

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

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

LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL, SEGÚN
LAS REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
DE MARZO DE 2009

JOSÉ FRANCISCO MEJÍA DE LOS REYES

DIRECTOR: DOCTOR RICARDO VACA ANDRADE

QUITO / 2011

ABSTRACT

Esta disertación ha girado en torno a las medidas cautelares de carácter personal, con un análisis enfocado directamente a las reformas que sufrieron estas medidas en el mes de marzo del año 2009. Como preámbulo podemos indicar que las medidas cautelares son los instrumentos legales, que pudiendo ser aplicadas únicamente por un juez competente, permiten que la administración de justicia tenga una culminación efectiva, y que sus decisiones puedan ser acatadas y cumplidas. Las medidas cautelares personales son aquellas dirigidas directamente a la persona involucrada en el litigio que se está juzgado, a diferencia de las medidas cautelares reales que están enfocadas a los bienes patrimoniales.

La actividad cautelar en el Ecuador ha sido utilizada de una manera muy poco profesional, en donde la mayor parte de los juzgadores han demostrado un desconocimiento en la materia, especialmente en el campo penal.

El presente trabajo busca canalizar el estudio de las medidas cautelares personales en un proceso comparativo con otras figuras penales, y además con otras legislaciones, sin perder de vista el enfoque que se ha dado a dichas medidas a lo largo de nuestra historia jurídica, y además las diferentes variaciones que han sufrido como resultado de una constante reforma judicial. La investigación y el análisis estará específicamente dirigido a las reformas penales del año 2009, en donde las medidas cautelares de carácter personal fueron modificadas significativamente, siendo posible establecer sus consecuencias y su efectividad.

Para llegar a las conclusiones en esta disertación, se emplearon varios métodos, entre los que se pueden destacar, por ejemplo, el método deductivo, puesto que se partió de la premisa general denominada las medidas cautelares personales y sus reformas en el mes de marzo de 2009, y a partir de ese todo, se obtuvo sus principales elementos, características, implicaciones, consecuencias y utilidades. El método histórico comparado fue trascendental en el trabajo ya que se utilizaron varias legislaciones extranjeras para el análisis de las medidas cautelares personales; de la misma forma se analizaron los distintas reformas por las que tuvieron que pasar las medidas cautelares personales a lo largo de la vida jurídica en el Ecuador, así como también se estudiaron otras figuras penales con el fin

de establecer diferencias importantes entre unas y otras que nos permitieran palpar los resultados de las reformas en el 2009.

El principal resultado de esta investigación fue el convencimiento de la sorprendente confusión que tuvieron los asambleístas al momento de reformar las medidas cautelares personales, puesto que si bien lo que pretendían establecer en nuestra legislación eran nuevos mecanismos de eficacia judicial, el desconocimiento de figuras penales como las medidas de seguridad y las penas peculiares del delito los llevó a crear medidas cautelares personales alejadas de la esencia de la actividad cautelar, y de lo que prescriben nuestras leyes y códigos de la materia.

Es necesaria una reforma integral guiada por gente que conozca la materia y su realidad práctica.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por facilitar los dones de la perseverancia y la constancia;

A mis padres, por ser los que transmitieron esos dones a través de Dios;

Y a la vida, que me ha permitido experimentar de forma directa la belleza y la profundidad que encierra el ejercicio del Derecho.

TABLA DE CONTENIDOS

- 1. CAPÍTULO I.- Las Medidas Cautelares**
 - 1.1 Generalidades
 - 1.2 Clases
 - 1.3 Finalidades
 - 1.4 La política criminal y las medidas cautelares

- 2. CAPÍTULO II.- Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**
 - 2.1 Breve reseña histórica
 - 2.2 Influencia de la Constitución de 2008 en el sistema de medidas cautelares
 - 2.3 La reforma al Código de Procedimiento Penal de 2009.

- 3. CAPÍTULO III.- Las medidas preventivas**
 - 3.1 Las medidas de seguridad
 - 3.1.1 Generalidades
 - 3.1.2 Clases
 - 3.1.3 Finalidades
 - 3.1.4 Las medidas cautelares y las medidas de seguridad.
 - 3.1.4.1 Legislación en contra de la violencia intrafamiliar
 - 3.2 Las penas peculiares del delito
 - 3.2.1 Generalidades
 - 3.2.2 Clases
 - 3.2.3 Las medidas cautelares y las penas peculiares del delito.

- 4. CAPÍTULO IV.- Las nuevas medidas cautelares de carácter personal**
 - 4.1 Análisis del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal.
 - 4.1.1 La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares.
 - 4.1.2 La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas
 - 4.1.3 La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare.

- 4.1.4 La prohibición de ausentarse del país.
- 4.1.5 Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos.
- 4.1.6 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.
- 4.1.7 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.
- 4.1.8 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;
- 4.1.9 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;
- 4.1.10 La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;
- 4.1.11 El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
- 4.2 Breves consideraciones sobre la detención y la prisión preventiva.
- 4.3 La sustitución de la prisión preventiva.

5. CAPÍTULO IV.- Legislación comparada

- 5.1 Las medidas cautelares personales en el ordenamiento jurídico peruano.
- 5.2 Las medidas cautelares personales en el ordenamiento jurídico chileno.

INTRODUCCIÓN

La vida jurídica del Ecuador es tan variada como su gente. Parecería que es una pequeña niña sin identidad ni objetivos claros, manipulable por el primer individuo que pretenda tener un poco más de poder que el resto. Y ni hablar de la justicia penal en donde se juegan derechos tan preciados para los seres humanos como la misma libertad, bienes, patrimonio, honorabilidad. Y es por tal razón que la justicia penal en el Ecuador ha sido un instrumento del mandatario de turno para manipular adversarios y controlar opositores, mientras el grito de reclamo constante de la sociedad por más seguridad se ha vuelto el complemento diario de toda semana de labores que empieza en este querido país.

El interés por las reformas penales empieza con la resolución de la Corte Suprema de Justicia en el año 2008 que cambia la práctica del derecho procesal penal amparados, decían los entonces magistrados, en una oscuridad existente en varios artículos del Código de Procedimiento Penal. A raíz de este cambio empezaría una ola de incertidumbre y desconocimiento alrededor de lo que se veía venir en la justicia penal en el Ecuador. Los rumores fueron ciertos cuando en el mes de marzo de 2009, con una Asamblea Nacional que terminaba de soñar con el Ecuador perfecto que plasmaron en la Constitución de 2008, se publicaban las nuevas reformas al Código de Procedimiento Penal incluyendo cambios radicales a la política de medidas cautelares y en general a todo el procedimiento penal.

Las críticas que surgieron a esta nueva normativa penal tanto en las aulas como en la prensa motivaron la investigación alrededor de las reformas, su eficacia y su oportunidad. Las reformas al mismo Código de Procedimiento Penal que llegarían un año después dejaba entrever la fragilidad de los argumentos con los que inicialmente se gestó la nueva política penal que se intentaba plasmar en el país.

Es así que considero necesario y oportuno realizar un estudio profundo de los cambios que surgieron como consecuencia de las reformas de marzo de 2009, específicamente de las medidas cautelares personales que fue un punto sumamente criticado y hasta desconocido para la mayor parte de la sociedad. La posibilidad de que el Estado a través de los jueces de garantías penales pueda garantizar una administración de justicia efectiva con sentencias que puedan aplicarse y cumplirse (incluso privando de la libertad a una persona cuya culpabilidad no se ha verificado), es un tema apasionante que encierra un sinnúmero de consecuencias y análisis diversos.

A través de este trabajo realizaré un estudio profundo de cada una de las medidas cautelares personales que constan en nuestro Código de Procedimiento Penal, y que en marzo de 2009 sufrirían un cambio total y rotundo. Se estudiará la utilidad y la eficacia de dichas medidas cautelares, y se intentará dilucidar las pretensiones de los assembleístas al realizar las reformas en el año 2009. Valiéndome de las publicaciones y críticas realizadas en torno a las reformas de 2009, se comparará a cada medida cautelar con otras figuras penales constantes desde hace mucho tiempo en nuestra legislación, todo esto con el fin de llegar al espíritu mismo de la norma y a las verdaderas pretensiones del legislador. La aplicación de las nuevas medidas cautelares y sus consecuencias también serán analizadas, así como en el impacto en la vida jurídica del país dos años después de su promulgación.

El análisis de la reforma misma, de la historia de las medidas cautelares a lo largo de la vida jurídica ecuatoriana, y la comparación con legislaciones extranjeras y con otras figuras contenidas en la normativa penal permitirán llegar a establecer claramente las reales implicaciones de un cambio tan brusco al aumentar más de diez nuevas medidas cautelares personales.

Se realizará en primer lugar un análisis general de las medidas cautelares identificando sus características y finalidades, llegando incluso a abordar la política criminal en relación con la actividad cautelar en el país. Posteriormente se recorrerá el tiempo con el fin de estudiar a las medidas cautelares personales a lo largo de la historia jurídica del Ecuador, descifrando su evolución y el impacto que tuvieron las reformas sustanciales en la normativa penal a partir de la promulgación de la Constitución de la República en el año 2008. Estableceremos las diferencias y semejanzas que pudieran existir entre las incorporadas medidas cautelares personales y otro tipo de herramientas legales, todo esto con el fin de establecer la verdadera utilidad y necesidad de incorporar nuevos instrumentos precautorios. Y finalmente centraremos nuestra atención en cada una de las nuevas medidas cautelares personales, así como en nuevos mecanismos que se establecieron alrededor de la actividad cautelar a partir de marzo de 2009. La incorporación de legislación extranjera en este trabajo será valiosa con el único objetivo de comparar normativas penales y esta nueva era de reformismo legal que se está apoderando de nuestro país.

1. CAPÍTULO I.- LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1 Generalidades

Para poder hablar de las medidas cautelares, es necesario ubicar al lector en el momento exacto del proceso penal en donde se vuelven aplicables.

Una vez que se ha dado inicio a la investigación penal, o también llamada Indagación Previa (o etapa pre-procesal), el órgano encargado de las diligencias investigativas, es decir la Fiscalía General del Estado¹, está en la obligación de recabar la mayor cantidad de pruebas con el fin de que el delito que se ha denunciado y que está siendo investigado, pueda ser atribuido a determinada persona susceptible de ser sancionada por la Justicia.

Esta etapa de indagación previa, que por expresa disposición legal no puede durar más allá de un año al tratarse de delitos sancionados con prisión, o más de dos años al tratarse de delitos sancionados con reclusión², llega a su fin cuando el fiscal determina que los elementos de convicción que ha reunido durante ese tiempo son los necesarios como para dar inicio a una instrucción fiscal, o por el contrario, dichos elementos no resultan suficientes para imputar el cometimiento de un delito a determinada persona, y por lo tanto decide archivar o desestimar la denuncia que se ha presentado.

Pero el punto de interés se da cuando el fiscal decide iniciar la instrucción fiscal pues cuenta con los elementos probatorios suficientes como para deducir la imputación de un delito, cumpliendo además con los requisitos establecidos en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, entre los que destacan la “*información necesaria*” y los “*elementos suficientes para deducir una imputación*”.

Es en este punto del proceso penal en el que nos interesa enfocarnos pues aquí se da la intervención de un Juez de Garantías Penales que solemnizará las actuaciones penales y

¹ Según el artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador, la Fiscalía General del Estado es el órgano autónomo de la Función Judicial que está encargado de toda la investigación preprocesal y procesal penal: *Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.*

² Disposición establecida en el primer artículo innumerado a continuación del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, cuya consecuencia es el archivo definitivo de la denuncia.

verificará cada uno de los procedimientos que se adopten. La instrucción fiscal es el verdadero inicio del proceso penal, pues como se dijo anteriormente, la Indagación Previa constituye una etapa pre procesal; y si bien en esta etapa de instrucción fiscal la mayor parte de los elementos de convicción ya han sido recabados, *esta primera etapa es esencialmente investigativa , tanto como la anterior fase de indagación previa , pero varía sustancialmente , en cuanto a que en ésta, las investigaciones deben cumplirse de manera oficial dentro de un proceso penal instaurado en legal y debida forma, contando con el Juez Penal que se constituye en garantista de los derechos fundamentales de involucrados, procesado, víctima* ³.

Si bien el enfoque de esta disertación está apartado de los requisitos procedimentales dentro del proceso penal, vale indicar que para el inicio de una instrucción fiscal, el fiscal debe solicitar al juez de garantías penales que convoque a una audiencia de formulación de cargos en donde se detallarán los hechos del delito denunciado, los datos personales del investigado, y los elementos que le han llevado al fiscal a deducir una imputación contra determinada persona⁴. Ante todo, esta audiencia permitirá que todos los involucrados en el ilícito puedan ser debidamente notificados, y tengan conocimiento del inicio de la instrucción fiscal y en sí del proceso penal.

El artículo 217 del propio Código de Procedimiento Penal determina las primeras luces de lo que serán las medidas cautelares, pero esencialmente nos permite adentrarnos al estudio de las mismas conociendo el momento exacto de su aplicación: *Art. 217.- 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.*

De esta forma, nuestra ley adjetiva penal da las primeras pautas de la forma y el momento procesal oportuno en el que deben solicitarse y aplicarse las medidas cautelares. Del mismo artículo antes citado podemos deducir además que el representante de la Fiscalía General del Estado es el único sujeto procesal que puede solicitar la aplicación de

³ VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo I*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009, Páginas 494 y 495.

⁴ La audiencia de formulación de cargos y los puntos que se deben abordar en la misma igualmente se encuentran disciplinados en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal.

medidas cautelares, y por otro lado, el juez de garantías penales es el único que puede ordenar su aplicación.

Las medidas cautelares nacen como una necesidad del Estado con el fin de evitar que la acción de la justicia se burlada o evadida. Las medidas cautelares⁵ son todos aquellos instrumentos o herramientas de las que se vale un Juez para que, entre otros fines, la decisión jurisdiccional sea respetada, acatada y cumplida. Para el Doctor Ricardo Vaca Andrade, *la actividad cautelar tanto en el proceso penal como en el proceso civil es trascendental, ya que tiende a asegurar que, en su momento, lo resuelto y dispuesto en la sentencia no sea una declaración teórica que no puede llevarse a la práctica ni hacerse cumplir*⁶, y es que la actividad cautelar, a mi modo de ver, cumple dos funciones en razón del tiempo: en un tiempo presente, asegura que el procesado pueda permanecer vinculado al proceso y conozca de los avances que se produzcan en el proceso, sea para declarar su culpabilidad o su inocencia una vez se dicte la correspondiente sentencia; y en un tiempo futuro, garantiza que el procesado cumplirá la pena y resarcirá los daños y perjuicios una vez que se haya promulgado la sentencia, declarando lógicamente su culpabilidad para que puedan cumplirse estos preceptos.

Llegando a pensar incluso un poco más filosóficamente, la actividad cautelar, de la mano con la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, en especial el del derecho a la defensa, obliga al procesado a que se defienda en un proceso penal, pues a más de estar plenamente relacionado con la causa, la legislación ecuatoriana concibe la asignación de un defensor público en caso de que el procesado no cuente con un patrocinio legal particular, concediéndole así la oportunidad de que se defienda y pruebe su inocencia, o logre mitigar en mayor medida las consecuencias de su culpabilidad⁷. Muchas veces el procesado tiene los argumentos suficientes para desvirtuar las acusaciones en su contra, pero el desconocimiento de que existe una causa en su contra le impide que se defienda

⁵ Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, una medida es una “*disposición, prevención*” que se adopta, mientras que la palabra “*cautelar*”, proveniente del concepto cautela, está definida como la acción de “*prevenir, precaver*”.

⁶ VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo II*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009, Página 649.

⁷ El derecho a la defensa está consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, mientras que la irrenunciabilidad de los derechos está plasmada en el numeral 6 del artículo 11 de la misma Carta Magna. Por otro lado, el derecho a acceder a una defensa legal gratuita en caso de no contar con una está disciplinado en los artículos 75 y 76 numeral 7 literal g de la propia Constitución de la República.

correctamente y a tiempo. No en vano se sostiene que “*la ignorancia de la imputación mantiene apartado al imputado del procedimiento y expuesto a cualquier perversidad*”⁸.

Las medidas cautelares tienen un sinnúmero de definiciones, en especial de acuerdo a la materia en la cual se las esté aplicando, sea ésta la penal, civil, constitucional, etc., pero en general, y tomando como referencia lo sostenido por Gimeno Sendra, la mayoría de autores coinciden en que las medidas cautelares son *las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia*⁹. Otros autores como el magistrado español José Manuel Maza Martín, sostienen que las medidas cautelares son *aquellas actuaciones jurisdiccionales llevadas a cabo en el seno del procedimiento, restrictivas de ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento, que persiguen asegurar la más correcta celebración del juicio y la eficacia de la resolución que definitivamente recaiga*¹⁰. Por su lado los tratadistas Vélez Mariconde y Clariá Olmedo han definido a las medidas cautelares como “*autorizaciones legales que pueden utilizarse en el proceso penal para limitar o restringir derechos, generalmente del imputado, pero también respecto de terceros, con el único objetivo de garantizar el descubrimiento de la verdad real y la actuación de la ley penal en el caso concreto*”¹¹.

⁸ HERRERA AÑEZ, William. *Las medidas cautelares del Nuevo Sistema Procesal Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; en *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. República de Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2003, Página 392.

⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, CORTEZ DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1996, Página 80; en HERRERA AÑEZ, William. Op. Cit. Página 390.

¹⁰ MAZA MARTÍN, José Manuel. *La Prisión Preventiva*; en *Constitucionalización Del Proceso Penal - Proyecto Fortalecimiento Del Poder Judicial*. Santo Domingo – República Dominicana, Editora Corripio, C. por A. 2002; en *Las Medidas Cautelares y las Sanciones: Ejecución en la Justicia Penal Juvenil*. ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA. Santo Domingo – República Dominicana, 2007, Página 17.

¹¹ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal* t. 11. Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1982, Página 476; en idéntico sentido: CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho procesal penal. t. n*. Córdoba Marcos Lerner Editora Córdoba, 1984, Páginas 446 y ss.; en DE CICCIO, Adriana y Gabriela BELLA. *Teoría General del Proceso: Medidas de Coerción en el Proceso Penal*; en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional: Medidas Cautelares*. DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL Y PRÁCTICA PROFESIONAL. Córdoba – Argentina, Serie N° 8, 2004, Página 172.

Si bien casi la totalidad de definiciones de las medidas cautelares sostienen los mismos preceptos antes citados, vale recalcar que, según lo expresado por el Doctor Ricardo Vaca, el derecho fundamental afectado con estas medidas es la libertad ambulatoria, ya sea para movilizarse dentro o fuera del país, o para poder disponer libremente de los bienes de propiedad del procesado. Pero para sostener una idea más clara y precisa de lo que son las medidas cautelares (también llamadas medidas precautorias o precautelatorias), a continuación se expondrán sus principales características, dejando a un lado sus fines que serán materia de otro subcapítulo:

- Son medidas potestativas y exclusivas de un juez o de la autoridad sobre la cual está investida la potestad de ordenar una privación de libertad o limitación de derechos. Es decir, las medidas cautelares pueden ser impuestas y ordenadas únicamente por el juez competente que está a cargo de la causa o proceso; jamás una medida cautelar podrá ser dispuesta por otro tipo de autoridad, y menos aun por un fiscal¹². Esta orden de medidas cautelares debe ser totalmente motivada por parte del juez que la dicta, y es un aspecto adicional de la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares.
- Las medidas cautelares son establecidas siempre a petición de parte, y en el Procedimiento Penal Ecuatoriano, siempre bajo petición de un fiscal, es decir, ni el acusador particular en caso de existir, ni el juez de oficio podrán solicitar, y menos aún ordenar, la aplicación de ningún tipo de medida cautelar. Al respecto, el Tribunal Constitucional Boliviano ha sostenido en un sinnúmero de ocasiones que *“sin imputación previa y solicitud de parte no se puede imponer ninguna medida cautelar”*¹³. En relación con la solicitud de medidas cautelares, en especial en el ámbito penal que la realiza un Fiscal, siempre debe ser fundamentada y motivada, teniendo como base lo preceptuado en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, así como lo disciplinado en el artículo 164 del mismo Código.

¹² Al regir en nuestro país un sistema penal de carácter acusatorio, quien represente a la Fiscalía General del Estado en un proceso, deberá solicitar motivadamente al juez de garantías penales que se ordene cierta medida cautelar, al amparo de lo dispuesto en el primer artículo innumerado a continuación del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, así como en el artículo 164 del mismo cuerpo legal.

¹³ Sentencia Constitucional N° 972/2002-R; tomado de HERRERA AÑEZ, William. *Las medidas cautelares del Nuevo Sistema Procesal Penal*; en *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. República de Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2003, Página 392.

- Tienen un carácter restrictivo¹⁴ y excepcional. En ese sentido, nuestra Constitución sostiene en el artículo 77 numeral 1 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. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva;* así como también nuestro Código de Procedimiento Penal en el artículo 159 contempla que *en todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.* La excepcionalidad de las medidas cautelares implica que sólo pueden aplicarse cuando resultan estrictamente necesarias dentro de una causa penal, pero además lleva consigo la obligación del administrador de justicia de verificar que no existan otras medidas cautelares menos gravosas que la que está por aplicarse para garantizar los fines de aquel procedimiento. Usualmente esta verificación está encaminada a comprobar que no existan otras medidas cautelares alternativas para evitar que el procesado sea privado de su libertad, de ahí que nuestra legislación también le da el carácter de excepcional a la medida cautelar personal de prisión preventiva. Pero con respecto a esta característica es importante indicar que la excepcionalidad establecida tanto en la Ley como en la Constitución está dirigida para aquellas medidas cautelares privativas de la libertad personal, y por lo tanto, la intencionalidad del legislador con esta restricción, a mi parecer, está enfocada a la aplicación y/o sustitución¹⁵ de las medidas cautelares privativas de la libertad personal por otras alternativas que

¹⁴ Al respecto, el Doctor Ricardo Vaca Andrade sostiene que *el carácter restrictivo de las medidas cautelares está relacionado con la gravedad del delito, de la pena y de los daños y perjuicios causados; con la condición económica y social del procesado, y otras reflexiones que deben servir de fundamento para que el Juez Penal llegue a la conclusión de si las medidas cautelares son realmente necesarias para los fines consignados en la ley procesal penal.*

¹⁵ William Herrera Añez, en el artículo “*Las medidas cautelares del Nuevo Sistema Procesal Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” (*La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. República de Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2003), sostiene que “*cuando el hecho no lleva aparejada pena privativa alguna o puede el imputado beneficiarse con la suspensión de la pena, habrá que presumir la inexistencia de peligro de fuga, por lo que decaerá también la necesidad de la medida cautelar*”.

no impliquen el confinamiento de una persona. Debemos entender entonces que la excepcionalidad está dirigida a las medidas cautelares privativas de la libertad personal, y no a todas las medidas cautelares. Prueba de esto es la innumerable cantidad de autos emitidos por los Jueces donde sin empacho alguno ordenan prohibiciones de enajenar, secuestros y retenciones, sin siquiera conocer los nombres completos del procesado o demandado, y posteriormente tener que pasar por la engorrosa tarea de levantar gravámenes por tratarse de homónimos.

- Prohibición para el Juzgador de dictar medidas cautelares distintas a las especificadas en la Ley Procesal Penal, esto en concordancia con el tercer inciso del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal: “*Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código.*” Y es entendible esta característica con el fin de evitar el abuso de poder por parte del juez, en especial del juez de garantías penales. Esta característica se la puede vincular con el carácter restrictivo de las medidas cautelares, es decir, además de que no se pueden dictar otras medidas cautelares distintas de las que prevé nuestra legislación, la forma en la que se aplican debe estar determinada en la ley, y por lo tanto, tampoco se pueden aplicar las medidas cautelares de una forma diferente a la establecida en la normativa que las regula.
- La instrumentalidad es otra de las características, y está dada por la necesidad de que toda medida cautelar esté supeditada a un proceso o una causa, sea esta penal, civil, constitucional, etc. Es decir, no se pueden dictar medidas cautelares fuera de un proceso, pero lo más importante, las medidas cautelares cesan cuando haya terminado el proceso en el que el juez se motivó para dictarlas. En este sentido vale indicar que en el campo civil, nuestra legislación contempla la posibilidad de que se dicten medidas cautelares antes de que se inicie el proceso principal, pero la Ley establece como condición que el proceso principal debe iniciarse en un máximo de 15 días desde que se ejecutó la medida cautelar, y además, dicho proceso debe ser motivado cada 30 días para que la causa no sea declarada abandonada. Además, estas medidas cautelares deben cesar una vez que concluya el proceso principal¹⁶. Al respecto de esta característica de instrumentalidad, el autor Cafferata Nores ha

¹⁶ El artículo 897 del Código de Procedimiento Civil contempla la posibilidad de dictar providencias preventivas (medidas cautelares) previo a la instauración de un proceso principal, mientras que el artículo 923 del mismo cuerpo legal establece la obligatoriedad de iniciar el proceso principal, así como el término para impulsarlo.

definido a las medidas cautelares partiendo de esta particularidad, sosteniendo que: *la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma; es un medio para asegurar el logro de los fines del proceso y sólo se concibe en cuanto sea necesaria para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva*¹⁷. Al respecto, además de lo que se ha indicado de las medidas cautelares como instrumentos del proceso penal y jamás como medios de penalización anticipada, *“la naturaleza de las medidas de coerción no puede ser nunca sancionatoria, porque no tienen un fin propio; por el contrario, son sólo instrumentales y sirven como medio para alcanzar otros fines*¹⁸”. Estos fines se refieren a los ya mencionados del procedimiento penal, circunstancia que complementa un aspecto más de las medidas cautelares y de su situación de servicio para con los administradores de la justicia penal.

- Las medidas cautelares son provisionales y temporales, es decir, duran un tiempo determinado y razonable, o se extinguen una vez que se haya acabado el proceso penal que las principió¹⁹. Adicionalmente, y justificando la provisionalidad de la actividad cautelar, estas medidas pueden ser modificadas o revocadas en cualquier momento por parte de un juez competente, ya sea que hayan variado las circunstancias que motivaron para su aplicación, o se hayan cumplido los presupuestos que la ley exige para modificarlas, suspenderlas o revocarlas. En este sentido, y cumpliendo con la característica de variabilidad²⁰ de las medidas

¹⁷ CAFFERATA NORES, José I. *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires, Depalma, 1992, Página 3; en DE CICCO, Adriana y Gabriela BELLA. *Teoría General del Proceso: Medidas de Coerción en el Proceso Penal*; en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional: Medidas Cautelares*. DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL Y PRÁCTICA PROFESIONAL. Córdoba – Argentina, Serie N° 8, 2004, Página 172.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 172.

¹⁹ Como consecuencia de la característica de provisionalidad, y según se sostiene en el texto de la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, *“las medidas cautelares no pueden llegar a convertirse en definitivas, sino que deben durar el tiempo estricto que establece la ley, o desaparecer por decisión de el/la juez/a.”*

²⁰ La variabilidad de las medidas cautelares permite que el procesado no sufra una pena anticipada, o que no cumpla una condena previa por un delito que quizás no cometió. Dichas medidas pueden ser modificadas cuando varíen las circunstancias que motivaron al juzgador a aplicarlas, y sólo si dichos supuestos se mantienen vigentes, pueden subsistir las medidas precautorias. Al referirnos a la variabilidad, y aplicando lo expresado por la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana: *las medidas cautelares están llamadas siempre a desaparecer, si no con anterioridad por decisión del o la juez/a, ineludiblemente al tiempo de producirse una sentencia que pone término al procedimiento, la cual, si es absolutoria, extingue la medida y si es condenatoria hace que el tiempo de la medida cautelar pase a ser propio de la ejecución.*

cautelares, nuestro Código de Procedimiento Penal contempla la posibilidad de sustituir²¹ la prisión preventiva por otras medidas cautelares, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la misma norma. Además, la prisión preventiva tiene un período de caducidad que una vez fenecido, la persona privada de la libertad debe ser puesta en libertad inmediatamente²². Igualmente en el campo civil se permite al sujeto procesal afectado con la medida cautelar que justifique ante el Juez el cumplimiento de la sentencia o que rinda una caución con el fin de cesar la medida cautelar que pesa en su contra o en contra de su patrimonio²³. En este sentido, la ley tiene un carácter benévolo para permitir que la persona pueda defenderse sin necesidad de estar privada de su libertad, de poder disponer de sus bienes, de transitar libremente, etc. Esta característica de provisionalidad también les da a las medidas cautelares el carácter de accesorias, pues están supeditadas al tiempo de duración del proceso penal en el cual se dictaron, siendo imposible que una medida cautelar pueda durar más allá de lo que tarde en resolverse el proceso penal principal. En este sentido, la caducidad de las medidas cautelares de la que hablamos en líneas anteriores encuentra su fundamento en la necesidad de que el procesado goce de este beneficio en razón del tiempo, pues la condición de precautelar la presencia del sujeto pierde todo sustento si la resolución de la causa toma más tiempo del estipulado en las leyes, con lo que el procesado tiene todo el derecho de exigir la anulación de la medida cautelar que pesa en su contra y recuperar su libertad. El “periculum in mora”, o retardo de la administración de justicia, en este aspecto, actúa a favor del investigado o procesado al estipularse ciertos límites temporales a las medidas cautelares. Pero la provisionalidad de las medidas cautelares no agota su definición en la posibilidad de que la medida cautelar cese con la resolución del juicio penal principal del que nació, pues también existe la posibilidad de que la medida cautelar, por su carácter de transitoria, ya no tenga razón de ser pues ya no existe el riesgo que motivó al

²¹ El artículo 170 del Código de Procedimiento Penal establece las condiciones bajo las cuales puede darse la sustitución o revocatoria de la prisión preventiva, debiendo señalar además que el sujeto privado de su libertad puede hacer uso de este derecho cuantas veces lo considere conveniente.

