan por presentarse una situación de riesgo que vulneraría el normal desenvolvimiento del proceso.

Las medidas cautelares son disposiciones ordenadas dentro del proceso por el juzgador penal, con el objeto de prevenir la evasión de la acción penal, asegurando tanto la continuidad del proceso como la posibilidad de la aplicación de una pena.

## **REFERENCIA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

La justificación supra legal para la aplicación de las medidas cautelares la podemos encontrar en varios convenios internacionales, uno de ellos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Esta convención en el artículo 7 numeral 5, al referirse a las personas que están siendo juzgadas o procesadas, menciona que *“su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”*.

Así también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al referirse a las personas que se presume son responsables del cometimiento de una infracción penal, el artículo 9 numeral 3 menciona que *“su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*.

Se pone de manifiesto entonces que los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales, garantizan primordialmente la libertad, pero incluso aquí se reconoce la necesidad de limitar la libertad para no limitar también la eficacia del

proceso. De esta manera se reconoce el condicionamiento de la libertad, con el objeto de que el procesado comparezca al proceso y que el fallo judicial se pueda ejecutar.

A partir de estos enunciados también se pone una barrera entre la pena y la medida cautelar, pues se puede notar que si bien ambas son limitaciones al derecho a la libertad a consecuencia de una infracción penal, la medida cautelar aunque se materialice como la privación de la libertad por ejemplo en la prisión preventiva, se diferencia de la pena porque esta se dicta solo de manera temporal como solución a posible no comparecencia del procesado.

La Convención Interamericana sobre cumplimiento de Medidas Cautelares suscrita el ocho de mayo de 1978 en Montevideo, República Oriental del Uruguay por los países miembros de la Organización de los Estados Americanos, de la cual el Ecuador es parte y que fue publicada en el Registro Oficial No. 240, de fecha 11 de mayo de 1982, en su artículo primero se refiere a las medidas cautelares en los siguientes términos:

*“Para los efectos de esta Convención las expresiones "medidas cautelares" o "medidas de seguridad" o "medidas de garantía" se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil. Los Estados Partes podrán declarar que limitan esta Convención solamente a alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en ella.”*

## **PRINCIPIOS**

El objeto de este título es desarrollar los valores, ideas o normas bajo los cuales han evolucionado las medidas cautelares. Marín al analizar los principios bajo los cuales se instrumentan las medidas cautelares en el sistema procesal chileno, menciona algunas nociones básicas que son generalmente aceptadas dentro del marco constitucional que respalda la aplicación de estas medidas. Dentro de estos principios tenemos:

## **Principio de presunción de inocencia**

Este principio está contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el artículo 11 donde se señala que: *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

Generalmente se ha entendido a este principio en cuanto a la aplicación de la pena, que no puede anticiparse a la conclusión del proceso y el tratamiento del procesado públicamente, cuyo honor e integridad moral debe ser plenamente respetada. Pero la disposición no se agota ahí, sino que se ajusta perfectamente a la aplicación de una medida cautelar.

El presente principio obliga a que las medidas privativas de libertad no se apliquen, como regla general en todos los casos, sino que uno de los requisitos que se deben verificar para su imposición necesariamente tiene que ser la existencia de claros indicios que lleven tanto al acusador como al juzgador a presumir la culpabilidad del procesado. Esto en la doctrina se ha denominado como *fumus boni iuris*, que será explicado con detalle más adelante.

Esto indica que se presume la inocencia del procesado y aunque en el momento de aplicación de la medida privativa de libertad, no se puede hablar todavía de su culpabilidad, pues ésta solo será declarada al final de proceso penal en el evento de que se verifiquen todos los requisitos que la legislación prevé para el caso, necesariamente deben existir conjeturas que lleven a concluir la participación del procesado en el acto antijurídico que se juzga en el proceso y que éste podría evitar la eficacia del proceso penal.

Es interesante como Ferrajoli incorpora al principio de presunción de inocencia, el supuesto de que el procesado no solamente que no es culpable, sino que se debe presumir también su ‘no peligrosidad’<sup>6</sup>.

Esto hace, como se puede notar en legislaciones como la nuestra, que la aplicación de las medidas, este condicionada por la posibilidad de demostrar que la aplicación de éstas es necesaria, porque el procesado no mantendrá un compromiso de auxiliar al descubrimiento de la verdad y se le debe someter al control estatal.

### **Principio de necesidad**

Supone la obligación de justificar, previo a la imposición de una medida cautelar, la pertinencia de su aplicación en un caso particular. Bajo este principio de se debe demostrar que es imperiosa la aplicación de una medida cautelar y qué sucedería si ésta no es dictada por el juez, esto se conoce como *periculum in mora*, tema que será detallado más adelante.

Para Marín esta regla “*nos indica que el tribunal solo puede decretar una de estas medidas cuando ello fuese absolutamente indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso*”<sup>7</sup>. De tal forma que este principio resulta ser una limitante a las facultades del juez, que al tratarse de la restricción de un derecho no puede actuar de manera discrecional, sino razonando su disposición en una necesidad real.

El mismo autor aplica el principio “*rebus sic stantibus*”, propio del derecho contractual y del derecho internacional, para explicar que las medidas cautelares, que limitan o suspenden derechos, solo pueden ser aplicadas mientras subsista el principio de necesidad, debiendo cesar cuando las circunstancias que motivaron su imposición, cambien o desaparezcan.

---

<sup>6</sup> Cafferata Nores José, Manual de Derecho Procesal Penal, Universidad de Córdoba, Argentina, página 457.

<sup>7</sup> Marín González Juan Carlos, Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia, página 20.



Este principio pone de manifiesto que una de las características de las medidas cautelares es que éstas se dicten solo de manera provisional, cesando cuando su fin se agote o cuando como lo plantea este principio, las circunstancias que la motivaron cambien o desvanezcan.

Esto a su vez se relaciona directamente con la característica de las medidas cautelares de ser una herramienta procesal; es decir que no subsisten por sí mismas sino que necesitan del sostenimiento del proceso para que estas se justifiquen como necesarias.

Así lo explica Cristina González de la Vega cuando dice que *“el proceso cautelar carece de autonomía funcional y se presenta con carácter de subsidiariedad. El carácter provisional fluye a modo natural del instrumental, y se resume en que la medida mantiene estabilidad en tanto subsistan las razones de hecho y de derecho tenidas en cuenta para su despacho (rebus sic stantibus). Por tal motivo, si cambian las circunstancias que las determinaron podrá pedirse su levantamiento o modificación, lo que constituye técnicamente un incidente”*.<sup>8</sup>

### **Principio de legalidad**

Se lo puede también encontrar en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 29, donde se establece que *“en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”*. De este principio se pueden llegar a dos importantes conclusiones relativas al tema que se analiza:

- Por un lado, el Estado para poder privar a una persona de su libertad, en cualquier grado que sea, debe tener una norma que así lo prevea en su ordenamiento jurídico. Nuestra constitución establece que *“nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u*

---

<sup>8</sup> Cristina González de la Vega de Opl. Apelabilidad de las Medidas Cautelares en el Juicio de Amparo, página 29.

*omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley*".<sup>9</sup> El Código de Procedimiento Penal de Costa Rica dentro de sus principios y garantías procesales, indica que "*las medidas cautelares sólo podrán ser establecidas por ley*".<sup>10</sup>

Este principio se ha entendido comúnmente como la máxima de '*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*', y se lo ha entendido como la imposibilidad de aplicar una pena sin la existencia previa de una ley que así lo establezca, adoptándolo como un principio universal en las legislaciones penales al menos en regímenes constitucionales de derecho.

Sin embargo, el principio no se agota con la imposibilidad de aplicar una pena sin una ley que así lo ordene, sino que cualquier privación de la libertad debe estar prevista por la ley para poder aplicarla, de lo contrario el juez se convertiría también en un legislador, extralimitándose en lo que la ley le faculta o le ordena hacer.

Bajo el principio de legalidad entonces, el juzgador únicamente puede aplicar las medidas cautelares prescritas en la ley y sobre todo únicamente en las condiciones que ésta haya fijado. El juez entonces tiene la tarea de verificar en detalle lo que la ley le ordena identificar como requisito para que se limite la libertad de una persona aún de forma cautelar.

Desde el punto de vista de la tarea del legislador, este debe desarrollar de manera profunda y precisa la normativa circundante a la medida cautelar, pues se trata de una limitación a la libertad del procesado. Si no es así no estaríamos frente a disposiciones que busquen la eficacia del proceso, sino a herramientas de represión del Estado, que a sabiendas de la existencia de su obligación constitucional de desarrollar la ley en cuanto a este tema, ha dejado cabos sueltos en cuanto a las garantías que debe presentar un proceso penal y que pueden emplearse para ser mal utilizadas.

---

<sup>9</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 76, numeral 3.

<sup>10</sup> Artículo 10. Código de Procedimiento Penal, Costa Rica.

El principio de legalidad entonces es un lineamiento que debe observarse dentro de la temática de las medidas cautelares y que sirve para contrarrestar las arbitrariedades que se pueden presentar con respecto al tema. Justamente esto ha sido motivo de debate y ha llevado al desarrollo de diversas medidas asegurativas, para superar la aplicación tradicional de la prisión preventiva y la detención.

- Por otro, este artículo contiene el argumento más sólido para justificar la aplicación de las medidas cautelares dentro del ordenamiento jurídico, esto es: *“asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”*.

De aquí se origina la finalidad de las medidas cautelares, que se explicará con más detalle a continuación.

## **FIN**

Definir claramente cuál es el fin de las medidas cautelares, es fundamental para continuar con el desarrollo del trabajo, pues de aquí nace la distinción con otro tipo de medidas o restricciones a la libertad en general, que deben ser diferenciadas con las medidas cautelares. Es importante primero señalar que, como bien lo menciona Julián López:

*“las medidas cautelares personales no pueden tener, ni siquiera implícitamente, un carácter sancionatorio, sino que deben estar orientadas exclusivamente a la obtención de fines procesales. En otras palabras las medidas cautelares no pueden estar destinadas a cumplir las finalidades retributivas o preventivas generalmente asociadas con la pena”*.<sup>11</sup>

El atribuir a la medida cautelar la calidad de pena o de anticipación a la pena, sería desnaturalizar su propósito y desconocer sus características propias, distintas del resto

---

<sup>11</sup> Julián López Masle, Horvitz Lennon María Inés, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, página 346.

de medidas privativas de libertad. Afirmar que la medida cautelar es un pena sería afirmar que una legislación reconoce la imposición de penas anticipadas a la finalización del proceso penal, lo cual es contrario a un Estado de Derecho por ser ilícito y arbitrario.

El artículo 122 del Código de Procedimiento Penal chileno, establece que “*las medidas cautelares personales solo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento...*”.<sup>12</sup> Los fines del procedimiento a los que hace alusión el ordenamiento jurídico chileno, según Julio Maier son “*el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal*”.<sup>13</sup>

De este enunciado se pueden extraer dos situaciones jurídicas que se pueden presentar en el proceso penal:

El primer aspecto se refiere a la dificultad que puede resultar de llevar un proceso penal en ausencia del imputado, pues no se le puede requerir con información importante para la investigación, no se puede contar con su versión de los hechos, o su comparecencia a pericias dispuestas por el juez o el fiscal; en definitiva, se dificulta la tarea de encontrar la verdad como resultado del proceso.

El segundo aspecto se refiere a la imposibilidad de ejecutar una pena privativa de libertad cuando no se puede ubicar al procesado<sup>14</sup>. Así lo menciona Zavala Baquerizo: “*si el sujeto pasivo del proceso no se encuentra a disposición inmediata del juez, el proceso se paraliza en la etapa del plenario y, por lo tanto, no puede llegar a sentencia*”.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Código de Procedimiento Penal Chileno, Ley 19.696, de 12 de Octubre de 2000.

<sup>13</sup> Julio Maier, Derecho Procesal Penal argentino, editorial Hammurabi, Buenos Aires 1989 página 279.

<sup>14</sup> Este punto tiene especial relevancia en legislaciones como la ecuatoriana, donde la ausencia del procesado implica la suspensión del proceso penal (Código Penal ecuatoriano, artículo 233), después de dictar auto de llamamiento a juicio, hasta que éste sea aprehendido o se presente voluntariamente. Vemos como este principio doctrinario tiene aplicación real en nuestra legislación, pues prácticamente la actuación de ley penal no produce ningún efecto si no se asegura la comparecencia del procesado.

<sup>15</sup> Zavala Baquerizo Jorge, El Proceso Penal, Tomo III, página 157.

Coincidente con este criterio es el pensamiento de Levenne, que menciona que la legislación penal moderna “*defiende la libertad y determina que su limitación sólo procede para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley*”.<sup>16</sup>

El artículo 213 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Chubut, en Argentina, establece que los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales, “*solo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley*”.<sup>17</sup>

En estricto sentido las medidas cautelares tienen como fin “*la satisfacción de una pretensión penal, consistente en la imposición de una pena*”<sup>18</sup>, sirviendo de medio a disposición del juez, para tal propósito. Así cobra sentido la previsión que brindan las medidas para que la pena se pueda aplicar y su ejecución no sea incierta, si es que el juzgador encontraría responsable penalmente al procesado.

La medida cautelar viene a ser el instrumento del instrumento. El proceso penal es ciertamente un instrumento estatal para que el derecho penal adjetivo se haga efectivo. Así Omar Benabentos explica como a través del proceso “*opera la integración de los mandatos pragmáticos con los mandatos conceptuales. En otros términos: como se hace inteligible y racional las líneas rectoras impuestas por las normas fundamentales mediante el auxilio de otro tipo de mandatos imperativos*”.<sup>19</sup>

El fin de la medida cautelar no puede ser más que servir como medio para que el proceso penal logre a su vez su fin. Consigue que una conducta que ha sido previamente calificada como dañosa para la sociedad pueda ser efectivamente castigada y no se quede siendo simplemente un enunciado de conducta, que puede o no ser observado. La medida cautelar hace al sistema penal ser coercitivo.

---

<sup>16</sup> Levenne Ricardo, Manuel de Derecho Procesal Penal, Tomo II, segunda edición, página 440.

<sup>17</sup> Artículo 213, Código de Procedimiento Penal de Chubut, Argentina.

<sup>18</sup> Julián López Masle, Horvitz Lennon María Inés, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, página 342.

<sup>19</sup> Benabentos Omar, Teoría General del Proceso 2, página 159.

Un argumento interesante planteado por A. De Cicco<sup>20</sup> es que las medidas cautelares sirven para afianzar la justicia al garantizar el juicio previo, para la imposición de una sanción. Esto porque según explica, no es posible un efectivo juzgamiento del procesado estando éste ausente en el proceso.

Nuestra legislación define claramente cuál debería ser el fin de las medidas cautelares y establece que *“a fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real”*.<sup>21</sup>

El artículo 77 de nuestra Constitución establece que *“la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o 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”*.

## **REQUISITOS**

Las medidas cautelares son disposiciones que limitan la libertad del procesado, sin tener antes una sentencia, que es en estricto sentido la única resolución judicial que puede limitar la libertad ya no del procesado, sino de quien ha sido condenado.

Es por esto que se deben cumplir requisitos legales para que su aplicación sea excepcional y limitada; estas restricciones son impuestas y desarrolladas en detalle por cada ordenamiento jurídico en base a la política penal que cada país ha adoptado, sumado al modelo de garantías de derechos fundamentales que se propugna, pero de modo general se han identificado dos aspectos fundamentales que se deben observar en las medidas cautelares:

---

<sup>20</sup> Adriana DeCicco, Gabriela Bella; Teoría general del Proceso: Medidas de Coerción en el Proceso Penal, Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional No. Ocho: Medidas Cautelares página 178.

<sup>21</sup> Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, artículo 159.

**Fumus boni iuris.**- literalmente quiere decir, apariencia o apreciación de buen derecho. Moral Moro se refiere a este requisito como la “*probabilidad o verosimilitud de la existencia de un hecho criminal imputado*”.<sup>22</sup> Significa entonces que para aplicar una medida cautelar deben existir suficientes elementos frente el juzgador, para hacer presumir que la aplicación de la medida es necesaria y justificada en derecho.