²² La caducidad de la prisión preventiva está establecida en el artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, y además contempla sanciones a los funcionarios judiciales responsables que permitieron que la prisión preventiva caduque estando la causa bajo su responsabilidad.

²³ Esta posibilidad está contemplada en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil.

juzgador a ordenar dicha medida en una primera instancia, riesgo que puede desaparecer, por ejemplo, cuando se haya encontrado y puesto a buen recaudo la prueba que se temía nunca poder encontrarla, o que el procesado en libertad pudiera desaparecerla o alterarla. Este riesgo o peligro desaparece *per se* cuando se dicta la sentencia o resolución que da fin al proceso penal, pero puede extinguirse antes si es que desvanecen las circunstancias que se temían ocurran si el procesado se encontraba en libertad absoluta.

- Para la aplicación de muchas de las medidas cautelares existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la ley exige el cumplimiento de ciertos requisitos o formalidades. Así entonces podemos entender que es necesario reunir determinadas condiciones para la aplicación de una medida cautelar, pues caso contrario no justificaría la imposición de la misma dentro de un proceso. En el campo civil por ejemplo, para la aplicación de una medida cautelar de secuestro o retención, la ley exige que se justifique documentadamente la existencia del crédito, y además que se pruebe que las cosas del deudor están en tan mal estado que hay el peligro de que no alcancen a cubrir la deuda, o que exista la posibilidad de que sean ocultadas o enajenadas (*artículo 899 del Código de Procedimiento Civil*); mientras que en el campo penal el fiscal debe motivar su petición de prisión preventiva y además justificar que existan indicios suficientes de que el procesado es autor o cómplice del delito que se investiga, que el delito es de acción pública, entre otros requisitos que establece el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal. Esta característica a la vez pasa a ser uno de los supuestos fundamentales de las medidas cautelares, el *fumus boni iuris*, o la obligación que tiene el juez de garantías penales de verificar la existencia de motivos suficientes o indicios abundantes de que el procesado está plenamente vinculado con la infracción o el delito que se investiga. Dichos motivos o indicios deben ser proporcionados por el representante de la Fiscalía General del Estado al momento de exponer su solicitud de medidas cautelares, con el único fin de brindar al juez la certeza suficiente de que el hecho punible puede ser atribuido al procesado, y consecuentemente, dicho sujeto puede ser más adelante susceptible de una sanción penal. Como nos ilustra la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, *para que el/la juez/a pueda ordenar la privación provisional de libertad, debe considerar que los antecedentes presentados demuestran la existencia de un hecho punible y se basan en presunciones*

*fundadas de la participación del/la adolescente imputado/a. Es lo que se conoce como el supuesto material*²⁴.

- Si bien la oralidad no es una característica común entre todas las medidas cautelares, es importante destacar que actualmente nuestra ley adjetiva penal determina la oralidad en toda etapa o actuación que involucre una afectación de derechos. Al respecto el tercer artículo innumerado a continuación del artículo 5 del Código de Procedimiento Penal establece la obligatoriedad de tratar por la vía oral cualquier declaración sobre derechos, y al hablar de medidas cautelares se vuelve obligatoria la realización de una audiencia oral y pública en donde se motivará el pedido de medidas cautelares, e inmediatamente el juez de garantías penales dará a conocer su decisión y se notificará a las partes procesales en el mismo acto²⁵.
- Son modificables, es decir, tanto el peticionante de la medida cautelar, como el afectado por ella, pueden solicitar al juzgador la modificación, ampliación, sustitución, mejora, levantamiento, etc., siempre y cuando se justifique el pedido realizado. Esta característica guarda una relación sustancial con la provisionalidad de las medidas cautelares, toda vez que al ser provisionales jamás adquirirán el carácter de definitivas, lo que las hace modificables y hasta revocables en cualquier momento. En concordancia con esta característica, nuestro Código de Procedimiento Penal en su artículo 171 ha acogido esta posibilidad de sustitución, revocatoria o suspensión de medidas cautelares, así como también se ha incluido en el artículo 170 del mismo cuerpo normativo, las condiciones en las que la medida cautelar de prisión preventiva puede ser sustituida o suspendida. Ésta característica la analizaremos más adelante en un subcapítulo expresamente dedicado a ella.
- La proporcionalidad es otra característica de las medidas cautelares, y es que la aplicación de una medida cautelar debe estar siempre en armonía con el delito del que se le acusa al procesado, y además con la pena que la legislación tiene

²⁴ *Las Medidas Cautelares y las Sanciones: Ejecución en la Justicia Penal Juvenil*. ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA. Santo Domingo – República Dominicana, 2007, Página 19.

²⁵ La audiencia de formulación de cargos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, es el requisito fundamental para el inicio de toda instrucción fiscal. Aquí se plantean los elementos de convicción que han llevado al fiscal a imputar el cometimiento de un delito a determinada persona, pero lo más importante, deberá solicitar y motivar su pedido de medidas cautelares. Para el caso de la prisión preventiva, el primer artículo innumerado a continuación del artículo 160 del mismo cuerpo legal establece la obligatoriedad de una audiencia oral, pública y contradictoria donde se motivará la petición y se conocerá inmediatamente la decisión del juez. Igualmente se establece la obligatoriedad de una audiencia en caso de sustitución, revisión o revocatoria de la prisión preventiva.

establecida para ese determinado delito. En otras palabras, las medidas cautelares no deberían ser aplicadas, por ejemplo, cuando se trate de delitos considerados leves, o cuando el delito cometido no tenga establecida como pena una privación de libertad, y menos aún cuando se prevea o se pronostique que el delito que se está investigando quizás no llegue a ser sancionado por las autoridades competentes, o que no se vaya a imponer una pena contra el procesado. Adicionalmente este principio de proporcionalidad implica que la medida cautelar impuesta debe terminar cuando su duración sea igual o mayor a la pena que esté por imponerse. Al respecto se ha manifestado que *“la violencia que se ejerce con la medida (cautelar) nunca puede ser mayor que la que correspondería si se aplicara la pena, en caso de acreditarse el delito que se le recrimina²⁶”*. Y esto resulta evidente pues lo que se pretende es que la situación de la persona inocente jamás sea peor que la de la persona que ya ha sido condenada y se encuentra purgando una pena. Para los delitos en donde se prevé que su sanción sea una pena de ejecución condicional, la privación de libertad no es una alternativa mientras se sustancie dicha causa.

Como comentario adicional se debe indicar que, y a consecuencia de la accesoriedad de las medidas cautelares, al imponer una de estas medidas dentro de un proceso, la celeridad y la sumariedad pasan a ser los pilares fundamentales del proceso penal principal dentro del cual se las ha dictado, además de la urgencia y necesidad con la que debe empezar a tramitarse la causa con la única finalidad de que la medida cautelar cumpla su objetivo primordial y evitar que el tiempo impida que el proceso penal cumpla sus objetivos.

Además podemos decir que las medidas cautelares en ningún concepto pueden ser consideradas como un cumplimiento anticipado de la pena, a pesar de que la ley contempla que el tiempo que una persona ha permanecido privada de su libertad cumpliendo prisión preventiva debe ser tomado en cuenta para el cómputo de la pena total, en caso de haber

²⁶ DE CICCO, Adriana y Gabriela BELLA. *Teoría General del Proceso: Medidas de Coerción en el Proceso Penal*; en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional: Medidas Cautelares*. DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL Y PRÁCTICA PROFESIONAL. Córdoba – Argentina, Serie N° 8, 2004, Página 179; en donde también se ha mencionado, citando a la autora Ángela Ledesma, que las medidas cautelares *“reconocen como límite el derecho que aseguran, de modo que, por ejemplo, si no se pronostica una pena privativa de la libertad, el encarcelamiento preventivo está vedado”*.

recibido sentencia condenatoria²⁷. Como ejemplo, en caso de que una persona esté privada de su libertad por prisión preventiva, y luego de transcurrido un año sin que haya recibido sentencia o la sentencia recibida no se haya ejecutoriado²⁸, la persona obligatoriamente debe ser puesta en libertad, y a pesar de que posteriormente deba presentarse ante el juez de garantías penales o ante otra autoridad, ya no puede ser privada de su libertad. En caso de recibir sentencia condenatoria, el tiempo que pasó retenido será imputable al tiempo de la pena impuesta; y en caso de que reciba sentencia absolutoria, el tiempo que pasó privado de su libertad no implica que haya cumplido algún tipo de pena o sanción (pero deberá ser indemnizado por el tiempo que permaneció privado de su libertad conforme lo dispone el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal). Y esta disposición legal tiene un asidero muy fuerte pues al aplicar una medida cautelar de privación de libertad (la prisión preventiva por excelencia), se están vulnerando varias disposiciones constitucionales acerca de la prohibición de sancionar penalmente a una persona sin que haya existido un juicio previo en manos de un juez competente, y además el principio de inocencia que es escandalosamente profanado al privar de la libertad a una persona que continúa siendo inocente pues no existe aún alguna sentencia condenatoria en su contra. Es por esta razón que la prisión preventiva es altamente cuestionada en diversas legislaciones del mundo, pero dejaremos estas reflexiones para el subcapítulo pertinente en donde será analizada esta medida. Sólo cabe dejar enunciado que jamás una medida cautelar puede funcionar como una pena anticipada de un delito que recién está siendo investigado, y además la regla general debe ser siempre que toda persona que está siendo sometida a un juicio penal, tiene el derecho de permanecer en libertad mientras dicho proceso es sustanciado.

Casi siempre las medidas cautelares son usadas para otros fines, excepto para asegurar la comparecencia del procesado con la causa que se ventila en su contra. Al respecto se ha sostenido que las medidas cautelares en muchas ocasiones *“vienen a cumplir una finalidad que excede del verdadero fundamento cautelar”*, es decir, cumplen otros fines como la

²⁷ Al respecto el artículo 59 del Código de Procedimiento Penal en su parte pertinente disciplina: *“Art. 59.- ... Toda detención, antes de que el fallo esté ejecutoriado, será imputada a la duración de la pena de privación de la libertad, si dicha detención ha sido ocasionada por la infracción que se reprime.”*

²⁸ La ejecutoriedad de cualquier decisión judicial ocurre cuando no se ha interpuesto ningún tipo de recurso o incidente dentro de los tres días desde que fue notificada la resolución judicial. Para las sentencias penales, la interposición del recurso de apelación, del recurso de nulidad, o de ambos, impide que la sentencia se ejecutorie, y por lo tanto, no se puede ejecutar la misma ni exigir el cumplimiento de la pena impuesta.

“satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad” tomándolas como medidas de prevención general para tranquilizar a la colectividad; o “de prevención de posibles futuros delitos cometidos por el inculgado²⁹”, tomándolas como medidas de precaución y resguardo social.

Lamentablemente la falta de eficacia de nuestros juzgadores ha llevado a que las medidas cautelares sean tomadas como una pena anticipada, y no como un método de aseguramiento. De ahí que muchas veces resulta inútil el intentar una sustitución o revisión de medidas cautelares si el delito ha implicado una conmoción social en donde se exige una imposición de pena sin que exista siquiera un pronunciamiento previo de juez competente.

Como comentarios finales debemos decir que en la aplicación de las medidas cautelares no sólo debe primar el interés social de la eficacia en la administración de justicia como medio de paz y estabilidad social, sino que además se debe tener muy en cuenta el respeto a los derechos del imputado, en especial su derecho a rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad, dos principios fundamentales que consagra la política de rehabilitación social en el Ecuador.

Finalmente es importante conocer que son varios los instrumentos internacionales de los que es parte el Ecuador, y en donde se ha establecido, en especial en relación a la privación de libertad, la posibilidad de aplicar medidas cautelares sobre determinado procesado. Así, el numeral 5 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra que, al referirse a una persona que está siendo procesada por un infracción penal, “... su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio...³⁰”, mientras que el numeral 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al referirse igualmente a un procesado, sostiene que “...su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la

²⁹ HERRERA AÑEZ, William. *Las medidas cautelares del Nuevo Sistema Procesal Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; en *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. República de Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2003, *Página 397*.

³⁰ DE CICCO, Adriana y Gabriela BELLA. *Teoría General del Proceso: Medidas de Coerción en el Proceso Penal*; en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional: Medidas Cautelares*. DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL Y PRÁCTICA PROFESIONAL. Córdoba – Argentina, Serie N° 8, 2004, *Página 178*.

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 fallo³¹”.

1.2 Clases

Las medidas cautelares han sido clasificadas en dos grandes grupos, esencialmente en razón de la finalidad que persiguen, siendo además estos dos grandes grupos los únicos que constan en la ley adjetiva penal.

Medidas Cautelares Personales

Son aquellas medidas que *“se refieren al ejercicio de la acción penal y la tramitación del proceso penal vinculando al procesado a la gestión investigativa³²”,* es decir, y tal como su nombre lo indica, están dirigidas al procesado o hacia el sujeto contra el que se dirige la investigación penal, enfocadas usualmente a la privación de la libertad. 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 responsable³³”.* Comúnmente se entiende que toda medida cautelar de carácter personal tiene relación con la privación de libertad, pero con las reformas actuales al Código de Procedimiento Penal las medidas cautelares personales aumentaron sustancialmente, dejando a la detención y a la prisión preventiva como las últimas medidas cautelares, medidas que deben ser aplicadas de una forma totalmente excepcional y siempre y cuando el resto de medidas cautelares personales no sean suficientes como para garantizar la comparecencia del procesado al proceso. La cautela personal consiste en *...la excepcional restricción o limitación que puede imponerse a su libertad (del imputado), sólo cuando fuere imprescindible para asegurar que el proceso pueda desenvolverse sin obstáculos hasta su finalización, que la sentencia con que culmine no sea privada de considerar ninguna prueba (ni sufra el falseamiento de alguna) por obra del imputado, y que éste cumpla la pena que ella imponga³⁴.*

³¹ *Ibidem.*, Página 179.

³² VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo II.* Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009, Página 659.

³³ *Ibidem.*, Página 659.

³⁴ DE CICCO, Adriana y Gabriela BELLA. *Teoría General del Proceso: Medidas de Coerción en el Proceso Penal;* en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional:*

El artículo 160 del Código de Procedimiento Penal en su parte pertinente recoge las medidas cautelares personales existentes en nuestra legislación penal:

Art. 160.- Las medidas cautelares de carácter personal, son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;*
- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;*
- 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;*
- 4) La prohibición de ausentarse del país;*
- 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;*
- 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;*
- 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;*
- 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;*
- 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;*
- 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;*
- 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;*
- 12) La detención; y,*
- 13) La prisión preventiva...*

Si bien más adelante en el desarrollo de esta disertación se analizarán a detalle cada una de las medidas cautelares de carácter personal, vale acotar que estas once nuevas medidas cautelares personales ha sido creadas a partir de las reformas al Código de Procedimiento Penal en el año 2009, nuevas medidas que buscan hacer de la prisión

preventiva el último de los recursos del que se pueda valer un juez de garantías penales para asegurar la vinculación del procesado con la causa que se le sigue.

Adicionalmente son muchos los autores que sostienen que existe una sola medida cautelar de carácter personal, refiriéndose a la prisión preventiva: “*la prisión preventiva es la medida cautelar personal; y, que, por tanto, no debe confundirse a ésta con las alternativas de aquella*³⁵”, criterio que comparto pues a mi parecer, y como lo justificaré en páginas posteriores, el legislador ha perdido el horizonte en materia de medidas cautelares olvidando los fines y las consecuencias de tan importantes instrumentos precautorios.

Adicionalmente se debe considerar a la detención como otra de las medidas cautelares personales por excelencia, aunque por su naturaleza, su tratamiento y aplicación, difiere sustancialmente del resto de medidas cautelares personales.

Medidas Cautelares Reales

La siguiente clasificación corresponde a las medidas cautelares reales, aquellas que están dirigidas a la imposibilidad de que el procesado o acusado pueda disponer de sus bienes para distraerlos de la actividad de la justicia. Recaen sobre el patrimonio del procesado, o pueden también recaer sobre los bienes de terceras personas si es que estos constituyen prueba dentro de un proceso. En general están enfocadas a asegurar el pago de indemnizaciones, costas judiciales, daños y perjuicios, multas, y evitan que el procesado se deshaga de sus bienes y resulte imposible el cobro de lo ordenado mediante sentencia. Su finalidad, como lo han señalado algunos autores, consiste en *limitar la libre disposición patrimonial, con el objeto de asegurar responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que pudieran declararse en un proceso penal. Con ellas se asegura el pronunciamiento que dicte el órgano competente respecto a la responsabilidad civil ‘ex delito’ y eventualmente también la referida al pronunciamiento penal, por ejemplo una multa*³⁶.

De igual forma el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal recoge las medidas cautelares reales:

³⁵ VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo II*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009, Página 658.

³⁶ DE CICCIO, Adriana y Gabriela BELLA. *Teoría General del Proceso: Medidas de Coerción en el Proceso Penal*; en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional: Medidas Cautelares*. DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL Y PRÁCTICA PROFESIONAL. Córdoba – Argentina, Serie N° 8, 2004, Página 182.

Art. 160.- *Las medidas cautelares de orden real son:*

- 1) *El secuestro;*
- 2) *La retención; y,*
- 3) *El embargo.*
- 4) *La prohibición de enajenar.*

Las medidas cautelares reales cumplen un fin esencialmente resarcitorio para con la víctima, facilitando la acción de la justicia y de los ofendidos en caso de que se declare mediante sentencia una indemnización por daños y perjuicios. Aquí podemos encontrar el embargo como otra de las medidas cautelares reales que si bien en la legislación civil tiene una función primordial cuando existe una garantía fundada en un título hipotecario o en una sentencia ejecutoriada (*artículo 423 del Código de Procedimiento Civil*), en la legislación penal, y como medida cautelar real, el embargo cumple la misma función que la prohibición de enajenar, por lo que resultaría innecesaria su inclusión dentro de esta clasificación. El objeto de las medidas cautelares personales siempre será “*la restricción de la libre disposición de una parte del patrimonio del imputado o de un tercero*”³⁷.

Adicionalmente es muy interesante lo que sostiene el Doctor Ricardo Vaca Andrade con respecto a la clasificación de las medidas cautelares reales, y la omisión del legislador del allanamiento³⁸ como otra medida cautelar que si bien no tiene una finalidad resarcitoria y de indemnización, sirve para asegurar la prueba dentro de un proceso, permitiendo que determinados objetos, documentos, instrumentos sean retenidos por los agentes investigadores con el fin de que sirvan de prueba en el transcurso de la investigación y juzgamiento. Mediante el allanamiento pueden ser recuperados y retenidos objetos de carácter probatorio como armas, papeles, evidencias, etc., por lo que sería también una especie de medida cautelar real.

1.3 Finalidades

Como finalidades de las medidas cautelares entenderemos a los fines y los objetivos que se persiguen al aplicarlas. Es fundamental ahondar en las finalidades de las medidas

³⁷ *Ibidem.*, Página 182.

³⁸ El artículo 194 numeral 4 recoge la finalidad cautelar del allanamiento: **Art. 194.-** *La vivienda de un habitante del Ecuador no puede ser allanada sino en los casos siguientes: 4. Cuando el juez de garantías penales trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan medios de prueba.*

cautelares pues en muchos casos las legislaciones se alejan de estos objetivos y usan a las medidas precautorias como condenas o penas anticipadas.

En primer lugar, las medidas cautelares tienen su fundamento en un criterio básico: el hecho de cometer un acto ilícito conlleva a la realización de dos acciones con sus respectivas consecuencias. La primera acción es de tipo penal, cuya consecuencia será una pena privativa de libertad o una pena de carácter punitivo, sanciones que están previstas en las leyes penales como sanción a los delitos, en especial a los de acción pública; como sostiene el Dr. Ricardo Vaca Andrade: *“la pena es, debería ser, la consecuencia lógica del delito, para dar fundamento cierto a la afirmación, a veces distante de la realidad, de que la pena sigue al delito en forma ineludible”*³⁹. La segunda acción es una de tipo civil, cuya consecuencia es la pena resarcitoria o indemnizatoria, logrando así el objetivo social de que el infractor responda personalmente no sólo por el delito realizado, sino que además debe indemnizar a los afectados por los daños y perjuicios que se les causó a raíz de la comisión del delito. Actualmente la ley adjetiva penal señala la obligatoriedad de los Tribunales de Garantías Penales o de todo órgano juzgador de, a más de condenar al acusado al pago de daños y perjuicios, determinar en la propia sentencia el monto de dicha indemnización con el fin de que la parte afectada no deba seguir otro proceso en la vía civil para que sean calculados los daños declarados en sentencia. Además, ya no es necesario que el afectado intervenga en el proceso en calidad de acusador particular para poder acceder a la indemnización por daños y perjuicios⁴⁰. Finalmente sobre este punto vale destacar que toda condena civil de indemnización debe nacer del pronunciamiento del juez competente sobre la responsabilidad penal del acusado. Es decir, se necesita que exista previamente una sentencia penal condenatoria que de lugar a la indemnización para poder empezar las acciones civiles en relación con el acto delictivo. De esta forma el delito se convierte en fuente de obligación del acusado para con los afectados.

Es por estas razones que las medidas cautelares deben tener finalidades tendientes a satisfacer esta doble consecución de un acto penal, asegurando al procesado para con el proceso, y los bienes del sujeto para cumplir con las indemnizaciones.

³⁹ VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo II*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009, Página 652.

⁴⁰ La obligatoriedad de calcular el monto indemnizatorio en la propia sentencia, así como la eliminación del requisito de la acusación particular para poder acceder a la indemnización están consagradas en el numeral 5 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 159 del Código de Procedimiento Penal ha recogido las finalidades de las medidas cautelares dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y si bien se han omitido otras importantes, vale destacar lo que ha compilado el legislador en esta norma:

Art. 159.- 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...

Entre los principales objetivos o fines de las medidas cautelares tenemos:

1. Aseguran que la acción de administrar justicia por parte del Estado no sea burlada o evadida, y que lo declarado mediante una sentencia no sea un simple enunciado sino que pueda ser ejecutado y aplicado. Este es el fin común de toda medida cautelar, y para el cumplimiento de este objetivo es que se derivan una serie de finalidades que persiguen este fin común. Así, si el responsable de una infracción penal huye, el fin de castigar del Estado quedaría burlado y la sentencia sería inejecutable. Igualmente las medidas cautelares tienen como finalidad evitar que el procesado o las personas interesadas en obstaculizar la administración de justicia se dediquen a destruir pruebas o evidencias, o intimiden testigos, alteren los hechos, etc. Su objetivo común entonces sería el precautelar los fines del proceso penal, que tal como resaltamos en líneas anteriores, serían la efectiva aplicación de la ley penal y el descubrimiento de la verdad, sumándose a éstos, a criterio del tratadista José Cafferata Nores, “*la dignidad personal, los derechos del imputado, la tutela del interés de la víctima y la solución del conflicto entre partes*”⁴¹. Resulta muy importante en este sentido el destacar cuatro nuevos fines del derecho penal, fines que si bien no han sido específicamente determinados en nuestra legislación, podemos inferir que sí están consagrados en nuestra normativa penal, en especial por la serie de disposiciones que sí existen en el ordenamiento jurídico ecuatoriano al respecto. Hago hincapié en estas nuevas consideraciones pues más adelante nos ayudarán a alcanzar varios de los objetivos planteados en esta disertación.

⁴¹ DE CICCO, Adriana y Gabriela BELLA. *Teoría General del Proceso: Medidas de Coerción en el Proceso Penal*; en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional: Medidas Cautelares*. DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL Y PRÁCTICA PROFESIONAL. Córdoba – Argentina, Serie N° 8, 2004, Página 171.

Esta finalidad se vuelve evidente ya que, como se mencionó en páginas anteriores, las medidas cautelares son el instrumento del que se vale el Estado para que sus decisiones judiciales sea acatadas y cumplidas. Es muy poco común que un sujeto se entregue a la justicia a fin de cumplir su condena, y además facilite sus bienes personales para indemnizar a los afectados, por lo que resulta fundamental, dentro de la acción judicial, que el juez tenga herramientas para poder tener la certeza de que su sentencia será cumplida en futuro no muy lejano, y que las evidencias serán resguardadas fiel y correctamente. Como sostiene el Doctor Ricardo Vaca Andrade, “evitan que se burle y se frustre el fin del proceso penal, asegurando un efectivo resultado del proceso y una real actuación de la ley sustantiva⁴²”. En este punto podemos sostener entonces que la principal finalidad de las medidas cautelares es lograr que se cumplan todos los fines del proceso penal, convirtiéndose en los instrumentos fundamentales del juzgador para evitar que la causa procesal quede sin producir los efectos deseados. Usualmente solemos creer que esta distracción de los fines del proceso es por culpa del procesado que por cualquier medio intenta acabar con el juicio en su contra, sin tener en cuenta que quizás sean otros los factores que también actúan con ese mismo fin: *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 libertad⁴³*. Y es que el aparato judicial tiene todos los elementos que le permiten asegurar un desarrollo óptimo, claro y justo de cualquier procedimiento penal, llegando incluso a tener la capacidad de privar de la libertad a una persona inocente sin que exista una sentencia condenatoria en su contra, pero en muchas ocasiones son los propios administradores de justicia los que, voluntaria o involuntariamente, provocan un retardo injustificado en el despacho de las causas judiciales, muchas veces existiendo personas privadas de su libertad. Si bien esto no implica una oposición

⁴² VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo II*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009, Página 659.

⁴³ BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Página 199; en DE CICCIO, Adriana y Gabriela BELLA. Op. Cit. Página 177.

radical a las medidas cautelares, sí es un reclamo airado a las autoridades con el fin de concientizar acerca de la responsabilidad compartida de todos los actores procesales (jueces, fiscales, procesados, acusadores particulares, defensores públicos, etc.) para que el proceso penal cumpla con todos y cada uno de sus fines.

2. Sirven para asegurar la comparecencia del procesado al juicio. Como sostiene el jurista Miguel Fenech, las medidas cautelares son esenciales debido a *“la tendencia natural del culpable para eludir el castigo que le corresponde por el hecho punible cometido de que es autor⁴⁴”*. Y es que resulta evidente que la persona que ha sido declarada culpable o sabe que tiene responsabilidad en la infracción penal que se investiga va a esconderse o huir pues a ningún ser humano le agrada ser privado de su libertad o entregar bienes o dinero a otras personas debido al error que cometió. A mi criterio esta es la finalidad trascendental de las medidas cautelares, en especial de aquellas de carácter personal, pues se está garantizando que el procesado estará ligado al proceso, se contará con él cuando la autoridad así lo disponga, se podrá imponer una pena que será inmediatamente cumplida, y además, el juzgador tiene la presión de emitir su decisión en el menor tiempo posible pues quizás se esté privando de la libertad (de forma cautelar) a una persona cuya culpabilidad no esté probada. Este objetivo de las medidas cautelares no puede ser jamás olvidado pues asegura o garantiza la comparecencia del procesado, y actualmente existen muchas medidas cautelares penales que tienen un sinnúmero de finalidades menos la de asegurar la comparecencia. Es inevitable el relacionar esta finalidad con la privación de libertad, pero nuestra legislación contempla otras medidas precautorias que buscan el aseguramiento del procesado sin tenerlo privado de su libertad. A pesar de esto, la privación de libertad será por excelencia la mejor y más eficiente forma de garantizar la participación del procesado, salvo los casos en donde se pueda sustituir la prisión preventiva siempre que el procesado justifique y brinde al juzgador las garantías suficientes. Con relación a este aseguramiento del procesado, existen además otros beneficios de las medidas cautelares personales: a) colaboran con la defensa de la sociedad

⁴⁴ El tratadista Miguel Fenech es citado en la obra: VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo II*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009, Página 651.

pues al tener al procesado privado de su libertad, se evita que el sujeto siga o vuelva a delinquir, al menos durante el tiempo en que está siendo procesado por otro delito; b) evitan que los sujetos que están siendo procesados evadan la acción de la justicia y se burlen de la sentencia condenatoria que se pudiera dictar en su contra; y, c) impiden que el procesado intervenga en la investigación alterando hechos, intimidando testigos, destruyendo u ocultando evidencias, falseando informes o documentación, etc., todo esto con el fin de destruir los indicios que pesan en su contra.

Esta finalidad responde también a los que varios juristas han llamado el “peligro de fuga”, el mismo que “*se acrecienta en la medida en que el hecho imputado sea de mayor gravedad y, por tanto, la futura pena a imponer sea más grave*”⁴⁵. Así, la posibilidad de que el procesado evada la acción de la justicia es muy alta, y la privación de libertad como el medio para evitar esta burla resulta como la medida cautelar óptima con el fin de llegar a una justicia plenamente aplicable y ejecutable. Adicionalmente es necesario indicar que la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la comparecencia del procesado al proceso que se le sigue, más no sirven para asegurar la comparecencia de las demás partes procesales como erróneamente se ha hecho constar en el citado artículo 159, que de la manera como se lo ha redactado da a entender que con las medidas cautelares estamos asegurando además la comparecencia del Fiscal, y hasta del acusador particular, cosa totalmente equivocada. Quizás el legislador ha pretendido incluir entre las finalidades de las medidas cautelares a una de las finalidades del derecho procesal penal que es el aseguramiento de las personas cuya presencia resulta necesaria para el esclarecimiento de la verdad. Esta facultad está otorgada a fiscales, jueces y tribunales de garantías penales en el artículo 129 del Código de Procedimiento Penal, otorgando la posibilidad de valerse de la fuerza pública para hacer comparecer a determinada persona. Pero esta facultad no tiene nada que ver con los fines de las medidas cautelares, y peor aún con la comparecencia del procesado. Lo que sí involucra a esta finalidad del derecho procesal penal es el aseguramiento del procesado, uno de los principales objetivos no solo de las

⁴⁵ HERRERA AÑEZ, William. *Las medidas cautelares del Nuevo Sistema Procesal Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; en *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. República de Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2003, *Página 395*.

medidas cautelares, sino del propio derecho procesal penal. Esto pues el derecho penal persigue el cumplimiento de las penas y su efectiva aplicación, ya que al no comparecer el procesado, *“la imposición de una sanción para los responsables será más difícil y ardua produciendo, en muchos casos, una demora que casi siempre significa impunidad y repercute en la inseguridad ciudadana”*⁴⁶. Con este fin adicionalmente se configura el segundo de los supuestos o fundamentos de las medidas cautelares conocido como la “necesidad de cautela”, aquel fundamento que le permite al juez disponer de medidas cautelares ya que el tiempo que le tomará a la administración de justicia el establecer claramente la existencia de responsabilidad penal de determinado sujeto, podría causar que el procesado no esté al alcance de la justicia como para cumplir una posible pena. Este retardo de la justicia, también conocido como el “periculum in mora”⁴⁷, debe ser muy tomado en cuenta al momento de disponer o no medidas cautelares, pues el paso del tiempo pone en verdadero peligro el que se lleguen a cumplir los fines procesales de castigo y resarcimiento (de ahí que la traducción fidedigna del principio sea el “peligro en la demora”). La medida cautelar encuentra su fundamento entonces en la necesidad de aplicar mecanismos que le permitan tener vinculado a determinado procesado a pesar de que el paso del tiempo retarde o demore un pronunciamiento definitivo sobre la responsabilidad penal del sujeto⁴⁸; sin dejar de establecer que es un derecho de todo procesado el que su juicio o proceso dure un tiempo razonable, y no se extienda en el tiempo de forma excesiva e innecesaria. Al respecto, y refiriéndose a la prisión preventiva como la medida cautelar personal por excelencia que permite eficazmente la comparecencia del procesado a juicio, el

⁴⁶ VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo I*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009, Página 13.

⁴⁷ *La característica de Periculum in mora: <(prevención y urgencia) se deriva de la necesidad de prevenir un daño futuro e incierto que puede convertirse en cierto de no dictarse la medida cautelar y que atendiendo a lo lento de nuestra justicia civil, no resultaría efectiva en un proceso de conocimiento, por lo que se hace necesario decretarse previamente y con ello impedir el daño temido>;* GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. *Derecho procesal civil guatemalteco*. Guatemala, Editorial Universitaria, 1998; en OCHAITA GRANILLO, Neri Humberto. *Análisis De Las Diferencias Entre Demanda De Violencia Intrafamiliar Y La Providencia Cautelar De Seguridad De Personas*. Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, septiembre de 2006.

⁴⁸ Y es importante además destacar que los dos fundamentos de las medidas cautelares deben ir de la mano para su aplicación, pues si no se cumple con el supuesto material, a pesar de que exista la necesidad de cautela, no podría aplicarse una medida cautelar, y menos aún privar de la libertad al procesado. Por el contrario, si no existe ninguno de estos dos supuestos, no existiría entonces ni la necesidad ni la legalidad para aplicar una medida cautelar.

autor José Cafferata Nores sostiene que *el encarcelamiento durante el proceso tiende a asegurar 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*⁴⁹.

3. Garantizan el pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios al ofendido, pues permiten que el juez ordene que los bienes del procesado sean secuestrados, retenidos, prohibidos de ser vendidos, y hasta embargados. Esta finalidad es igualmente esencial en materia de medidas cautelares pues garantizan que el procesado responderá por el hecho ilícito que se le imputa no sólo con su libertad personal, sino que además con sus bienes, fondos, propiedades, etc. Este objetivo de las medidas cautelares se cumple sobre todo en el campo civil en donde es común que se ordene, por ejemplo, un secuestro o una retención previo a citar al demandado dentro de un juicio ejecutivo, o que se ordene una prohibición de enajenar de los bienes del demandado cuando exista la sospecha de que dichos bienes puedan desaparecer o deteriorarse. Igualmente en el campo penal se suele ordenar la prohibición de enajenar de los bienes del procesado para así poder ejecutar una posible indemnización ordenada por el propio juez de garantías penales. Este finalidad tiene también una gran afinidad con otro de los principios del derecho procesal penal resumido en el aseguramiento de bienes suficientes del procesado para cubrir las indemnizaciones civiles, las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales. Es un objetivo no solo de las medidas cautelares, sino también del derecho procesal penal el que el individuo que ha sido procesado penalmente pueda, en caso de existir una sentencia condenatoria, responder con sus bienes todos los daños y perjuicios causados al ofendido. De esta forma las medidas cautelares responden tanto a su finalidad particular como a la finalidad general del derecho procesal penal del aseguramiento de los bienes del procesado.

⁴⁹ CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000; en DE CICCIO, Adriana y Gabriela BELLA. *Teoría General del Proceso: Medidas de Coerción en el Proceso Penal*; en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional: Medidas Cautelares*. DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL Y PRÁCTICA PROFESIONAL. Córdoba – Argentina, Serie N° 8, 2004, Página 178.

4. Impiden la paralización del proceso, ya que, principalmente en el campo penal, una vez que se ha emitido el respectivo auto de llamamiento a juicio por parte del juez de garantías penales que conoce la causa, si el procesado se encontraba prófugo al momento de expedir dicho auto, el proceso se suspende hasta que las autoridades detengan al procesado o éste se presente voluntariamente. En este caso, la continuación del proceso resulta imposible pues nadie puede ser juzgado en ausencia⁵⁰, y los plazos de prescripción siguen corriendo a pesar de que el procesado sea el que dolosamente se desvinculó del proceso. Entonces el objetivo de las medidas cautelares resulta trascendental pues evitan que el procesado fugue o desaparezca, y por lo tanto, evitan que el proceso se suspenda y no se pueda dictar una sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria. Si bien existen varias medidas cautelares personales, a mi criterio la privación de libertad vuelve a ser la medida cautelar más efectiva para que esta finalidad llegue a cumplirse. Algo interesante que destacar es que antes de las reformas al Código de Procedimiento Penal del año 2009, si es que el entonces llamado imputado (ahora procesado) no era notificado con el inicio de la instrucción fiscal, el enjuiciamiento resultaba imposible, y tanto Fiscalía como los ofendidos se veían atados de manos para continuar con la imputación penal pues desconocían el domicilio o el lugar de trabajo del imputado para que pudiera ser notificado. A partir de las reformas, el inicio de la instrucción fiscal y la respectiva audiencia de formulación de cargos pueden ser realizadas así se desconozca el paradero del procesado, y el juez de garantías penales puede dictar las respectivas medidas cautelares con el fin de garantizar la comparecencia del procesado a juicio, y evitar que la acción penal prescriba, y que además se suspenda en caso de no comparecer el procesado⁵¹. Sobre estas reflexiones se ha expresado que *la estricta aplicación de las medidas de coerción procesal debe encontrarse en consonancia con los postulados del preámbulo en*

⁵⁰ La suspensión del proceso por falta de comparecencia del procesado está recogida en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, e igualmente el mencionado artículo señala que los delitos de peculado, concusión, cohecho y enriquecimiento ilícito pueden ser juzgados en ausencia del procesado. Para estos delitos igualmente la legislación ecuatoriana les ha dado el carácter de imprescriptibles según lo recoge el artículo 233 de la Constitución de la República, además de otros delitos que también se los ha catalogado de esta manera.

⁵¹ Debemos recordar que antes de las reformas del año 2009, la instrucción fiscal no podía iniciarse si no se notificaba al imputado, y si no se podía iniciar la instrucción fiscal, tampoco se podían dictar medidas cautelares, lo que dificultaba aún más la consecución de la acción penal. El artículo 217 del reformado Código de Procedimiento Penal recoge la posibilidad de iniciar la instrucción fiscal así se desconozca el lugar de notificación del procesado.

que prevalece la idea de afianzar la justicia, para lo cual resulta necesario la realización del juicio previo, y para poder realizar éste hace falta contar con la presencia del imputado (no existe el juicio en rebeldía)⁵², con lo que de esta forma estaría justificada en parte la aplicación de una medida cautelar que permita contar con el procesado hasta su juzgamiento.

5. Ayudan a precautelar y mantener en un lugar seguro todas las evidencias e instrumentos que servirán de prueba y que deben ser exhibidos ante el Tribunal de Garantías Penales. Si bien esta finalidad ya fue enunciada en párrafos anteriores, debemos destacarla aquí como otras de las finalidades de las medidas cautelares, en especial debido a que el legislador ha omitido tomarla en cuenta para estos fines. El allanamiento se convierte en la medida cautelar por excelencia que facilita la consecución de este fin, puesto que permite que los objetos probatorios del delito sean almacenados por parte de la autoridad competente (Policía Judicial) y sean debidamente resguardados hasta que el procesado sea juzgado por el juez competente. Esta finalidad va de la mano con la privación de libertad del procesado pues, como ya se comentó, se evita que sea el procesado el que destruya los objetos o evidencias que permitirán juzgarlo. Pero el allanamiento cubre la posibilidad de que sean terceras personas, ya sea a nombre del procesado o por sus propios intereses, las que destruyan las evidencias. Al tenerlas resguardadas se evita que sean destruidas o desaparecidas para evitar un futuro enjuiciamiento. Adicionalmente aquí vale destacar otro de los principios fundamentales del derecho procesal penal que va de la mano con la finalidad antes expuesta, y es que es además uno de los objetivos fundamentales del derecho procesal penal el aseguramiento del objeto material de la infracción y de los elementos probatorios que fueren necesarios. En este principio se ven plasmadas varias de las atribuciones que el propio proceso penal ha concedido a fiscales y miembros de la Policía Judicial cuya labor consiste en recoger la mayor cantidad de vestigios o elementos que aporten de manera probatoria al momento de ser juzgada una infracción de corte penal. El allanamiento, como medida cautelar que cumple esta

⁵² DE CICCO, Adriana y Gabriela BELLA. *Teoría General del Proceso: Medidas de Coerción en el Proceso Penal*; en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional: Medidas Cautelares*. DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL Y PRÁCTICA PROFESIONAL. Córdoba – Argentina, Serie N° 8, 2004, Página 178.

finalidad por excelencia, es el punto de convergencia entre este principio procesal y esta finalidad de las medidas cautelares, en cuanto ayuda a que las pruebas sean recogidas y debidamente almacenadas para poder usarlas como prueba en un juicio futuro.

6. Aseguran los medios de prueba, pudiendo ser estos personas o cosas. Si bien esta finalidad recoge dos de los objetivos mencionados anteriormente (asegurando la comparecencia del procesado o resguardando las evidencias), es necesario mencionarla pues las medidas cautelares permiten al fiscal en su papel de acusador, tener todas las pruebas disponibles a su alcance para preparar una acusación debidamente fundamentada y motivada, teniendo a la mano el testimonio del propio procesado, y además contando con todas la evidencias que le permitan demostrar al juez de garantías penales y posteriormente al tribunal de garantías penales, que la imputación y acusación realizadas tienen un sustento tanto legal como material. Igualmente permiten asegurar los medios de descargo a beneficio del procesado pues al garantizar su comparecencia, facilitan que sea el propio procesado el que informe al juzgador la realidad de los hechos, y hasta probar su inocencia en caso de contar con los elementos suficientes.

7. Si bien no es una finalidad plenamente difundida en la mayoría de ordenamientos jurídicos, las medidas cautelares, en especial las de carácter personal, tienen como finalidad la protección de las víctimas, denunciantes y/o testigos, dando la facultad al Juzgador de *adoptar la medida que considere adecuada y procurar con ello que el adolescente no atente contra la seguridad de la víctima del acto infraccional o quien lo haya denunciado. En relación con el/la testigo/a, se considera que se pretende también asegurar la prueba testimonial con la medida cautelar...*⁵³. Con esta nueva finalidad, las medidas cautelares adoptan un nuevo giro en relación con la concepción clásica que se tenía de estos instrumentos que servían únicamente para garantizar la vinculación del procesado con el juicio o la causa que se ventila en su contra, siendo además importante el indicar que esta finalidad abre un nuevo espectro dentro del sistema de medidas cautelares que permitiría generar nuevos

⁵³ *Las Medidas Cautelares y las Sanciones: Ejecución en la Justicia Penal Juvenil*. ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA. Santo Domingo – República Dominicana, 2007, Página 18; en donde la categorización de adolescente será entendida en este trabajo como “procesado”.

mecanismos para la protección de los afectados con la infracción penal cometida. La cuestión de fondo es saber si es que amparadas en esta nueva finalidad, las medidas cautelares pueden o no separarse de su fin primordial de garantizar la comparecencia del procesado.

1.4 La política criminal y las medidas cautelares

Es fundamental abordar el tema de la política criminal en relación con las medidas cautelares, sobre todo para entender la visión del Estado sobre este punto. Debemos empezar indicando que la política criminal consiste en la estrategia o la forma que el estado aborda determinado tema, en este caso la criminalidad y a todo lo referente al ámbito penal. Por lo tanto, si un Estado ha coordinado y desarrollado una política criminal, el combate a la delincuencia y la lucha contra sus causas sería una política de estado, política que traerá resultados en el corto o en el largo plazo. A criterio de autores como los profesores Bustos y Hormazábal, la “*política criminal es aquel aspecto del control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal*”⁵⁴, por lo que debemos entender entonces que es facultad del Estado, y por ende un política de Estado, la criminalización o no de determinados hechos. Lo que debemos aclarar es que lo ideal dentro de esta política criminal es que el Estado evite la criminalización de la mayor cantidad de acciones, procurando establecer métodos alternativos o soluciones distintas a hechos que se puedan dar en la sociedad. Cada conflicto tendrá por parte del Estado una caracterización diferente, y aquellos que sean catalogados como criminales, el Estado y su normativa deberá prever la correspondiente sanción. En un estado democrático, en consecuencia, la política criminal no será igual a la de un estado autoritario o dictatorial, y por ende, las acciones criminales también diferirán. Así, también las penas y las alternativas a éstas dependerán de la política criminal que haya establecido un Estado, así como la criminalización que se haya determinado como política de estado.

Ahora bien, una vez que hemos definido a la política criminal, debemos analizar la posición del Ecuador frente a la materia penal, y a la forma en la que el Estado ha abordado a la criminalización de las acciones. Para que un Estado establezca la calidad de

⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal Vol. I*. Valladolid – España, Editorial Trotta S.A., 1997, Página 29.

“criminal” a tal o cual acción, debe conocerse en primer lugar la importancia de la ciencia de la criminología, auxiliar esencial en el establecimiento de una política criminal. La criminología puede ser entendida como aquella ciencia que *“tiene por objeto el análisis sociológico de los procesos de criminalización, esto es, expone cómo se construyó y definió lo criminal y cuáles son los efectos que en la realidad social produce la criminalización de una conducta”*⁵⁵. Para que un Estado establezca su régimen penal, y en consecuencia las penas que se impondrá para aquellas acciones calificadas como criminales, debe tomar muy en cuenta a la criminología, ciencia que establecerá el impacto social de la criminalización de las acciones, y además, la utilidad o no de dichas sanciones.

Entonces, tomando en consideración que actualmente *“el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”*⁵⁶, y sacando conclusiones de la exposición de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico, en especial en el penal, podemos concluir que la política criminal que se ha aplicado responde a una corriente humanista que propugna una mayor igualdad social. Debemos entender lo dicho por las siguientes consideraciones: en primer lugar, la desincriminación de tipos penales considerados como poco sensibles o que no han causado una gran alarma social, por ejemplo la despenalización del delito de giro de cheques sin provisión de fondos, son una muestra de la intención estatal de criminalizar aquellos conflictos que realmente causen una alarma social, o que quizás involucren a grupos mayores de población; en segundo lugar, la intención del Estado de procurar una solución más amigable a los conflictos, con la creación de acuerdos reparatorios en el campo penal, habla de la intención estatal de descongestionar al aparato de administración de justicia, y procurar el arreglo extra judicial en un nivel más social, y con la interacción directa de los involucrados; en tercer lugar, la intención de criminalizar las acciones de acuerdo al monto de lo sustraído, determinando que aquellos delitos considerados <menores> puedan ser conocidos por autoridades menos rigurosas que procuren el arreglo inmediato sin la necesidad de imponer sanciones privativas de la libertad cuando el daño pueda ser reparado.

En el aspecto de las medidas cautelares, la política criminal aplicada por el Estado ecuatoriano permite concluir fehacientemente que la intencionalidad estatal es evitar la sobre población carcelaria, y la privación de libertad a personas cuya inocencia aún no ha sido desvirtuada mediante sentencia condenatoria. Es por estas razones que se hace

⁵⁵ *Ibidem*. Página 31.

⁵⁶ Artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

hincapié en la excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal, y el legislador no se ha limitado a establecer medidas alternativas a la prisión preventiva, sino que creó doce nuevas medidas cautelares personales para facilitar la tarea del juzgador y evitar la imposición de la prisión preventiva de un inocente. Además, se estableció la posibilidad de sustituir y/o revocar una medida cautelar por otra cuando las circunstancias del infractor hayan variado, además de la capacidad de sustituir la prisión preventiva con otras alternativas a ésta, sin dejar a un lado la caducidad de la prisión preventiva cuando se han cumplido los términos fijados por la ley. Tan marcada ha sido ésta política criminal del Estado ecuatoriano, que al momento de formar una Asamblea Constituyente de plenos poderes, se otorgaron indultos y amnistías a un sinnúmero de sujetos, además de la liberación de gran cantidad de presos acusados de delitos como narcotráfico, todo esto enmarcado bajo la política de no tener más presos sin sentencia. Es por todo esto que me permito concluir que la política criminal aplicada por el Estado ecuatoriano, política que usualmente es definida por el mandatario de turno, es una estrategia humanista que persigue el ideal de la menor criminalización posible, así como el establecimiento de la consigna de poder defenderse de un proceso penal estando en libertad.

Es interesante analizar la política criminal establecida en torno a la privación de libertad, y que nos permite extraer algunas ideas sustanciales en relación a la prisión preventiva como medida cautelar. Los criterios fundamentales de la política criminal establecida en nuestra legislación, específicamente en el numeral 1 del artículo 77 de la Constitución de la República, prescriben, en primer lugar, la excepcionalidad de la prisión preventiva y en general de la privación de libertad como medida cautelar; y en segundo lugar, la facultad otorgada a los jueces de garantías penales de poder ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. Todo esto verifica lo aseverado de que la política criminal busca una descongestión del sistema penitenciario, priorizando mecanismos que eviten recluir a las personas, pero sin tener alternativas de control a dichos sujetos que están siendo investigados por las infracciones penales cometidas.

Ahora bien, a medida que ha transcurrido el tiempo y que se han palpado las consecuencias de la política criminal aplicada en el Ecuador, se han venido dando varios acontecimientos que desvirtúan lo que se creía que era una política criminal fielmente establecida. La re-criminalización de actos que dejaron de ser considerados como delitos,

la manipulación de tipos penales a favor de acciones impulsadas por el propio gobierno, y la intención de volver a reformar la normativa penal alterando los plazos de caducidad de la prisión preventiva y limitando la posibilidad de sustituir medidas cautelares (facultad establecida por el propio gobierno en años anteriores), dejan muchas dudas acerca de la existencia de una sólida política criminal, que si bien debe ser cambiante por la constante evolución de la sociedad, sí deben existir pilares básicos dentro de los cuales debería enmarcarse dicha política. Por el momento tengo algunas dudas acerca de la seriedad con la que se está tomando este proyecto político de reforma estatal.

2. CAPÍTULO II.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

2.1 Breve reseña histórica

Como antecedente histórico para adentrarnos en la historia de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico, vale mencionar que esta reseña tomará forma desde los primeros años de vida republicana del Ecuador, es decir, desde aproximadamente el año 1822, y aunque el tratamiento de las medidas cautelares propiamente dichas en la ley procesal penal se da más de 100 años después, resulta necesario mencionar ciertos antecedentes históricos previos al tratamiento oficial de las medidas precautorias.

Cuando empezamos en el Ecuador con nuestra vida republicana, las leyes penales continuaban siendo las que regían en la mayor parte de la Gran Colombia, dentro de las que aún destacaba la importantísima participación de los representantes de la Corona Española en la administración de justicia. La falta de preparación de la población en temas legales impedía que el Ecuador tome la iniciativa en cuestión de reformas legales y creación de un ordenamiento jurídico propio.

No es sino hasta el año de 1839 que en la presidencia del General Juan José Flores se dicta la primera Ley de Procedimiento Criminal que intentaba darle una cualidad ecuatoriana a la casi inexistente legislación penal que hasta ese entonces había en el país, pero la falta de preparación desembocó en una ley procesal penal muy similar a la del campo civil, dejando muchas atribuciones al criterio del juez penal, y por lo tanto, sin las garantías necesarias como para una efectiva administración de justicia.

La tónica de las siguientes legislaciones penales iban de la mano con el presidente de turno, cada uno legislando a su manera y cambiando las leyes a su antojo conforme el plan político que tenían para el país. De esta forma es que conocemos por ejemplo la ley procesal penal de 1852 llamada ley de “Juzgamiento de Conspiradores y Espías”, reformada posteriormente en el año de 1853 por una nueva Ley de Procedimiento Criminal. Más adelante en el año de 1871, cuando el Ecuador se encontraba bajo la dirección del Doctor Gabriel García Moreno, se expide el nuevo “Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal” que aporta grandes avances a la legislación procesal

penal, pero que un no abarcaba ni siquiera un pronunciamiento sobre la existencia o no de medidas cautelares. Con la consecuente reforma del Estado en el año 1906 llega un nuevo procedimiento penal donde hay novedosos avances de lo que hoy es estudiado por el proceso penal, reformas que duran hasta el año de 1930 donde se vuelven a expedir sendas leyes de enjuiciamiento.

Y fue en el año de 1938, bajo la dictadura de Alberto Enríquez que se promulga el primer Código de Procedimiento Penal en donde se recogen varias disposiciones importantes sobre el procedimiento penal, dejando sentada la estructura de lo que hasta hoy es abarcado por nuestra ley adjetiva penal. Hasta el año de 1960, la sistematización y estructura del Código de Procedimiento Penal venía siendo la misma, sin que hasta ese momento se hayan incluido a las medidas cautelares en el análisis.

Pero en el año de 1971, en la quinta presidencia del Doctor José María Velasco Ibarra, se forma una comisión encargada de redactar un nuevo Código de Procedimiento Penal donde se transforma totalmente el sistema penal que regía hasta ese momento en nuestro país, y por primera vez se involucra en este código a los actos cautelares reales y personales, pero de una forma muy escueta y desinteresada, dejando eso sí, las bases de nuevos proyectos de reforma donde las medidas cautelares pasan a ser parte obligatoria de todo procedimiento penal.

En el mismo Código de Procedimiento Penal de 1971 se establece que la detención preventiva (ahora prisión preventiva), quedaba a criterio del Órgano Judicial, siempre y cuando se cumplan los requisitos que para ese entonces ya habían sido regulados por esta ley.

Posterior a estos acontecimientos, el país entra en una severa crisis política donde las dictaduras pasaron a ser el gobierno de aquella década. Con los regímenes militares también se incluyen reformas a casi la mayoría de cuerpos legales de nuestro ordenamiento, incluyendo evidentemente la normativa penal. Se modificaron una serie de procedimientos judiciales e incluso se eliminaron algunos recursos e instancias procesales que pusieron en grave riesgo el sistema legal ecuatoriano.

Con el retorno a la democracia en el año de 1979, de la mano del Abogado Jaime Roldós Aguilera, se comienza una vez más a intentar dar un rumbo racional a la normativa procesal penal, nombrándose una comitiva encargada de la redacción del nuevo Código de

Procedimiento Penal que no vería la luz sino hasta el año de 1983, conllevando una gran cantidad de reformas, en especial corrigiendo errores y humanizando la política penal del Estado. En relación con las medidas cautelares, podemos decir que este código igualmente las organizó en debida forma, marcando una clasificación que de cierta manera hasta el día de hoy la sostenemos. Las diferencia entre medidas cautelares personales y reales ya es plasmada en la normativa penal, y si bien no se profundiza en cada una de ellas, ya se hacen enunciaciones importantes, como la prohibición de que la detención para fines investigativos dure más allá de 48 horas⁵⁷. Con respecto a la prisión preventiva se dedican un aproximado de cinco artículos donde se establecen ciertos requisitos para su aplicación, así como algunas circunstancias que impedían al juez dictar el auto de prisión preventiva. Con respecto a las medidas cautelares reales también se hacen dos o tres regulaciones que no dejan de ser importantes para el ordenamiento procesal penal, destacándose por ejemplo la obligación del juez penal de ordenar el embargo de bienes siempre que se haya dictado el auto de apertura del plenario⁵⁸.

De ahí en adelante, este Código de Procedimiento Penal de 1983 mantiene su vigencia por más de 10 años, sufriendo leves reformas en puntos claves, pero sin alterar la esencia de su naturaleza. En el año de 1998, con la promulgación de la última Constitución Política que haya conocido el Ecuador, se hace una reforma sustancial en materia de medidas cautelares, determinando que la prisión preventiva caducaba en seis meses al tratarse de delitos sancionados con prisión, o en un año al tratarse de delitos sancionados con reclusión. Adicionalmente, si una persona se encontraba privada de su libertad debido a la prisión preventiva, y se dictaba a su favor un auto de sobreseimiento o una sentencia absolutoria, ésta debía recuperar inmediatamente su libertad sin necesidad de conocer los resultados de una posible consulta al Superior, o de algún recurso.

Pero a pesar de los cambios que sufrió el ordenamiento penal, el mecanismo procesal penal continuaba siendo lento y repleto de triquiñuelas procesales que impedían una consecución efectiva de las causas. El sistema se empezaba a volver caduco y no respondía a las necesidades de la sociedad de ese entonces. Las medidas cautelares

⁵⁷ El artículo 173 del Código de Procedimiento Penal de 1983 recoge esta disposición sobre la detención.

⁵⁸ Disposición recogida en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal del año 1983.

personales, en especial la prisión preventiva, se volvió la regla y no la excepción como lo dejaba expresado la propia Constitución Política del año 98. Se convirtió en una pena anticipada, y su abuso fue tal que los centros de rehabilitación del país empezaron a llenar sus celdas con personas que no habían sido sentenciadas por delitos alguno, y su futuro era incierto debido a los centenares de causas represadas en los despachos de los administradores de justicia. La prisión preventiva era un mecanismo para el cobro de obligaciones civiles, y muchas personas eran privadas de su libertad por girar cheques sin provisión de fondos.