En términos más precisos se requiere tener la certeza de que se cometió un acto ilícito y al menos indicios de culpabilidad de la persona a la que se le impone la medida cautelar y la posibilidad de la imposición de una pena privativa de libertad<sup>23</sup>. El *fumus boni iuris* es la posibilidad, justificada en derecho, de aplicar la medida cautelar.

**Periculum in mora.**- significa peligro en retardo, se refiere al eventual riesgo frente al incumplimiento de la comparecencia al proceso y la presentación al cumplimiento de la pena. Esta característica equivale a la justificación de la necesidad de la aplicación de la medida cautelar, como ya se habló anteriormente, para prevenir la ineficacia de la sentencia.

Moral Moro justifica este requisito a verificar previo a la aplicación de las medidas cautelares en el “*daño jurídico específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional penal, que puede aprovecharse por el imputado para colocarse en tal situación que frustrare la ulterior efectividad de las sentencias*”.<sup>24</sup>

Este rasgo es muy particular de las medidas cautelares, pues denota que, no solo basta con la justificación en derecho de la aplicación de la medida, como sucede con la aplicación de la pena después de verificar la existencia de responsabilidad penal según lo establece la ley, sino que a más de justificar lo que exige la norma para la aplicación de la medida cautelar necesariamente se tiene que demostrar el peligro real de que todo el proceso sea ineficaz si ésta no es aplicada.

---

<sup>22</sup> Moras Mom Jorge, Manual de Derecho Procesal Penal, Juicio Oral y Público Penal Nacional, página 123.

<sup>23</sup> Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal, X Jornadas de Derecho Procesal Penal, Universidad Católica Andrés Bello, Primera edición, Caracas 2007, página 349.

<sup>24</sup> Moras Mom Jorge, ídem, página 123.

El *periculum in mora* en definitiva es la necesidad de justificar en hechos ciertos y no en vagas presunciones la aplicación de la medida cautelar.

Estos dos puntos, son en definitiva los requisitos de fondo para la aplicación de una medida cautelar. A partir de estos dos aspectos, cada legislación puede establecer requisitos de forma que deben verificarse antes de que un juez pueda ordenar una medida privativa de libertad.

Existe un interesante análisis de Juan José Monroy Palacios<sup>25</sup>, en su artículo “Las relaciones entre *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. ¿Interdependencia o subordinación?”<sup>26</sup>, donde se trata de esbozar un criterio técnico que pueda servir al juzgador para determinar si de entre los dos requisitos existe uno que debe ser analizado por sobre el otro, o que dicho de otro modo, un requisito es más importante que el otro.

Siguiendo la doctrina de Claudio Consolo<sup>27</sup>, el autor del artículo concluye que la teoría correcta es la de la subordinación, el ‘*periculum in mora*’ debe ser analizado antes, pues sin verificarse este requisito, no es necesario examinar si existe un derecho aparente para justificar la aplicación de la medida cautelar. Tradicionalmente la mera posibilidad de poner en peligro la eficacia de la acción judicial fue requisito suficiente para la aplicación de una medida cautelar.

El autor desarrolla esta doctrina desde un punto de vista general, no necesariamente aplicado a una rama específica del derecho. Considero que si se destina esta teoría al campo del Derecho Procesal Penal, la teoría adecuada es la de la interdependencia, pues no hay un criterio que se pueda usar para determinar que debe analizar el juez primero, desde un punto de vista técnico, este deberá analizar ambos requisitos. En un caso particular puede existir ‘*fumus boni iuris*’ y no presentarse ‘*periculum in mora*’ y viceversa.

---

<sup>25</sup> Miembro de la Asociación peruana de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

<sup>26</sup> [http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/fumus\\_boni\\_iuris\\_y\\_periculum\\_in\\_mora/1?mode=a\\_p](http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/fumus_boni_iuris_y_periculum_in_mora/1?mode=a_p)

<sup>27</sup> Profesor de la Universidad de Padua, Italia.



No parecería haber algún argumento técnico para llevar a afirmar que un proceso penal el juez debe analizar un requisito antes que el otro. Para la aplicación de una medida cautelar privativa de libertad el juez debe analizar de igual manera si existe necesidad de su aplicación para asegurar la comparecencia del procesado y si ésta se puede justificar de acuerdo al ordenamiento jurídico.

## **CARACTERÍSTICAS**

A continuación se busca presentar las características que permiten particularizar a las disposiciones restrictivas de libertad como medidas cautelares. Estas peculiaridades inevitablemente se verificarán en las medidas cautelares y si una disposición no las posee, no puede ser calificada como tal.

### **Instrumentalidad.-**

La principal característica de las medidas cautelares que las hace distintas de las penas y otro tipo de medidas, es que éstas tienen el fin, exclusivamente de conseguir los objetivos del proceso, es decir tienen un carácter accesorio al objetivo principal del proceso o dicho de otra manera, sirven de instrumento para que el proceso sea eficaz, de ahí su característica de instrumentalidad.

Así también lo sostiene López Masle cuando menciona que *“las medidas cautelares como las medidas intrusivas son medidas instrumentales que sólo se justifican en cuanto satisfacen necesidades de la persecución penal, de manera tal que no es posible reconocerles un valor autónomo de la persecución penal a la cual sirven”*.<sup>28</sup>

Sin esta característica no se podría justificar a la medida cautelar como un medio para asegurar la presencia del imputado en el proceso, sino que cualquier privación de la libertad sería vista como una pena o una medida de seguridad. Como lo mencionan algunos autores la medida cautelar es simplemente asegurativa.

---

<sup>28</sup> Julián López Masle, Horvitz Lennon María Inés, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, página 206.

Así lo ha entendido también Sandra Cabrera quien menciona dentro de las características de las medidas cautelares, que en estas *“hay un uso de la fuerza pública no a modo de sanción sino a fin de poder llevar a cabo con éxito la actividad tendiente a comprobar una infracción hipotética y eventualmente actuar con la sanción que corresponda”*.<sup>29</sup>

Es decir que la característica de instrumentalidad como auxiliar del proceso distingue a las medidas de las penas. Las medidas están subordinadas al proceso y no son, como si ocurre con las penas, una consecuencia de este.

### **Provisionalidad.-**

De la característica anterior se deriva que la medida cautelar no es indefinida en el tiempo, sino que su existencia está determinada por el lapso en que cumpla su función como instrumento para asegurar que el procesado comparezca al proceso, es decir que la medida es solamente provisional hasta que se cumplan los fines del proceso y en consecuencia temporal, hasta que eso suceda en un espacio de tiempo.

La existencia de la medida entonces se agota en tanto y en cuanto se agote la necesidad de asegurar la presencia del procesado, por lo tanto, simplemente tiene un carácter provisional, hasta que se sobresea, absuelva o condene al procesado o las circunstancias que motivaron la medida hayan cambiado.

Esta característica es tan importante que resulta intrínseca a las medidas cautelares, tanto que Vázquez Rossi por ejemplo, la incluye para definir las: *“aquellos actos de índole asegurativa y provisional”*.<sup>30</sup>

Cristina González de la Vega, citada anteriormente cuando se abordó el principio de necesidad, también se refiere al tema y explica que *“el carácter provisional fluye a modo natural del instrumental, y se resume en que la medida mantiene estabilidad en*

---

<sup>29</sup> Cabrera Sandra, Pena y Prisión Preventiva, Revista de Análisis Jurídico VRBE ET IVS, página 3.

<sup>30</sup> Referida en la definición de medidas cautelares.

*tanto subsistan las razones de hecho y de derecho tenidas en cuenta para su despacho (rebus sic stantibus)”<sup>31</sup>.*

La característica de que sea provisional y no definitiva, como el caso de una pena que no se puede modificar, excepto en contados casos que prevé la ley, hace que en consecuencia la medida cautelar sea variable. Como lo menciona C. González, la medida no cambia si no lo hacen también las circunstancias que la motivaron, pero si esto varía, al ser la medida meramente provisional y accesoria, también lo hace la medida, siguiendo el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En definitiva el carácter provisional va de la mano con que la medida sea temporal y variable.

### **Excepcionales.-**

El artículo 10 del Código de Procedimiento Penal de Costa Rica dice en su parte preliminar, en relación a las medidas cautelares que éstas *“tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con el imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse”*.<sup>32</sup>

Un principio muy pertinente para explicar el carácter excepcional de las medidas es el de presunción de inocencia. Este principio se aplica a este tipo de disposiciones debido a que éstas no se pueden aplicar como regla general para todos los casos, sino cuando de los indicios que se tengan se puede llegar a la conclusión lógica de que los procesados pueden ser responsables del presunto delito investigado. De manera que de las medidas cautelares se aplican excepcionalmente cuando claramente existan hechos que hagan presumir la participación de los procesados en el delito.

Otro principio que ayuda a entender el carácter excepcional de las medidas cautelares es el principio de necesidad; pues implica que únicamente se podría dictar una medida cautelar cuando se logra justificar que la ausencia de una orden judicial que limite la

---

<sup>31</sup> Referida en el tema: principio de necesidad.

<sup>32</sup> Código de Procedimiento Penal de Costa Rica.

libertad del procesado tendrá como consecuencia que éste evada el cumplimiento de lo que se decida como resultado del proceso penal. Es decir la medida sólo se puede aplicar cuando se ha justificado que ésta es necesaria, lo que le da un carácter de excepcional, pues no en todos los casos esta verificación puede cumplirse.

De modo general el carácter excepcional de las medidas cautelares se puede notar tanto positiva como doctrinariamente, cuando se menciona que éstas no serán aplicadas sino cuando la limitación a la libertad sea necesaria para la consecución de los fines del proceso, como ya se mencionó anteriormente.

Para A. de Cicco, este principio aplicado a las medidas cautelares “*significa que deben disponerse sólo cuando sean absolutamente necesarias para alcanzarlos fines del proceso*”.<sup>33</sup> De esta forma podemos concluir que la existencia de la medida se subordina a la demostración de la necesidad de la misma.

### **Procesal.-**

Es importante señalar esta característica para distinguirlas de otras medidas que no son cautelares y que se pueden adoptar fuera del proceso penal (medidas coercitivas).

Las medidas cautelares únicamente pueden ser dictadas dentro del proceso penal y para cumplir sus fines. Es decir, pueden existir únicamente cuando se haya iniciado el proceso y solo mientras éste subsista, a más de los requisitos de fondo y de forma que se exijan para que sean aplicables.

Carlos Rubianes, citado por el doctor Ricardo Vaca Andrade, menciona que “*la actividad cautelar, a la que también se da el nombre de medidas precautelatorias, se regula tanto en el proceso civil como en el proceso penal*”<sup>34</sup> y en consecuencia mantienen características comunes.

---

<sup>33</sup> Adriana De Cicco y Gabriela Bella, Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional: Teoría General del Proceso, Medidas de Coerción en el Proceso Penal, página 179.

<sup>34</sup> Ricardo Vaca Andrade, Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo II, página 655.

Para reforzar este punto se puede citar a Juan Carlos Marín G. quien argumenta que la evolución de las medidas cautelares penales se logró al “*adaptar los conceptos elaborados por la ciencia del proceso civil al ámbito del proceso penal*”.<sup>35</sup>

Esto por lo tanto nos lleva a aceptar que el estudio de las medidas cautelares en el ámbito penal puede verse auxiliado por el análisis de sus pares en la rama del derecho civil; debido a que según el mismo autor explica “*el estudio de éstas mostró una serie de similitudes con las medidas cautelares que la doctrina había estudiado al interior del proceso civil*”.<sup>36</sup>

En materia civil existen disposiciones que el juez puede ordenar con el fin de que el demandado se vea obligado a cumplir la sentencia del juez. Una de estas disposiciones es la prohibición de ausentarse del país que opera para el caso de extranjeros que tengan obligaciones civiles pendientes en el país y no cuenten con bienes raíces, que puedan ser empleados para garantizar el pago de la obligación. El artículo 938 del Código de Procedimiento Civil establece que si una vez ordenada la medida o una vez que la obligación se ha hecho exigible no se propone la demanda en lo principal, la prohibición de ausentarse del país caducará.

Esto hace evidente que las medidas de carácter cautelar son eminentemente procesales. No existe la posibilidad de mantener una disposición como las analizadas aun fuera del campo penal, sin la existencia de un proceso. La intención de nuestra legislación entonces es hacer de la medida cautelar nada más que una herramienta procesal, pues de lo contrario se convertiría en una forma injusta empleada para limitar la libertad de quien está siendo coaccionado.

Así lo sostiene también Ricardo Levenne, afirmando que “*las medidas o proveimientos cautelares, llamados también precautorios, si bien para algunos constituyen un tipo de proceso, en realidad se subordinan al proceso de conocimiento y al de ejecución, cuyos*

---

<sup>35</sup> Marín González Juan Carlos, Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia, página 10.

<sup>36</sup> Marín, ídem, página 10.

*finis tratan de asegurar, impidiendo que se borren las huellas del delito o que desaparezca su autor”.*<sup>37</sup>

De esta manera se reconoce que este tipo de medidas se subordinan al proceso y por lo tanto son parte del mismo, pudiendo ser dictadas únicamente dentro de éste y solo para los fines que persigue el proceso.

### **Subjetivas.-**

El doctor Ricardo Vaca menciona que las medidas cautelares “*son subjetivas puesto que afectan al sujeto pasivo del proceso penal, al procesado, acusado o encausado, y están directamente relacionadas con la eventual imposición de la sanción al responsable*”.<sup>38</sup>

A diferencia de otras disposiciones que pueden limitar la libertad en un proceso penal, las medidas cautelares únicamente se pueden entender como tales cuando son impuestas contra el imputado.

En nuestro sistema jurídico el Presidente del Tribunal Penal puede ordenar la comparecencia a juicio, aun con la fuerza pública, de un testigo o perito por ser su testimonio fundamental, lo cual resulta ser una limitación a su libertad, materializada por la coacción del Estado y la facultad que se le otorga al juzgador.

La medida cautelar por otro lado, solo puede ser dictada en contra del procesado, que es la persona cuya comparecencia se busca asegurar con este tipo de normas. Como ya se ha mencionado la existencia misma de las medidas cautelares depende de los indicios que vinculen al procesado con el delito que se investigue. Siendo así la cautela no puede ejercerse contra ninguna otra persona sino el procesado.

---

<sup>37</sup> Levenne Ricardo, Manuel de Derecho Procesal Penal, Tomo II, página 439.

<sup>38</sup> Ricardo Vaca Andrade, Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo II, página 659.

Así lo determina también Walter Guerrero cuando menciona que *“las medidas cautelares personales están dirigidas en contra de la persona del sindicado”*.<sup>39</sup>

Resulta indudable que no toda limitación a la libertad, que no sea una pena y se ordene dentro del proceso penal, se puede considerar como una medida cautelar; sino solamente aquellas que a más de las características analizadas anteriormente, son dictadas contra el proceso.

## **APLICACIÓN PROCESAL**

En nuestro sistema el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal que habla de la competencia de los Jueces de Garantías Penales, les atribuye la competencia de *“tramitar y resolver en audiencia, en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal, la adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantención de medidas cautelares”*.<sup>40</sup>

Esto nos indica que existen diferentes momentos procesales en los que se puede aplicar la medida cautelar, la indagación previa, la etapa de instrucción fiscal y finalmente previo a la audiencia de juzgamiento.

Al menos teóricamente el fiscal podría solicitar la aplicación de una medida cautelar cuando se haya iniciado la indagación previa y todavía no se abre la etapa de instrucción fiscal. Sin embargo sería difícil recopilar los elementos necesarios para justificar la necesidad de la aplicación de una medida cautelar, sin que estos mismo elementos sirvan para el inicio de la instrucción fiscal, pues en ambos casos se está demostrando la participación del procesado en el delito; es decir sería ilógico solicitarle al juez que dicte una medida cautelar en lugar de abrir la instrucción fiscal y como consecuencia de esta se dicten las disposiciones asegurativas pertinentes.

---

<sup>39</sup> Guerrero Vivanco Walter, Derecho Procesal Penal II: La Acción Penal, página 307.

<sup>40</sup> Código de Procedimiento Penal, artículo 27, numeral 2.