Es entonces que el año 2000 se promulga el nuevo Código de Procedimiento Penal, o al menos parte de éste, pues su entera aplicación se dio varios meses después de su primera publicación, esto pues se esperaba una socialización total del nuevo código, cosa que tardó demasiado, y en ciertas materias jamás llegó.

La importancia de este nuevo Código de Procedimiento Penal estaba dada por el rotundo cambio que se implementó en la administración de justicia penal, dando nuevas funciones y atribuciones tanto al entonces Ministerio Público como a la Policía Judicial, órgano acusador e investigador respectivamente. El sistema procesal penal pasaba de ser inquisitivo a acusatorio, dejando al juez penal con facultades exclusivamente juzgadoras, y el Ministerio Público tendría las competencias de investigación y acusación.

En relación al tema que nos ocupa de las medidas cautelares, los cambios fueron sustanciales, aunque quedaron en evidencia las gravísimas falencias de la función legislativa, demostrando simplemente en la redacción de los considerandos del nuevo código la poca o nula preparación que se tenía en torno al tema de medidas cautelares, y en general al proceso penal. Uno de los problemas más grandes que afectó a la sociedad de ese entonces fue la rapidez con la que los procesados recobraban su libertad luego de que la prisión preventiva ordenada en su contra había caducado, y la mejor solución que los legisladores encontraron a esta crisis fue la ingeniosa “detención en firme”, una evolución de la prisión preventiva que, en casos muy graves a consideración del juzgador, la privación de libertad del sujeto investigado no caducaba, medida por demás inconstitucional y que iba en contra de un sinnúmero de tratados y convenios internacionales suscritos por el Ecuador hasta ese entonces. Es decir, si en un caso particular el juez ordenaba la detención en firme, el imputado era privado de su libertad por tiempo indefinido, hasta que su situación sea resuelta dentro de la causa que se haya

iniciado en su contra. Esto, consecuentemente, elevó de forma dramática los ya sobrepoblados centros de rehabilitación social, y el drama fue mayor para personas que tuvieron que esperar tres, cinco, y hasta ocho años para que se resolviera su situación, en algunos casos con una sentencia absolutoria. La reforma penal sostenía que siempre que se emitía el auto de llamamiento a juicio, el juez penal estaba obligado a decretar la detención en firme.

Sin entrar en mayores detalles con respecto a las gravísimas confusiones del legislador entre actos cautelares y actos de apremio personal, podemos decir al respecto que la ligereza de las reformas se notaban en la redacción de los propios artículos, dejando una cantidad infinita de confusiones a los propios actores del proceso penal, incluyendo a jueces y fiscales.

Se implementó un sistema de sanciones administrativas a aquellos jueces en cuyo poder haya caducado la prisión preventiva de algún imputado, cosa que en general fue bien vista por la sociedad, con la pequeña salvedad de que se crea el mecanismo para sancionar, pero jamás se les dio a los juzgadores los medios necesarios para optimizar el sistema judicial y la sobrecarga de trabajo que les acosaba.

Con estas últimas reformas al Código de Procedimiento Penal, el Ecuador continuó sobreviviendo y tratando de mejorar poco a poco el sistema procesal penal. En torno a las medidas cautelares vale destacar que en el año 2006, específicamente el 23 de octubre, el entonces Tribunal Constitucional declara inconstitucional los artículos 173-A y 173-B del Código de Procedimiento Penal⁵⁹, en torno a la detención en firme. Como se dijo en líneas anteriores, el organismo se dio cuenta que era un atentado contra uno de los derechos fundamentales del ser humano (la libertad) el hecho de que una persona, siendo inocente,

⁵⁹ **Art. 173-A.-** *A fin de contar con la presencia del acusado en la etapa del juicio y evitar en suspensión, en el auto de llamamiento a juicio, el Juez que conoce la causa deberá obligatoriamente ordenar la detención en firme del acusado, con excepción de los casos siguientes: 1. Para quien haya sido calificado como presunto encubridor; y, 2. Para quienes estén siendo juzgados por una infracción cuya pena no exceda de un año de prisión. Si el acusado tuviera en su contra orden de prisión preventiva, al dictarse el auto de llamamiento a juicio se le cambiará por la detención en firme. Una vez ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio con la respectiva orden de privación de la libertad, el juez o tribunal de lo penal competente deberá dictar sentencia en un plazo no mayor de noventa días. Si no lo hicieren dentro de este plazo, actuarán los suplentes o conjueces, quienes en el plazo de cuarenta y cinco días deberán resolver el proceso. Tanto los jueces principales como los suplentes serán civilmente responsables por el retraso en la administración de justicia y el Consejo Nacional de la Judicatura examinará su conducta y procederá a sancionarlos con la destitución. El Consejo Nacional de la Judicatura proporcionará la logística para que los jueces resuelvan dentro de los plazos indicados.*

Art. 173-B.- *Si se interpusiese recurso de apelación del auto de llamamiento a juicio, la orden de detención en firme no será suspendida.*

sea privada de su libertad hasta que su situación sea resuelta mediante sentencia. Esto, enmarcado dentro del pesado y lento sistema judicial ecuatoriano, resultaba un calvario para los acusados que a pesar de tener un proceso penal en su contra, seguían siendo inocentes pero se encontraban privados de su libertad de forma indefinida.

Resulta igualmente trascendental el mencionar las reformas que sufrió el procedimiento penal ecuatoriano a raíz de una interpretación bastante novedosa por parte de la entonces Corte Suprema de Justicia, interpretación que igualmente abarcó algunos aspectos de las medidas cautelares. En el año 2008, el 27 de agosto exactamente, la Corte Suprema de Justicia en pleno decide emitir ciertas reglas adicionales que en la realidad reformarían por completo el proceso penal ecuatoriano, cuya publicación oficial se daría el 11 de septiembre de 2008, en el Registro Oficial N° 423. A criterio de la entonces Corte Suprema de Justicia, además de la imperiosa necesidad de aplicación de una gran cantidad de garantías constitucionales así como de las disposiciones de varios tratados internacionales, el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal de ese entonces recogía varios preceptos que generaban dudas u oscuridad en quien lo pretendía interpretar, y de ahí la atribución de la Corte Suprema de Justicia de promulgar ciertas reglas generales que a la larga le daban un giro total a la entonces práctica procesal en el tema penal.

Dentro del tema que nos ocupa, la Corte Suprema de Justicia estableció que todas las personas privadas de su libertad por alguna detención o delito flagrante, dentro de las 24 horas siguientes a su detención, debían ser puestas a órdenes de un juez competente que se encuentre de turno. Además, se creó la audiencia de formulación de cargos en donde, de forma oral, el Fiscal deberá sustentar su pedido de inicio de instrucción fiscal y además solicitar fundamentadamente las medidas cautelares que creyere convenientes. Se entiende entonces que en esa misma audiencia las partes procesales eran notificadas, con lo que se abreviaban las diligencias previas al inicio de una instrucción fiscal. Igualmente en estas nuevas reglas del procedimiento penal se estableció que si una persona está privada de su libertad con fines investigativos, y el fiscal encuentra los elementos suficientes como para dar inicio a la instrucción fiscal, se puede realizar la audiencia de formulación de cargos antes de que se cumplan las 24 horas para que el detenido recobre su libertad, en donde el fiscal podrá solicitar ese instante nuevas medidas cautelares personales para evitar la fuga del procesado.

Éstas y otras buenas innovaciones al proceso penal fueron incluidas en nuestra legislación de una manera errónea y desapegada a Derecho, así haya existido la mejor de las voluntades por parte de los miembros de la entonces Corte Suprema de Justicia. Estos cambios sustanciales en el proceso debían ser realizados por el entonces Congreso Nacional, y una vez que hayan pasado por el trámite de ley, podían reformar el Código de Procedimiento Penal.

En conclusión con respecto a las medidas cautelares, de ahora en adelante se debía necesariamente realizar una audiencia de formulación de cargos para obtener de un Juez competente la orden de medidas precautorias. La prisión preventiva obligatoriamente debía ser precedida por una audiencia en donde se declaraba su necesidad y viabilidad; no así con la detención para fines investigativos que no requería de audiencia previa, sino de una autorización escrita de juez competente para poder aplicarla.

Con este sistema nos mantuvimos hasta el año 2009 en donde el país entra en un nuevo proceso de cambio que debía responder a las necesidades del nuevo régimen de turno cuyo ideal de perpetuidad en el poder trajo consigo una ola de reformas legales tendientes a reorganizar el Estado a su conveniencia.

2.2 Influencia de la Constitución de 2008 en el sistema de medidas cautelares

Como se mencionó, el nuevo régimen abanderado con el lema de “Revolución Ciudadana” empezó a organizar el ordenamiento jurídico ecuatoriano a placer, iniciando como no podía ser de otra manera, con una Constitución a la medida de los cambios que se venían, y que hasta el día de hoy continúan sorprendiéndonos.

El gobierno del Economista Rafael Correa Delgado se ha caracterizado por su ideología izquierdista, muy apegada a los derechos humanos, derechos de la naturaleza, una democracia muy participativa (recurriendo en muchos casos a pasar por encima del orden legal establecido amparados, dicen, en la voluntad soberana del pueblo), una reorganización de la instituciones para desprenderse de la desastrosa herencia que nos ha dejado la “partidocracia”, un resentimiento social muy acentuado en contra de quienes han logrado formar un patrimonio o una fortuna (tildándolos de “pelucones”), y así un sinnúmero de considerandos adicionales que nos dan una idea del cambio que se

avicinaba. Aquella juventud revolucionaria de los años 70 y 80 que era muchas veces humillada y perseguida en nuestra América Latina, no desaprovechaba esta oportunidad de llegar al poder y empezar a aplicar los cambios por lo que siempre soñaron, cambios que en la mayoría de los casos han sido opacados por esa ambición incontrolable que genera el poder.

Una vez más es importante dejar en claro que no podemos alejarnos del objetivo principal de esta disertación que son las medidas cautelares, pero es necesario realizar un pequeño análisis del cambio que vivió el país y el proceso constituyente al que se enfrentó para obtener en el año 2008 su nueva Constitución de la República.

En el año 2007, el Presidente Rafael Correa convoca una asamblea constituyente con el objetivo de refundar el Estado, apoyándose evidentemente en la decisión soberana del pueblo ecuatoriano. Se convoca a una primera consulta popular en donde la mayoría de la población se pronuncia a favor de un proceso constituyente cuyo objetivo era reformar el Estado y redactar una nueva Constitución.

Así se inicia un nuevo proceso electoral para designar a los asambleístas que nos representarían en dicho proceso constituyente llevado a cabo en la ciudad de Montecristi, provincia de Manabí, obteniendo el partido del Presidente de la República una mayoría abrumadora de asambleístas que le garantizaba una aceptación inmediata de las “sugerencias” remitidas por el Poder Ejecutivo.

Hay que destacar que esta Asamblea Constituyente cuyo objetivo primordial era el de redactar la nueva Constitución de la República, gozaba también de poderes amplios y suficientes, es decir, plenos poderes para refundar el Ecuador, cosa que en muchas ocasiones distrajo a los asambleístas de su principal objetivo, pues se dedicaron a emitir decretos que reformaban drásticamente el ordenamiento jurídico, a nombrar nuevas autoridades para los poderes del Estado, todo esto dentro de un proceso de transición hasta que la nueva Constitución estuviese aprobada y se reorganizara nuevamente el país, pero esta vez en base a los nuevos preceptos constitucionales.

Y fue así que llegó el 28 de septiembre del año 2008 en donde una mayoría abrumadora de votantes aprobó la nueva Constitución de la República cuyo texto, es importante decirlo, había sido fuertemente criticado debido a la poca socialización que tuvo el articulado, además de ciertos cambios de última hora que nunca fueron puestos en

conocimiento del pleno de la Asamblea Constituyente, según argumentaron varios asambleístas de oposición.

Entonces una vez que tenemos claro el panorama de cómo llegó el Ecuador a obtener una nueva Carta Magna, esta vez ya no política, podemos analizar la influencia que tiene esta Constitución sobre el sistema de medidas cautelares.

En general esta nueva Constitución realiza cambios importantes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, empezando por cambiar al Ecuador de un estado de derecho a un estado de derechos, dejando en evidencia el nuevo sistema constitucionalista. Si bien la normativa constitucional en torno a las medidas cautelares no ha variado sustancialmente, la ideología que conlleva esta Carta Magna tiene repercusiones en las reformas penales que prosiguieron a la promulgación de la nueva Constitución. En este sentido encontramos por ejemplo el numeral 1 del artículo 77 de la Constitución de la República que recoge el sentido de las medidas cautelares y su propósito. Adicionalmente el numeral 9 del propio artículo 77 recoge los plazos de caducidad de la prisión preventiva, y la responsabilidad del juzgador al permitir que la prisión preventiva de determinado procesado caduque.

En general esta nueva Constitución aplica un sistema de supremacía constitucional, por así decirlo, en donde todo principio constitucional, así vaya en contra de una ley especializada para determinada materia, deberá aplicarse inmediatamente so pena de sanción para el juzgador que haya hecho caso omiso a esta disposición.

La excepcionalidad de la prisión preventiva es un tema clave dentro de la nueva organización del Estado, excepcionalidad que más adelante permitiría a los legisladores realizar sendos cambios a la ley procesal penal trayendo consigo varios inconvenientes y desatinos legislativos.

2.3 La reforma al Código de Procedimiento Penal de 2009

En el suplemento del Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo de 2009, el Ecuador veía una vez más cómo se reformaban los artículos del Código de Procedimiento Penal que desde el año 2000 no habían sufrido cambios tan drásticos como los de esta reforma.

Durante meses la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional debatió la necesidad de que el proceso penal sea reformado, es especial para poder recoger

en la propia normativa lo que de forma valiosa pero indebida, la Corte Suprema había aportado meses anteriores.

Estas reformas incluyeron un sinnúmero de cambios tanto al Código Penal como al de Procedimiento Penal, cambios que muchas veces resultaron polémicos, otros necesarios, y algunos hasta ridículos⁶⁰. Resulta necesario entonces analizar algunas de estas reformas, dejando por sentado que las reformas realizadas en relación a las medidas cautelares personales serán materia de un posterior análisis en un capítulo aparte:

- Tanto los jueces penales como los tribunales penales cambian su denominación, y al ser garantistas de los derechos de las partes procesales, en especial del procesado, toman ahora la denominación de jueces y tribunales de garantías penales⁶¹. Un cambio de denominación que no ha significado hasta la fecha algún tipo de transformación rotunda en la administración de justicia, y menos aún ha impulsado una celeridad en la tramitación de las causas.
- Anteriormente en el Código de Procedimiento Penal, específicamente en el artículo 34, se enumeraban los llamados delitos de acción pública de instancia particular, es decir, aquellas infracciones que a criterio del legislador no involucraban una alarma social ni un peligro inminente en contra de la convivencia diaria, pero que de una u otra forma también podían ser investigados por el entonces Ministerio Público mediando, claro está, una denuncia por parte del ofendido. Es decir, este tipo de delitos no eran pesquisables de oficio, y por lo tanto no podían ser investigados inmediatamente por el entonces Ministerio Público si es que no existía una denuncia. Además, éstas denuncias eran fácilmente desestimadas si es que no había el impulso correspondiente de parte del ofendido en este caso.

Pues las reformas de 2009 suprimieron esta clasificación de los delitos, y todas las infracciones de acción pública de instancia particular pasaron a ser delitos de

⁶⁰ PALADINES, Jorge Vicente. *Las dos velocidades de la reforma penal en el Ecuador, y la dialéctica legislativa*. Internet. www.pensamientopenal.com.ar/16052010/latinoamerica02.pdf. Acceso: 18 de diciembre de 2010. El autor sostiene que: “*el diseño de leyes penales a través de reformas lleva siempre consigo el riesgo de sacrificar la libertad*”. Adicionalmente, al referirse a estas reformas de marzo de 2009, ha dicho que la misma: “*inscribió parcialmente al Estado dentro de un importante cuestionamiento al poder punitivo a través de las garantías de libertad*”.

⁶¹ En relación con el Ministerio Público y los agentes fiscales también hubo algunos cambios en cuanto a denominaciones, y si bien no existe hasta ahora una armonía entre lo dispuesto por el reformado Código de Procedimiento Penal y el reciente Código Orgánico de la Función Judicial, ahora el Ministerio Público pasó a llamarse Fiscalía General del Estado, y los agentes fiscales pasan a ser ahora simplemente fiscales.

acción privada. En otras palabras, las estafas y otras defraudaciones, y la revelación de secretos de fábrica eran ahora de acción privada, es decir, ni la Fiscalía General del Estado ni la Policía Judicial podía intervenir en la investigación de estos delitos, además de que ahora se sustanciaban directamente ante un juez de garantías penales, el querellado debía ser citado legalmente, y la búsqueda de una conciliación es el primer objetivo que se busca antes de juzgar estos hechos. Pero los assembleístas no tomaron en consideración algunas características esenciales de los delitos de acción privada que dificultaban gravemente estos cambios: en primer lugar, el delito de acción privada prescribe si es que dentro de los seis meses posteriores al cometimiento del delito, no se ha iniciado el proceso de acción privada y no se ha citado al o a los querellados; en segundo lugar, es obligatorio indicar los nombres y apellidos de las personas contra las cuales se iniciará una querrela, y además el lugar donde deben ser citadas; y en tercer lugar, la prueba que se actúa dentro de una querrela es mucho más limitada de la que se actúa en un proceso penal común. En la práctica, los inconvenientes fueron innumerables, y los casos de estafas y abusos de confianza que se encontraban en indagación previa mientras se recababan más elementos probatorios fueron desestimados pues la Fiscalía General del Estado ya no era competente para investigarlos. Al presentar las querrelas por éstas mismas defraudaciones, todas eran declaradas prescritas pues fueron cometidas hace más de seis meses, y en muchos de los casos, aún se desconocía la identidad de los presuntos estafadores y defraudadores; otros miles de perjudicados en cambio desconocían el lugar donde citar a quien le estafó, y las conciliaciones casi nunca llegaban a un buen término pues el querellante sólo quería que se le devolviera lo que con engaños y confusiones le fue quitado. Pero lo más alarmante de todo esto es que los delitos quedaban en la impunidad, pues ni la Fiscalía General del Estado quería investigarlos, ni los jueces de garantías penales podían tramitar las causas pues muchas de éstas se encontraban prescritas a la luz del procedimiento privado. Como punto adicional, sólo las estafas donde existían quince o más perjudicados podían ser tramitadas como delitos de acción pública, cosa que resultaba muy difícil de encontrar.

- En relación con los hurtos y robos también se da un giro radical en su tratamiento. Con las reformas de marzo, la calidad del delito está dada por el monto del valor de

lo sustraído. Así, los hurtos también fueron ubicados como delitos de acción privada, siempre y cuando el valor de lo sustraído haya superado el valor de tres remuneraciones básicas unificadas⁶². Si es que el monto de lo sustraído no superaba las tres remuneraciones básicas unificadas, el hurto y el robo serían contravenciones de cuarta clase⁶³, y por lo tanto, debían ser resueltos por los hasta ahora inexistentes juzgados de contravenciones (los intendentes, tenientes políticos y los comisarios de policía asumieron éstas competencias hasta la creación de dichos juzgados). Además, eran contravenciones si las circunstancias de los hurtos y robos no constituían delito, es decir, tenía que mediar alguna de las posibilidades consagradas en los artículos 549 o 552 del Código Penal para que dichas infracciones puedan recibir el tratamiento de delito. Entonces podemos obtener algunas conclusiones sobre esta reforma, y decir que el hurto es una contravención si es que el valor de lo sustraído no supera los \$654 dólares, pero si es que lo supera, sería un delito de acción privada; en caso del robo en donde existió fuerza en las cosas o violencia sobre las personas, si el monto de lo sustraído supera los \$654 dólares, entonces el hecho podía ser tratado como delito, investigado por la Fiscalía General del Estado y por la Policía Judicial, y el responsable podía ser sentenciado por un tribunal de garantías penales. Y es aquí donde nos asaltan nuevamente varias dudas sobre estas reformas, ya que es muy complicado, y hasta casi imposible, conocer los nombres completos del infractor y el lugar donde debe citarse en caso de que se haya producido un hurto por un valor superior a los \$654, y sea nuestro deseo iniciar una querrela por el ilícito. Si el valor de los sustraído no supera el valor de tres remuneraciones básicas unificadas, tanto robo y hurto serían contravenciones, y en caso de encontrarse a un sujeto cometiendo estos ilícitos, no podría ser aprehendido, pues no se tratarían de delitos flagrantes. Y qué se puede decir respecto de los bienes cuyo valor sea incalculable, como tarjetas de crédito, credenciales y documentos de identificación, fotografías, en donde sea muy difícil

⁶² Al tiempo de las reformas, la remuneración básica unificada estaba situada en los doscientos diez y ocho dólares de los Estados Unidos de América (\$218,00), por lo que el hurto sería considerado como delito de acción privada si es que el monto de lo sustraído superaba los seiscientos cincuenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América (\$654,00).

⁶³ El artículo 607 del Código Penal sostenía que: *Serán reprimidos con multa de catorce a veinte y ocho dólares de los Estados Unidos de Norte América y prisión de cinco a siete días, o con una de estas penas solamente: 1o.- El hurto y el robo, siempre que el valor de las cosas sustraídas no pase de tres remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, y que, por las circunstancias del acto, no sean delito.*

establecer el valor de lo sustraído, y por lo tanto las infracciones recibirían el tratamiento de una simple contravención de cuarta clase. Realmente esta reforma fue otra desatención de los legisladores que pretendieron humanizar el proceso de juzgamiento de delitos, pero de una forma muy poco técnica y profesional.

- Como se mencionó en líneas anteriores, estas reformas de marzo 2009 formalizaron lo realizado por la entonces Corte Suprema de Justicia en el año 2008 en relación con el cambio profundo en el procedimiento penal. Para el inicio de la instrucción fiscal, resulta necesario la realización de una audiencia de formulación de cargos en donde el fiscal pondría consideración del juez de garantías penales todos los elementos de convicción que le llevaron a deducir la imputación de un delito contra determinada persona; la prisión preventiva debe ordenarse siempre con la realización de una audiencia en donde el juez de garantías penales verificará el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal; la etapa intermedia es sustituida por la audiencia preparatoria de juicio, entonces el Fiscal, una vez concluida la instrucción fiscal, deberá solicitar el juez de garantías penales que convoque a una audiencia en donde anunciará su dictamen, y además el juez deberá indicar si emite el auto de llamamiento a juicio en base a lo presentado por el fiscal, o caso contrario emite el auto de sobreseimiento; es obligación de los juzgadores el dar a conocer su resolución a las partes procesales al final de cada audiencia, a pesar de que posteriormente sean notificadas por escrito; se establecieron ciertas reglas para el procedimiento de las audiencias, analizándose en primer lugar los vicios de procedimiento, para posteriormente las partes puedan ser escuchadas sobre sus pretensiones⁶⁴.
- Se crean los procedimientos abreviados y simplificados⁶⁵, dos posibilidades de reducir la carga procesal tanto en la Fiscalía como en los Juzgados. En los dos casos debe existir irremediamente la voluntad del procesado para someterse a cualquiera de estos dos procedimientos, el abreviado en donde ha aceptado su culpabilidad y estaría dispuesto a someterse a la pena que sugiera la Fiscalía, o el

⁶⁴ A partir del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal están consagrados la mayor cantidad de cambios respecto del procedimiento penal.

⁶⁵ Estos procedimientos están expresados a partir del artículo 369 del Código de Procedimiento Penal.

simplificado en donde el proceso pasa directamente a la competencia de un tribunal de garantías penales para que juzgue la infracción con los elementos de convicción que se cuenten hasta ese momento. En ambas circunstancias, deben cumplirse ciertos requisitos para poder someterse a uno de estos procedimientos, y es necesario además el consentimiento del fiscal para aquello.

- Se otorgan varias facultades adicionales a favor del fiscal para concluir con la investigación de los delitos, además de la ya conocida desestimación. Ahora el fiscal puede solicitar al juez de garantías penales el archivo provisional o definitivo de la investigación, cuando de la misma no consten elementos suficientes que permitan atribuir el cometimiento de un delito a determinada persona, o no se existan las pruebas suficientes que demuestren la existencia de una infracción. Además se ha creado el principio de oportunidad en base del cual un fiscal puede abstenerse de iniciar una investigación o desestimar una ya iniciada, con el fin de optimizar el uso de los recursos del Estado para las investigaciones penales. El fiscal puede hacerlo si considera, por ejemplo, que el delito no vulnera gravemente los intereses de la sociedad, o si el infractor ya ha sufrido algún tipo de daño grave como consecuencia del delito que cometió. Estas nuevas facultades están reguladas a partir del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal.

Una vez afianzadas dichas reformas en la vida procesal penal del Ecuador, las críticas no demoraron en llegar debido a los serios inconvenientes que estas reformas traerían consigo, inconvenientes que fueron anunciados por catedráticos y profesionales del Derecho mucho antes de que las reformas de marzo 2009 entren en vigencia. La inexperiencia y la ligereza con las que los assembleístas realizaron dichas reformas penales estaban teniendo sus primeros efectos en la sociedad, destacándose la poca preparación de los juzgadores para manejar estas nuevas reformas. Las críticas eran cada vez más fuertes, y el sistema penal perdía la poca fuerza y coherencia que había logrado sostener durante todos estos años, además de la impunidad y la exorbitante cantidad de delitos contra la propiedad que aumentaba sin cesar.

Entonces resultó necesaria una nueva reforma penal, justo un año después de promulgada la anterior. Mediante Suplemento del Registro Oficial N° 160 de 29 de Marzo del 2010 se publicaron las nuevas reformas penales a las ya establecidas en el mes de

marzo de 2009, corrigiendo con muchas de éstas, las fallas que estaban deteriorando el procedimiento penal ecuatoriano. Para situarnos temporalmente en lo que ocurría después de las reformas de marzo 2009, es necesario invocar lo manifestado por Jorge Vicente Paladines que sostiene: *Después de conocidas las reformas del 2009 se desarrolló una intensa campaña mediática por la seguridad. Casi todos los medios de comunicación del país “coincidian” en reprochar la despenalización y descriminalización que operó bajo la tesis garantista. El metamensaje era fortalecer al aparato de seguridad en las reformas del 2010, comenzando con una clara fe de erratas legislativa a la reforma penal del 2009, partiendo entonces por asumir que el legislador se equivocó*⁶⁶.

Como resumen a estas nuevas reformas del año 2010, nos permitimos citar lo expresado por la Doctora Mariana Yépez Andrade: *Las reformas están concentradas en 17 artículos, una disposición general, tres disposiciones transitorias y una disposición final, todo lo cual se concreta en lo siguiente: se establece un límite máximo del cincuenta por ciento de una remuneración básica unificada del trabajador en general: 120 dólares para tipificar a las contravenciones que perjudican el derecho de propiedad; se introduce una nueva conducta en el catálogo de delitos contra el bien jurídico propiedad; se restituye el ejercicio de la acción pública para los delitos que desde las reformas de marzo del 2009 eran de acción privada; se aclaran y se reforman aspectos procesales, algunos trascendentes; se modifican ciertas funciones de los fiscales; se crea una nueva medida cautelar real; se modifica la aplicación de las medidas alternativas de la prisión preventiva; se crea una fórmula de control a los jueces de garantías penales y a los fiscales*⁶⁷. En resumen, como se sostuvo, estas reformas sirvieron para corregir las tremendas falencias que se originaron a partir de las reformas de marzo 2009. Podemos destacar, por ejemplo, la nueva modificación al artículo 36 del Código de Procedimiento Penal en el cual se reformaron algunos delitos que volvieron a ser de acción pública, como la estafa y otras defraudaciones, o el hurto. Esto en concordancia con dos disposiciones transitorias que acompañaron a esta reforma del año 2010 en donde se estableció la posibilidad de que los procesos iniciados desde marzo de 2009 sigan el procedimiento normal hasta su consecución, mientras que las indagaciones previas que fueron desestimadas en base a la reforma de 2009, podían ser reaperturadas toda vez que

⁶⁶ PALADINES, Jorge Vicente. *Las dos velocidades de la reforma penal en el Ecuador, y la dialéctica legislativa*. Internet. www.pensamientopenal.com.ar/16052010/latinoamerica02.pdf. Acceso: 18 de diciembre de 2010.