En todo caso si se dictase la medida cautelar dentro de la indagación previa debería ser una de corta duración y únicamente para investigar la supuesta participación del investigado en el delito, como es el objetivo de la detención por ejemplo.

El artículo innumerado a continuación del 161 referente a la Audiencia de calificación de flagrancia, establece que *“el fiscal solicitará las medidas cautelares que estime necesarias para la investigación”*. En este caso la ley prevé que la instrucción fiscal no dure más de treinta días, tiempo por el cual en principio duraría la medida cautelar, si es que esta no es objeto de revisión o sustitución.

En la misma audiencia de calificación de flagrancia el juez de garantías penales concluirá la audiencia resolviendo la existencia de elementos de convicción para la aplicación o no de medidas cautelares, es decir la medida cautelar se aplica desde la terminación misma de la audiencia.

El artículo 217 del Código de Procedimiento Penal referente a la audiencia de formulación de cargos establece que *“cuando el fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, enviará a la sala de sorteos la petición al juez de garantías penales, a fin de que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos, acto en el que solicitará de estimar pertinente, las medidas cautelares personales y reales”*.

Esta audiencia es la antesala al inicio de la instrucción fiscal, similar al caso de la audiencia descrita anteriormente, pero cuando se trata de un delito donde no existe flagrancia y ha existido una indagación previa a presumir la existencia del delito y tener al menos indicios que hagan suponer quienes han participado en el delito.

A propósito de la revisión de las medidas cautelares el segundo artículo innumerado a continuación del 205 del Código de Procedimiento Penal, referente al trámite de las audiencias establece que *“se pueden plantear temas tales como: medidas cautelares, revisión de las medidas cautelares o apelación de las medidas cautelares”*.



Con esto se puede notar que las medidas cautelares bajo nuestro sistema jurídico, únicamente se pueden adoptar en una audiencia pública, dependiendo del estado del proceso frente al Juez o al Tribunal de Garantías Penales. La primera impresión que se produce de la lectura de los artículos referentes a la aplicación de las medidas cautelares es que éstas solo pueden ser solicitadas por el Fiscal, aplicándose de cierta manera una suerte de principio de oficialidad a la petición de imposición de estas disposiciones.

Sin embargo el segundo artículo innumerado a continuación del 205, mencionado anteriormente no prevé que la petición la haga el Fiscal de manera exclusiva, sino que deja abierta la posibilidad de que quien lo solicite sea cualquiera de las partes procesales, debiendo estar presentes en la audiencia tanto el procesado como el Fiscal, que resulta bastante lógico. De tal manera que, no existiría impedimento legal para que la aplicación de estas disposiciones provenga de la petición del ofendido o del acusador particular, escuchando también la postura del Fiscal y el procesado.

Finalmente nuestra legislación procesal penal prevé *“si el juez de garantías penales considera que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio, iniciando por pronunciarse sobre la validez del proceso. En el mismo auto deben incluirse”*<sup>41</sup> entre otros requisitos el determinado en el numeral tres referente a la aplicación de medidas cautelares no dictadas hasta el momento, o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las medidas cautelares dispuestas con antelación.

Es decir que se pueden dictar una medida cautelar hasta dentro de la sustanciación de la audiencia preparatoria de juicio donde el juez penal se encarga de dictar auto de llamamiento a juicio en su defecto sobreseimiento provisional o definitivo, del proceso o del procesado, según sea el caso.

---

<sup>41</sup> Código de Procedimiento Penal, artículo 232.

Si es que el juez considera pertinente dictar una medida cautelar o ratificarla, ésta tendría vigencia desde la culminación de la audiencia hasta la finalización de la sustanciación de la audiencia de juzgamiento frente al Tribunal de Garantías Penales, en donde sea cual sea la resolución tomada por el tribunal la medida cautelar tendrá que fenecer, si se condena al proceso, porque ésta es reemplazada con la pena o si se lo absuelve este resultado debe estar acompañado de la cesación de todas las medidas cautelares y la determinación de pago de costas judiciales según el artículo 311 de nuestra legislación procesal penal.

Existe además la posibilidad de que la medida cautelar quede sin efecto porque opera la conversión de una acción pública a una acción privada o la suspensión condicional del proceso. La conversión debe ser aceptada por el juez de garantías penales, solicitada por el ofendido y producirse el allanamiento del fiscal. Esto genera como consecuencia que transformada la acción cesarán todas las medidas cautelares que se hayan dictado.

Algo similar ocurre con la suspensión condicional del proceso que también debe ser aceptada por juez, debe haber un allanamiento del fiscal, pero ésta es solicitada por el procesado. Como efecto de la suspensión, se interrumpe el proceso y siendo las medidas accesorias a éste, también cesan las medidas cautelares.

Las medidas cautelares entonces se pueden dictar desde la indagación previa hasta la audiencia preparatoria de juicio y tener vigencia hasta que en una audiencia se disponga la cesación o sustitución de las mismas o la acción pase de ser pública a ser privada o se sobresea o absuelva al procesado o se dicte una sentencia condenatoria imponiéndole una pena privativa de libertad. Este criterio de modo general es el que se acepta tanto en otras legislaciones como en la doctrina.

## **RELACIÓN CON LAS MEDIDAS COERCITIVAS**

En muchas legislaciones se asimilan las medidas cautelares como medidas coercitivas en general. En muchos casos se ha hecho una distinción con el término de medidas

cautelares y coercitivas, asumiendo que las primeras son propias del derecho procesal civil o incluso del derecho comercial o administrativo.<sup>42</sup>

Como se explicará más adelante, las medidas coercitivas tanto en la legislación comparada, como en la doctrina en cuanto al campo penal, tienen un carácter mucho más general que las medidas cautelares. Esto hace que se entiendan como medidas coercitivas algunas que claramente no tienen un carácter cautelar, como es el caso de la citación.

---

<sup>42</sup> Así por ejemplo en el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Chubut en Argentina, el libro V habla de las “Medidas de Coerción y Cautelares”, las primeras las que limitan la libertad personal, las segundas propias del proceso civil están destinadas a garantizar el pago de la multa o los daños y perjuicios causados.

## **CAPÍTULO II**

### **OTRAS MEDIDAS Y RESTRICCIONES DISPUESTAS EN EL PROCESO PENAL**

Este capítulo busca hacer una descripción de medidas o disposiciones que son propias del Derecho Procesal Penal y que pueden ser confundidas con las medidas cautelares. Todas estas normas tienen como característica común el que son restricciones a garantías básicas. Pero se deben distinguir porque tienen una naturaleza distinta y sus fines hacen que deban ser aplicadas en la situación específica para la cual fueron ideadas.

De esta forma resulta muy pertinente al menos describirlas de modo general y principalmente enfocándose a la distinción que tienen con las medidas cautelares que es el tema de análisis principal del presente trabajo.

Cada medida tiene una aplicación procesal distinta y para cada una existen controles estatales o legales distintos, unos menos rigurosos que otros; de aquí la importancia de distinguirlas pues tratar a toda limitación a la libertad como una misma figura jurídica implicaría un manejo irresponsable de la coerción estatal y equivaldría a dar paso a las arbitrariedades propias de un sistema alejado del Derecho.

Las principales normas que los diferentes ordenamientos jurídicos como el nuestro han adoptado y que resultan oportunas para ser analizadas a propósito del tema central son las medidas de coerción procesal o medidas coercitivas, las penas y medidas de seguridad y las medidas de protección inmediata o de amparo.

Estas son las principales figuras que como se analizará suelen ser confundidas con las medidas cautelares. El objetivo del presente capítulo es presentar argumentos que permitan diferenciarlas.

## MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL O MEDIDAS COERCITIVAS

En general se debe entender como coerción procesal, cualquier tipo de disposición que puede ser ordenada dentro del proceso, para constreñir a una persona a cumplir una orden judicial. De modo frecuente, algunos autores admiten que por este término se debe entender no solo la amenaza del empleo de la fuerza que puede hacer el juez, sino también el uso real de la fuerza.

Así por ejemplo autores como Cafferata dicen que *“La coerción procesal es la posibilidad del empleo de la fuerza pública para la restricción a los derechos. Esta idea comprende tanto su utilización directa (v. gr., la detención del imputado) como la amenaza de aplicarla (v. gr., citación bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública en caso de no comparecer)”*.<sup>43</sup>

En estricto sentido la coerción es la posibilidad del uso de la fuerza para lograr en las personas una determinada conducta, a diferencia de la coacción, donde el uso de la fuerza ya no solo es una posibilidad sino que se emplea efectivamente para lograr los fines del derecho.

En todo caso, se podría entender este término en el sentido de que el único uso real de la fuerza en el Derecho Penal, es la imposición de una pena y en consecuencia, cualquier medida tomada dentro del proceso penal, es simplemente una advertencia de lo que puede venir para el imputado.

Cafferata explica que: *“por coerción procesal se entiende, en general, toda restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendiente a garantizar el*

---

<sup>43</sup> Cafferata Nores José, Manual de Derecho Procesal Penal, Universidad de Córdoba, Argentina, página 438

*logro de sus fines: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto”.*<sup>44</sup>

El Código Procesal Penal argentino en el artículo 120 dice: “*En el ejercicio de sus funciones, el tribunal podrá requerir la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas que considere necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene*”.

De esta forma el juzgador tiene facultades amplias y suficientes como para ordenar todo cuanto sea necesario para cumplir con los actos que hayan ordenado, esto se puede entender como comparecencia de partes procesales, testigos y peritos a cualquier diligencia que se considere importante dentro del proceso.

En nuestra legislación por ejemplo un acto que se podría entender como coercitivo es el allanamiento. Esta figura supone la entrada aún con la fuerza a una vivienda cuando se trate de capturar a una persona con orden de prisión preventiva o sentencia condenatoria a pena privativa de libertad; o se persiga a una persona que acaba de cometer un delito flagrante; o se trate de impedir la consumación de un delito, o de socorrer a las víctimas; o se trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan medios de prueba.

Legislaciones como la argentina y venezolana han asimilado a las medidas cautelares como medida coercitivas.

Hay que hacer énfasis que no todas las medidas coercitivas tienen carácter cautelar, un claro ejemplo es la denominada citación<sup>45</sup> en legislaciones como la chilena. La citación que aunque rotundamente está reconocida como una medida procesal a disposición del juzgador, como lo explica Marín, “*en doctrina no se le reconoce naturaleza cautelar*”.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Cafferata Nores José, Manual de Derecho Procesal Penal, Universidad de Córdoba, Argentina, página 438.

<sup>45</sup> La citación es una medida que está a disposición del tribunal penal en ciertas legislaciones, para hacer comparecer por la fuerza a peritos o testigos que no concurran a la audiencia celebrada por el juzgador cuando este considere que su comparecencia es fundamental para el proceso.

<sup>46</sup> Marín, ídem, página 29.

## **FIN**

El fin de las medidas coercitivas es servir como instrumento para la consecución de los fines del proceso. En este tipo de medidas se ha entendido este fin de una manera muy amplia, pudiendo servir, desde el llamamiento forzoso a la comparecencia de peritos o testigos, el allanamiento como medio para la preservación de los elementos usados o resultado de un delito, hasta la aprehensión del imputado mientras se obtenga una decisión ejecutoriada del juzgador.

Cafferata explica que éstas *“son medios que tienden a evitar los peligros que pueden obstaculizar la consecución de los fines del proceso. Protegen de ese modo el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley”*.

Como se puede notar, es generalmente aceptado que estas medidas son bastante generales y pueden ser consideradas como tales, en tanto, sean los instrumentos a disposición del juez para conseguir lo que se espera del proceso, que es en definitiva descubrir la verdad.

## **CARACTERÍSTICAS**

### **No son impuestas exclusivamente al imputado**

A diferencia de las medidas cautelares, las medidas coercitivas se pueden imponer, siempre que la legislación así lo prevea, contra las diferentes personas que intervienen en el proceso o que aun sin hacerlo puedan aportar algo a éste. Pensemos por ejemplo dentro de nuestra legislación el en artículo 129 del Código de Procedimiento Penal que establece:

*“Están obligados a comparecer personalmente a rendir su testimonio todas las personas que conozcan de la comisión de la infracción. El Fiscal, el Juez o el Tribunal pueden hacer uso de la fuerza pública para la comparecencia del testigo que no cumpliera esta obligación”*.

El testigo no necesariamente es parte del proceso penal, pero aún así existen medios para ejercer intimidación sobre él y forzarlo a obedecer al tribunal. A diferencia de las medidas cautelares que solo se dictan contra el procesado.



## **MEDIDAS DE PROTECCIÓN INMEDIATA O DE AMPARO**

Son disposiciones que se prevén en nuestra legislación así como en la mayoría de ordenamientos jurídicos actuales especialmente iberoamericanos, al tratarse temas de violencia intrafamiliar y protección a mujer y niños.

Su adopción es relativamente nueva, el antecedente más antiguo con el que se cuenta al menos en Latinoamérica, es la Ley 26260 denominada Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar que fue adoptada en Perú y publicada 1993; posteriormente aparecieron normas en la materia en Argentina y casi de inmediato en Ecuador en el año de 1995 con la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia.

En nuestra legislación estas normas aparecen denominadas como Medidas de Amparo. Son en definitiva, limitaciones a la libertad de una persona (agresor) para proteger la integridad y el bienestar de quienes conviven con éste (víctima).

Aunque limitan derechos lo interesantes de estas medidas es que no solo las aplican los jueces o tribunales exclusivamente, sino que también las pueden imponer los comisarios de la Mujer y la Familia, intendentes, comisarios y tenientes políticos.<sup>47</sup>

El presupuesto de fondo que es necesario para la empleo de estas políticas es *“la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de algunas de las medidas de protección”*.<sup>48</sup>

El único presupuesto de forma que exige la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia para aplicar estas limitaciones, o protección visto desde otro punto de vista, es que exista un hecho de violencia familiar que llegue a conocimiento de los jueces, tribunales o autoridades administrativas que son competentes en la materia.

---

<sup>47</sup> Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, artículo 8.

<sup>48</sup> Jornadas de Protección e Intervención en Malos Tratos a Personas en Situación de Dependencia, página 13.

Es ese caso, se podrá ordenar, entre otras disposiciones:<sup>49</sup>

- Ordenar la salida del agresor de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o la libertad sexual de la familia.
- Imponer al agresor la prohibición de acercarse a la agredida en su lugar de trabajo o de estudio.
- Prohibir o restringir al agresor el acceso a la persona violentada.
- Evitar que el agresor, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima o algún miembro de su familia.
- Reintegrar al domicilio a la persona agredida disponiendo la salida simultánea del agresor, cuando se tratare de una vivienda común, impidiéndole que retire los enseres de uso de la familia.
- Otorgar la custodia de la víctima menor de edad o incapaz a persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo No. 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de Menores.

Es interesante que en las últimas reformas penales, aunque se incluyen muchas de estas disposiciones dentro del artículo que enuncia las medidas cautelares, después se menciona que *“si el juez de garantías penales resuelve no ordenar la prisión preventiva, y se estableciera que la libertad del procesado puede poner en peligro o en riesgo la seguridad, o la integridad física o psicológica del ofendido, testigos o de otras personas, la Fiscalía adoptará las medidas de amparo previstas en el sistema y programa de protección a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal. Si se trata de delitos sexuales o de lesiones producto de violencia intrafamiliar cometidos en contra de mujeres, niños, niñas o adolescentes, a más de las medidas de amparo adoptadas por la Fiscalía, el juez de garantías penales prohibirá que el*

---

<sup>49</sup> Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, artículo 13.

*procesado tenga cualquier tipo de acceso a las víctimas o realice por sí mismo o a través de terceras personas actos de persecución o de intimidación a las víctimas o algún miembro de su familia”.*<sup>50</sup>

Con esta norma se ratifica que las medidas descritas son de amparo, aunque se contengan en un artículo que no lo manifieste de esa forma. Y por otro lado, se reconoce que las medidas de amparo tienen una naturaleza distinta a las medidas cautelares y en consecuencia se las trata como dos figuras jurídicas distintas.

## **FIN**

Este tipo de medidas, como resulta evidente, pretenden ser de aplicación inmediata para poder servir como una herramienta de auxilio a las víctimas de la violencia familiar. No tiene una naturaleza cautelar, porque su finalidad no es prevenir una posibilidad que se puede presentar en el proceso; sino que tiene un fin eminentemente proteccionista y de ejecución inmediata.