⁶⁷ YÉPEZ ANDRADE, Mariana. *Nuevas reformas a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal*. Internet. www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5339&Itemid=426. Acceso: 13 de enero de 2011.

dichos delitos volvieron a ser de acción pública. De esta forma los legisladores trataban de corregir en algo los daños causados con las reformas de 2009, debiéndose destacar además una disposición adicional que demostró el reconocimiento de los legisladores de los errores en que incurrieron: *Las acciones en estos casos prescribirán de conformidad con las reglas establecidas en el Código Penal para los delitos de acción pública, y no se contará el tiempo transcurrido desde el 24 de marzo del 2009 hasta antes de la entrada en vigencia de la presente reforma*⁶⁸.

Entre otras reformas destacan la obligación de los fiscales de presentar, junto con su resolución de inicio de instrucción fiscal, el registro de detenciones del procesado; la prohibición de enajenar vuelve a ser considerada como una medida cautelar real, luego de que fue eliminada con las reformas de 2009; se elimina la posibilidad de interponer recurso de apelación en contra del auto de llamamiento a juicio, por lo que el procesado ahora debe hacer valer sus derechos frente a un tribunal de garantías penales; entre otras.

De esta forma, actualmente tenemos un Código de Procedimiento Penal que fue reformado dos veces en el lapso de un año, demostrando así la fragilidad de nuestro sistema procesal penal que aún intenta adecuarse a las nuevas reformas planteadas recientemente. Los cambios instaurados fueron muchos, pero pocos fueron los que realmente aportaron a una mejor tramitación procesal en el campo penal, siendo muchas veces simples parches legales que servían para atender alguna emergencia procesal que se presentó, pero ninguna atacaba directamente a algunos de los problemas que aquejan gravemente a la justicia penal en el Ecuador.

⁶⁸ Tomado de la primera disposición transitoria agregada al Código de Procedimiento Penal con las reformas del 29 de marzo de 2010.

3. CAPÍTULO III.- LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

Dentro del desarrollo de esta disertación, es necesario abordar el tema de las medidas preventivas como un punto de comparación con lo que son las medidas cautelares, tema central de este trabajo. Las conclusiones que se puedan obtener de este capítulo nos permitirán tener una mejor visión acerca del trabajo del legislador sobre medidas cautelares personales en la legislación procesal penal.

A las medidas preventivas, como su nombre lo indica, las deberemos entender como la forma más apropiada para la prevención de los delitos, en especial para evitar que el sujeto a quien se le acusa del cometimiento de una infracción, la vuelva a cometer o intente repetir las acciones por las cuales se le está condenando; citando al tratadista penal Beccaria: “*es mejor prevenir delitos que reprimirlos*⁶⁹”.

También se podría ver la utilidad de las medidas preventivas en el sentido de que permiten evitar que un sujeto considerado como peligroso cometa acciones delictivas que dañen la vida en sociedad, pues desde tiempos remotos, la intención del colectivo humano no ha sido sólo de reprimir los delitos, sino además poder prevenirlos. Son muchos los autores que han señalado la importancia de que el derecho penal expanda sus límites y el típico sistema de sanciones pase a ser un mecanismo enfocado hacia el infractor procurando mejorar su condición; así, se ha dicho que “*la función penal es propiamente una dinámica moral que previene, y no una dinámica física que reprime*⁷⁰”, además que, en relación al delito, éste debe ser “*considerado primero como hecho prevenible, y luego como hecho punible*⁷¹”. Se ha intentado siempre, por parte de los legisladores, la posibilidad de suavizar las penas, aplicando a su vez métodos o alternativas que vayan en mejora del ciudadano en su calidad moral, evitando cada vez más reprimir, e intentando educar. Las cada vez más frecuentes corrientes humanistas persiguen este fin, logrando en el caso ecuatoriano, por ejemplo, que el sistema carcelario no sea un régimen punitivo estricto, sino que más bien se convierta en un método de rehabilitación y reinserción social, todo en pro del ser humano. Su eficacia, hasta el día de hoy, está en duda. Ahora bien, lo ideal de esta nueva corriente humanista, como está sucediendo en la mayoría de

⁶⁹ BECCARIA. *Dei delitti e delle pene*. Página XLI; en MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá – Colombia, Editorial TEMIS, segunda edición, 2000, Página 395.

⁷⁰ ROMAGNOSI. *Génesis*. Páginas 920, 921, 1218 y ss.; en MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. Página 395.

⁷¹ CARMIGNANI, *Teoria delle leggi di sicurezza*, Página 130; en MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. Página 396.

legislaciones a nivel mundial, es que se logre que junto con las penas también se prescriban medidas de seguridad que permitan la sanción a aquellos infractores que, sean o no imputables, no hayan recibido una pena, o que quizás la pena impuesta no haya sido suficiente.

Las medidas de seguridad son las medidas preventivas por excelencia, y a continuación se las analizará a profundidad.

3.1 Las medidas de seguridad

3.1.1 Generalidades

Al referirnos a las medidas de seguridad es necesario transportarse a los inicios del derecho penal, pero sobre todo, este análisis necesariamente debe partir de la comparación entre pena y medida de seguridad, dos conceptos totalmente distintos, pero a la vez susceptibles de confusión al momento de aplicarlas. Tomando como referencia lo manifestado por el tratadista Carl Stooss⁷² en el año 1894 con motivo del Anteproyecto del Código Penal Suizo, el delito trae un sistema doble de consecuencias jurídicas, las primeras partiendo de la culpabilidad del autor, mientras que las otras no prevén una responsabilidad del sujeto, estableciéndose así un sistema de doble vía, o también llamado dualista. Es en este sistema en donde aparecen las medidas de seguridad o de corrección, como antítesis a la pena que implica sanción por un hecho cometido; a diferencia del sistema monista que considera a la pena como la única consecuencia del delito. La legislación penal italiana fue la primera que acogió al sistema dualista, dedicando un capítulo completo del código penal a la prevención de los delitos.

Hablando en términos históricos, el derecho penal clásico no concebía otra consecuencia jurídica del delito además de la pena, pues esta infracción iba a ser siempre culpable, y además implicaba una acción voluntaria y directa de su autor. A medida que las doctrinas y los criterios jurídicos fueron evolucionando, el derecho penal empieza a ampliar su campo de acción, y ahora acoge también a aquellas acciones que no pueden ser responsabilizadas directamente a su autor, siendo preciso aquí la imposición de una medida

⁷² Citado en la obra: BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá – Colombia, Editorial TEMIS S.A., 1996, Página 17.

que permita adaptar al individuo con el sistema social vigente, o bien excluir a dicho individuo en caso de que una adaptación no fuere posible; todo esto muy distinto a la imposición de una pena que busca castigar al sujeto por la infracción cometida. Estas medidas en consecuencia, no podían nacer de los mismos criterios de las penas ni tener el mismo fundamento: *“mientras la pena encontraba su fundamento en la culpabilidad, las medidas lo tenían en la peligrosidad del autor”*⁷³.

Así, la distinción entre medida y pena pasaba a ser uno de los mayores puntos de quiebre entre tratadistas pues tanto pena como medida tenían el fin primordial de influir en la reincidencia del autor para evitarla. Y en este punto podríamos citar a varios de estos tratadistas que se formulaban algunas cuestiones alrededor de estas comparaciones: en el caso del autor Von Liszt, sostenía 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*⁷⁴, siendo este criterio uno de los más influyentes para autores que empezaron a considerar que tanto pena como medida de seguridad se encontraban directamente vinculadas, restando utilidad al concepto de prevención y de medidas de seguridad.

Más adelante el tratadista Roxin establecería un nuevo criterio de distinción entre medida y pena, catalogando a la pena bajo el amparo del principio de culpabilidad, mientras que a las medidas de seguridad bajo el amparo del principio de proporcionalidad. Igualmente el tratadista Wezel aborda este tema de la comparación, aportando en el sentido de que la libertad moral es la única manera en la que el sujeto puede considerarse adaptado a la sociedad en la que vive, siendo necesaria entonces una capacidad para autodeterminarse, pues quienes no son capaces mentalmente de auto regularse, padecerían algún tipo de enfermedad; o a quienes les resulte imposible esta autodeterminación por los malos hábitos o aptitudes, no podrían ser aptos de gozar de una total libertad social. Las medidas de seguridad actuarían en este sentido con aquellos que por cuestiones fisiológicas o por falta de aptitud no logren una completa y amplia participación de la vida en sociedad.

⁷³ Ibidem. Página 17.

⁷⁴ VON LISZT. *Lehrbuch*. 23ra edición; en BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. Página 17.

Adicionalmente, adentrándonos aún más en las distinciones entre penas y medidas de seguridad, estos conceptos se ven agotados cuando se aplica el llamado principio vicarial, debilitando además las bases del sistema dualista⁷⁵. El principio vicarial trae consigo un beneficio para el procesado o sentenciado, pues el tiempo transcurrido en cumplimiento de una medida de seguridad de privación de libertad, será computable al tiempo en el que se pueda cumplir además una pena privativa de libertad⁷⁶. En otras palabras, si el sujeto se encuentra privado de su libertad en razón de una medida de seguridad que implique una privación de libertad, este tiempo será computable para la pena total en caso de que sea declarado culpable y tenga que ser recluso por un tiempo determinado. Esta afirmación llevó a muchos autores a considerar que, si bien por los fines perseguidos la pena y la medida de seguridad no tenían relación alguna, al ser computable el tiempo de una medida en el cálculo de una posible pena privativa de libertad, las diferencias entre éstas dos instituciones perdían mucha fortaleza y cada vez se desvirtuaban a medida que las legislaciones iban evolucionando. Como comentario adicional refiriéndonos al mismo principio vicarial, la misma deducción de tiempo se aplica entre una medida cautelar y una pena definitiva, por lo que las distinciones entre estas otras dos entidades también tendieron a desestabilizarse. Estas nuevas concepciones acerca de las diferencias entre penas y medidas aportaron al decaimiento del sistema de doble vía, y empezaron a incursionar en las legislaciones nuevos vientos de la vuelta al sistema monista o de una única vía: las penas.

Ahora bien, la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad no puede estar totalmente definida con la comparación entre éstas y las penas, pues debemos recordar que las medidas de seguridad llegan a la legislación mucho después de las penas y de las medidas de policía, por lo que su determinación aún es muy discutida. Cuando analizamos la naturaleza jurídica de las penas, debemos estar conscientes que éstas entrañan un doble

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, Página 58; en BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal Vol. 1*. Valladolid – España, Editorial Trotta S.A., 1997, Página 213. El autor sostiene al respecto de las críticas al sistema dualista: *si bien penas y medidas de seguridad «son diferenciadas teóricamente, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen, de hecho, la misma finalidad y contenido» y, en segundo lugar, porque un sistema donde «junto a la pena limitada por la culpabilidad existe otro tipo de sanciones no limitadas o limitadas por principios e ideas diferentes, constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionatorio del Estado.»*

⁷⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá – Colombia, Editorial TEMIS S.A., 1996, Página 17.

⁷⁶ *Ibidem*. Página 17.

concepto de defensa. En un primer plano, en donde la defensa es indirecta al atacar las causas del delito como el alcoholismo, desocupación, vagancia, malaria, sífilis, y en un segundo plano una defensa directa intentando volver indefensos a los individuos propensos a cometer un delito, ya sea aplicando medidas de policía antes del delito, o medidas de seguridad después de cometida la infracción, o a causa de ésta. Es decir, si la pena es sinónimo de defensa, encontramos que las medidas de seguridad están dentro de los parámetros contemplados por las penas, e incluso van más allá, por lo que, aplicando un criterio extremista, podría provocar que la medida de seguridad suplante a la pena como la consecuencia lógica del delito. Es aquí, como se dijo, que el sistema de doble vía o dualista encuentra su fundamento y razón de ser, pues se busca un término medio para la existencia de los dos conceptos, considerando también que el fenómeno del delito y la lucha contra el delito son los mismos fundamentos y pilares tanto para las penas como para las medidas de seguridad; sin ser menos importante que las medidas de seguridad resultan un gran refuerzo y acompañamiento de las penas, pero nunca podrán sustituirlas. Al respecto finalmente queda decir que las penas y las medidas de seguridad conviven en un mismo ordenamiento, pero en ningún concepto se puede pensar que tendrán los mismos causes o las mismas direcciones, siendo oportuno indicar que las penas son el producto del derecho represivo, mientras que las medidas de seguridad lo son del derecho preventivo. *La pena es sanción represiva, interviene después del delito, y porque se ha delinquido..., no para impedir futuros delitos, sino para retribuir el mal del delito con otro mal. La pena no previene, ni defiende, ni cura, ni sana, ni rehabilita, sino que castiga. La pena descansa solamente sobre la culpa y hace abstracción del peligro; presupone hombres libres e imputables, no personas privadas de su libertad y de imputabilidad. La medida de seguridad, por el contrario, como providencia preventiva, interviene después del delito, no a causa de él...; no se dirige a retribuir una culpa sino a impedir un peligro; por esto –aunque pueda hacer sufrir-, no quiere ser un mal, sino sólo una medida que pone a la persona peligrosa en la imposibilidad de hacer daño o de hacer más daño... Por consiguiente, la medida de seguridad no supone hombres libres culpables e imputables, sino individuos que estén eventualmente fuera del mundo moral⁷⁷.*

Pero adentrándonos en la historia de las medidas de seguridad, éstas existen en la humanidad desde que las sociedades tienen la consigna de evitar que sus ciudadanos cometan actos atentatorios contra la vida en sociedad, o evitar que el sujeto que ha

⁷⁷ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá – Colombia, Editorial TEMIS, segunda edición, 2000, Página 401.

cometido un ilícito, no lo vuelva a cometer. Los primeros registros históricos de las medidas de seguridad nos llevan hasta las Leyes de Manú, el código más completo que se conoce del Antiguo Oriente, que data de los siglos XII – XI o V antes de Jesucristo, en donde se puede notar que la sanción aplicada para el delincuente que ha robado más de dos veces era la pena de muerte, sancionando así la reincidencia con una medida de seguridad eliminadora, toda vez que la sociedad no podía seguir teniendo entre sus miembros a un sujeto que volvió a delinquir luego de haber sido castigado por ese mismo delito. Pero dentro de las legislaciones más formales, ya en el mundo contemporáneo, tenemos como antecedente el pensamiento ilustrado que dominaba el siglo XIX. Según esta corriente de pensamiento, la acción penal, como se mencionó, tenía una única consecuencia llamada pena, cuyo principal fin era el de castigar una conducta que el sujeto infractor cometió en abuso de su libertad. Para mediados del siglo XIX es que aparece una nueva corriente filosófica llamada positivismo, corriente según la cual la sanción a imponerse a determinado sujeto infractor debía tener como fundamento la peligrosidad social del individuo, y no el abuso de su libertad. Esta sanción entonces no implicaba la imposición de una pena, sino más bien la de una medida de seguridad según la cual el individuo, de ser posible, podría ser recuperado de su realidad antisocial, o en el caso contrario de ser un individuo no recuperable, aislarlo permanentemente con el fin de prevenir nuevas infracciones. Las medidas de seguridad nacen entonces como una alternativa a las penas, pues muchas veces las infracciones de los individuos pueden provenir de defectos biológicos en el sujeto, o quizás de ciertas fallas en los procesos de socialización.

Las medidas de seguridad nacen para satisfacer la necesidad social de llamar la atención sobre conductas consideradas poco apropiadas, inadecuadas, o hasta molestas, sin necesidad que estas conductas se encuentren tipificadas como delitos en la normativa penal. Este cambio radical en la sociedad implicaría un proceso profundo en el pensamiento de la gente que debía despojarse de esa única consecuencia de la pena para reprimir conductas poco adecuadas para la sociedad, e inclusive para reprimir delitos; se debía llegar a un pacto social de convivencia: *“culpabilidad y peligrosidad social, a pesar de ser conceptos antinómicos, convivirían y hasta en algunas ocasiones convergerían, para dar base a una reacción social”*⁷⁸, siendo necesario este cambio en la concepción

⁷⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal Vol. I*. Valladolid – España, Editorial Trotta S.A., 1997, Página 212.

legal de la sociedad pues muchos sujetos al ser sancionados merecían un trato distinto pues su peligrosidad o condiciones biológicas impedían que la pena sea la mejor y más adecuada sanción luego de que habían cometido una infracción. Pero el fundamento de las medidas de seguridad nació de uno de sus mayores defensores, Wezel, que inspiró y sirvió de base para la defensa de estas medidas y su posterior inclusión en la normativa penal de los Estados. Tomando como base su criterio, se ha dicho que la razón de ser de las medidas de seguridad es el *“principio ético-social general de que sólo puede participar, en forma íntegra en la vida en comunidad, el que se deja dirigir por sus normas”*. Además, y toda vez que *la libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente, se podrá limitar la libertad mediante una medida de seguridad, a los agentes que no sean capaces para tener esta libertad (enfermos mentales) o a los que no tienen suficiente dominio sobre ella (viciosos, alcohólicos, etc.)*⁷⁹. Y es que las medidas de seguridad van dirigidas hacia el lado humano del delito penal, pues aquí interesa más bien la productividad de la posible sanción a imponerse luego del delito, sanción que está alejada de una pena y se inclina mejor hacia instrumentos que permitan tratar de una óptima manera a aquellos infractores que por consideraciones personales no han manejado una conducta propia para establecer una convivencia digna y segura. Es muy importante además señalar que existieron otros autores que si bien aceptaban la existencia de las medidas de seguridad, encontraban su fundamento en necesidades diferentes de las señaladas por Wezel, pues en estas nuevas concepciones, la prevención del delito era la pieza más importante para establecer sanciones, acotando que *“la justificación de las medidas de seguridad debe buscarse en el interés preponderante de impedir la comisión de acciones delictuosas”*⁸⁰. La prevención social es entonces otro de los fundamentos de las medidas de seguridad, y no tan solo para una sanción a personas que puedan tener algún tipo de inimputabilidad, sino además para prevenir la comisión de nuevas acciones antisociales. Al cometerse un delito, la aplicación de una pena responde a la naturaleza represiva de la sociedad, retribuyendo el mal que se le hizo con el delito. Las medidas de seguridad están dentro del sentido de defensa de la sociedad, pues si no hay un delito ante el cual la sociedad pueda responder o reprimirlo mediante un pena, sí existe una medida de seguridad que previene o reacciona frente a la posibilidad de que se cometan delitos

⁷⁹ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. Lima – Perú, Editorial EDDILI, segunda edición, 1987, Página 22.

⁸⁰ El autor Stratenwerth ha sido citado en HURTADO POZO, José. Op. Cit., Página 23.

futuros, siendo el instrumento del Estado para anticipar posibles infracciones al orden jurídico.

Podríamos ensayar a este punto una definición de lo que es una medida de seguridad, citando lo que han expresado algunos autores. Así, Maggiore sostiene que *es una medida no penal que, después de haberse cometido un delito, se aplica con fines defensivos, no retributivos; es decir, no a título de castigo, sino para prevenir que el agente cometa delitos posteriores, exponiendo al peligro el orden jurídico*⁸¹; mientras que el tratadista Goldstein ha indicado que las medidas de seguridad son *fruto del positivismo penal que atiende esencialmente al delincuente y sostiene la responsabilidad por el hecho de vivir en sociedad, se enfrentó a la necesidad de asegurar, por algún medio, la no repetición de los maleficios causados por los sujetos, hayan sido o no declarados imputables, pero de todos modos responsables. La medida de seguridad no castiga, sino que persigue un fin utilitario, una prevención especial respecto de quien representa una indiscutible peligrosidad. Son medios de asistencia, que procuran la readaptación del individuo...*⁸².

Dentro de la teoría española de las medidas de seguridad, y tomando como base lo expuesto por los autores Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, la peligrosidad criminal del sujeto es el elemento fundamental que permitirá al Juzgador el dictar medidas de seguridad, siendo necesario además que dicha peligrosidad sea exteriorizada en un acto tipificado como delito. De esta forma entonces podemos deducir además que las medidas de seguridad están, al igual que las penas, concebidas a la luz del principio de legalidad (al menos en las legislaciones en donde se las ha normado dentro de la correspondiente ley penal, como en la española). En este sentido, las medidas de seguridad y la garantía penal encierran la obligación de que sólo se pueden aplicar las medidas de seguridad que se encuentren establecidas en la ley, y de ninguna forma su aplicación se puede dar en sentido retroactivo; la garantía criminal determina la aplicación de una medida de seguridad siempre y cuando concurren los presupuestos legales previamente establecidos, como la peligrosidad del sujeto, y la exteriorización de esa peligrosidad (en la ley italiana por ejemplo, es necesaria una comprobación de la

⁸¹ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá – Colombia, Editorial TEMIS, segunda edición, 2000, Página 404.

⁸² GOLDSTEIN, Raúl en VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo I*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009Pág. 149.

peligrosidad de la persona previo a la aplicación de una medida de seguridad); la garantía jurisdiccional que implica obligatoriamente la existencia de una resolución o sentencia emitida por un juez competente para poder imponer una medida de seguridad; y finalmente una garantía de ejecución que regula la aplicación de una medida de seguridad en la forma prescrita en la ley, sin establecer mayores preceptos de los ya determinados por la ley de la materia. Igualmente el principio de legalidad en relación a las medidas de seguridad obliga a la aplicación de las mismas contra un extranjero siempre y cuando se halle dentro del territorio de la ley aplicable, mientras que para el ciudadano nativo, son aplicables en cualquier lugar.

Al respecto de la peligrosidad, requisito sustancial para la aplicación de las medidas de seguridad, es necesario realizar algunas puntualizaciones con el fin de comprender aun más el alcance de las medidas de seguridad. En general la mayor parte de las legislaciones en donde se ha normado a las medidas de seguridad tienden a exigir el requisito de comprobación de la peligrosidad, pudiéndola hacer de dos maneras. La primera involucra un análisis de las condiciones patológicas del sujeto activo, en donde se ha incluido a los enfermos mentales y a los menores de edad, atendiendo sobre todo a su inmadurez intelectual. La segunda variable involucra en cambio a las características particulares de la psicología del reo, dadas por los antecedentes delictivos del sujeto, así como por sus caracteres sintomáticos (delincuentes y contraventores habituales, profesionales o por tendencia, y los ebrios consuetudinarios). La peligrosidad resulta entonces una condición de aplicabilidad de las medidas de seguridad, condición que involucra un peligro para la sociedad, por lo que puede no desaparecer con el tiempo ni con el cumplimiento de una condena, y de ahí que se permita en algunas legislaciones la aplicación de una medida de seguridad hasta en forma posterior al cumplimiento de una pena, y además que las medidas de seguridad duren desde cinco y hasta diez años o más, pues muchas veces la peligrosidad se encuentra fuertemente arraigada al sujeto. Pero la peligrosidad debe ser demostrada, y teniendo en cuenta el principio de legalidad que igualmente rige a las medidas de seguridad, *“nadie debe ser declarado peligroso si la situación personal en la que se encuentra no ha sido calificada por la ley como estado peligroso”*⁸³.

⁸³ MUÑOZ HERNÁNDEZ DE SALAZAR, Marta Elizabeth. *Violación a los Principios Constitucionales de Debido Proceso, Derecho de Defensa y a la garantía de Audiencia Previa, en ocasión de la aplicación de algunas de las medidas de seguridad contenidas en el artículo siete de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Intrafamiliar*. Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, octubre de 2007, Página 43.

Lo que es importante determinar en las generalidades de las medidas de seguridad es que jamás pueden ser consideradas como las únicas herramientas para castigar los hechos de los inimputables, pues tal como las penas, las medidas de seguridad están ligadas al concepto de necesidad, es decir, a la obligatoria preexistencia de elementos como la antijuridicidad, tipicidad, y la necesaria existencia de responsabilidad del sujeto. Con la necesidad de prevenir hechos delictivos futuros, las medidas de seguridad encuentran un condicionamiento para su existencia, pues si no existe este pronóstico de nuevos hechos delictivos futuros, las medidas de seguridad no encontrarían la necesidad de ser aplicadas. Al respecto de lo expresado, no podemos negar que hay autores que consideran que las medidas de seguridad sólo son aplicables para los inimputables, es decir, aquellas personas que carecen de un sentido de responsabilidad y conciencia de sus actos. Nuestra legislación ha contemplado a los inimputables dentro del Código Penal, a partir del artículo 32 hasta el artículo 40, en donde analiza la responsabilidad dentro de las infracciones penales. En primer lugar, nuestra ley penal exige de responsabilidad a toda persona que hubiere cometido una infracción sin voluntad ni conciencia, por lo tanto, no se le puede atribuir el cometimiento del delito. Lo que sí estipula nuestra ley es que la responsabilidad siempre se presumirá, y la falta de voluntad y/o conciencia debe ser probada. Al respecto de la imputabilidad, es decir la existencia en una persona de voluntad y conciencia, existen varias definiciones de los distintos autores. Así por ejemplo, a la imputabilidad la han definido como “*la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho realizado, y de actuar conforme a esa comprensión*”⁸⁴, vinculando esta imputabilidad con la capacidad de culpabilidad; por su lado autores como Maggiore también la han definido indicando que es “*el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente*”⁸⁵. En consecuencia, podemos deducir que una persona imputable, y consecuentemente consciente y responsable del hecho ilícito, puede ser susceptible de ser juzgada, y posteriormente sentenciada a cumplir una condena. Pero al ser la peligrosidad un concepto perfectamente aplicable tanto a un imputable como a un inimputable, me parece erróneo indicar que las medidas de seguridad son el equivalente de las penas pero dirigidas hacia los inimputables, pues a mi criterio, la peligrosidad no sólo puede estar dada

⁸⁴ ROMERO RAMOS, Julio César. “Propuestas De Reforma A La Regulación De La Inimputabilidad En El Código Penal Para El Estado De Nayarit”. *Revista Jurídica – Poder Judicial del Estado de Nayarit*, N° 59, Enero 2009, Nayarit – México, 2009

⁸⁵ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1954, Página 487; en ROMERO RAMOS, Julio César. Op. Cit.

por algún tipo de deficiencia psicológica o enfermedad que incapacite mentalmente a una persona, sino también por el ambiente que rodea a una persona, o sus condiciones particulares que hayan convertido a la delincuencia en el oficio y la actividad cotidiana de tal o cual sujeto. Se ha sostenido que *las consecuencias por la comisión de un ilícito son las penas y las medidas de seguridad, las primeras aplicables a los sujetos imputables, requieren la comprobación de la culpabilidad y la finalidad puede ser preventiva de manera general o especial; las segundas se aplican a los inimputables, conforme a la “peligrosidad” que manifiesten*⁸⁶; pero se ha omitido indicar aquí que un sujeto imputable, un criminal consuetudinario, o un delincuente profesional, también puede ser considerado peligroso, con lo que fácilmente podría ser sujeto de una medida de seguridad, además de una pena (recordemos que las penas y las medidas de seguridad, a pesar de guardar amplias diferencias, no son incompatibles).

Adicionalmente es importante destacar que en algunas legislaciones existe la prohibición de que las medidas de seguridad sobrepasen el tiempo establecido para la posible pena del delito que se cometió, es decir no pueden ejercer un mayor daño sobre un sujeto que el que se le puede causar al imponerle una pena, y muy posiblemente privarlo de su libertad. Al respecto se ha dicho como antítesis que: *la duración de la medida de seguridad puede exceder a la de la pena, ya que como el precepto señala su límite máximo se asimila a la de la pena aplicable al hecho cometido, pero no a la pena en concreto (que puede verse disminuida por el grado de desarrollo del delito, la participación y las circunstancias del delito), sino a la pena en abstracto determinada legalmente en el precepto*⁸⁷. Es decir, la medida de seguridad sí pudiera sobrepasar el tiempo de la pena, considerando las atenuantes y los beneficios a los que tienen derecho los reclusos una vez que están cumpliendo con su condena, y así ésta se vería reducida en su duración por las consideraciones antes expuestas. Además, toda norma que menciona una pena jamás lo hará estableciendo un período fijo de privación de libertad, si no que señala un margen dentro del cual el juzgador puede imponer la pena. Como ejemplo, el artículo 513 de nuestro Código Penal establece como pena del delito de violación una reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, y dentro de ese margen el juez debe fijar la pena. Conforme lo dicho anteriormente, la medida de seguridad no puede sobrepasar el máximo de la pena que se

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal Vol. I.* Valladolid – España, Editorial Trotta S.A., 1997, Página 219.

prevé para el delito, es decir, una duración de dieciséis años; mientras que para la imposición de la pena, el juez bien podría ordenar la mínima de doce años, y además el reo puede beneficiarse más adelante con rebajas en su pena si es que posee un buen comportamiento, o se hace acreedor a otros beneficios propios del sistema de rehabilitación social. Es por este motivo que se sostiene que las medidas de seguridad sí podrían durar más allá de lo que dure la pena.

Y si hemos sostenido que comúnmente las medidas de seguridad actúan después de cometido el delito, es necesario diferenciarlas además de las medidas de policía que, como primera distinción, siempre actúan antes de consumarse el delito. Las medidas de policía son medios de prevención de carácter general, enfocadas a cualquier hecho ilícito o perjudicial, ya sea por mano humana u obra de la naturaleza; las medidas de seguridad por su lado son medios de prevención criminal, pues previenen delitos, sin que sea la regla que los sujetos activos sean necesariamente gente imputable. Las medidas de seguridad necesariamente deben guardar relación con las sanciones penales y sólo pueden ser dictadas por una autoridad penal de índole judicial, mientras que las medidas de policía no guardan relación alguna ni con penas ni con delitos y además son competencia de las autoridades responsables de la seguridad pública. Lo que no podemos negar es la naturaleza administrativa de las medidas de seguridad ya que en todo momento resultan discrecionales y siempre revocables, y en este sentido las medidas administrativas de policía guardan una relación muy profunda con las de seguridad. Sin querer concluir que las medidas de policía y las de seguridad son compatibles y hasta decir que las medidas de seguridad son parte de las medidas de policía, es necesario indicar que dentro de la dogmática penal sólo se concibe a la represión y a la prevención como la relación consecutiva del delito, por lo que no puede admitirse una consecuencia intermedia en donde colocar a las medidas de seguridad. Como comentario adicional debemos indicar que algunos tratadistas han sostenido la importancia de la aplicación de una medida de seguridad con el requisito previo de la existencia de un delito, defendiendo ésta afirmación indicando, en primer lugar, que el delito previo da fuerza al pronóstico de seguridad; en segundo lugar, fortalece la vigencia del principio de legalidad; y en tercer lugar, la función preventiva de las medidas de seguridad toma matices tolerables y alejados de extremos perjudiciales.

En relación a la duración de las medidas de seguridad, podemos manifestar que al responder ante todo a un fin social de prevención y garantía de seguridad, su duración resulta de tiempo indeterminado, no solo por las condiciones personales del sujeto que las analizamos anteriormente, sino que además, y por fines sociales, su duración va de la mano con la defensa social, y no puede ser alterada por ningún concepto, ni siquiera por indulto o amnistía. Lo que sí permiten algunas legislaciones como la italiana, es que sí exista una nueva valoración de peligrosidad del individuo en donde se puedan obtener nuevos resultados que permitan la aplicación de una medida de seguridad menos gravosa. Si existen varios hechos delictivos atribuibles a un solo sujeto, así hayan sucedido en tiempos distintos, la valoración de peligrosidad será en conjunto.

Lo que sí debemos recalcar es que, por ejemplo, si se ha declarado la extinción de un delito, la medida de seguridad no puede jamás ser aplicada, y además debe concluir inmediatamente si es que se la estaba ejecutando. Por el lado de la extinción de la pena, en cambio, la medida de seguridad no se termina, y no impide la ejecución de medidas de seguridad que puedan haberse ordenado en forma accesoria a la pena que ya se extinguió. Igualmente las medidas de seguridad pueden suspenderse, por ejemplo, si es que el sujeto afectado debe cumplir alguna pena privativa de libertad, retomando la medida de seguridad una vez cumplida dicha pena. Y tal como se comentó en líneas anteriores, las medidas de seguridad también son susceptibles de transformarse en caso de que las condiciones del afectado que obligaron al juzgador a dictarlas, hayan cambiado. Como se podrá inferir entonces, las medidas de seguridad son ejecutadas una vez que el acusado haya cumplido con la pena, o ésta se haya extinguido.

Con respecto a la efectividad de las medidas de seguridad, es interesante analizar si las medidas de seguridad, conjuntamente con las penas, son medios efectivos para el combate a la delincuencia, pues de esa forma podríamos impulsar la necesidad de que nuestra legislación penal contemple y recoja también a las medidas de seguridad dentro del ordenamiento. Y si bien las medidas de seguridad se enfocan en la prevención de los delitos, abordando el lado humano del delincuente, hay algunas consideraciones en contra de estas medidas, impulsadas por el tratadista Francisco Muños Conde: *a) Tiene como presupuesto la peligrosidad social que se basa en un juicio de probabilidad que puede ser equivocado, b) la aplicación conjunta de pena y medida de seguridad puede vulnerar el principio de <non bis in ídem>, c) En ocasiones la medida de seguridad es más gravosa que la pena,*

particularmente cuando tiene una duración indefinida; y, d) *Vulnera derechos fundamentales al imponer coactivamente tratamientos terapéuticos o medidas correccionales que descansan en la voluntad del sujeto*⁸⁸. Podemos empezar a analizar estos presupuestos indicando que la peligrosidad, en la mayoría de las legislaciones donde se ha contemplado a las medidas de seguridad, necesariamente debe ser probada y fundamentada, no con juicios de probabilidad, sino con elementos fehacientes como antecedentes penales, conductas delictivas, etc.; la pena y la medida de seguridad tienen fundamentos distintos, por lo que no se puede considerar que el sujeto está siendo juzgado dos veces por la misma causa: la imposición de una pena se ve complementada con una medida de seguridad que busca la readaptación del individuo, medida que perdurará hasta que cesen los caracteres de peligrosidad de rodean al procesado (como referencia de lo manifestado podemos citar lo expresado en relación a los delincuentes peligrosos al decir que *en ellos, 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 violaciones ulteriores del derecho a esperarse de parte de ese autor*⁸⁹; la duración indefinida de la medida de seguridad se ve justificada ya que muchas son las circunstancias que produjeron cambios en el individuo, algunas de ellas que existían desde temprana edad, por lo que resultaría ilógico determinar un período de duración de una medida de seguridad si es que el objetivo es la rehabilitación de la persona, buscando que todos los vínculos con la peligrosidad desaparezcan (siendo la duración indefinida de las medidas de seguridad la excepción, y no la regla); el fin social, en concordancia con la política criminal aplicada en el Estado, muchas veces supera al fin particular, y la voluntad del sujeto se ve mermada por la necesidad social de su readaptación, o en último caso su desvinculación del conjunto humano al que pertenecía; sin duda son medidas atentatorias a la voluntad de la persona, pero necesarias cuando esa persona se constituye en un riesgo para la vida en comunidad. Las medidas de seguridad se ven justificadas por *el principio ético social general que consiste en que sólo puede participar en*

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Et al. *Derecho penal - Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch libros, sexta edición, 2004, Páginas 54-55; en ROMERO RAMOS, Julio César. “Propuestas De Reforma A La Regulación De La Inimputabilidad En El Código Penal Para El Estado De Nayarit”. *Revista Jurídica – Poder Judicial del Estado de Nayarit*, N° 59, Enero 2009, Nayarit – México, 2009.

⁸⁹ MUÑOZ HERNÁNDEZ DE SALAZAR, Marta Elizabeth. *Violación a los Principios Constitucionales de Debido Proceso, Derecho de Defensa y a la garantía de Audiencia Previa, en ocasión de la aplicación de algunas de las medidas de seguridad contenidas en el artículo siete de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Intrafamiliar*. Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, octubre de 2007, Página 41.

*forma íntegra de la vida de la comunidad el que se deja dirigir por sus normas, y como la libertad exterior sólo se justifica con base en la posesión de la libertad interior, se puede limitar la libertad mediante una medida de seguridad a los agentes que no sean capaces de poseer la libertad interior, por ejemplo los enfermos mentales y los toxicómanos*⁹⁰; esto siempre y cuando las medidas de seguridad están acompañadas del deseo común de impedir que continúen más acciones delictivas.

Finalizando este análisis general de las medidas de seguridad, resulta oportuno resaltar algunas diferencias radicales entre las penas y las medidas de seguridad, sobre todo con el fin de evitar confusiones acerca de los objetivos que persiguen las medidas de seguridad a diferencia de lo que se busca con una pena. Éstas diferencias encuentran su fundamento en la tesis de la Abogada Marta Elizabeth Muñoz Hernández De Salazar:

- Para la aplicación de una medida de seguridad, es necesaria la existencia de un estado peligroso, que puede o no estar acompañado de un delito; para la pena, es obligatoria la existencia previa de un delito sancionable.
- La medida de seguridad es proporcional a la peligrosidad del sujeto, mientras que la pena es proporcional al delito cometido.
- La pena es aplicada únicamente a los sujetos imputables, mientras que la medida de seguridad puede ser impuesta tanto a un sujeto imputable como a un sujeto inimputable, aplicando una utilidad social.
- La duración de la pena está siempre delimitada, mientras que la duración de la medida de seguridad, en razón de depender de las condiciones personales del individuo, muchas veces tiene una duración indeterminada.

Los casos son innumerables cuando se trata de encontrar sujetos que han sido sometidos al castigo de la ley por el cometimiento de un delito, y ha quedado demostrado que la imposición de una pena, al menos en el Ecuador, no constituye un escarnio para el delincuente que al volver a las calles sigue siendo el mismo sujeto peligroso (y aún más) que fue privado de la libertad. Quizás en este punto tenga razón el profesor Zambrano Pasquel al expresar que *si el Estado se encuentra frente a sujetos peligrosos e irrecuperables,*

⁹⁰ LAYLLE CONTRERAS, Lucía Beatriz. *Análisis Jurídico De La Aplicación De Medidas De Seguridad En El Hospital Nacional De Salud Mental De Guatemala*, Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, octubre de 2007, Página 3.

*parece ser que la respuesta justa sea la imposición de una medida de seguridad, que podría traducirse en un internamiento de por vida. Si la pena tiene como fin la readaptación, la rehabilitación, la resocialización, y cualquier otro re pertinente, y esto no es posible con un sujeto frente al cual el derecho penal se encuentra en incapacidad absoluta de cumplir sus fines, ese sujeto debe ser tratado como inimputable o como incapaz y ser pasible de una medida de seguridad*⁹¹.

3.1.2 Clases

Si bien en nuestra legislación no existe una política definida de medidas de seguridad, a pesar de que muchas de estas medidas constan en diferentes normas de nuestro ordenamiento pero sin la respectiva distinción o aplicadas de forma errónea, la doctrina alrededor del mundo se ha permitido realizar varias clasificaciones a las medidas de seguridad. Tomando el procedimiento penal Español, podemos distinguir, en primer lugar, dos categorías de medidas de seguridad: las postdelictuales y las predelictuales:

Medidas de seguridad postdelictuales: Como se puede deducir del propio nombre, éstas medidas surgen con posterioridad al cometimiento de una infracción o delito, por lo que necesariamente requieren, tanto la pena como la medida de seguridad postdelictual, la existencia de un injusto penal. Al tener ésta característica común tanto pena como medida de seguridad, y al actuar luego de que se haya cometido el delito, los conceptos empezaron a tener aspectos mutuos que permitieron a las medidas de seguridad ser consideradas dentro del ámbito penal. Es aquí donde surge entonces el sistema dualista o de doble vía del cual hablamos en líneas anteriores, naciendo consecuentemente las críticas hacia la existencia de las medidas de seguridad. La independencia de la pena como instrumento de castigo con cualidades específicas dependiendo del delito cometido y la sanción que se imponga al infractor, difiere sustancialmente de la naturaleza de las medidas de seguridad postdelictuales que buscan una solución al futuro del infractor, previniendo de alguna manera que el individuo vuelva a atentar contra la vida en sociedad. Pero a pesar de esta diferenciación categórica, debemos ser conscientes que tanto pena como medida de seguridad postdelictual encuentran similitudes en su fundamento: un acto típico, antijurídico, atribuible a un sujeto determinado, y una sanción por la falta cometida. La

⁹¹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Estudio Crítico a las Reformas a los Códigos: Penal y de Procedimiento Penal del 29-mar-2010*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, Página 88.

peligrosidad criminal es la medida diferenciadora entre medida de seguridad postdelictual y la pena que toma como base la culpabilidad.

En el aspecto donde surge además otra de las grandes diferenciaciones es en los delitos cometidos por personas inimputables, pues en este caso es necesaria la aplicación de una medida de seguridad que vele sobre todo por el futuro de estos sujetos evitando que vuelvan a infringir normas de convivencia social; la pena castiga y no vela por el futuro del infractor.

Las medidas de seguridad postdelictuales actúan también fundamentadas en la peligrosidad del sujeto, pero cuando se ha dado una infracción tipificada en la ley penal como delito.

Medidas de seguridad predelictuales: En esta categorización se han ubicado a aquellas medidas que surgen sin necesidad de que exista una infracción o un delito. La prevención es el fundamento de esta categoría de medidas de seguridad, y encuentran la gran diferenciación con las penas en que no requieren de un injusto penal o de un acto típico, antijurídico y culpable para actuar. La presunta peligrosidad del sujeto es la única fuente de este tipo de medidas de seguridad, y su finalidad es la pronta actuación para evitar el cometimiento de infracciones que podrían cometerse al tener un criterio de peligrosidad del sujeto. Éstas medidas han tenido una serie de inconvenientes de estilo constitucional al establecer previo a cualquier acto, determinados criterios de peligrosidad que les permitiría actuar por sobre un sujeto sin que éste haya realizado infracción alguna por la que deba ser castigado. Su fuente de actuación estaría sustentada en la apariencia personal del sujeto activo, y en base a ese criterio actuarían para prevenir alguna infracción que creyeran se va a cometer. Se imponen únicamente por la peligrosidad del sujeto antes de que cometa infracción alguna.

Como una segunda clasificación que se ha realizado de las medidas de seguridad, podemos distinguir a las medidas de seguridad privativas de libertad, y a las no privativas de libertad. Tomaremos como base para esta clasificación al ordenamiento jurídico Español, debido a la falta de especialización y tratamiento de las medidas de seguridad en nuestro país, y así entonces debemos entender a las medidas de seguridad privativas de libertad a todas aquellas que implican una restricción a la movilidad del sujeto infractor, como por ejemplo el internamiento en algún centro educativo, psiquiátrico o de

rehabilitación de estupefacientes. Las restantes medidas de seguridad no son privativas de la libertad, ratificando así su distinción con las penas que buscan únicamente la sanción usualmente a través de la privación de la libertad. Entre las medidas de seguridad no privativas de libertad podemos destacar a la inhabilitación profesional, la prohibición de acercarse a determinado sitio o local, prohibición de residencia en el lugar donde se indique, obligación de habitar en el lugar designado por el juez, etc., todas ellas en donde el derecho de movilidad del sujeto no ha sido afectado, evitando sobre poblar los centros de rehabilitación, pero sí se han aplicado otros mecanismos a fin de combatir la infracción cometida, y su posible repetición.

Otra clasificación aportada por el tratadista Maggiore, inspirado en el código penal italiano, sugiere que las medidas de seguridad se clasifican en dos: las medidas de seguridad personales, y las medidas de seguridad patrimoniales. Las medidas de seguridad personales son aquellas destinadas a limitar la libertad individual del individuo, previniendo así el cometimiento de nuevas acciones delictivas de forma directa y material. Su accionar consiste en métodos que permitan eliminar los “coeficientes fisiopatológicos” de la delincuencia, es decir, evitar a toda costa que el sujeto tenga relación con el ambiente criminal o con cualquier medio que le incentive a delinquir. Las medidas de seguridad patrimoniales, por su lado, se valen de métodos cuyo fin es el resguardar o eliminar aquellos instrumentos o cosas que estén vinculadas con el crimen o que provengan de un delito, pues éstos objetos avivarían el deseo de delinquir de la persona, o lo vincularían con el hecho ilícito. Entre las principales medidas de seguridad patrimoniales encontramos a la confiscación y la caución de buena conducta.

Lo que sugiere el autor es que dentro de las medidas de seguridad personales exista una sub clasificación en donde se ubiquen a las medidas de detención, y a las de no detención, algo muy similar a la clasificación analizada anteriormente de las medidas de seguridad privativas y las no privativas de la libertad. Entre las medidas de detención y de no detención podemos destacar a la reclusión en una casa de salud mental, la reclusión en un reformatorio judicial, la libertad vigilada, la prohibición de residir en uno o más municipios o provincias, la prohibición de frecuentar tabernas y expendios públicos de bebidas alcohólicas, etc.

Existen además otras concepciones legales que ha realizado pequeñas clasificaciones de las medidas de seguridad, algunas de las cuales se resaltan a continuación:

- Las medidas de seguridad propiamente dichas, que se convierten en un complemento de las penas al ser aplicadas en relación al delito o infracción por la que el individuo ha sido condenado.
- Las medidas de seguridad curativas, que tienen como objetivo primordial el brindar un tratamiento médico psicológico a aquellos individuos aquejados por enfermedades mentales, o quizás por adicciones, y que requieren de una atención diferente en centros especializados en este tipo de tratamientos.
- Las medidas de seguridad reeducativas que buscan, como su nombre lo indica, un cambio en el individuo con el fin de poder reinsertarlo en la sociedad, siendo aplicadas comúnmente en centros correccionales o educativos.
- Las medidas de seguridad eliminativas, que constituyen un nivel máximo de prevención en la sociedad, y son aplicables cuando el individuo ya no es capaz de responder a los estímulos correccionales que se le podrían aplicar con otro tipo de medidas de seguridad. Son medidas estrictas aplicables a individuos considerados “inadaptables” en la sociedad. Si bien en la antigüedad se consideraba a la pena de muerte como una medida de seguridad contra la reincidencia, actualmente este tipo de medidas de seguridad encierran el apartamiento del individuo inadaptable en algún centro psiquiátrico, o el asilamiento definitivo en algún centro especializado.
- Medidas de seguridad restrictivas de la libertad, que se alejan de las privativas de la libertad, en el sentido de que restringen la libertad del individuo en algunos de sus derechos como la prohibición de realizar alguna actividad, o de tener una libertad vigilada por la Autoridad.

3.1.3 Finalidades

Ahora que se ha analizado a profundidad la naturaleza de las medidas de seguridad, podemos establecer varios de sus fines u objetivos que se persiguen con su imposición. En primer lugar, y retomando los aspectos históricos, dentro del pensamiento positivista italiano se impuso la premisa de que las penas debían ser suprimidas, y los delitos debía ser sancionados con medidas de seguridad, desarrollándose un derecho penal de prevención social que se enfoque en la no repetición de las acciones delictivas más que en la

imposición de una sanción como consecuencia del hecho ilícito. Es decir, y como un primer gran objetivo de las medidas de seguridad, éstas buscan disminuir al máximo o desaparecer las causas o motivaciones que llevaron al sujeto infractor a convertirse en un ente peligroso para la sociedad. Aquí resalta claramente el carácter preventivo de las medidas de seguridad, pues van más allá de la simple sanción y buscan atacar a las causas del comportamiento del sujeto activo del delito. Resumiendo estas consideraciones, podremos decir que las medidas de seguridad se enfocan en la peligrosidad del individuo, y por ende trabajan en su personalidad, estudiando a fondo los orígenes de esos aspectos negativos que han influenciado en la peligrosidad del sujeto.

Otra gran finalidad de las medidas de seguridad, que podría ser considerada como el fin último y primordial de estas medidas, es la prevención de los delitos, siempre guiada por el respeto hacia los derechos fundamentales que todo individuo posee. Las medidas de seguridad, en todo sentido, siempre deben “*estar al servicio del individuo puesto que éstas pretenden la reeducación y rehabilitación de éste. Se debe eliminar de las medidas de seguridad todo carácter aflictivo o infamante*”⁹². Como comentario, este carácter aflictivo o infamante de las medidas de seguridad es lo que ha llevado a muchos autores a considerar que las medidas de seguridad y las penas son un mismo instrumento legal, argumento que fue discutido ampliamente en páginas anteriores.

Con respecto a las finalidades, al autor Alfonso Domínguez Estrada⁹³ ha sostenido que dichas finalidades están determinadas por el tipo de sujeto al que le sería dirigida una determinada medida de seguridad, de la siguiente manera:

- Si es dirigida para un individuo inimputable cuya incapacidad esté dada por una enfermedad mental, la finalidad de la medida de seguridad sería, en primer lugar, la protección de la sociedad, y en segundo lugar, el tratamiento y curación en la medida de lo posible del sujeto intervenido, con un método científico debidamente aplicado.

⁹² *Ibidem*. Página 9.

⁹³ El autor ha sido citado en la obra: LAYLLE CONTRERAS, Lucía Beatríz. *Análisis Jurídico De La Aplicación De Medidas De Seguridad En El Hospital Nacional De Salud Mental De Guatemala*, Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, octubre de 2007, Página 10.

- En caso de que una medida de seguridad está dirigida para un inimputable en razón de su minoría de edad, el objetivo primordial de la medida sería su reeducación y su readaptación a la sociedad que se encuentra protegida de dicho individuo.
- La medida de seguridad aplicada para un imputable considerado un delincuente peligroso persigue como finalidad primordial la readaptación de la persona a la sociedad que está siendo protegida con esta medida, readaptación que debe diferir sustancialmente de la pena.
- El fin primordial que persigue una medida de seguridad aplicada a un delincuente imputable no considerado peligroso, es la readaptación del delincuente en un período mucho más corto que la duración de una pena, por lo que en estos casos la imposición de una pena resultaría innecesaria. Se entendería entonces que la sociedad recuperaría un individuo que pueda aportar a su desarrollo.

En resumen, podríamos decir entonces que las medidas de seguridad persiguen objetivos comunes como la defensa y protección de la sociedad, la rehabilitación, reeducación y readaptación del individuo que ha cometido una infracción o ha sido considerado como peligroso, el tratamiento y posible cura de ciertas enfermedades que conviertan al individuo en un peligro para la sociedad, etc.

3.1.4 Las medidas de seguridad y las medidas cautelares

Si bien se ha establecido una serie de diferencias entre lo que son las medidas de seguridad y las penas, resulta interesante realizar un análisis comparativo entre las medidas cautelares (también llamadas medidas de garantía o medidas precautorias), y las medidas de seguridad. En primer lugar es importante aclarar, como se ha dicho, que las medidas de seguridad, en cierto punto, resultan un complemento para la pena, pues aportan a ese interés social de castigar lo indebido, la necesidad de evitar nuevas infracciones y poder recuperar además al individuo que infringió alguna norma. Por estas consideraciones es que podemos advertir la primera diferencia entre las medidas de seguridad y las medidas cautelares, y es que las primeras actúan con un afán preventivo y complementario de una posible sanción por un hecho ilícito, o al menos para prevenir que se cometan nuevos delitos; las medidas cautelares en cambio actúan como complemento del proceso penal, y como un instrumento procesal del juez, al velar ante todo por el normal desarrollo del proceso y la efectiva aplicación de una posible pena, garantizando además el pago de

indemnizaciones. En definitiva, el concepto garantía encerraría a las medidas cautelares, mientras que el concepto prevención agruparía a las medidas de seguridad. Una medida cautelar jamás podría ser equiparada a una pena, a pesar de que algunas veces, de forma errónea, se las aplica como una pena anticipada. En cambio las medidas de seguridad son equiparables a las penas en el sentido de que complementan a éstas, sin ser ni instrumentos de garantía ni mecanismos de una efectiva conclusión de un proceso.

Como otra consideración podemos indicar que las medidas cautelares, al ser complemento del proceso penal, siempre requerirán de una causa para poder existir, ya sea que se las dicte durante el desarrollo del proceso, o antes, pero con la consigna legal de que el proceso principal sea iniciado obligatoriamente. Las medidas de seguridad, por su parte, no siempre requerirán de un proceso para existir, pues como se mencionó, basta probar la peligrosidad del sujeto para que una medida de seguridad pueda ser impuesta, incluso después de haber concluido un proceso penal si es que se lo hubiere iniciado, y hasta después de haber cumplido una condena. Como lo expresamos, las medidas cautelares finalizarán ipso facto cuando el proceso principal en el que se las dictó haya concluido.

Atendiendo específicamente a las características de las medidas cautelares, podemos notar que éstas siempre están relacionadas con el proceso principal del que provinieron, por lo que su naturaleza y su fin no puede alejarse de lo que se persigue con el proceso principal. Es decir, el objetivo común de toda medida cautelar es la efectiva consecución del proceso penal, ya sea garantizando la comparecencia de procesado a juicio, resguardando evidencias y material probatorio, asegurando bienes suficientes para cubrir posibles penas pecuniarias, protegiendo testigos, etc. Por su lado, las medidas de seguridad persiguen, como objetivo común, la protección de la persona, buscando su rehabilitación, protegiendo a la sociedad de posibles daños en manos de individuos peligrosos, procurando la recuperación del individuo y su futura reinserción social, etc. Es decir, las medidas de seguridad no están ligadas a ningún tipo de proceso o causa que se haya seguido en contra de determinada persona, pues lo que persiguen es a la persona en sí, independientemente de las causas que pueda tener en su contra. Como se manifestó, la aplicación de las medidas de seguridad es muy independiente a la existencia de algún proceso penal en contra del individuo.

Ahora bien, en cuestión de principios, específicamente el de legalidad, las dos figuras comparten la misma obligatoriedad, siendo necesario que dichas medidas consten en la ley para que puedan ser dictadas, y además, en el caso de las medidas cautelares, quien las

solicite debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley para cada caso, así como en las medidas de seguridad en donde la peligrosidad debe ser probada de conformidad con los parámetros dispuestos en la ley. Otra similitud que podemos destacar de entre éstas dos medidas es que son modificables y revocables, y sin bien el procedimiento no es similar entre las dos, cualquier medida cautelar o medida de seguridad en que los fundamentos que motivaron para dictarlas hayan variado, pueden ser modificadas en cualquier punto. La revocatoria de una medida cautelar también se puede llegar a otorgar, mientras que las medidas de seguridad cesan cuando se cumplieron los objetivos de reinserción, reeducación y/o readaptación.

Lo que sí debemos recalcar es que si las medidas cautelares tienen un carácter restrictivo y excepcional, las medidas de seguridad en cambio responden a una necesidad social, y por lo tanto, como se ha sostenido constantemente en la doctrina, es muy recomendable que una medida de seguridad siempre sea aplicada, sobre todo si lo que interesa es que el infractor se readapte a la sociedad a la que hizo daño. Y es más, algunos tratadistas incluso han llegado a sugerir que las medidas de seguridad reemplacen a las penas, aspecto que ya lo abordamos anteriormente. Pero en general, una medida de seguridad no tendrá el carácter restrictivo y excepcional que tienen las medidas cautelares, rompiendo así el criterio de que las medidas de seguridad son igual de aflictivas que las penas, pues de ser así su aplicación debería restringirse y hasta limitarse.

Igualmente las medida cautelares, al ser medios restrictivos de derechos (libertad ambulatoria), tienen el carácter de provisionales y temporales, aspectos en los cuales difieren de las medidas de seguridad, pues como se mencionó, éstas suelen tener una duración equivalente el máximo de la pena que se ha estipulado para un determinado delito, llegando incluso a tener una duración indefinida, dependiendo del grado de peligrosidad del individuo.

Adicionalmente en relación con este punto, es importante abordar una parte especial de las medidas de seguridad desde la perspectiva del autor Clariá Olmedo, uno de los poquísimos tratadistas que tratan este tema. A criterio del autor, y fundamentando su argumentación en la legislación penal argentina, además de las medidas cautelares, existen las llamadas medidas provisionales de seguridad. A su criterio, las medidas provisionales de seguridad deben aplicarse en *“casos especiales de índole subjetiva fundados en razones de interés social que aconsejan otras soluciones para proteger determinados sujetos que,*

*no obstante ser imputados, requieren una atención curativa o tutelar, por imperio de las leyes de fondo*⁹⁴”. Son casos especiales que reúnen todos los requisitos legales para la imposición de una medida cautelar como la prisión preventiva o la detención, pero por las consideraciones de índole personal de los imputados, les deben ser aplicadas otro tipo de medidas que puedan cumplir los mismos fines procesales. Lo interesante de este criterio es que éstas medidas provisionales de seguridad son la respuesta legislativa a la necesidad de imponer medidas cautelares de carácter personal a procesados de caracteres muy particulares a quienes, muchas veces por prohibición legal, no se les puede aplicar una detención o una prisión preventiva de la misma forma en la que se haría con un procesado con caracteres comunes o típicos.