Al respecto José Hurtado Pozo distingue a las medidas cautelares o coercitivas, de las medidas de protección inmediatas y menciona que éstas *“tienen una finalidad distinta a las anteriores: con su adopción se pretende proteger de manera eficaz a la víctima de su agresor”*.<sup>51</sup>

En conclusión las medidas de protección como su nombre lo indica, no buscan sino ser una vía de aplicación inmediata para el amparo a las víctimas de violencia familiar.

## **NATURALEZA**

Al tratar el tema de las medidas de protección, resulta lógico que unas de las primeras interrogantes que surgen es descifrar si es que estas medidas son equiparables con las

---

<sup>50</sup> Código de Procedimiento Penal, artículo innumerado a continuación del 167.

<sup>51</sup> José Hurtado Pozo, Derecho Penal y Discriminación de la Mujer, Anuario de Derecho Penal 1999-2000, Lima 2001.

medidas cautelares o las de seguridad, o si por otro lado, son una especie deferente y tienen una naturaleza distinta a las demás analizadas.

Moral Moro explica que las medidas de protección no pueden ser confundidas con las medidas cautelares. Esencialmente por poseer dos diferentes tipos de naturalezas y no responder a la misma finalidad, de esta forma explica que *“la protección de las víctimas no se encuentra entre las finalidades propias de las medidas cautelares en el proceso penal como es la de garantizar la presencia del encausado en el proceso y asegurar el cumplimiento de una posible condena”*.<sup>52</sup>

Un aspecto interesante de estas medidas es que en la legislación española por ejemplo se denominan como *“medidas de protección y de seguridad”*. El mismo autor citado anteriormente señala que *“parece así, más bien, que la ley ha querido denominar a esas medidas de «protección» hasta la sentencia firme, y si se prorrogan más allá de la sentencia de «seguridad»”*.<sup>53</sup>

Si bien Moral, no admite directamente que estas medidas sean de seguridad justificándose en que formalmente las medidas de protección se dictan al momento mismo de producirse la agresión y las medidas de seguridad al final del proceso contenidas en la sentencia, si les reconoce una naturaleza similar y salvo en cuanto a lo formal, no señala otra diferencia.

Para reforzar este punto es imperioso citar a Zaffaroni, opositor acérrimo de las medidas de seguridad por considerarlas un cabo suelto en materia penal, que se presta para no ser otra cosa que un medio represivo a disposición del Estado. Este maestro plantea razonamientos que conducirían a pensar que las medidas de protección inmediatas no son sino medidas de seguridad, así menciona que:

---

<sup>52</sup> Moral Moro, Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley Integral contra la Violencia de Género, REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN, No. 14, ENERO 2008, página 121.

<sup>53</sup> Moral Moro, ídem, página 125.

*“Es natural que, a partir de la afirmación de que la "medida" no es "retributiva", no sea necesario un delito para aplicar la pena, y además, dirigiéndose la medida a combatir un "estado" del autor, no sea necesario tampoco que este "estado" se manifieste en un delito, sino por cualquier otro medio. Con estos argumentos, puede sostenerse la aplicación de "medidas" sin que se haya cometido delito alguno, frente a cualquier manifestación del "estado peligroso" del autor”.*<sup>54</sup>

De esto se puede notar, que efectivamente para la aplicación de una medida de protección no es necesario la existencia de un delito. Para el empleo de estas medidas solo se debe demostrar un estado de peligrosidad del autor, características que Zaffaroni enmarca como propias de las medidas de seguridad.

Es decir, para la aplicación de una medida de seguridad y de una medida de protección se requieren verificar los mismos supuestos, la peligrosidad de la persona contra la que se dicta esta limitación a la libertad, lo que hace concluir que se tratan de la misma figura jurídica.

Zaffaroni menciona también que *“las medidas de seguridad tienen carácter administrativo y no penal. En lugar, no puede hablarse de una general naturaleza administrativa de las medidas de seguridad, porque se concede carácter administrativo a lo que son en verdad penas”.*<sup>55</sup>

Bajo este razonamiento no es sorprendente que las medidas de amparo, que aun siendo restricciones a garantías básicas y debiendo ser únicamente impuestas por un juez, por ser en definitiva penas o al menos muy similares a éstas, sean disposiciones que pueden ser adoptadas por autoridades administrativas.

Se puede notar entonces que existen argumentos muy sólidos para afirmar que las medidas de protección tienen en realidad la misma naturaleza de las medidas de seguridad.

---

<sup>54</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, página 102.

<sup>55</sup> Zaffaroni, ídem, página 103.

## **CARACTERÍSTICAS**

### **No son procesales**

A diferencia de las medidas cautelares no necesariamente se dictan dentro de un proceso y como herramienta a los propósitos de este, sino que simplemente se disponen a requerimiento de la víctima por una situación de peligro, aunque no exista un delito o incluso no hay indicios que llevan a presumirlo.

### **No tienen un fin cautelar**

Lo que la disposición busca es brindar protección a la víctima, no precautela una situación potencialmente real pero futura dentro del proceso, como la evasión de la justicia por parte del procesado. Entonces no tiene un fin cautelar, sino proteccionista.

## **PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**

El presente tema no pretende ser un análisis extenso de la pena y las medidas de seguridad, sino solamente presentar lineamientos generales que permitan distinguirlas de las medidas cautelares, que es el objetivo fundamental de todo este análisis. Por esto se muestran los aspectos más relevantes con relación a la pena y las medidas de seguridad, manteniendo la misma estructura planteada hasta ahora.

Uno de los cuestionamientos que inicialmente se puede hacer, es si las penas y medidas de seguridad se pueden tratar en un solo tema, si su naturaleza y características, son similares o iguales. Para esto es preciso citar a Bustos y Hormazábal, quienes de manera irrefutable explican que tanto la pena como la medida de seguridad parten del mismo supuesto y por lo tanto responden a la misma naturaleza, así mencionan que:

*“si se considera la intervención punitiva del Estado desde una perspectiva política criminal, y no como algo inherente a la naturaleza de las cosas, penas y medidas solo se diferencian en que las primeras no ofrecen cooperación alguna a la persona para resolver sus conflictos futuros, mientras que las medidas, por principio y concepto, han de contener algún tipo de ofrecimiento al respecto. De este modo entonces, que los principios garantistas de penas y medidas son los mismos, la protección de bienes jurídicos, la autonomía de la persona y su indemnidad personal y, por tanto, también los presupuestos para su imposición: delito (tipicidad y antijuridicidad), sujeto responsable y determinación de la sanción”.*<sup>56</sup>

Una vez que se ha precisado que ambas figuras jurídicas pueden ser tratadas en conjunto, es necesario definir qué se puede entender como una pena y como una medida de seguridad.

---

<sup>56</sup> Bustos Ramírez Juan y Hormazábal Malarée Hernán, Lecciones de Derecho Penal, página 213.

Welzel explica que “*la pena es un mal que se dicta contra el autor por el hecho culpable*”.<sup>57</sup> Este concepto aunque corto y tal vez no completamente adaptado a nuestro idioma, es bastante preciso y se presta para ser desarrollado de manera amplia.

La pena puede ser entendida como ‘un mal’ porque entraña un tipo de privación, frente a la realidad de la generalidad de las personas. Desde las penas más primitivas, denotan una limitación para la persona a la que se le impone una, frente al resto del grupo humano en el que vive, que siguen gozando de lo que al delincuente se le priva. Es decir la pena es un mal porque se obliga al que se la impone a que carezca de algo de lo que comúnmente la gente goza, así se deduce que por penas se hayan entendido a la privación de la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, entre otras.

Al mencionar Welzel ‘que se dicta’ la pena, se entiende que es una decisión tomada por un tercero, diferente a la víctima y al victimario. Este tercero es exclusivamente el Estado que ejerce su poder coercitivo, precisamente a través de la pena, así lo menciona también Zaffaroni cuando dice que “*el instrumento de la coerción penal es la pena*”.<sup>58</sup>

Finalmente se dice que se la impone ‘contra el autor por el hecho culpable’, entonces la pena solo puede ser impuesta una vez que se establezca la culpabilidad del procesado y se le determine como penalmente responsable de un delito. Esto lógicamente solo puede suceder al final de un proceso penal. Lo cual tiene dos implicaciones importantes, la primera es que la pena se convierte en la consecuencia de un proceso penal donde se determine la responsabilidad de una persona, y la segunda es que la pena a diferencia de las medidas cautelares solo se impone cuando existe una determinación de culpabilidad del imputado.

Otros autores como Zaffaroni, plantean una definición no necesariamente de lo que es la pena, sino de lo que debería llegar a ser, de tal forma sostienen que “*la pena es la coerción estatal que tiene por objeto proveer a la seguridad jurídica mediante la prevención especial resocializadora de futuras conductas delictivas por parte del*

---

<sup>57</sup> Welzel Hanz, Derecho Penal: Parte General, página 233.

<sup>58</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, página 63.



*autor*".<sup>59</sup> Este concepto se base en el fin que este autor le atribuye a la pena, lo cual será detallado más adelante, cuando se hable del fin de la pena.

Bustos y Hormazábal esgrimen un concepto de la pena desde su relación con el Estado, así explican que *"la pena aparece como un instrumento de aseguramiento del Estado. Con ella el Estado reafirma su existencia"*.<sup>60</sup> De esto modo, la pena se entiende como una herramienta del Estado para el resguardo del sistema social a través de la protección de bienes jurídicos que pueden ser afectados con conductas catalogadas como delictivas.

En cuanto a las medidas de seguridad Muñoz Conde explica que *"al igual que la pena, la medida de seguridad se justifica por ser un medio de lucha contra el delito. La diferencia fundamental con aquélla radica en que, mientras la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la culpabilidad del sujeto, en la medida de seguridad se atiende a la peligrosidad. Por peligrosidad, se entiende la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso, la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de una determinada persona"*.<sup>61</sup>

Bustos y Hormazábal justifican a la medida de seguridad exponiendo que la utilidad de la pena se agota y resulta limitada frente a cierto tipo de delincuentes, entonces *"la pena debe ser completada con medidas de seguridad, cuya base no es la culpabilidad, sino la peligrosidad. Estas medidas no son dictadas con el fin de compensación retribuidora por un hecho injusto, sino para la seguridad futura de la comunidad frente a las violaciones ulteriores del derecho a esperarse de parte de ese autor"*.<sup>62</sup>

La medida de seguridad en definitiva es también una sanción, impuesta en base a la peligrosidad de un individuo y la probabilidad de reincidencia en la perpetración de un delito. Si bien se discute en la doctrina la aplicación de medidas pre-delincuenciales, es decir sanciones impuestas aun sin el cometimiento de un delito sino únicamente por la condición de la persona, el empleo de medidas de seguridad impuestas de manera

---

<sup>59</sup> Zaffaroni, ídem, página 63, Tomo I.

<sup>60</sup> Bustos Ramírez Juan y Hormazábal Malarée Hernán, Lecciones de Derecho Penal, página 54.

<sup>61</sup> Muñoz Conde Francisco, Introducción al Derecho Penal, página 78.

<sup>62</sup> Bustos y Hormazábal, Ídem, página 240.

posterior o conjunta a la aplicación de la pena es generalmente aceptado y se reconoce su utilidad como medio para la consecución de los fines del derecho penal.

La creación de las medidas cautelares parece ser atribuible a dos juristas del siglo XVII Jeremy Behtham en Inglaterra y Carl Stooss en Suiza. Behtham, es considerado el pionero de la corriente de pensamiento filosófico conocida como el ‘utilitarismo’, que tuvo también influencia en el campo del Derecho. A través de su libro ‘Tratado de la Legislación Civil y Penal’, publicado en 1823, plantea que el Estado a través de la legislación puede actuar de diversas formas frente a la comisión de un delito.

Behtham denomina como ‘remedio político’ a ciertas medidas que el Estado puede usar para evitar la comisión de un delito. Así, menciona que *“antes de que un delito se consume, puede anunciarse de muchas maneras, y pasa por algunos grados de preparación, que a veces permiten detenerle antes de que llegue a su catástrofe”*<sup>63</sup>. En la obra de Behtham se recogen ya medidas que se mantiene hasta la fecha como la prohibición de concurrir a determinados lugares.

Carl Stooss de origen suizo, es otro jurista considerado el pionero de la invención de las medidas de seguridad, las cuales fueron planteadas por él, en el ante proyecto de Código Penal de 1893 elaborado por un encargo del gobierno federal suizo. Como lo menciona Nicolás Queloz *“la preocupación de Stooss por prever sanciones penales no solo destinadas a castigar, sino también lograr objetivos de prevención de la reincidencia, de cuidado y protección a la población... Stooss preconizó aumentar el arsenal de sanciones penales mediante la introducción de las medidas de seguridad”*.<sup>64</sup>

Si bien este proyecto finalmente no fue aprobado sino hasta dentro de varias décadas y con algunas modificaciones, por el rechazo que le dieron los defensores de la doctrina clásica, debido a su carácter modernista; este fue un antecedente para la legislación penal europea, especialmente en Austria y Alemania, que en adelante introdujeron un sistema de medidas de seguridad.

---

<sup>63</sup> Behtham Jeremías, Tratado de Legislación Civil y Penal, tomo IV, página 95.

<sup>64</sup> Nicolas Queloz. El sistema suizo de sanciones penales: Evolución y reforma. Traducción realizada por José Hurtado Pozo y Aldo Figueroa.

## **FIN**

Este es sin duda uno de los temas más polémicos del Derecho Penal, pues el fin de la pena, para muchos autores es también el fin mismo del Derecho Penal. A continuación se tratará de hacer un breve resumen de las teorías más aceptadas que justifican la pena y las medidas de seguridad.

En cuanto a la pena, existen diferentes formas de clasificar a las teorías, pero la más frecuentes es separarlas en absolutas o relativas:

### **Absolutas o retributiva**

Se agrupan en esta división las teorías que proponen que la pena tiene un fin desvinculado del efecto social que puedan causar. Se denominan absolutas porque en latín '*absolutus*' significa desvinculado. Ergo las teorías absolutas desvinculan la justificación de la pena a los efectos que puedan causar.

La pena se justifica y es buena por sí misma, no por lo que a través de ella se pueda conseguir. Estas teorías proponen a la pena como un medio de expiación del culpable, como un mal justificado para equilibrar el mal provocado por él que ha sido encontrado penalmente responsable.

Claus Roxin explica que el éxito de esta teoría a lo largo de tantos años radicó en su fundamentación en la corriente de pensamiento denominada 'idealismo' especialmente desarrollado en Alemania y que de modo general influyó en el desarrollo del derecho penal. Kant fundamenta la pena como la realización de la justicia y la retribución que son a su vez leyes inmutables. Hegel justifica a la pena diciendo que el delito es la negación del derecho y la pena es la negación de esta negación, con este razonamiento la pena anula la negación del delincuente y el derecho queda restablecido.

Como lo explica Roxin esta teoría, en definitiva tiene dos puntos que la hicieron tan exitosa por tanto tiempo, su impacto psicológico-social y la facilidad para graduar la

pena. El primer aspecto debido a que para un colectivo social, es justo que quien causó un mal lo retribuya de forma proporcional y el segundo aspecto debido a que si la pena retribuye el mal causado entonces obviamente ambas deben ser iguales o proporcionalmente similares.

El defecto que presenta esta teoría es que, parte del supuesto de que un mal merece una pena, pero para el Derecho Penal contemporáneo, no necesariamente esto es suficiente, sino que de por medio se debe analizar qué bien jurídico se está protegiendo al tipificar una determinada conducta y si éste merece tal protección.

Bajo esta teoría el Estado se convierte en el intermediario para causar un mal al que provocó un mal, sin importar si esto tiene un fin social o solo es la satisfacción de una necesidad personal de retribución. Actualmente es innegable la función social que tiene el Derecho Penal como un instrumento del Estado para obtener una conducta socialmente deseada, bajo esta teoría este fin no tendría relevancia.

### **Preventivas**

Al contrario de la corriente anterior estas teorías proponen que la pena no puede tener otro fin sino de prevenir la futura comisión del delito. Parte del razonamiento de que no tiene sentido castigar sino para lograr un comportamiento deseado. Generalmente estas teorías se dividen en especiales y generales.

La teoría preventivo especial, cuyo referente más fuerte es Franz von Liszt, se refieren a que la prevención está destinada específicamente a la persona que cometió el delito, es decir la pena tiene como fin aislar al delincuente de la sociedad, intimidarlo para que no vuelva a cometer un delito y tratar de resocializarlo. Dependiendo del individuo, según el referente de esta teoría, puede ser aislado, intimidado o resocializado, pero lo cierto es que en cualquiera de estos escenarios la pena es un instrumento para prevenir el cometimiento de nuevos delitos.

Las ventajas de esta teoría son evidentes, pues se apega de la mejor manera al fin más anhelado por el Derecho Penal, que es la protección al individuo y la sociedad de conductas no deseadas.

Sin embargo presenta también dificultades prácticas, por ejemplo al momento de graduar el tiempo de la pena, que podría durar aun en delitos menores, el tiempo que le tome al individuo resocializarse. Otro problema surge con quien comete un delito en circunstancias irrepetibles y que no necesita resocialización, en cuyo caso la pena, según la teoría no sería pertinente.

La teoría preventivo general, varía con respecto a la anterior en el sentido de que busca la influencia en la comunidad a través de la imposición de una pena, de esta forma actúa de modo general sobre la sociedad. Su principal exponente es Feuerbach, quien miraba a la pena como una ‘amenaza legal’ así determinaba que “*el fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es asimismo la mera intimidación de los ciudadanos por la ley*”.<sup>65</sup> A diferencia de la teoría preventivo especial, la pena se justifica aunque el hecho sea irrepetible para su autor, porque sirve como ejemplo disuasivo a cualquier conducta delictiva de terceros.

Para concluir el análisis de este tema Roxin observa que si bien estas teorías, al menos de forma doctrinaria, se excluyen unas de otras, ya en la práctica los tribunales de justicia y las legislaciones de cada país, suelen unificarlas y darle a la pena dependiendo de las circunstancias un fin retributivo y preventivo, con respecto al delincuente y a la comunidad, a lo que se ha denominado teorías de la unión. Lo importante es determinar lo pertinente según el caso, dentro de un marco de legalidad y constitucionalidad. Recuerda finalmente que el baremo que debe emplearse para determinar la severidad de la pena, indefectiblemente debe ser la culpabilidad.

---

<sup>65</sup> Roxin Claus, Derecho Penal: Parte General, Tomo I, página 90

## **Medidas de seguridad**

Por otro lado, las medidas de seguridad tienen un fin mucho más claro y menos discutido en la doctrina, Roxin explica que éstas surgen de la necesidad de proteger a la sociedad, en circunstancias donde la pena se agota. Explica que en una situación donde se debe imponer una pena menor a alguien que por su condición no comete un delito en pleno uso de su capacidad mental, no desaparece el riesgo de que el individuo vuelva a cometer un acto similar, que resulta socialmente peligroso, justamente por su condición o capacidad mental. Entonces la medida de seguridad es la opción que presentan ciertas legislaciones para limitar o controlar la conducta de personas que pueden tener una conducta peligrosa y/o reincidente.

De tal manera la medida cautelar tiene un fin preventivo, dependiendo de la disposición puede ser especial o general. En definitiva tanto las penas como las medidas de seguridad persiguen un fin idéntico, en ambos casos se quiere prevenir las conductas criminales y proteger los bienes jurídicos que el Estado considera importantes. Una diferencia que se puede señalar es que la medida de seguridad no se regula dependiendo de la gravedad de la conducta sino del acto en sí mismo.

Para finalizar resulta interesante señalar un razonamiento de Von Liszt, citado por Bacigalupo, donde el jurista alemán explica de forma brillante, que la pena y la medida tienen en definitiva el mismo fin y así menciona que *“si la medida de seguridad se conecta a la comisión de una acción punible, es posible que asuma en ella la esencia de la pena (un mal vinculado a un juicio de disvalor), y esto inclusive desde el punto de vista de la teoría de la retribución. En tanto esta teoría admite, aunque sólo sea secundariamente, la persecución de la corrección y la seguridad, cabe afirmar que la pena penetra en el terreno de la medida de seguridad”*.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Bacigalupo Enrique, Manual de Derecho Penal, página 18

## **DISTINCIÓN ENTRE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD, FRENTE A LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Si bien tanto las penas y las medidas de seguridad como las medidas cautelares son mecanismos de control estatal que se materializan a través de la privación de la libertad o de modo general de la restricción de ciertas garantías básicas, no se pueden confundir estos términos y entenderse como un mismo concepto.

Así el Código Penal de la República de Chile en el artículo 20 señala que *“no se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”*.

El artículo 34 del Código Penal del Reino de España, establece que *“no se reputarán penas: 1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal”*.

Existen elementos que hacen que sirven para diferenciar a las penas y las medidas cautelares, entre las diferencias más importantes podemos señalar:

### **Momento procesal en el que se aplican**

De lo expuesto, podemos decir que la pena al ser la consecuencia jurídica del delito, únicamente se puede imponer al momento en que el cometimiento del delito ha sido declarado y atribuido por el juzgador a una o varias personas encontradas penalmente responsables de dicha infracción y esta decisión es firme. En consecuencia, el único momento procesal cuando se puede imponer una pena es al finalizar el proceso, como corolario de éste.

El prerrequisito fundamental para poder aplicar una pena es la determinación de culpabilidad del procesado y la declaración de antijuridicidad del acto que se le atribuye; tarea que, al menos en un Estado de Derecho, únicamente le corresponde al juzgador, por eso éste en consecuencia es el único que puede imponer una pena.

Si bien se discute la aplicación de las medidas de seguridad pre-delincuenciales, las medidas que son aplicadas en conjunto o posteriores a la pena, son generalmente aceptadas en la doctrina y la legislación penal, especialmente europea. Entonces también podemos decir que la aplicación de la medida de seguridad debe imponerse solo al final del proceso, y resulta asimismo lógico atribuirle la obligación de determinar la peligrosidad del individuo al que se la impone, igualmente al juzgador de la pena.

Las penas y medidas de seguridad únicamente se dictan al final del proceso penal, no dentro de éste. Esta es una clara diferencia frente a las medidas cautelares que se dictan previo a iniciar el proceso y en especial dentro de este, justamente porque su fin es asegurar el normal desarrollo del mismo.

### **Elementos para su aplicación**

Como ya se mencionó los prerrequisitos básicos que se deben verificar para la aplicación de la pena, por un lado, es la determinación de la culpabilidad del procesado y en el caso de las medidas de seguridad es la peligrosidad del éste.

En el caso de las medidas cautelares el prerrequisito que se debe verificar es la necesidad de la aplicación de esta limitación, en razón de que el procesado puede evadir la acción de la justicia y truncar el proceso penal. Se deben verificar los elementos que ya habíamos mencionado, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Para aplicar la pena se debe tener certeza completa sobre el ilícito, no solo basta con presunciones.



## CAPÍTULO III

# MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

### ANTECEDENTE HISTÓRICO

Hasta antes de las reformas de marzo de 2009 al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, el fin de las medidas cautelares no solo se enunciaba sino que intrínsecamente estaba contenido en las medidas de carácter personal en nuestra legislación.

Este fin fue el que tradicionalmente se le ha dado en legislaciones Iberoamericanas a estas disposiciones, que es estrictamente tratar de asegurar el cumplimiento de la pena que se le puede llegar a imponer al procesado y afianzar que el proceso no se suspenderá por la ausencia de éste.

El origen de las medidas cautelares en el procedimiento penal ecuatoriano se remonta hasta el Código de Procedimiento Penal de 1971, donde se las denominaba actos cautelares<sup>67</sup>. Sin embargo en este código no se unificaba en un solo artículo a estas medidas sino que se encontraban dispersas a lo largo de todo el cuerpo normativo.

El siguiente Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial 511 del 10 de junio de 1983, corrigió estos errores y unificó bajo un mismo título a las medidas cautelares. En esta ley las medidas cautelares de carácter personal se limitaban a dos, la detención y la prisión preventiva<sup>68</sup>.

El artículo 170 del Código describía la finalidad que debían tener las medidas cautelares, decía que *“a fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el Juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o de carácter real”*.

---

<sup>67</sup> Zavala Baquerizo Jorge, El Proceso Penal, Tomo III, página 155.

<sup>68</sup> Código de Procedimiento Penal de 1983, artículo 171.

Después de estas normas el Código únicamente instrumentaba la detención, que prácticamente es igual a la figura que se mantiene hasta hoy, con la salvedad de que ésta podía durar hasta cuarenta y ocho horas.

Una vez iniciado el proceso penal el juez tenía la opción de dictar prisión preventiva si es que existiesen indicios de que se cometió el delito sancionado con pena privativa de libertad y de que se le puede imputar a una persona la conducta que originó el delito.

Estos requisitos prolijos prácticamente convertían a la prisión preventiva en una disposición de aplicación obligatoria dentro del proceso penal; debido a que estas mismas condiciones deben verificarse para iniciar un proceso. Por esto la aplicación de la prisión preventiva se convirtió en la regla general.

En la codificación del Código de Procedimiento Penal publicada en el Registro Oficial 360 de 13 de enero de 2000, las medidas cautelares de carácter personal seguían limitándose tal como en 1983, simplemente a dos: la detención y la prisión preventiva.

Dentro de esta codificación el artículo 159 describía la finalidad que tenían las medidas cautelares que, en el punto pertinente para este análisis, decía: “*garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso*”.<sup>69</sup>

Tradicionalmente una opción a la prisión preventiva que preveía nuestra legislación era la caución. Sin embargo resulta bastante controversial condicionar la cesación de la privación de la libertad, casi arbitraria que se instituyó con la prisión preventiva, al afianzamiento, respaldado en el patrimonio, de que el procesado no evadirá la acción de la justicia.

Con esta única opción frente a la prisión preventiva, el Estado no garantizaba la igualdad de condiciones para quienes eran procesados penalmente. Bajo estas circunstancias limitantes, quien tenía dinero contaba con una opción frente a la prisión preventiva y quien no, debía sufrir una limitación injusta a su libertad.

---

<sup>69</sup> R.O. 360 del 13 de enero de 2000.

A partir de las reformas de marzo de 2009 se introdujeron nuevos numerales al artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, referente a las medidas cautelares de carácter personal. Esta iniciativa tuvo el objetivo de dar una alternativa a la prisión preventiva que se mal utilizó como una regla de aplicación general en el proceso penal y sobre todo como un medio represivo con consecuencias para los grupos menos protegidos por el Estado.

Un proceso similar a las transformaciones de la legislación penal nacional, ha sufrido de modo general Sudamérica, que sin desconocer los múltiples beneficios y control que se ha impuesto en el sistema penal, no deja de tener cabos sueltos y figuras que perfeccionar.

Uno de los puntos más álgidos del debate se ha centrado en las medidas cautelares. Así lo denuncia también Marín en su análisis de las reformas penales chilenas *“donde se introdujeron las nuevas medidas cautelares, no son realmente medidas cautelares”*.<sup>70</sup>

Al respecto también el doctor Ricardo Vaca menciona que *“es innegable que los asambleístas del congresillo ni tuvieron ni tienen conocimientos jurídicos para entender lo que son medidas de seguridad, que más bien tienen un carácter preventivo general o especial en cuanto lo que se busca es evitar que la persona se vea expuesta a cometer un delito concurriendo o viviendo en sitios, o en compañía de ciertas personas, lo que podrían prestarse a la perpetración de infracciones de distinta naturaleza o gravedad y por ello las incluyeron entre las medidas cautelares personales”*.<sup>71</sup>

## **DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS**

Las medidas cautelares de carácter personal, enunciada en el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, son:

---

<sup>70</sup> Marín. Ídem. página 18.

<sup>71</sup> Ricardo Vaca Andrade, Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo II, página 660.

## LA OBLIGACIÓN DE ABSTENERSE DE CONCURRIR A DETERMINADOS LUGARES

Consiste en la prohibición de asistir a los lugares que el juez determine, por el tiempo que este estime necesario. La determinación del lugar puede ser un espacio físico específico, por ejemplo el lugar donde se cometió el delito; determinadas reuniones, que resulta pertinente si se habla de conspiración o proposición de delitos; sitios de concurrencia masiva de personas como un estadio o un concierto, o de expendio de licor, que pueden alterar el comportamiento de una persona para llevarlo a cometer un delito.

Esta prohibición está contemplada en otras legislaciones también, como en la Argentina, de esta manera: “*la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares*”.<sup>72</sup> En este caso se la establece como una medida sustitutiva a la prisión preventiva, cuando el peligro de fuga no exista o de alguna manera se justifique que haya desaparecido.

En legislaciones de ciertos estados mexicanos como Durango y Morelos se ha reconocido esta limitación a la libertad como “*la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares*”.<sup>73</sup>

La legislación española también le da a esta medida el carácter de cautelar en los siguientes términos: “*En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal*<sup>74</sup>, *el Juez o Tribunal... ..podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas*”.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Artículo 227 Código de Procedimiento Penal de Chubut.

<sup>73</sup> Artículo 176 Código de Procedimiento Penal del Estado de Morelos; artículo 41 Código de Procedimiento Penal del Estado de Durango.

<sup>74</sup> Estos delitos son: homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

<sup>75</sup> Artículo 544 bis. Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

El artículo 33 del Código Penal Español, al hablar de las penas establece en el numeral 2 dentro de las penas graves, con el literal (g) a *“la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años”*.

Sin embargo más adelante, en este mismo cuerpo legal, al hablar de las Medidas de Seguridad no Privativas de Libertad, el artículo 105 determina que cuando el procesado o sujeto, como lo denomina la legislación española, sea declarado exento de responsabilidad criminal el juez o tribunal cuando imponga la medida privativa de libertad, o durante la ejecución de la misma, podrá acordar razonadamente la obligación de que el sometido a la medida observe entre otras disposiciones las contenidas en el literal (d), esto es la *“prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego”*.<sup>76</sup>

La creación de este tipo de limitación a la libertad se la puede atribuir a Jeremy Bentham, jurista y filósofo inglés al que se le ha denominado padre del utilitarismo. En su libro Tratado de la Legislación Civil y Penal, introduce un planteamiento al que lo denomina ‘remedios políticos’, éstos los dividen en preventivos, supresivos, satisfactorios y por otro lado las penas.

De esta sub clasificación es pertinente citar a los ‘medios directos de prevenir los delitos’, que es la propuesta de una herramienta de política penal, para evitar la comisión de un delito y que son directa o específicamente a cierto tipo de infracciones penales.

Estos así denominados poderes, exclusivos de los magistrados son entre otros: ‘Exacción de promesas de abstenerse de un cierto lugar’. El autor explica que esta limitación, a la que él ya denomina ‘medio’, es aplicable para anticiparse y evitar la comisión de algunos delitos, particularmente riñas, ofensas personales y maniobras sediciosas.

---

<sup>76</sup> Artículo 105, literal d, Código Penal Español.

Es importante señalar que esta limitación a la libertad parecería muy similar al destierro, pero la innovación de Behtham es que, esta prohibición no se la impone como una pena, sino como una medida para evitar la comisión de un verdadero delito que amerite una pena. Es decir que se puede hablar realmente de una medida creada por este jurista, pues pasa de tener un criterio de Derecho Penal Clásico, eminentemente punitivo, a introducir una tendencia de la Escuelas Preventivas Especiales.

Otro antecedente importante que cabe destacar es el ante proyecto de Código Penal de Carl Stooss de 1893, en donde dentro de las sanciones penales se introdujo a las denominadas medidas de seguridad, que eran medidas para prevenir el cometimiento de delitos a través de la reducción las situaciones potencialmente peligrosas o ambientes delictivos, entre estas la que resulta pertinente es la 'prohibición de acceso a bares', para prevenir delitos relacionados al consumo inmoderado de alcohol.