Continuando con este pensamiento, podemos decir que son los enfermos mentales y los menores de edad los sujetos idóneos para este tipo de tratamientos, en donde se necesitan medidas diferentes que permitan curar al desequilibrado, o corregir al menor infractor. Al tener el carácter de provisionales, no se alejan de las cualidades propias de las medidas de seguridad, y por lo tanto, la corrección, prevención y cuidado son sus peculiaridades que las distinguen de las medidas cautelares comunes que pueden ser aplicadas a la mayoría de la población. Y posteriormente el autor indica que éstas medidas provisionales de seguridad también implican usualmente una privación de la libertad, pero que se distinguen de la detención o de la prisión preventiva por el régimen que se aplica al privar de la libertad, considerando las circunstancias de los imputados a los que se les aplicaría este tipo de medidas; además de que para el juzgador no se requiere que una de estas medidas provisionales de seguridad que involucre una privación de libertad⁹⁵, cumpla con los mismos requisitos estipulados para la aplicación de una medida cautelar de prisión preventiva, por ejemplo. La aplicación de una medida provisional de seguridad, tal como en el caso de una medida cautelar, es el instrumento que muchas veces precede a la aplicación de una posible sanción, que pudiera ser una medida de seguridad, o quizás, si las condiciones del imputado han variado, una posible pena. En relación a la esencia de las medidas provisionales de seguridad, a criterio del autor, es que *tal medida cautelar se resuelve en la necesidad de sustraer provisionalmente al imputado insano del ambiente en que se*

⁹⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal, Tomo II, actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz*. Buenos Aires – Argentina, RUBINZAL – CULZONI Editores, Página 369.

⁹⁵ En el caso de las medidas provisionales de seguridad, el autor no suele utilizar el término “privación de libertad”, sino que más bien se refiera a esta circunstancia como una “internación provisional”.

*encuentra para prevenir el peligro de que se dañe a sí mismo o a terceros. De aquí que se le imponga un régimen de vigilancia y curación adecuado. En lo demás, tiene similitud con la prisión preventiva*⁹⁶. Por lo tanto podemos decir que entre las medidas cautelares y las medidas provisionales de seguridad, existen muchas más similitudes que diferencias; tanto es así que el propio autor ha determinado una mínima circunstancia que las distingue de la prisión preventiva. Ahora bien, si durante la aplicación de una medida provisional de seguridad el procesado no puede ser considerado en su totalidad como un inimputable como para que se le aplique el régimen especial que la ley consagra para este tipo de personas, lo usual es que la sentencia que provenga del juzgamiento final del delito resulte en una absolución o quizás en la imposición de una medida de seguridad, sanciones éstas que se imponen por la calidad especial que ha presentado el procesado. Y he manifestado que esta sanción es lo usual pues, en el caso de los menores, su inimputabilidad se pierde con el tiempo, y por lo tanto en este caso quizás la sentencia varíe al resolver la causa.

Aun así, y como lo he dicho, lo común es que en este tipo de acciones se emita un pronunciamiento del juzgador con una medida de seguridad como sanción, y por lo tanto la medida provisional de seguridad aplicada sería correlativa a la medida de seguridad que se le impondría más adelante; esto sin que se entienda que se trató de un anticipo de pena, pues recordemos que la esencia de la medida provisional de seguridad es igualmente de corrección y prevención.

Pero alejándonos de este tema muy peculiar de las medidas provisionales de seguridad, debemos dejar indicado que las medidas cautelares y las medidas de seguridad difieren sustancialmente, y no sólo por las circunstancias en las que se las aplica, sino que, y principalmente, porque las medidas de seguridad persiguen un afán preventivo, evitando que nuevas acciones ilícitas sean cometidas, y alejando a los individuos de circunstancias que los puedan motivar a delinquir; mientras que las medidas cautelares tienen un carácter instrumental garantista, siendo útiles para que un proceso penal pueda gozar de una total eficacia al contar con todos los elementos probatorios, y sobre todo, poder aplicar una posible pena con la seguridad de contar con el acusado para dicho fin. Si bien podemos expresar, por ejemplo, que una medida cautelar busca, entre otros objetivos, el garantizar la seguridad del ofendido y de sus familiares y allegados privando de la libertad al procesado para alejarlo del núcleo familiar, una medida de seguridad también vela por la integridad

⁹⁶ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. Op. Cit. Página 370.

de la sociedad y del núcleo familiar al tratarse de un tema de violencia intrafamiliar, pero lo que las distingue es que la medida de seguridad busca prevenir nuevas infracciones extrayendo al individuo peligroso del núcleo de la sociedad, mientras que la medida cautelar priva de la libertad al procesado para garantizar que el ofendido pueda participar activamente del juicio sin temer por su vida o la de sus familiares, o al menos poder gozar de tranquilidad mientras se desarrolla el proceso en contra del posible infractor. Podemos notar aquí que es muy mínima la distinción, pero el afán preventivo versus el afán garantista sale a la luz, distinciones éstas que deben ser muy bien analizadas por los legisladores al momento de intentar mejorar la legislación insertando nuevas alternativas a la pena.

3.1.4.1 Legislación en contra de la violencia intrafamiliar

Como se ha mencionado en líneas anteriores, las medidas de seguridad, en la mayor parte de las legislaciones del mundo (pues como se indicó, en la legislación ecuatoriana no están formalmente abordadas ni reguladas), son incluidas dentro de la normativa que involucra la violencia intrafamiliar y demás normas destinadas a mujeres, niños, adolescentes y la familia en general. Claro está, también en la mayor parte de esas legislaciones su ley penal así mismo dedica varios artículos a las medidas de seguridad como sanciones alternativas y/o complementarias a las penas, regulando su aplicación, duración y calidad.

Ahora bien, nuestra legislación también contempla a las medidas de seguridad, pero de una forma indirecta, pues no existe una regulación expresa sobre estas medidas, ni siquiera un apartado en el Código Penal o de Procedimiento Penal. Aun así, es importante analizar las medidas de seguridad en nuestro país, y en ese sentido, resulta trascendental tomar a la normativa que rige a mujeres y niños, y además a la violencia intrafamiliar, para conocer en detalle las medidas de seguridad que de forma indirecta el legislador ha incluido en dichas leyes. Podemos empezar indicando que, en la propia Constitución de la República, al abordar los temas de los derechos de libertad, en especial lo relacionado con mujeres y niños, ya se ha consagrado una política estatal de prevención, protección y cuidado a favor de aquellos grupos vulnerables⁹⁷.

⁹⁷ Al respecto, el literal b del numeral 3 del artículo 66 de la Constitución de la República sostiene que el Estado reconoce y garantiza a las personas: *el derecho a la integridad personal, que incluye: b) una vida libre de violencia, en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas,*

En primer lugar existe la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia⁹⁸, norma legal que busca combatir la violencia ejercida en contra de la mujer dentro del círculo familiar, y en general establece normativa relacionada con las sanciones a causa de actos violentos en la familia, en especial en contra de la mujer. Es muy interesante tomar en cuenta lo manifestado en el artículo 1 de esta ley al expresar que, como su principal finalidad, busca proteger la integridad de la mujer y la familia “*mediante la prevención y la sanción de la violencia intrafamiliar y los demás atentados contra sus derechos y los de su familia*”. Como podemos notar, aquí aparece un carácter muy específico de las medidas de seguridad, la prevención, con lo que se deduce entonces que esta ley, más que imponer penas, buscará prevenir nuevas agresiones a la mujer o a la familia en general, además de sancionar las que han ocurrido.

En este sentido es que encontramos reguladas en esta ley las llamadas “*medidas de amparo*”, una serie de garantías, muchas de ellas a favor de la mujer, que buscan, entre otras cosas, cesar la violencia o las agresiones que se estén produciendo, y además prevenir el cometimiento de nuevas infracciones. Podemos destacar algunas de estas medidas de seguridad que se han aplicado en la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, específicamente en el artículo 13, encontrando:

- *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 si 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*

niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

⁹⁸ Ley publicada en el Registro Oficial N° 839 del 11 de Diciembre de 1995, vigente actualmente.

de Menores; y,

- *Ordenar el tratamiento al que deben someterse las partes y los hijos menores de edad si fuere del caso.*

Como podemos notar, todas estas medidas persiguen la prevención de nuevas agresiones, algo totalmente entendible para la legislación de la mujer y la familia, pues es natural que se impidan nuevas infracciones que usualmente afectan a los hijos y a la mujer que es comúnmente la agredida. Se ordena, por ejemplo, que el agresor salga de la vivienda pues resulta un riesgo para quienes conviven en ella, y además, se puede impedir su retorno a la casa familiar en caso de seguir constituyendo un peligro; se puede privar al o a los padres de la custodia de los menores, y además, disponer que los agresores se sometan al tratamiento adecuado, incluyendo a los hijos de ser necesario. Adicionalmente esta ley contempla a la figura del allanamiento en caso de ser necesario aplicarla para posteriormente ejecutar las medidas de amparo que disponga la Autoridad competente⁹⁹.

Otro punto interesante a analizar es lo que han recogido los artículos 22 y 23 de esta Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, pues consagran que las infracciones que de acuerdo a esta ley constituyan delitos, deberán ser sancionadas por los jueces de garantías penales competentes, quienes aplicarán las penas recogidas en la ley penal, sin perjuicio de las medidas de amparo que se hayan dispuesto. Es decir, éstas medidas de seguridad, como se expuso anteriormente, resultan complementarias a las penas, y son los jueces de garantías penales competentes los que decidirán si dichas medidas impuestas continúan vigentes para el sujeto procesado, las modifican, y las revocan. De esta forma queda probada la complementariedad de estas medidas de seguridad consagradas en la ley en mención. Finalmente para concluir el análisis de esta ley en lo concerniente a medidas de seguridad, es necesario conocer lo establecido en el artículo 18 del Reglamento a la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia¹⁰⁰, que expresamente señala: “**Art. 18.-** *Las medidas de amparo en favor de la parte agredida, son preventivas para proteger y evitar nuevos actos de violencia, por tanto serán de aplicación inmediata y serán dictadas por*

⁹⁹ Al respecto de las autoridades, y según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, en concordancia con la décima disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial, quienes son competentes para aplicar estas medidas de amparo son los jueces de contravenciones y los jueces de violencia contra la mujer y la familia, pero hasta que dichas dignidades sean creadas y nombradas, actualmente se encuentran encargados de esas competencias los intendentes y los comisarios nacionales.

¹⁰⁰ Reglamento publicado en el Registro Oficial N° 411 del 01 de Septiembre de 2004.

los comisarios(as); intendentes o jueces de Derecho". Si bien en la propia ley se puede notar el carácter preventivo de las medidas recogidas en dicho articulado, el reglamento reitera la calidad de preventivas de las medidas de amparo, con lo que queda demostrado que en nuestra legislación sí se han abordado a las medidas de seguridad, pero de forma indirecta, al menos dentro de la normativa para precautelar a la mujer y la familia.

Continuando con nuestro análisis de la legislación ecuatoriana en torno a las medidas de seguridad, otra ley en la que se las ha recogido de forma indirecta es en el Código de la Niñez y la Adolescencia¹⁰¹, norma en la cual se han regulado los mecanismos mediante los cuales la sociedad, el Estado y la familia, deben proteger y velar por el cuidado y la integridad de los niños y adolescentes. Al ser ellos los más vulnerables en casos de agresiones de familia o maltratos, esta ley ha recogido algunas disposiciones tendientes a prevenir y sancionar dichas agresiones. En este sentido, el artículo 74 de la mencionada ley contempla la prevención y las políticas que adoptará el Estado con el fin de proteger a los niños y adolescentes, entre las que podemos destacar la prevención e investigación de los casos de maltrato y abuso a menores, la reinserción familiar, el apoyo a las personas que están al cuidado de niños y adolescentes, etc., todas éstas procurando un sistema estatal de protección integral a favor de los menores. Pero es en el artículo 79 de la mencionada ley en donde se han recogido las llamadas "*medidas de protección*", instrumentos con los cuales el legislador ha plasmado herramientas tendientes a prevenir y proteger a los niños y adolescentes. Algunas de las medidas de seguridad (en esta ley llamadas medidas de protección) recogidas en este artículo 79 son:

- *Custodia familiar o acogimiento institucional;*
- *Inserción del niño, niña o adolescente y su familia en un programa de protección y atención;*
- *Amonestación al agresor;*
- *Inserción del agresor en un programa de atención especializada;*
- *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; y de reingreso de la víctima, si fuere el caso;*
- *Prohibición al agresor de acercarse a la víctima o mantener cualquier tipo de contacto*

¹⁰¹ Publicado en el Registro Oficial N° 737 del 03 de Enero de 2003.

con ella;

- *Prohibición al agresor de proferir amenazas, en forma directa o indirecta, contra la víctima o sus parientes;*
- *Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña;*
- *Suspensión del funcionamiento de la entidad o establecimiento donde se produjo el maltrato institucional, mientras duren las condiciones que justifican la medida;*
- *Participación del agresor o del personal de la institución en la que se haya producido el maltrato institucional, en talleres, cursos o cualquier modalidad de eventos formativos.*

Resulta interesante entonces conocer que en esta ley sí se han establecido medidas de seguridad, ante todo para prevenir que los niños y adolescentes sean víctimas de agresiones o maltratos o algún tipo de atentado contra sus derechos, protegiéndolos, y además previniendo que vuelvan a acontecer infracciones contra su integridad. De las medidas de protección antes citadas podemos encontrar muchas que cumplen con un afán preventivo, reuniendo las condiciones para ser consideradas medidas de seguridad. Por ejemplo, ordenar al agresor que salga de la vivienda que comparte conjuntamente con el menor agredido, o que el agresor sea insertado en un programa de atención especializada, o la prohibición de que el agresor se acerque a la víctima o a sus familiares, constituyen medidas de prevención que buscan evitar nuevos actos de intimidación o agresión a los menores.

Igualmente el artículo 94 de la presente ley aborda nuevas medidas de protección que pueden aplicarse en conjunto con el resto de medidas de seguridad contempladas en el Código de la Niñez y Adolescencia, medidas éstas que están enfocadas específicamente a frenar y prevenir el uso, abuso y explotación de menores en actividades laborales. Las medidas de protección recogidas en este artículo guardan igualmente varios aspectos de prevención que las convierten en medidas de seguridad. Así por ejemplo, éstas nuevas medidas de protección contemplan la separación temporal del niño del medio familiar o del agresor, además de la inserción del menor en algún programa de protección y la separación de la actividad laboral que estaba realizando. Como se puede notar, éstas medidas buscan, en un primer punto, interrumpir y frenar la explotación de la que son víctimas los menores, y en segundo lugar, prevenir que nuevamente sean utilizados en labores no aptas para su condición humana.

Pero es a partir del artículo 215 de este Código de la Niñez y la Adolescencia que el

legislador a regulado de forma sucinta y detallada a las medidas de protección, muchas de las cuales resultan ser también medidas de seguridad. En este sentido es importante en primer lugar citar algunas partes pertinentes de distintos artículos que recogen disposiciones relativas a la prevención y protección de los niños a adolescentes. Así, el artículo 215 del Código de la Niñez y Adolescencia sostiene que las medidas de protección se aplican “*cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación*”, refiriéndose a los derechos de los niños; indicando además que las medidas de protección consisten en “*determinadas acciones con el objeto de hacer cesar el acto de amenaza, restituir el derecho que ha sido vulnerado y asegurar el respeto permanente de sus derechos*”. Podemos entonces deducir, por las expresiones citadas, que las medidas de protección buscan proteger a los niños, intentando frenar la acción infamatoria al considerar que existe un riesgo inminente de agresión, o también prevenir nuevas infracciones garantizando que habrá un respeto permanente a los derechos de los menores. Así mismo, recogiendo otra característica propia de las medidas de seguridad, estas medidas de protección pueden disponerse en forma individual o conjunta, sin perjuicio de que se impongan otras medidas de protección que fueran expuestas en líneas anteriores; pero además el artículo 216 de este Código abre la posibilidad de que al agresor, además de haber decretado medidas de protección, se le apliquen penas y sanciones por las agresiones cometidas, con lo que se demuestra una vez más que las penas y las medidas de seguridad pueden ser complementarias.

Ya en el artículo 217 de la ley se enumeran las medidas de protección reguladas en este apartado, distinguiéndolas primeramente entre medidas de protección judiciales y administrativas¹⁰². Entre las principales medidas de protección administrativas que guardan un carácter preventivo, podemos citar:

- *Las acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés del*

¹⁰² Es importante indicar en este punto que, como se señaló al analizar las generalidades de las medidas de seguridad, el carácter administrativo de las mismas es innegable, y esto las asemeja a las medidas administrativas de policía; este carácter administrativo se da por la revocabilidad y discrecionalidad de las medidas. Por lo tanto, no se está desvirtuando esta caracterización, sino más bien el legislador ha decidido clasificarlas en relación a la forma en la que son aplicadas estas medidas de protección: algunas pudiendo ser dictadas por cualquier autoridad competente, mientras que otras sólo pueden ser dictadas por las autoridades judiciales investidas de jurisdicción, además deben ser precedidas por un proceso judicial. Esta clasificación no impide en ninguna forma que varias de estas medidas de protección sean también medidas de seguridad.

niño, niña o adolescente;

- *La orden de inserción del niño, niña o adolescente o de la persona comprometidos en la amenaza o violación del derecho, en alguno de los programas de protección que contempla el Sistema y que, a juicio de la autoridad competente, sea el más adecuado según el tipo de acto violatorio, como por ejemplo, la orden de realizar las investigaciones necesarias para la identificación y ubicación del niño, niña o adolescente o de sus familiares y el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal del niño, niña o adolescente, la orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, tal como: imponer a los progenitores la inscripción del niño, niña o adolescente en el Registro Civil o disponer que un establecimiento de salud le brinde atención de urgencia o que un establecimiento educativo proceda a matricularlo, etc.;*
- *El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado; y,*
- *La custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda.*

Se las llama administrativas por cuanto pueden ser dictadas por los Jueces competentes de la Niñez y Adolescencia, o por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos¹⁰³. Guardan disposiciones de carácter preventivo al poder disponer, por ejemplo, el acogimiento temporal del menor en algún hogar o entidad de protección hasta poder precautelar totalmente su integridad; o la inserción del menor en algún programa de protección con el fin de sustraer al menor del ambiente de agresión y violencia en el que se encontraba inmerso. Este tipo de acciones son tomadas por la Autoridad cuando ha llegado a su conocimiento algún caso de agresión a menores o adolescentes, buscando detener las agresiones, y prevenir el cometimiento de nuevas infracciones sustrayendo al menor de la situación de riesgo en la que se encuentra.

Las medidas de protección judiciales que también recoge este Código son el acogimiento familiar y acogimiento institucional, y la adopción, medidas llamadas judiciales pues sólo pueden ser aplicadas por los Jueces competentes de la Niñez y la Adolescencia, cumpliendo previamente con un proceso judicial establecido en la propia

¹⁰³ Tal como lo ha definido el artículo 205 del Código de la Niñez y Adolescencia, las Juntas Cantonales de Protección de Derechos son “*órganos de nivel operativo, con autonomía administrativa y funcional, que tienen como función pública la protección de los derechos individuales y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, en el respectivo cantón*”.

ley. Es interesante analizar este tipo de medidas de protección a la luz de las características de las medidas de seguridad, puesto que la característica común de estas tres medidas de protección judiciales es la prevención al abandono de los menores. En este sentido, el acogimiento familiar busca integrar al menor en una familia que le pueda brindar todas las garantías necesarias como para poder desarrollarse normalmente; el acogimiento institucional, que se da cuando no ha sido posible el acogimiento familiar, igualmente busca que el menor tenga las garantías básicas para su desarrollo dentro de una institución especializada; y finalmente el proceso de adopción mediante el cual el menor pasa a formar parte de una familia plenamente integrada, previa verificación y constatación de las autoridades, en donde se busca que continúe con su vida normal, sintiéndose parte de un núcleo familiar.

Finalmente podemos decir al respecto de estas medidas de protección que, al tener muchas de ellas la naturaleza de una medida de seguridad, pueden ser modificadas, revocadas o sustituidas, previo consentimiento y autorización de la autoridad competente que las dictó.

Y siguiendo con el análisis de este Código de la Niñez y la Adolescencia, encontramos reguladas a partir del artículo 369 de esta ley a las medidas socioeducativas, aquellas que están relacionadas con la culpabilidad de un adolescente por una infracción tipificada como delito. Es decir, son medidas que se aplican a los adolescentes en un equivalente a las penas que se aplicarían a una persona adulta responsable de un delito. Muchas de estas medidas socioeducativas guardan también un carácter preventivo, por lo que también se constituyen en medidas de seguridad. De este modo entonces podemos citar algunas de estas medidas socioeducativas consagradas en el artículo 369 del Código en mención, y que guardan las características de medidas de seguridad:

- **Libertad asistida.**- *Es un estado de libertad condicionada al cumplimiento de directrices y restricciones de conducta fijadas por el Juez, sujeta a orientación, asistencia, supervisión y evaluación;*
- **Internamiento domiciliario.**- *Consiste en una restricción parcial de la libertad por la que el adolescente infractor no puede abandonar su hogar, excepto para asistir al establecimiento de estudios o de trabajo;*
- **Internamiento de fin de semana.**- *Es una restricción parcial de la libertad en virtud de la cual el adolescente está obligado a concurrir los fines de semana al centro de internamiento*

para cumplir las actividades de su proceso de reeducación, lo que le permite mantener sus relaciones familiares y acudir normalmente al establecimiento de estudios o de trabajo;

- ***Internamiento con régimen de semi-libertad.-*** *Consiste en la restricción parcial de la libertad por la que el adolescente infractor es internado en un centro de internamiento de adolescentes infractores, sin impedir su derecho a concurrir normalmente al establecimiento de estudio o de trabajo; y,*
- ***Internamiento institucional.-*** *Es la privación total de la libertad del adolescente infractor, que es internado en un centro de internamiento de adolescentes infractores. Esta medida se aplica únicamente a adolescentes infractores mayores a catorce años de edad y por infracciones que en la legislación penal ordinaria son sancionadas con reclusión. A los adolescentes menores a catorce años, se les aplicará únicamente en los delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte.*

De esta forma comprobamos que ciertas medidas socioeducativas también son medidas de seguridad, en ese caso aislando al adolescente peligroso de la sociedad y controlando fuertemente su independencia y libertad con el fin de evitar que vuelva a vincularse a aquellos elementos que le podrían motivar a delinquir. Tanto el internamiento domiciliario como el internamiento con régimen de semi-libertad son dos medidas de seguridad que cumplen con el objetivo de prevenir el cometimiento de nuevas infracciones al privar parcialmente la libertad al menor infractor, y regulando sus actividades con el fin de que pueda cumplir con sus estudios o con su trabajo, alejado de incentivos que le podrían motivar a regresar a su estado de peligrosidad. Igualmente las restantes medidas de seguridad cumplen su fin preventivo al regular de forma estricta las actividades de los adolescentes, pero ante todo, demuestran que están al servicio del infractor como ser humano, respetando su derecho a estudiar o a trabajar. La finalidad de estas medidas socioeducativas es evitar que el adolescente reciba un trato igual o peor que el adulto infractor; lo que interesa aquí es que el adolescente pueda recuperar su juventud y dedique su tiempo al estudio y/o al trabajo, siendo desde temprana edad un ente productivo para la sociedad. Igualmente éstas medidas socioeducativas pueden disponerse de forma individual o colectiva, y además, son sustituibles o modificables de acuerdo al criterio del juez que las haya ordenado y de la petición de la parte interesada.

Y concluyendo con el análisis de este Código, podemos resaltar además lo expresado en el artículo 387 de la norma en mención, en la que se ha plasmado una especie de

política criminal adolescente al indicar que *es responsabilidad del Estado y de la sociedad definir y ejecutar conjuntamente las políticas, planes, programas y acciones encaminados a la formación integral de los adolescentes y a la prevención de infracciones de carácter penal, y destinar los recursos necesarios para ello*, con lo que deducimos el espíritu de esta ley al intentar que el menor o el adolescente esté alejado de vicios y malas influencias, y prevenir que un futuro no muy lejano pase a convertirse en un individuo peligroso y una persona indeseable en la sociedad.

Resulta igualmente interesante en este punto analizar algunas disposiciones de diferentes legislaciones, todas relativas a la violencia intrafamiliar y defensa de la mujer y los niños, en donde se han plasmado también medidas de seguridad y medidas cautelares para prevenir y proteger al núcleo de la sociedad, y a los menores. Así, en primer lugar tomaremos como ejemplo a la legislación argentina en donde existen, a más de medidas de seguridad, medidas cautelares propias de procesos judiciales en donde el tema litigioso es la estabilidad familiar y la protección de la mujer y los hijos. En este caso las medidas cautelares no difieren sustancialmente de las medidas acogidas en las leyes penales dirigidas a garantizar, por ejemplo, la comparecencia del procesado a juicio. Lo que sí es importante diferenciar es que estas medidas cautelares de los procesos de familia persiguen un cumplimiento anticipado de la pretensión que se persigue en el proceso principal. Por ejemplo, si es que con un proceso de familia se busca la salida de conviviente agresor, la medida cautelar que se dicta sería la expulsión anticipada de dicho sujeto del hogar, al menos hasta que se resuelva el conflicto familiar. En otras palabras, estas medidas cautelares buscan asegurar el derecho cuyo reconocimiento se persigue con el litigio principal. Otros ejemplos de este tipo de medidas cautelares en el procedimiento familiar son la fijación provisional de alimentos, o la dirección del hogar a cargo de uno de los cónyuges. Aún así, éstas medidas cautelares no dejan a un lado sus características propias como la instrumentalidad, la proporcionalidad, la revocabilidad, etc., características que las hacen distintas y sujetas siempre a la consecución del proceso principal del que nacieron. De esta manera entonces podemos mencionar a breves rasgos una institución muy interesante dentro de la legislación argentina especializada en familia: las llamadas medidas autosatisfactivas. Nacen de la necesidad, al menos en los casos en donde están involucrados menores de edad y donde está de por medio el futuro familiar, de una justicia rápida y efectiva, en donde los resultados no se hagan esperar por tiempos procesales o

etapas que dilatarían más la resolución del conflicto, evitando así una efectiva interrupción de la agresión o la infracción que se está cometiendo. La medida autosatisfactiva ha sido definida como “*un requerimiento <urgente> formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad...¹⁰⁴”*, definición de la que podemos deducir que estas medidas, a diferencia de las cautelares, no son instrumentales ni accesorias a un proceso principal, por lo tanto, ellas en sí mismas son un proceso que se agota con su ejecución, y sobre todo, no están sujetas a caducidades que se podrían derivar de un proceso principal. Su ejecución se ve justificada por la urgencia de las circunstancias, inclusive llegándose a dictar sin ningún tipo de sustanciación, esto sin que se deje de permitir al destinatario que pueda defenderse y lograr una justa aplicación de sus derechos. Las distinciones entre las medidas autosatisfactivas y las medidas cautelares son muchas, no solo por el hecho de que no dependen ni nacen de un proceso principal, sino que además, no aseguran para nada una efectiva aplicación de una sentencia, puesto que ellas mismas constituyen la resolución final, y por lo tanto se agotan al ejecutarlas. Son igualmente medidas independientes y autónomas pues además de nacer sin necesidad de ser presididas por un proceso principal, su ejecución no involucra tampoco la iniciación de un proceso posterior.

Pero al ser medidas de ejecución inmediata, importan también el cumplimiento de una serie de requisitos y de elementos probatorios que le permitan a la Autoridad dictar este tipo de medidas considerando la urgencia de los hechos y la imperiosa necesidad de aplicación de una medida autosatisfactiva. Ahora bien, como podemos deducir de lo que se ha analizado hasta el momento dentro de la legislación de familia, muchas de las medidas que aquí se aplican, persiguen la protección de los involucrados y una prevención al tratar de cualquier forma de alterar el entorno violento en el que se suscitaron los hechos. Entonces también las medidas cautelares dentro del proceso de familia, además de cumplir con la serie de fines descritos cuando se las analizó en detalle, también encierran un afán de protección y de prevención, cosa que las distinguiría igualmente de las medidas autosatisfactivas pues éstas resuelven lo acontecido aplicando instrumentos directos y efectivos, sin necesidad de un trámite judicial previo. Intentando arrojar un ejemplo, si se

¹⁰⁴ NAVEDA, Silvana Noelia. *Las Medidas Cautelares en el Procedimiento de Familia*; en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional: Medidas Cautelares*. DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL Y PRÁCTICA PROFESIONAL. Córdoba – Argentina, Serie N° 8, 2004, Página 160.

busca la salida de uno de los cónyuges del hogar común, con una medida cautelar se lo podría lograr previa la iniciación de un juicio principal por violencia intrafamiliar; una medida autosatisfactiva sería la expulsión inmediata del agresor justificando la urgencia y la necesidad de la salida por el riesgo que corre la familia y los menores de edad que integran ese colectivo.