### **Crítica**

Como se puede notar esta medida jurídico-penal ha tenido distintos tratamientos en diversas legislaciones. Para desentrañar la verdadera naturaleza de esta medida el autor más calificado para ser citado es Julio Leal Medina. Él defiende la tesis de que la prohibición de concurrir a un determinado lugar (o cualquiera de las otras redacciones que se le ha dado a esta limitación a la libertad), es indiscutiblemente una medida de seguridad, lo cual concluye después de hacer un análisis histórico y teleológico; que son dos formas perfectamente válidas de interpretar una norma jurídica.

Desde el punto de vista histórico, Leal parte de la creación de Behtham, después cita ciertas limitaciones impuestas a los lugares donde podían ubicarse los asentamientos gitanos en España. Este autor también menciona a Quintiliano Saldaña, jurista, sociólogo y criminólogo, que en 1921, preparó un proyecto de reforma penal para España que introducía, entre otras medidas de seguridad una muy similar a la planteada por Stooss.

Finalmente explica que con la expedición de la Ley de Vagos y Maleantes de 1931 y posteriormente la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, se consolidó la introducción de la “prohibición de residir en un lugar concreto”, en la legislación española como una medida de seguridad; que después pasaría a ser parte del Código Penal español.

Desde el punto de vista teleológico, Leal cita a Montesquieu, Beccaria y Romanosi, quienes aportan al Derecho Penal una nueva tendencia que es el planteamiento de la prevención del delito, frente al planteamiento clásico de la pena como un medio justo para contrarrestar el mal causado por el delito; lo que finalmente se canalizó en la creación de las medidas de seguridad.

Como lo explica el autor mencionado, lo que busca esta medida de seguridad es alejar al sujeto del ambiente potencialmente delictivo. Esto tiene sentido ya que cierto tipo de delitos ocurren en circunstancias específicas que tienen que presentarse para que éste se consuma. Si se aísla a una persona del ambiente que coadyuva a la comisión de un delito, seguramente se evitará la comisión del mismo.

## LA OBLIGACIÓN DE ABSTENERSE DE ACERCARSE A DETERMINADAS PERSONAS

Implica la prohibición de acercarse a las personas que el juez determine, por el tiempo que él estime necesario. Lo que se busca con esta medida es proteger a las personas (víctima) sobre las cuales la presencia de otra (victimario) puede resultar peligrosa. En definitiva esta prohibición representa la orden judicial de alejarse de una persona que el juez determine, por un determinado tiempo y en las condiciones que esto lo instituya.

Esta medida se plantea de manera muy similar a ‘la obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares’, que se explicó antes. Es así que en legislaciones como la española aparecieron como un apéndice de la primera, como lo explica Virginia Mayordomo: “*el Código Penal de 1995 introduce por primera vez la medida de alejamiento circunscrita a la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos*”.<sup>77</sup>

Es interesante que dentro de la legislación española se trate a esta medida como una cautelar, como una pena y como una medida de seguridad.

El Código Penal Español establece que: “*en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal* <sup>78</sup>, *el Juez o Tribunal... ..podrá imponerle cautelarmente la prohibición... ..de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas*”.<sup>79</sup>

La legislación española la establece como una pena accesoria, pero la positiviza prohibiendo la aproximación o comunicación del victimario con la víctima de un delito. Para comparar esta norma con la medida analizada, se debe considerar que nuestra

---

<sup>77</sup> Virginia Mayordomo Rodrigo, Reflexiones sobre la obligatoriedad de las órdenes de alejamiento en determinados delitos, página 262.

<sup>78</sup> Los delitos a los que se hace referencia son de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

<sup>79</sup> Artículo 544 bis. Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.



legislación, al menos en esta disposición, no habla de víctima, por lo tanto las prohibiciones no son idénticas.

El artículo 105 del Código Penal español contiene dentro de las medidas de seguridad, en el literal (g), la *“prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos”*.

### **Crítica**

Existen dos fuertes argumentos que se pueden esgrimir para desvirtuar a esta medida como una cautelar y demostrar que esencialmente tienen el carácter de medida de seguridad.

El primero es que la prohibición de acercarse a una persona se basa, o al menos para que ésta no sea injusta así debería ser, en la peligrosidad que puede tener una persona con respecto a otra y pueda lesionar un bien jurídico protegido de esta. Así lo ha determinado la jurisprudencia española citada por Javier Marqués Ouviaño, quien menciona que, *“la verdadera esencia de la Orden de Protección<sup>80</sup> se encuentra en la existencia de una objetiva situación de riesgo para la víctima derivada de la previa comisión de una infracción penal”*.<sup>81</sup>

Resulta lógico pensar que si el objetivo de esta medida es la protección de la víctima, esta solo pueda ser aplicada al final de un proceso penal, cuando efectivamente se haya determinado quien resultó víctima de un delito. Es así que esta medida solo resulta lógica si es que se la entiende como una medida de seguridad que se la aplica al final del proceso, con el objeto de prevenir al victimario de volver a cometer el delito por el que fue procesado.

---

<sup>80</sup> En legislaciones como la española esta prohibición se instrumenta a través de lo que se denomina “Orden de Protección”.

<sup>81</sup> Javier Marqués Ouviaño Órdenes de protección y situaciones de riesgo en la violencia doméstica. Fiscal. Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Oviedo. Publicado el 01 de marzo de 2007, en la página web derecho.com

El segundo argumento es que quienes defienden a esta medida como cautelar, la justifican en que la reunión del procesado junto con ciertas personas, dependiendo del tipo de delito y las circunstancias del mismo, pueden ayudar a que éste se sirva de otros para adulterar pruebas, causar cierta influencia en las partes procesales o valerse de cualquier otro medio para truncar el proceso penal.

Sin embargo, sostener que con esta medida se está precautelando el proceso no es un argumento sólido y justo. Al limitar al procesado prohibiéndole que se acerque a determinadas personas evidentemente se está limitando su derecho a asociarse y reunirse en forma libre y voluntaria con quien éste escogiere, aun sin tener una decisión judicial que determine su culpabilidad en el delito materia del proceso.

Esta limitación se debe ponderar frente a la protección que se le estaría dando al proceso. De manera abstracta tal vez resulta tentador sostener que la protección a los fines procesales vale más que una limitación a la libertad, como se sostiene con medidas como la prisión o la detención. Sin embargo, si se piensa en particular en esta medida aplicada ya en términos reales y prácticos, la conclusión inequívoca será que la medida es ineficaz.

A esta misma conclusión llega Alberto Binder y manifiesta que *“es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de la libertad”*.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup>Binder Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Página 199.

## **LA SUJECIÓN A LA VIGILANCIA DE AUTORIDAD O INSTITUCIÓN DETERMINADA, LLAMADA A INFORMAR PERIÓDICAMENTE AL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES, O A QUIEN ÉSTE DESIGNARE**

Esta disposición en nuestra legislación penal antes de las reformas procesales de 2008, siempre se la consideró dentro de las sanciones previstas por el artículo 51 del Código Penal que dispone que las *“Las penas aplicables a las infracciones son las siguientes: 5.- Sujeción a la vigilancia de la autoridad”*.

Más adelante en el artículo 61, se dispone que:

*“En virtud de la sujeción a la vigilancia especial de la autoridad, puede el juez prohibir que el condenado se presente en los lugares que le señalare, después de cumplida la condena; para lo que, antes de ser puesto en libertad, el condenado indicará el lugar que elija para su residencia, y recibirá una boleta de viaje, en la que se determinará el itinerario forzoso y la duración de su permanencia en cada lugar de tránsito.*

*Además, estará obligado a presentarse ante la autoridad de policía del lugar de su residencia dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada, y no podrá trasladarse a otro lugar, sin permiso escrito de dicha autoridad, la que tiene derecho para imponer al vigilado ocupación y método de vida, si no los tuviere”*.

En el siguiente artículo el Código Penal menciona que *“Los condenados a pena de reclusión pueden ser colocados, por la sentencia condenatoria, bajo la vigilancia de la autoridad, por cinco a diez años; y si reincidieren en el mismo delito o cometieren otro que merezca la pena de reclusión, esa vigilancia durará toda la vida”*.

En muchas legislaciones que también cuenta con esta disposición, a esta limitación en realidad se la considera como una medida de seguridad. Así por ejemplo Claus Roxin analiza la vigilancia de la conducta como una medida de seguridad que remplazó en la legislación alemana a la vigilancia policial que es el equivalente de la disposición analizada.

Zaffaroni menciona esta disposición cuando hace una reseña histórica de la legislación penal argentina, puntalmente del Código Penal adoptado en las diferentes provincias argentinas a finales del siglo XIX<sup>83</sup>.

### **Crítica**

Esta disposición en nuestra legislación aparece calificada como una pena y tiene las características para ser considerada como tal pues limita la libertad de una persona y la somete a un régimen de vigilancia de una autoridad.

Además en muchas legislaciones esta norma es considerada como una medida de seguridad impuesta después de la pena para controlar a las personas que pueden ser potencialmente peligrosas y reincidentes en conductas no deseadas por la sociedad.

No obstante esta disposición, tiene los efectos y las características de una medida cautelar. Tiene un carácter instrumental, al obligar al procesado a comparecer en el proceso, limitando su libertad a la libre circulación en un circunscripción territorial determinada, garantizando que éste no se alejará del lugar donde se sustancia el proceso y de hacerlo, podría cesar la medida alternativa y se ordenaría una medida más severa como la prisión preventiva; es temporal, con una duración en función del proceso; la medida únicamente tiene efectos sobre el procesado, que es quien está subyugado a la vigilancia.

La ineficacia de esta medida surgiría de la dificultad para su aplicación en los actuales momentos. Esta medida se ideó para una realidad social distinta a la que vivimos, donde la población de una ciudad era bastante escasa y la autoridad policial podía llevar un control sobre sus habitantes. Sin embargo actualmente sería muy complicado poner en práctica a esta medida, seguramente el procesado requeriría vigilancia policial permanente, lo que implicaría un reto logístico para la policía.

---

<sup>83</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Tomo I, página 415.

El uso de dispositivos electrónicos que ayuden a monitorear el movimiento del procesado, opción polémica que se discute en otras legislaciones, sería una variante a esta disposición, que en definitiva seguiría siendo la misma simplemente que la autoridad usaría de por medio un dispositivo que le ayude a cumplir la tarea planteada por esta disposición desde hace algunas décadas.

## **LA PROHIBICIÓN DE AUSENTARSE DEL PAÍS**

Esta disposición implica establecer un control migratorio sobre el procesado impidiéndole que este salga del país, evadiendo así la acción penal que tiene un carácter únicamente territorial. Esta disposición limita el derecho a transitar libremente que nuestra Constitución reconoce en el artículo 66, numeral 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”*.

Esta medida es claramente cautelar, existe jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que así lo ha entendido también: *“las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianza, o en casos extremos la prohibición de salida del país”*<sup>84</sup>.

Esta disposición se ha entendido de manera correcta en la legislación y en la doctrina, como una verdadera sustitución de la prisión preventiva, que logra la consecución de los mismos fines que esta busca. Así Vázquez Rossi, analiza el Proyecto de Santa Fe<sup>85</sup>, provincia de Argentina en donde se introduce “la prohibición de ausentarse de un determinado ámbito territorial” como medida sustituta a la prisión preventiva.

La prohibición de salida del país, en ninguna legislación se ha entendido como pena o una medida de seguridad. Es claramente una medida cautelar.

---

<sup>84</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bronstein vs. Argentina, 1997.

<sup>85</sup> Vazquez Rossi, tomo II, página 267.

## Crítica

Esta medida es definitivamente una medida cautelar. Posee todas las características de una y su imposición se sujeta a los principios detallados inicialmente. Es así que se le atribuye los mismos efectos de la prisión preventiva, medida cautelar por excelencia.

### **SUSPENSIÓN DEL AGRESOR EN LAS TAREAS O FUNCIONES QUE DESEMPEÑA CUANDO ELLO SIGNIFICARE ALGÚN INFLUJO SOBRE VÍCTIMAS O TESTIGOS**

Esta medida vendría a ser la adaptación de una disposición del Código de la Niñez y la Adolescencia implementado en nuestra legislación en el 2003. La medida mencionada dice que el juez puede ordenar, en relación a la protección del menor, la “*suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña*”.<sup>86</sup>

Esta medida supone entonces casos de maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida de niños, como lo prevé el título que trata el tema, por parte de funcionarios o empleados que tienen contacto con éste, por ejemplo, maestros o guardadores.

Sin embargo en el caso de la adaptación de esta disposición al Código de Procedimiento Penal, la protección se amplía al caso no solo de menores sino de cualquier víctima y además en cualquier tipo de delito.

## Crítica

Esta disposición originalmente se concibió como una medida de adopción urgente para la protección del menor. Es así que se instituye como “*deber de todas las personas intervenir en el acto para proteger a un niño, niña o adolescente en casos flagrantes de maltrato, abuso sexual, tráfico y explotación sexual y otras violaciones a sus derechos;*

---

<sup>86</sup> Artículo 79, núm. 10 Código de la Niñez y Adolescencia.

*y requerir la intervención inmediata de la autoridad administrativa, comunitaria o judicial*.<sup>87</sup>

Más adelante en este cuerpo normativo se autoriza a la autoridad judicial o administrativa a adoptar una serie de medidas entre las cuales se enuncia la disposición analizada.

Esta obligación de actuar en protección del menor no se enmarca en la actuación de un proceso judicial o administrativo y una determinada etapa de este, sino que la aplicación de la medida solo se enmarca en la protección del menor frente a una agresión evidente.

La naturaleza de esta medida entonces no es la de cautelar, como en el caso de la prisión preventiva, que asegura la comparecencia del imputado para su eventual condena, sino que su aplicación ya es la imposición de una limitación de derechos del agresor para así proteger al menor.

Entonces esta medida no presenta la característica de instrumentalidad sino que en sí misma es ya un fin, no un medio para realizar de manera eficiente y justa el proceso penal. Por lo tanto, esta medida no tiene el carácter de cautelar.

Hay que considerar también que, la protección que se daría con esta medida puede lograrse instrumentando, según el caso, la prohibición de concurrir a determinados lugares o acercarse a determinadas personas en este caso víctimas o testigos de un delito, por lo que esta medida además resulta redundante.

---

<sup>87</sup> Artículo 73 Código de la Niñez y la Adolescencia.

## **ORDENAR LA SALIDA DEL PROCESADO DE LA VIVIENDA, SI LA CONVIVENCIA IMPLICA UN RIESGO PARA LA SEGURIDAD FÍSICA O PSÍQUICA DE LAS VÍCTIMAS O TESTIGOS**

De manera similar a la medida anterior esta disposición tiene como antecedente la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, introducida en nuestra legislación en 1995 y el Código de la Niñez y la Adolescencia de 2003.

El primer cuerpo normativo referido, menciona que los Jueces de la familia, los Comisarios de la Mujer y la Familia, Intendentes, Comisarios, Tenientes Políticos y los Jueces y Tribunales de lo Penal, cuando de cualquier manera llegare a su conocimiento un caso de violencia intrafamiliar, procederán de inmediato a imponer, entre otras medidas: *“Ordenar la salida del agresor de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o la libertad sexual de la familia”*.<sup>88</sup>

De igual manera el Código de la Niñez y la Adolescencia facultan bajo las condiciones detalladas en la medida anterior, de suspensión de las tareas del agresor, a que una autoridad judicial o administrativa de la *“Orden de salida del agresor de la vivienda, si su convivencia con la víctima implica un riesgo para la seguridad física, psicológica o sexual de esta última”*.<sup>89</sup>

### **Crítica**

Esta disposición se puede catalogar como una medida de seguridad porque por un lado no parece haber ningún requisito para su aplicación salvo lo peligroso que puede resultar la persona a quien se la aplica, frente a las personas con las que convive.

Por otro lado, de la sola redacción de la disposición se puede notar que se habla ya de un agresor y una víctima sin que exista una decisión judicial que lo declara así; cuando en realidad nuestro Código Penal no habla de la víctima como una de las partes

---

<sup>88</sup> Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, artículo 13.

<sup>89</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia artículo 79, numeral 7.



procesales. Nuestra legislación procesal jamás menciona dentro del proceso a la víctima sino que se refiere a la persona que se ha visto perjudicada por un delito como el ofendido.

De tal suerte que se debería entender que la disposición al menos fue concebida para ser aplicada de manera posterior a una sentencia, ya que solo después de una, se pueden atribuir estas calidades al perjudicado por un delito. Este mismo criterio se puede aplicar a todas las disposiciones que mencionan a una víctima cuando en el proceso penal lo que existe en realidad es un ofendido de acuerdo a nuestra legislación.

Por otro lado, hay que considerar también que *“la libertad ambulatoria es el derecho fundamental que se afecta con las medidas cautelares”*.<sup>90</sup> En disposiciones donde se busca proteger a la víctima no existe una limitación de la libertad ambulatoria de la persona al que se la impone, sino justamente un afán de proteger al ofendido. Si una medida no limita la libertad ambulatoria entonces no se trata de una medida cautelar.

Existe una disposición similar en los antecedentes de la legislación española actual, que es *‘la prohibición de que el reo vuelva, tras cumplir la pena, al lugar de residencia de la víctima, de su familia o del lugar de comisión del delito’* introducida en el Código Penal español de 1928<sup>91</sup> como una de las medidas de seguridad de tipo post-delictual restrictivas de libertad y que a la larga se fusionaron con la prohibición de concurrir a determinados lugares. Esto lleva a concluir que esta disposición tiene el carácter de medida de seguridad, aun cuando al menos formalmente nuestra legislación no la presente como tal.

---

<sup>90</sup> Vaca Andrade Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, página 656.

<sup>91</sup> Leal, ídem, página 3.

## **ORDENAR LA PROHIBICIÓN DE QUE EL PROCESADO, POR SÍ MISMO O A TRAVÉS DE TERCERAS PERSONAS, REALICE ACTOS DE PERSECUCIÓN O DE INTIMIDACIÓN A LA VÍCTIMA, TESTIGO O ALGÚN MIEMBRO DE SU FAMILIA**

Esta disposición también la podemos encontrar en la ya mencionada Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, dentro de las medidas de amparo que pueden ser adoptadas de manera inmediata por los jueces de familia o las comisarías de la mujer o la familia, cuando no se trate de un delito; si lo fuere, este cuerpo normativo prevé que deberá remitir lo actuado al juez penal, quienes también puede dictar estas medidas si lo creyeren pertinente. La disposición mencionada dice *“evitar que el agresor, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima o algún miembro de su familia”*.<sup>92</sup>

Esta disposición es en definitiva la prohibición de acosar a la víctima. El legislador ecuatoriano ha creído, más conveniente redactar la norma desarrollando este concepto, de esta manera por acoso se entiende la persecución o intimidación, de hecho, el acoso se define como *“perseguir, apremiar, importunar a una persona con molestias o requerimientos”*.<sup>93</sup> Además se ha delimitado los sujetos protegidos por la norma y quienes pueden acosar a la víctima.

En nuestra legislación, aun antes de las reformas procesales penales y la introducción de la legislación en materia de protección a la mujer y la familia, ya existía una disposición parecida, o que al menos busca una protección similar. Se tratan de los delitos de intimidación, que son parte de los delitos contra la seguridad pública. En este caso la acción que se castiga es *“amenazar a otro con cualquier atentado contra las personas o las propiedades”* que se puede hacer tanto de manera escrito como oral.

En la legislación peruana en materia de familia se cuenta con el antecedente más antiguo de la norma analizada. En la Ley 26260, Ley de Protección Frente a la

---

<sup>92</sup> Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, artículo 13, núm. 5

<sup>93</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Madrid 1992.

Violencia Familiar, se adopta la disposición de “*impedimento de acoso a la víctima*” que es una de las medidas de protección inmediata en casos violencia intrafamiliar.

### **Crítica**

Esta disposición tiene claramente rasgos de ser una medida de seguridad. Cuando se habla de víctima se entiende que previamente existió un delito por el que una persona fue condenada y es justamente esta persona quien realiza los actos de hostigamiento. Bajo este supuesto, la presente disposición cobra sentido y es a la situación a la que se adapta de manera más lógica.

Considerando esto entonces, si se habla de que la norma se impone a una persona que ya recibió una condena, la disposición se encasilla en una medida de seguridad, pues estas presumen que los efectos de la pena se agotan en el condenado y debe imponerse una suerte de control sobre él aun después de que cumplió el tiempo de la pena.

Lo deseable sería que la pena cause en quien la sufre una lección para adoptar en el futuro una actitud de observancia a la ley, sin embargo si este recobra su libertad y la emplea para hostigar a su víctima, evidentemente la imposición de una pena no le resultó suficiente. Es así que se estaría frente a una persona a la que se debe imponer un control más allá de la pena por su naturaleza peligrosa.

Esta disposición por su contenido intrínseco, está creada para una situación donde una persona tenga una conducta reincidente, que claramente es opuesta a la ley tanto que existen sanciones penales para quienes intimiden a otros, y en consecuencia sea peligrosa. De esta forma la disposición es una medida de seguridad porque para ser impuesta presupone un sujeto peligroso y reincidente, donde la pena no causó un efecto preventivo.

**REINTEGRAR AL DOMICILIO A LA VÍCTIMA O TESTIGO DISPONIENDO LA SALIDA SIMULTÁNEA DEL PROCESADO, CUANDO SE TRATE DE UNA VIVIENDA COMÚN Y SEA NECESARIO PROTEGER LA INTEGRIDAD PERSONAL Y/O PSÍQUICA**

Esta disposición es idéntica a la ya analizada anteriormente: “ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos”, se la ubica en el mismo cuerpo normativo, en el artículo 13, numeral 6. Lo único que esta disposición implementa con relación a la analizada anteriormente es el evento del reintegro de la víctima a su domicilio.

Debido a esto, considero que no es pertinente volver a analizar la disposición, que contiene el mismo texto de la norma del numeral sexto el artículo que se está desarrollando, salvo la disposición de que se reintegre la víctima al domicilio.

**PRIVAR AL PROCESADO DE LA CUSTODIA DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD, EN CASO DE SER NECESARIO NOMBRAR A UNA PERSONA IDÓNEA SIGUIENDO LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 107, REGLA 6° DEL CÓDIGO CIVIL Y LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Esta disposición tiene su antecedente igualmente en la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia en el artículo 13, referente a las medidas de amparo o protección, en el numeral 7, que dispone “*otorgar la custodia de la víctima menor de edad o incapaz a persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo No. 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de Menores.*” La primera disposición citada está redactada dirigiéndose al agresor y la segunda a la víctima, lo cual es muy acertado pues la primera pretende ser una limitación a la libertad con respecto al proceso y la segunda una medida de protección con respecto a la víctima. Pero en definitiva la disposición es la misma.

La regla a la que hace referencia la disposición dice que si el padre o la madre, según sea el caso particular, se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de ellos correspondería la guarda en su orden, así tenemos al padre del menor, la madre, los demás ascendientes, los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes del pupilo.

Nuestra constitución garantiza el bienestar de los menores de edad protegiéndolos y atendiendo contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

### **Crítica**

Resulta muy irresponsable, por decir lo menos, incluir dentro de las medidas cautelares que tienen un carácter procesal a una medida que tiene como fin la protección del menor de su agresor que en este caso sería quien es responsable y está a cargo del menor, que generalmente pueden ser sus padres.

Esto es así, ya que la protección se debe producir frente a un hecho real y verificado como es el caso de la agresión, comprobada de manera inmediata, dentro de las primeras horas de que esta se produjo.

Sin embargo esta norma no hace ninguna precisión en este sentido, quedando a discreción del juez la verificación de los requisitos que puede exigir para su aplicación. De esta forma bien podría imponerse esta limitación de acuerdo a nuestro sistema procesal, hasta por un año después de que se produjo el delito y tomó lugar la indagación previa o la desestimación.

Es por lo tanto, ridículo imponer una limitación de este tipo, que a la final resulta ser una sanción dentro del proceso, donde todavía no se ha decidido nada. En ese caso, puede suceder que se disponga que el procesado no sea quien deba custodiar al menor, pero después este es sobreseído o absuelto y nunca se pudo demostrar la supuesta

agresión. Se habría entonces sancionado injustamente al progenitor y sobre todo se habría afectado la estabilidad del menor en lugar de protegerlo.

No se puede justificar amparándose en la tesis de un derecho penal proteccionista, que este se distancie de sus objetivos y deje de tener una intervención mínima. El proceso penal debe descubrir la verdad y en caso de ser necesario imponer una sanción, pero únicamente al final de todo el proceso. El juzgador penal debe conocer únicamente lo que es de su competencia y sobre lo que este puede y debe resolver.

Esta disposición podría ordenar, que si el juez de garantías penales considera que puede haber una afectación al bienestar del menor este hecho se ponga también en conocimiento de un Juez de la Niñez y Adolescencia quien con plenas facultades y experticia en el tema puede disponer lo que mejor le convenga al menor; lográndose así el objetivo de protección de la norma, pero sin que esta sea un instrumento de represión.

Esta disposición en definitiva no es una medida cautelar porque no pretende ser temporal, ni asegurar nada en el proceso, si no que busca la protección al menor de una posible agresión.

### **LA OBLIGACIÓN DE PRESENTARSE PERIÓDICAMENTE ANTE EL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES O ANTE LA AUTORIDAD QUE ÉSTE DESIGNARE**

Es la imposición de la obligación de presentar ante una autoridad bajo las condiciones que este establezca. En todo caso la disposición no impone una obligación, sino da la oportunidad al procesado de comprometerse a cumplir con esta formalidad que busca demostrar al juez la fidelidad de éste con el proceso, de no hacerlo se le impondría una medida como la prisión preventiva.

Por esto en algunas legislaciones se le denomina como promesa o juramento de presentarse ante autoridad, pues es en definitiva una opción a una medida más grave como la prisión preventiva.

En la legislación paraguaya esta medida es ordenada junto con cualquier medida que sustituya a la prisión preventiva y se la conoce como *“la promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones que el juez le señale”*.<sup>94</sup>

Así también lo determina Moras Mom cuando al referirse a esta medida señala que *“el sujeto que la recibe se gobierna únicamente por su voluntad, pero ella está conculcada por la amenaza de compulsión, por lo que es innegable que existe una limitación de libertad”*.<sup>95</sup>

La finalidad de la presentación periódica es como lo menciona Baclini *“procurar un mejor y más directo control y seguimiento del imputado que ha sido liberado y de la observación que este cumple acabadamente con uno de los fines del proceso, es decir opera como una comprobación de que no ha fugado”*.<sup>96</sup> Además es una muestra del procesado de compromiso con la justicia y su deseo de que se descubra la verdad.

La legislación boliviana ha adoptado esta medida dentro de las últimas reformas a su sistema penal<sup>97</sup>, como disposiciones que sustituyen a la prisión preventiva, junto con el arresto domiciliario, la prohibición de salida del país y a lo que le han denominado fianza juratoria, que es en definitiva la caución.

## **Crítica**

Esta es una verdadera medida cautelar, puede reemplazar a la prisión preventiva y causar sus mismos efectos. Cumple con todos los requisitos que se deben verificar en una medida cautelar como instrumentalidad, provisional y pesa solo sobre el procesado. Es por esto que esta medida si tiene una naturaleza cautelar.

---

<sup>94</sup> Código Procesal Penal de Paraguay, artículo 246.

<sup>95</sup> Moras Mom Jorge, Manual de Derecho Procesal Penal, Juicio Oral y Público Penal Nacional, página 257.

<sup>96</sup> Jorge C. Baclini, Practica Procesal Penal II, página 122.

<sup>97</sup> Gaceta Oficial de Bolivia. Ley No. 7 de 18 de mayo de 2010.

## **EL ARRESTO DOMICILIARIO QUE PUEDE SER CON SUPERVISIÓN O VIGILANCIA POLICIAL**

Es el traslado de la privación de la libertad equivalente a la prisión preventiva al domicilio del procesado. El arresto domiciliario al igual que la prisión o la detención exige el confinamiento del procesado únicamente en el domicilio de éste y bajo la vigilancia policial, por lo que son teóricamente muy similares.

Ya en la práctica una cárcel en cualquier lugar del mundo presenta más desdichas al procesado que la pena en sí misma, debido a los inevitables conflictos con el resto de internos carcelarios y más aún en nuestro medio con la desatención al sistema penitenciario.

El arresto domiciliario según explica Cafferata<sup>98</sup> se puede fijar en el domicilio propio del procesado o el de otra persona o institución que designe el juez. Esta puede ser con o sin seguridad, es decir, con o sin vigilancia policial.

Esta disposición se puede imponer también como una pena debido a razones piadosas, así lo explica Alejandro Giorgio quien al analizar la Ley de Ejecución de la Medida Privativa de la Libertad de Argentina, menciona que *“la previsión legal se fundamenta en razones humanitarias, y tiene en consideración el escaso monto de la pena de prisión y las características especiales del penado”*.<sup>99</sup>

En definitiva sea una pena o sea una medida cautelar, lo cierto es que el arresto domiciliario es en definitiva una variante de la prisión preventiva, como tal guarda las mismas características y es innegable que se trate de una verdadera medida cautelar.

---

<sup>98</sup> Cafferata Nores José, Manual de Derecho Procesal Penal, Universidad de Córdoba, Argentina, página 468.

<sup>99</sup> Alejandro María Giorgio, Medidas alternativas a la pena de prisión: la probatio, Buenos Aires 2005, página 32.



Es interesante el análisis del profesor Mixán Mass<sup>100</sup>, en base al concepto que el juzgador penal aplique para imponer esta medida. Si se considera a la palabra domicilio en un sentido restrictivo, como el lugar de residencia del procesado, se entenderá que este no puede salir del espacio físico donde tenga su vivienda.

Pero si considera al domicilio en los términos de nuestro Código Civil, cuando define al domicilio civil, se entiende que éste es la ciudad o cuando menos el barrio donde reside y realiza la profesión u oficio.

De esta forma el arresto domiciliario podría entenderse en dos sentidos el primero restrictivo, haciendo a la medida idéntica a la prisión preventiva y el segundo mucho más flexible que impondría al procesado muchas menos limitaciones, incluso reconociéndole la libertad para desarrollar su trabajo.

### **Crítica**

Esta medida cumple todos los requisitos para ser considerada como cautelar. Es en su naturaleza y aplicación idéntica a la prisión preventiva, figura que es adalid dentro de las medidas cautelares.

---

<sup>100</sup> Citado por Anatoly Bedriñana Córdova, La comparecencia restrictiva, El arresto domiciliario en el Proceso Penal Peruano.

## LA DETENCIÓN

La detención es de modo general el impedimento de la realización de una actividad. Basándonos en nuestra legislación la detención se puede definir como la orden judicial que priva de la libertad de manera temporal a una persona contra la cual existen presunciones de responsabilidad en un delito de acción pública.

De manera similar J. López elabora una definición de esta medida cautelar que se ajustaría a nuestro código y las define diciendo que *“es aquella en virtud de la cual se priva de libertad a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso de tiempo, con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento”*.<sup>101</sup>

El doctor Ricardo Vaca Andrade manifiesta al respecto que *“tanto la detención provisional como la prisión preventiva son medidas de carácter personal y como tales deben aplicarse en forma restrictiva”*. Considera el autor, que *“tienen por objeto permitir la investigación del sospechoso o garantizar la inmediación efectiva del proceso con el proceso penal”*.<sup>102</sup>

Cafferata define de manera muy detallada a esta medida y determina que *“la detención es el estado relativamente breve de privación de la libertad que se dispone cuando (por lo menos) existen motivos bastantes para sospechar que la persona ha participado de la comisión de un hecho punible sancionado con pena privativa de la libertad por el cual... ...existieran vehementes indicios de que intentará entorpecer su investigación, eludir la acción de la justicia o la ejecución de la pena. Es una limitación a la libertad ambulatoria”*.<sup>103</sup>

La detención se ordenará mediante una boleta especificando donde, cuando, quien y porque se la emite. La detención solo la puede hacer un agente de la policía judicial. La

---

<sup>101</sup> Julián López Masle, Horvitz Lennon María Inés, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, página 364.

<sup>102</sup> Ricardo Vaca Andrade, Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo I, página 49.

<sup>103</sup> Cafferata Nores José, Manual de Derecho Procesal Penal, Universidad de Córdoba, Argentina, página 476.

detención no puede durar más de veinticuatro horas, finalizado este término, si no se inicia una instrucción fiscal y se dicta prisión preventiva el procesado recuperará su libertad.

Esta figura junto con la prisión preventiva son las medidas cautelares por excelencia. El artículo 160 del Código de Procedimiento Penal del 2000 mencionaba que “*las medidas cautelares de carácter personal son la detención, la prisión preventiva y la detención en firme*”.<sup>104</sup>

Esta disposición es bastante común en la legislación procesal penal en los diferentes ordenamientos jurídicos. Tal vez la norma más similar a la estructura de la detención en el Ecuador sea la del Código Procesal Penal de la República Francesa <sup>105</sup> que dispone: “*El oficial de policía judicial podrá, por las necesidades de la investigación, poner bajo detención preventiva a cualquier persona en contra de la cual existan indicios que hagan sospechar que ha cometido o intentado cometer un delito. Desde el comienzo de la detención informará de ello al Fiscal. La persona detenida no podrá ser retenida más de veinticuatro horas. No obstante, la detención se podrá prolongar por un nuevo plazo de veinticuatro horas a lo sumo, con autorización escrita del Fiscal*”.

En otras legislaciones como la alemana por ejemplo la detención se asimila a lo que en nuestra legislación se conoce como aprehensión y está prevista únicamente para delitos flagrantes<sup>106</sup>. Esta es la posición que se ha adoptado en muchos países, supliendo la necesidad de la detención, como lo concibe nuestro código, con la prisión preventiva que en definitiva se tiene que justificar en el principio de necesidad y si esta fuese con fines investigativos no debería durar más de veinticuatro horas o un tiempo relativamente corto.

Clariá Olmedo hace una perspicaz distinción entre la detención y la prisión, sosteniendo que “*la primera es anterior a la definición de su situación jurídica en el proceso, y la*

---

<sup>104</sup> Código de Procedimiento Penal del Ecuador, 2000.

<sup>105</sup> Código Procesal Penal de la República Francesa, artículo 63.

<sup>106</sup> Roxin Claus, Derecho Penal: Parte General, Tomo I, página 746.

*segunda es una consecuencia de esa definición por decreto fundado*".<sup>107</sup> De esta manera estas medidas no solo se diferencian por su duración sino que tienen de fondo una distinción teniendo como base la situación jurídica del procesado que las sufre, en todo caso, su duración también varía por este motivo. Otra consecuencia lógica de esto es que la detención se aplica entonces al iniciar el proceso penal o como acto previo para iniciarlo.

### **Crítica**

Esta medida tiene una naturaleza cautelar, se dicta únicamente cuando se ha verificado el *fumus boni iuris* que es la intención de llevar a cabo una investigación y *periculum in mora* al dictarse la medida con la intención de impedir al procesado que evada la investigación que puede llevar al inicio de una instrucción fiscal.

La medida es además por excelencia temporal, pues no puede durar más de veinticuatro horas. Es provisional desde su planteamiento en la ley, porque se prevé que sea solo una antesala para la prisión preventiva o la libertad.

---

<sup>107</sup> Clariá Olmedo Jorge, Derecho Procesal Penal, tomo II, página 361.

## LA PRISIÓN PREVENTIVA

Es la disposición que más fácilmente se asocia con las medidas cautelares y que a lo largo de la historia y las diferentes legislaciones se ha entendido como tal. También es la medida más restrictiva de libertades y que originó el debate de la invención de medidas que la sustituyan, porque en esta medida tanto o más que en la pena, se ve reflejada la política penal <sup>108</sup>de un país, el respeto a las libertades o la severidad de la represión estatal.

Esta medida ha sido adoptada desde el derecho romano, en donde “*el principal empleo que al arresto se daba era el de medio de seguridad, ora para poder continuar el proceso, ora para llevar a ejecución las sentencias*”<sup>109</sup>. No se manejaba el término de prisión provisional como tal, pero si se tenía una figura donde encarcelaba a una persona de manera temporal y con el objeto de que esta comparezca al proceso.

La prisión preventiva según nuestro código procesal penal es una medida ordenada por el juez para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena. Se la debe adoptar en una audiencia oral, pública y contradictoria.

Los requisitos que nuestra legislación prevé para dictar la prisión preventiva son la existencia de indicios sobre la existencia de un delito de acción pública, sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, de que el procesado fue partícipe del delito, es necesario privarlo de su libertad para su comparecía al juicio y que las medidas no privativas de libertad no son suficientes para esto.

La medida se adopta por el juez o tribunal a petición del Fiscal, a través de un auto, esta debe contener identificación del procesado, los antecedentes de hecho y de derecho y la verificación de todos los requisitos mencionados.

---

<sup>108</sup> Marín González Juan Carlos, Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia, página 31.

<sup>109</sup> Mommsen Teodoro, Derecho Penal Romano, página 203.

Nuestra legislación busca que se garantice la comparecencia del procesado. Menciona literalmente que se la impone al procesado cuando es “*necesario privarle de su libertad para su comparecía al juicio*”. Claramente se menciona juicio, entonces se debería entender que se habla únicamente de la etapa de juzgamiento que se la realiza frente al Tribunal de Garantías Penales.

Esto permite afirmar dos situaciones, la primera es que se explica lo mencionado por Clariá Olmedo cuando habla de la distinción entre detención y prisión preventiva y menciona que la segunda es una consecuencia de la definición de la situación jurídica del proceso y existe un decreto fundado, pues la prisión se enfoca a la etapa final del proceso; la segunda situación es que la prisión solo debería dictarse cuando existe un llamamiento a juicio y no de manera inicial en el proceso.

Nuestra legislación exige que “*la solicitud de prisión preventiva será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar*”.<sup>110</sup> Lo que demuestra que para la aplicación de esta medida es esencial demostrar el llamado *fumus boni iuris*, es decir motivar el argumento de que la medida debe aplicarse, porque es una decisión justa y pertinente en el proceso.

Esta necesidad de motivación basada en hechos reales, también se ha entendido en la doctrina como un requisito esencial para que la medida sea cautelar y no una pena o una anticipación a la misma.

Así Cafferata explica que cuando menos “*la prisión preventiva requiere para su aplicación la concurrencia de elementos de convicción suficientes para estimar la participación punible del imputado en el delito que se le atribuye: Un juicio fundado de probabilidad*”.<sup>111</sup> Es decir que la motivación que el fiscal debe demostrar, estará basada en que existe una probabilidad considerable de que el procesado participo en un delito y es lógico que en este punto exista certeza sobre el cometimiento del delito.

---

<sup>110</sup> Código de Procedimiento Penal, artículo innumerado a continuación del 167.

<sup>111</sup> Cafferata Nores José, Manual de Derecho Procesal Penal, Universidad de Córdoba, Argentina, página 459.

La prisión preventiva desde la forma en la que es planteada por el código es temporal, teniendo eficacia hasta seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, y un año, en delitos sancionados con reclusión. Esto no solo es una disposición legal, sino que nuestra Constitución así lo reconoce también, siendo en consecuencia una garantía.

La medida es también esencialmente provisional porque su existencia, se ve supeditada a una eventual suspensión o revocatoria cuando desaparezcan los indicios que la motivaron, se sustituya, se rinda caución, se absuelva o sobresea al procesado, se produzca una conversión o se suspenda condicionalmente el proceso.

El artículo 77 de la Constitución ecuatoriana, en el numeral once 11 establece que “*la jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley*”. En consecuencia se puede decir que la prisión preventiva es la más excepcional de las medidas cautelares, pero en la práctica no es así, o por lo menos no lo fue.

Además existen instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en donde se menciona que “*la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”.<sup>112</sup>

Luis Pásara nos dice que “*de este modo, quedó establecido un criterio –que no parece corresponder a la práctica judicial latinoamericana–, consistente en que la libertad provisional debe ser la regla general y, por consiguiente, la prisión preventiva tiene que ser un recurso excepcional –de ningún modo rutinario, como lo es hoy–, procedente sólo en aquellos casos donde el procesado no pueda ofrecer garantías suficientes, a criterio del juez, de que se apersonará oportunamente en el proceso abierto contra él*”.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9, numeral 3.

<sup>113</sup> Luis Pásara, El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neo constitucionalismo y Sociedad. Quito, 2008.

Criterio con el que al parecer coincide plenamente el doctor Ricardo Vaca, cuando se refiere a que *“la multiplicación de las medidas cautelares personales (13 ahora en lugar de las dos que antes había, detención y prisión preventiva), se presenta como un fin altamente loable para evitar que muchas personas pierdan la libertad, permanezcan en los centro de detención sin sentencia, a la espera de la audiencia de juicio”*. El mismo autor luego de citar las medidas cautelares de carácter personal como nos indica según la concepción liberal del congresillo resalta *“como se ve, la última opción es la prisión preventiva”*.<sup>114</sup>

### **Crítica**

Esta medida es indiscutiblemente de carácter cautelar. Es temporal porque así lo exige la misma Constitución, es instrumental porque auxilia al proceso y su necesidad de que este sea efectivo, la medida únicamente tiene un carácter personal y se impone solamente de manera excepcional cuando ha demostrado que es el único medio para que el procesado no evada la acción de la justicia.

Es probablemente la medida más polémica, pero esto ha servido también para que sea la más restringida y más desarrollada en nuestra legislación, por esto su esencia misma no se discute sino su aplicación, cosa que no pasa con el resto de medidas cautelares.

---

<sup>114</sup> Ricardo Vaca Andrade, Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo I, páginas 147-148.



## CONCLUSIONES

- Las medidas cautelares tienen como objetivo asegurar la consecución de los fines del proceso penal.
- Las medidas cautelares poseen las características de ser instrumentales, provisionales, excepcionales, procesales y subjetivas.
- Se requiere verificar la existencia de los principios de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, para que su aplicación no sea arbitraria.
- Las medidas de amparo o de protección son disposiciones que buscan tener una aplicación inmediata y no son de exclusiva aplicación de los órganos de administración de justicia, sino que también son dictadas por la autoridad administrativa.
- Las penas y medidas de seguridad se aplican solo después de la conclusión del proceso penal y buscan fines preventivos o generales, no cautelares.
- No todas las disposiciones del artículo ciento sesenta del Código de Procedimiento Penal, tienen una naturaleza cautelar.
- Tienen naturaleza cautelar: la sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare; la prohibición de ausentarse del país; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare; el arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial; la detención; y la prisión preventiva.
- Estas medidas permiten asegurar la inmediación del procesado y la aplicación de la pena, si es que el juzgador así lo impusiera.

- No son medidas cautelares: la obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares; la obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas; suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos; ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos; ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia; reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica; privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6° del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia.
- Alguna de las medidas del artículo ciento sesenta del Código de Procedimiento Penal que no son medidas cautelares, excepto por la prohibición de ir a determinados lugares o reunirse con ciertas personas, son de acuerdo a nuestra legislación medidas de amparo ya existentes antes de las reformas de marzo de 2009.
- Las medidas de amparo, debido a su falta de desarrollo en la legislación nacional, así como la forma en la que se instrumentan se prestan para ser entendidas como medidas de seguridad.
- Es necesario entender la necesidad de erradicar en nuestra legislación las medidas de seguridad o al menos instrumentarlas de manera adecuada, si es que éstas fueran partes de la política penal del Ecuador.
- Resulta absolutamente irresponsable y hasta perverso dejar medidas que limitan la libertad con una redacción imprecisa y escasa, que abra la posibilidad de adaptarlas a cualquier situación y que sirvan como un instrumento de represión.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asunción Ventura Franch. El Derecho a la Protección Social de las Víctimas de la Violencia de Género. Estudio Sistemático del Título II de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral Contra la Violencia de Género de Acuerdo con la Distribución Territorial del Estado. Universidad Jaume I de Castellón 2005.
- Bacigalupo Enrique, Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1996.
- Baclini Jorge C., Practica Procesal Penal II, Editorial Juris, Buenos Aires 2005.
- Behtham Jeremías, Tratado de Legislación Civil y Penal, tomo IV, Traducido por Ramón Salas, Paris, 1823.
- Benabentos Omar, Teoría General del Proceso 2, editorial Juris, Rosario Argentina 2005.
- Bustos Ramírez Juan y Hormazábal Malarée Hernán, Lecciones de Derecho Penal: Volumen I: Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena, Editorial Trotta, Madrid 1997.
- Cabrera Sandra, Pena y Prisión Preventiva, Revista de Análisis Jurídico VRBE ET IVS
- Cafferata Nores José, Manual de Derecho Procesal Penal, Universidad de Córdoba, Argentina.
- Clariá Olmedo Jorge, Derecho Procesal Penal, tomo II, actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- Código de la Niñez y la Adolescencia de Ecuador.
- Código de Procedimiento Penal de Chile.
- Código de Procedimiento Penal de Costa Rica.
- Código de Procedimiento Penal de Ecuador.
- Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Chubut de Argentina.
- Código Penal de Ecuador.
- Código Penal de España.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).
- De la Vega de Opl González Cristina. Apelabilidad de las Medidas Cautelares en el Juicio de Amparo, Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional No. Ocho: Medidas Cautelares, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba 2004.
- DeCicco Adriana, Bella Gabriela; Teoría general del Proceso: Medidas de Coerción en el Proceso Penal, Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional No. Ocho: Medidas Cautelares, Universidad Nacional de Córdoba Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba 2004.

- Delgado Martín Joaquín. La Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica. Revista Xurídica Galega, febrero 2004.
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Madrid 1992.
- Guerrero Vivanco Walter, Derecho Procesal Penal II: la acción penal, Editorial Pudeleco S.A. Quito 1996.
- Hurtado Pozo José, Derecho Penal y Discriminación de la Mujer, Anuario de Derecho Penal 1999-2000
- Levenne Ricardo, Manuel de Derecho Procesal Penal, Tomo II, segunda edición, editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.
- Ley 26260 de Perú. Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar.
- Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia de Ecuador.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.
- López Masle Julián, Horvitz Lennon María Inés, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004.
- Marín González Juan Carlos, Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia No. 1. Año 2002.
- Mayordomo Rodrigo Virginia, Reflexiones sobre la obligatoriedad de las órdenes de alejamiento en determinados delitos, revista EGUZKILORE, Número 23, San Sebastián, Diciembre 2009.
- Mommsen Teodoro, Derecho Penal Romano, Editorial TEMIS, Charlottenburgo 1898
- Moras Mom Jorge, Manual de Derecho Procesal Penal, Juicio Oral y Público Penal Nacional, sexta edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot LexisNexis Argentina.
- Muñoz Conde Francisco, Introducción al Derecho Penal, Editor Julio César Faira, Buenos Aires 2001.
- Pásara Luis, El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neo constitucionalismo y Sociedad. Quito, 2008.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Queloz Nicolás. El sistema suizo de sanciones penales: Evolución y reforma. Traducción realizada por José Hurtado Pozo y Aldo Fugueroa Navarro, Título original: "L'évolution du système suisse des sanctions pénales et les réformes à venir". Publicado en el "Anuario de Derecho Penal 1997-1998: El Sistema de sanciones penales" de la Universidad de Friburgo.
- Rengel Jorge Hugo, Anteproyecto Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Editorial Ecuador, 1982.

- Roxin Claus, Derecho Penal: Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Tomo I, Editorial Civitas, Bonn 1997.
- Vaca Andrade Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo II, Corporación de Estudios y Publicación, Quito 2009.
- Vázquez Rossi Jorge, Derecho Procesal Penal, Tomo II: El Proceso Penal, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- Welzel Hanz, Derecho Penal: Parte General, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.
- Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires 1998.
- Zavala Baquerizo Jorge, El Proceso Penal, Tomo III, editorial Edino, Bogotá 1990.

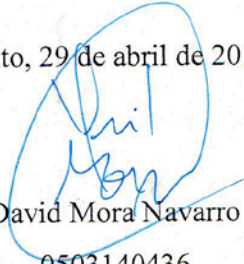
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACION Y AUTORIZACIÓN

Yo, Milton David Mora Navarro, con C.C. 0503140436 autor del trabajo de graduación intitulado DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad

Quito, 29 de abril de 2011



David Mora Navarro

0503140436