Todo este carácter urgente de aplicación de medidas es una tónica común en todo lo referente a temas familiares dentro de la legislación argentina. Es interesante por ejemplo, en el campo civil dentro de una causa por divorcio, lo que expresamente señala el artículo 233 del Código Civil argentino al disciplinar que *durante el juicio de separación personal o de divorcio vincular, y aun antes de su iniciación en caso de urgencia, el juez dispondrá, a pedido de parte, medidas de seguridad idóneas para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro. Podrá asimismo, ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de que fueren titulares los cónyuges.* Y esto resulta entendible al tener presente que el núcleo de la sociedad es la familia, y por lo tanto, requiere de una intervención rápida y prioritaria por parte de la justicia con el fin de frenar abusos y poner a buen recaudo todo lo que involucre al medio familiar en cuestión. Lo que también es una característica común en este tipo de medidas es que la mayoría de éstas logran cumplir anticipadamente con el derecho que se persigue, y en el caso de las medidas autosatisfactivas, dan ejecución a la pretensión de la parte actora, brindando así una solución veloz y eficaz a temas de conflictos y violencia intrafamiliar; la pretensión perseguida es alcanzada casi en su totalidad con la aplicación de una de estas medidas. Finalmente respecto a este tema de las medidas autosatisfactivas es importante indicar que las mismas aún no han sido contempladas dentro de la legislación de manera formal, más su tratamiento de modo indirecto en varias normas lleva a la imperiosa tarea legislativa de incluirlas y regularlas.

Posteriormente podemos seguir analizando las medidas tanto cautelares como de seguridad en el ámbito de violencia intrafamiliar, dentro de otra legislación que difiere de la nuestra. En este caso analizaremos a la legislación española enfocada en la violencia doméstica y en la violencia de género. Como se mencionó, en este aspecto igualmente la mayor parte de las medidas contempladas en esta legislación (llamadas medidas de protección integral), tienen como objetivos primordiales el sancionar, prevenir, y ante todo

erradicar este tipo de violencia, brindando así mismo asistencia y protección a las víctimas. En España existe la Ley Integral contra la Violencia de Género¹⁰⁵, norma en la que se han recogido una serie de disposiciones y regulaciones tendientes a normar y sancionar todo lo relativo a las infracciones cometidas contra las mujeres, y en algunos casos también en contra del núcleo familiar. Como instrumento fundamental de esta ley se recogió la llamada “orden de protección”, mediante la cual se brinda a la persona afectada *un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración Pública*¹⁰⁶. Podemos decir entonces que esta orden de protección encierra un conjunto de medidas dirigidas no solo a casos de violencia de género, sino además a casos de violencia doméstica, y general, infracciones cometidas dentro de ese contexto que involucren faltas contra la vida, contra la libertad sexual, contra la integridad física o moral de la víctima, o contra su seguridad. Esta orden de protección se encontraba reconocida en otros instrumentos legales, pero a partir de la Ley Integral contra la Violencia de Género, la orden de protección se extendió a los casos donde la mujer sea la persona afectada. Como se había mencionado, ésta orden de protección no es en sí misma una medida cautelar, sino que por el contrario, constituye un estado integral de la persona, compuesto por medidas cautelares tanto penales como civiles, y además otras medidas de protección tendientes a facilitar la labor de protección y cuidado en casos de violencia. Así por ejemplo, y teniendo como base el hecho de que las medidas cautelares en el ámbito de la protección familiar y de género encierran mayores objetivos como la prevención de los delitos y la protección de las víctimas, podemos encontrar medidas cautelares penales como la detención, la prisión provisional, la salida del agresor del domicilio familiar, prohibición de residir en un determinado lugar, prohibición de visitar determinadas calles o barrios, etc., todas ellas como parte de la orden de protección que se le concede a la víctima. Adicionalmente es interesante conocer que, precaviendo el legislador español circunstancias como la apelación que impediría que siga vigente una medida cautelar luego de la sentencia, ha dado paso a la posibilidad de que éstas medidas

¹⁰⁵ Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹⁰⁶ Quinto Numeral del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - España; en DÍAZ PITA, María Paula. “Violencia Doméstica y Violencia de Género: El Sistema Español de Medidas Judiciales de Protección y de Seguridad”. *Revista de Derecho Procesal Penal*, Vol. 2, España, 2008, Página 635.

cautelares en el ámbito de la violencia de género, puedan continuar vigentes hasta en forma posterior al pronunciamiento de la sentencia, adoptando entonces la figura de las medidas de seguridad. De igual forma la orden de protección contempla también medidas cautelares civiles como la atribución y uso de la vivienda familiar, limitación del régimen de visitas, suspensión de la patria potestad, regulación provisional de alimentos, etc., todas éstas teniendo como característica común su duración máxima de 30 días a partir de lo que se haya emitido la orden de protección, a diferencia de las medidas cautelares penales. De esta manera entonces en España se ha dado un paso importante dentro del tema de la protección integral a la mujer, la familia, y los menores, así como también legislación en contra de la violencia de género y violencia doméstica.

Podemos deducir también del análisis de esta legislación que existen medidas cautelares con caracteres muy propios y especiales, igualmente persiguiendo objetivos comunes como la prevención y la protección. La legislación española no las ha considerado como medidas de seguridad a aquellas que no persiguen una finalidad propia de las medidas cautelares, pero por la circunstancia especial de abordar temas de violencia doméstica y de género, la acción cautelar aquí ha ampliado su marco de acción cumpliendo ciertos objetivos adicionales, un caso muy especial de las medidas cautelares dentro del procedimiento de violencia intrafamiliar.

Finalmente dentro de este punto resulta necesario realizar algunas puntualizaciones básicas, y es que en primer lugar, hoy por hoy es una política de estado la priorización de leyes y procedimientos que frenen y regulen la violencia intrafamiliar. Bajo este argumento, muchas legislaciones han sufrido variaciones importantes, y se han creado normas muy puntuales respecto a estos temas. Bajo este marco es que podemos encontrar medidas cautelares que difieren muchas veces de las directrices ya establecidas bajo las cuales debe desarrollarse la normativa cautelar. El cuidado y la protección a la familia y el freno a la violencia en contra de la mujer y el núcleo familiar en su conjunto han sido las claves para que los legisladores puedan romper los moldes de la normativa ya existente, y establezcan disposiciones únicas en su especie, que pueden aplicarse sólo en los casos estrictamente establecidos en la ley. Muchas disposiciones pueden encerrar algún tipo de violación a derechos o garantías constitucionales, justificándose esto quizás en la prioridad que da la sociedad a la estabilidad familiar y la protección a mujeres y niños. Son igualmente muy comunes en este tipo de legislaciones de familia las medidas de seguridad

que buscan ante todo una prevención de los conflictos, así como un freno inmediato a las agresiones que puedan estarse cometiendo. Es por lo tanto trascendental conocer estas distinciones de índole legislativo, pues muchas de las disposiciones contenidas en este tipo de leyes no pueden ni deben ser extraídas para su uso en la normativa que rige la vida diaria de la sociedad, ya que su uso cotidiano podría ser muy perjudicial y confuso para la vida jurídica de la sociedad. Ésta normativa es necesaria en un ordenamiento jurídico, pero su implementación debe estar estrictamente señalada en la ley, con sus correspondientes límites y sus excepciones. Su correcta aplicación y distinción dependerá en muchas ocasiones del legislador.

3.2 Las penas peculiares del delito

Abordaremos éste apartado con la finalidad de poder establecer una comparación entre las penas peculiares del delito y las medidas cautelares, tema macro de esta disertación. Resulta importante este análisis pues se deben establecer las diferencias existentes entre estos dos instrumentos legales, sobre todo para entender la naturaleza legal de las actuales medidas cautelares en el Código de Procedimiento Penal, y conocer si nuestra legislación ha tenido o no nuevos aportes a la actividad cautelar en los últimos años.

3.2.1 Generalidades

En primer lugar debemos establecer el origen de las penas peculiares del delito. En su estricta acepción, la pena puede ser definida como “*sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados*¹⁰⁷”, mientras que la peculiaridad es una característica que se refiere a las propiedades o características privativas de determinado objeto o de una persona. Por lo tanto, podemos entender que las penas peculiares del delito son aquellas sanciones propias o especiales de acuerdo al delito que se haya cometido. No se pueden aplicar las mismas penas a todos los delitos, pues algunos que no revisten de mayor gravedad pueden ser sancionados con una pena pecuniaria, o con un tiempo menor de privación de libertad que el que se aplicaría a un delito considerado grave. Igualmente, las condiciones en que se priva de la libertad a una

¹⁰⁷ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental: edición actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Buenos Aires – Argentina, Editorial HELIASTA, decimoséptima edición, 2005, Página 291.

persona difieren de acuerdo al delito cometido y a la sanción que esté establecida en la ley. Todas estas condiciones a tomar en cuenta para la aplicación de una pena constituyen las penas peculiares del delito, es decir, todos esos matices o posibilidades que aplica el juzgador al momento de dictar una pena. Cada delito debe estar tipificado en la ley con su respectiva pena, lo que lo hace peculiar y propio. Algunos autores pueden considerar que las penas peculiares del delito son una clasificación de las penas pues aquí se hallan especificadas las distintas sanciones que puede conllevar el cometimiento de un delito.

Pero para poder comprender de mejor manera lo antes enunciado, a continuación citaremos el artículo 51 del Código Penal en donde se encuentran contempladas las penas peculiares del delito:

Art. 51.- Las penas aplicables a las infracciones son las siguientes:

Penas peculiares del delito:

1.- Reclusión mayor;

2.- Reclusión menor;

3.- Prisión de ocho días a cinco años;

4.- Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles;

5.- Sujeción a la vigilancia de la autoridad;

6.- Privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios; y,

7.- Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público.

Penas peculiares de la contravención:

1.- Prisión de uno a siete días.

2.- Multa.

Penas comunes a todas las infracciones:

1.- Multas.

2.- Comiso Especial.

Podemos empezar el análisis de este artículo indicando que aquí se encuentran contempladas todas las posibles sanciones que se pueden aplicar a las infracciones que se cometan dentro del territorio ecuatoriano. Es decir, además de las penas comunes que se pueden aplicar posteriormente al cometimiento de cualquier infracción, existen además penas específicas para sancionar las contravenciones y los delitos. Cada delito, como se

indicó, tiene especificada la pena que se aplicará en caso de ser cometido, penas que varían de acuerdo a la gravedad de la infracción, la forma en la que se la haya perpetrado, las condiciones propias del delito sancionado, etc. Las penas peculiares del delito entonces contemplan las diferentes sanciones que pueden aplicarse de acuerdo a la infracción cometida.

Y esta especificación de las penas que puede contemplar un delito constituye adicionalmente un derecho de todo ciudadano, en concordancia con el principio de legalidad, puesto que es necesario que cada delito que esté tipificado en la legislación contenga además la pena que se prevé en caso de cometerlo. Es decir, a disposición de toda persona debe encontrarse la conducta atípica y antijurídica que ha sido catalogada como delito, y adicionalmente la pena que se impondrá en caso de cometerla. En este sentido podemos encontrar lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República, en el marco de los derechos de protección, en donde de manera enfática se ha señalado que *“nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal... ..ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”*. Es por lo tanto necesaria la existencia de las penas peculiares del delito con el único objetivo de que sea la propia normativa penal la que abarque todas las sanciones posibles que se pueden imponer por el cometimiento de una infracción, sea ésta un delito o una contravención.

3.2.2 Clases

Conforme se desprende del artículo antes citado, podemos ensayar una clasificación de las penas peculiares del delito conforme la numeración que la propia ley ha establecido:

- **Reclusión mayor.-** La palabra reclusión implica una privación de libertad, y sobre todo, un aislamiento. En un sistema penitenciario, la reclusión es la mayor de las penas, incluso de aquellas que involucran una pérdida de la libertad. El artículo 53 del propio Código Penal aborda a la reclusión mayor, especificando, en primer lugar, que se debe llevar a cabo en los Centros de Rehabilitación Social del país, y dividiéndola en reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años y, de ocho a doce años; extraordinaria de doce a dieciséis años; y especial de dieciséis y veinte y cinco años. Podemos notar aquí que la reclusión mayor se constituye en el período

de privación de libertad más largo que contempla nuestra legislación. Delitos como el plagio cuando la víctima no haya recuperado su libertad hasta el momento de dictarse sentencia, y además aparezca muerta o violada, es sancionado con el máximo de la pena de reclusión mayor especial; así como el delito de tráfico de órganos que es sancionado con una pena de reclusión mayor extraordinaria.

- **Reclusión menor.-** Consagrada en el artículo 54 del Código Penal, de igual forma debe ser cumplida en los Centros de Rehabilitación Social del país, pudiendo ser ordinaria de tres a seis años, y de seis a nueve años; o extraordinaria de nueve a doce años de privación de libertad. Se distingue de la reclusión mayor pues ésta no contempla aislamiento del recluso, y además, la privación de libertad debe ser combinada con trabajos de reeducación o trabajos en talleres comunes, o también podrán salir del centro de reclusión para trabajos únicamente en colonias penales agrícolas. Como se dijo, aquí no está permitido el aislamiento de los penados, a no ser que se trate de castigos reglamentarios que no podrán sobrepasar los ocho días de duración. Delitos como el turismo sexual son sancionados con penas de reclusión menor, aplicándose la mayor pena cuando están involucradas personas menores de edad.
- **Prisión de ocho días a cinco años.-** También llamada prisión correccional, deberá cumplirse en las cárceles del respectivo cantón o en las de la capital de la provincia, o en secciones especiales de las penitenciarías, según lo dispone el artículo 55 del Código Penal. Los privados de su libertad por prisión correccional deberán ocupar su tiempo en talleres comunes o en los reglamentarios. Delitos como la rebelión son sancionados con una pena de prisión correccional.
- **Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles.-** Podemos definir a la interdicción como *“el estado de una persona a quien judicialmente se ha declarado incapaz, privándola de ciertos derechos, bien por razón de delito o por otra causa prevista en la ley¹⁰⁸”*. Por lo tanto, la interdicción viene dada como una pena complementaria a la sanción de un delito. El artículo 56 del Código Penal establece los casos en los que se impondrá una pena de interdicción, indicando que

¹⁰⁸ *Ibidem.*, Página 204.

cuando una persona ha recibido una sentencia condenatoria con pena de reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, o una pena de reclusión menor extraordinaria, recibe igualmente su interdicción, convirtiéndose el reo en una persona incapaz desde que se ejecutorie la sentencia que lo condenó, privándolo además de la capacidad de disponer de sus bienes durante el tiempo que dure la condena. En casos de reincidencia o de una concurrencia de delitos que contemplen una pena de reclusión, el reo de reclusión menor ordinaria también será interdicto, por disposición legal expresa. De igual forma el artículo 60 del Código Penal contempla también otra forma de interdicción al expresar que *toda sentencia que condene a reclusión o a prisión causa la suspensión de los derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena; pero en los casos que determina expresamente este Código, los jueces y tribunales podrán imponer la suspensión de tales derechos, por un término de tres a cinco años, aunque la prisión no pase de seis meses*. Es decir, la interdicción se vuelve una pena complementaria que impide al reo ejercer de forma plena todos sus derechos como ciudadano, durante el tiempo en que se encuentre privado de su libertad.

- **Sujeción a la vigilancia de la autoridad.-** Este tipo de pena puede ser aplicada, tal como lo dispone el artículo 61 del Código Penal, con posterioridad al cumplimiento de la pena. Ésta sujeción a la vigilancia de la autoridad, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 57 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, consiste en una guardia posterior que se puede imponer a quien haya cumplido una pena, ya sea de prisión correccional o de reclusión. Ésta guardia implica que, en primer lugar, el reo no podrá acercarse a determinados lugares que serán debidamente indicados por el juez o por el director del respectivo centro de rehabilitación, y además, el reo deberá indicar su lugar de residencia, del cual no podrá trasladarse sin el permiso de la autoridad de policía del sector. Además, el sujeto recibirá un itinerario de actividades en donde se especificará también el tiempo de permanencia en cada lugar de tránsito. Conforme lo dispuesto en el artículo 62 del mismo Código Penal, los sentenciados a pena de reclusión, luego de cumplirla, pueden también ser obligados a someterse a una vigilancia especial de la autoridad durante un tiempo de entre cinco años a diez años; pero en caso de reincidencia o de cometer otro delito con pena de reclusión, la vigilancia podrá

durar toda la vida. Como un ejemplo claro de ésta sujeción a vigilancia de la autoridad encontramos el artículo 372 del Código Penal en donde se ha regulado el delito de asociación ilícita, y para aquellos sujetos condenados a una pena de prisión correccional por éste delito, se les puede imponer adicionalmente una vigilancia especial de la autoridad de dos años por lo menos, o un máximo de cinco años. Como comentario, si analizamos detalladamente las características de esta pena peculiar del delito, en donde su aplicación es posterior al cumplimiento de una pena, y cuyo fin es prevenir el nuevo cometimiento de delitos obligando al sujeto peligroso a estar en constante vigilancia de la autoridad, podemos deducir que nos encontramos frente a una medida de seguridad que complementa la acción punitiva de la pena, y se enfoca en el sujeto que cometió la infracción al someterlo a una vigilancia especial.

- **Privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios.-** Otra de las penas complementarias a una de prisión o reclusión es aquella en donde el juez puede prohibir al condenado que ejerza determinada profesión, arte u oficio, siempre que el delito por el que fue condenado haya sido cometido en el ejercicio de dicho trabajo. Podríamos considerar también a ésta pena como una medida de seguridad en nuestra legislación, medida que sobre todo busca prevenir el cometimiento de nuevos delitos prohibiendo a la persona condenada que vuelva a ejercer su profesión y pueda cometer nuevamente otro delito por el que ya fue condenado. Varios son los artículos dentro de nuestro Código Penal que contemplan ésta prohibición de ejercer una determinada profesión, arte u oficio. Por ejemplo, en el caso de los delitos de soborno a testigos, peritos o intérpretes, o el uso de testigos o peritos falsos, y si el delito es cometido por un abogado, éste “profesional” puede ser prohibido de volver a ejercer la abogacía como profesión, de forma definitiva; o en el caso del delito de pornografía infantil en donde el sujeto produzca u organice eventos pornográficos donde intervengan menores de edad, la ley también contempla para éstos delitos la inhabilidad para ejercer la profesión, arte u oficio del condenado.
- **Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público.-** Es otra de las penas peculiares del delito que podríamos considerarla como medida de

seguridad, puesto que su imposición es complementaria a la de una pena de reclusión, y busca la prevención de nuevos delitos que se hayan cometido por parte de un funcionario público en ejercicio de su cargo o de sus funciones estatales. Comúnmente esta medidas es impuesta como complemento a la sanción por delitos cometidos en ejercicio de un cargo público como el enriquecimiento ilícito, el desfalco o el peculado. El propio artículo 257 del Código Penal regula este tipo de delitos, en especial aquellos que tienen que ver con malversación de fondos públicos o desvío de éstos, y además de imponer una pena de reclusión mayor, contempla también la inhabilidad perpetua para el desempeño de todo cargo o empleo público contra los condenados por este tipo de delitos.

3.2.3 Las medidas cautelares y las penas peculiares del delito

En este punto podemos destacar algunas diferencias entre lo que son las medidas cautelares y las penas peculiares del delito, a pesar de que anteriormente ya se realizó una comparación amplia entre aquellas medidas y las penas (teniendo como argumento que las penas peculiares del delito son una clasificación de las penas). En primer lugar, tal como su nombre lo indica, las medidas cautelares difieren sustancialmente de las penas peculiares del delito, por el simple hecho de que aquellas medidas no constituyen ningún tipo de pena o sanción, y es más, lo que se debe evitar a toda costa es que una medida cautelar se constituya en una pena anticipada. Las medidas cautelares son impuestas en contra de personas que, siendo inocentes, se presume que estando en una completa libertad ambulatoria, pudieran dificultar y hasta entorpecer el desenvolvimiento del proceso que se sigue en su contra; las penas peculiares del delito en cambio se aplican como consecuencia del cometimiento de un delito, pero una vez que ha sido declarada mediante sentencia, la culpabilidad del sujeto¹⁰⁹. En general las penas peculiares del delito difieren de las medidas cautelares puesto que éstas no son un instrumento de auxilio para el juzgador, sino que por el contrario son el mecanismo de sanción que ha impuesto el aparato estatal para el juzgamiento de los delitos. Adicionalmente, encontramos una pena para cada delito en particular (de ahí la peculiaridad de éstas), mientras que las medidas cautelares son

¹⁰⁹ A pesar de que algunas penas peculiares del delito han sido identificadas como medidas de seguridad, éstas también son aplicables una vez que ha sido declarada la culpabilidad del sujeto mediante sentencia condenatoria.

contempladas en la ley de forma general, y su aplicación no está condicionada al tipo de delito que se haya cometido.

Podemos decir finalmente que las penas peculiares del delito son completamente distintas a las medidas cautelares pues cumplen funciones totalmente diferentes, persiguen castigar y no velar por el efectivo desarrollo del proceso, y buscan un cumplimiento integral de la condena incluso de forma posterior a la salida del condenado del centro de rehabilitación. Confundir a las medidas cautelares con las penas peculiares del delito sería un error atroz pues se confundirían y se motivaría a imponer penas anticipadas en forma de medidas cautelares.

4. CAPÍTULO IV.- Las nuevas medidas cautelares de carácter personal

Como se comentó en líneas anteriores, a raíz de las reformas al Código de Procedimiento Penal publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo de 2009, el artículo 160 de la mencionada ley sufrió varios cambios trascendentales, sobre todo pues las medidas cautelares de carácter personal pasaron de ser tres, a convertirse en trece medidas, todas con el fin de ejecutar la excepcionalidad de la prisión preventiva, buscando así reducir el número de presos sin sentencia y buscando un proceso penal en donde la defensa se la pueda dirigir estando en libertad.

Previo a la promulgación de éstas reformas en el año 2009, el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal (publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 360 de 13 de Enero de 2000) versaba de la siguiente manera: “*Art. 160.- Las medidas cautelares de carácter personal son la detención, la prisión preventiva y la detención en firme¹¹⁰. Las medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo*”. Así se mantendría este artículo (salvo la eliminación de la detención en firme como medida cautelar) hasta los primeros meses del año 2009 donde sobrevinieron las reformas. A continuación analizaremos con detalle estas nuevas medidas cautelares de carácter personal, así como el espíritu de dichas reformas y los alcances del mencionado artículo 160 del Código de Procedimiento Penal.

4.1 Análisis del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal

Las medidas cautelares de carácter personal están contenidas en el artículo 160, guardando armonía con el principio de legalidad que sostiene la prohibición de aplicar medidas cautelares distintas a las que están contempladas en la ley.

Como lo analizamos anteriormente, previo a las reformas de 2009, las medidas cautelares de carácter personal eran dos: la detención para fines investigativos y la prisión preventiva. Si bien más adelante abordaremos en detalle a éstas dos medidas cautelares, podemos adelantar que la detención es la única medida cautelar que puede ser ordenada previo al inicio de una instrucción fiscal. Cumple con propósitos muy especiales, y es que

¹¹⁰ La detención en firme fue declarada inconstitucional por el entonces Tribunal Constitucional mediante resolución N° 0002-2005-TC publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 382 de 23 de octubre de 2006.

permite mantener privada de la libertad a una persona por un máximo de 24 horas, tiempo durante el cual el fiscal a cargo de la investigación podrá acceder al sujeto, y principalmente receptor su versión de los hechos. Por lo tanto, la detención no persigue todos los fines de las medidas cautelares personales, y en realidad la prisión preventiva era la única medida cautelar que podían dictar los jueces una vez iniciada la instrucción fiscal, y que en verdad cumplía la mayor parte de los fines que persiguen las medidas cautelares, en especial como instrumentos del proceso penal. En otras palabras, la prisión preventiva se constituía en la única medida cautelar personal realmente efectiva, por lo que su aplicación en la vida jurídica nacional se volvió habitual, poblando de forma extrema nuestros centros de rehabilitación social. La efectividad de la prisión preventiva como medida cautelar, y además de forma errónea como pena anticipada contra un inocente, convirtió a esta medida en la más efectiva para asegurar la comparecencia del procesado al juicio y velar por un desarrollo tranquilo del proceso penal, al parecer no sólo en el Ecuador sino en toda América Latina pues según el dato estadístico *entre un 60 y 70% de las personas privadas de la libertad en la cárceles de América Latina, lo están bajo el cumplimiento de medidas cautelares. Es decir, son inocentes que cumplen una pena que aún no se les ha impuesto: la privación de la libertad*¹¹¹. Esta problemática social se convirtió en un dolor de cabeza para muchos gobernantes, y posteriormente su eliminación fue el lema de campaña de otros candidatos, en especial del que logró ostentar la Presidencia de la República. Así, el fin de la sobrepoblación carcelaria se convertía en una política de estado que se veía plasmada con la solicitud del propio Presidente de la República a la entonces “todopoderosa” Asamblea Constituyente de Montecristi con el fin de que se otorguen amnistías a favor de todas aquellas personas que se encontraban privadas de su libertad por el delito de tráfico de drogas, en donde la cantidad de alcaloide encontrada haya sido mínima. De esta forma se pretendía dar un primer paso para aliviar el congestionado sistema de rehabilitación social del Ecuador.

Dichas consignas precedieron a lo que sería la nueva Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, norma en donde se empezarían a tomar las primeras decisiones acerca de la prisión preventiva que como se dijo, era la única medida cautelar de carácter personal que verdaderamente se aplicaba en los procesos judiciales. De esta forma, el artículo 77 de la Constitución abarcaría los derechos de protección de toda persona, y en el

¹¹¹ PALADINES, Jorge Vicente. *Las dos velocidades de la reforma penal en el Ecuador, y la dialéctica legislativa*. Internet. www.pensamientopenal.com.ar/16052010/latinoamerica02.pdf. Acceso: 18 de diciembre de 2010.

caso específico de las personas privadas de su libertad, en el numeral 1 se consagra la excepcionalidad de la prisión preventiva y la consigna a los administradores de justicia de que la privación de la libertad sea la excepción, y no la regla. Esta disposición ponía en evidencia la política criminal que perseguiría el régimen, política que debía adecuarse en todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en especial en las leyes penales.

De esta forma podemos entender entonces la naturaleza de las reformas al Código de Procedimiento Penal, en especial en su artículo 160. El legislador perseguiría por todos los medios dejar establecido en la ley penal la excepcionalidad de la prisión preventiva, imponiendo además esta consigna de forma estricta para todos los jueces. *Si bien el óptimo constitucional es abolir la prisión preventiva por gozar ésta de ilegitimidad prima facie, lo cierto es que en la práctica legislativa se generó una especie de despenalización, precisamente porque se trata de una pena...*¹¹², argumento bajo el cual la legislatura promulga las reformas al Código de Procedimiento Penal en donde la intención era evitar que se imponga la prisión preventiva como medida cautelar, y para tal fin, los asambleístas nacionales deciden agregar “*medidas alternativas <que yo llamaría preferentes> a la prisión preventiva, algunas de ellas extraídas de la legislación de familia y niñez y adolescencia*”¹¹³. En total son once nuevas medidas cautelares de carácter personal que se agregan a la legislación procesal penal, todas éstas buscando que la prisión preventiva sea la última de las medidas cautelares que quede en consideración del juez en aplicarla. Y hasta cierto punto resulta loable la intención de los asambleístas de recalcar la excepcionalidad de la prisión preventiva, ante todo pues siempre resulta mucho más beneficiosa y productiva una defensa penal estando en libertad, y no privado de la misma. En este sentido se ha expresado el Doctor Ricardo Vaca Andrade al manifestar que la creación de nuevas medidas cautelares de carácter personal *se presenta como un fin altamente loable para evitar que muchas personas pierdan la libertad, permanezcan en los centros de detención, sin sentencia, a la espera de la audiencia del juicio. No olvidemos que “gran éxito” de este gobierno fue la liberación de todos los condenados por narcotráfico capturados con 2 kilos o menos de droga (más de 5 libras) y la descongestión de las cárceles liberando a todos los presos sin sentencia*¹¹⁴.

Pero lo que a mi criterio resulta criticable es que los asambleístas no aplicaron una lógica jurídica de medidas cautelares para reformar el artículo 160 del Código de

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ ACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo I*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009, Página 147.

Procedimiento Penal, y explicaré mi criterio empezando por la limitación conceptual que padecieron muchos legisladores. La reforma estuvo siempre encaminada a amainar el efecto de la prisión preventiva y a dificultar su aplicación y ejecución, y nunca se aplicó una técnica jurídica en procedimientos cautelares que permitiera tener varias opciones válidas de medidas cautelares personales, incluyendo a la prisión preventiva. En otras palabras, las once nuevas medidas cautelares resultaron ser medidas alternativas a la prisión preventiva, y no verdaderas medidas cautelares que se encuentren en el mismo peldaño de la tan mencionada medida cautelar. En primer lugar, la evidente redacción del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal que en su parte pertinente indica: *...En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia...*, de donde se deduce que la prisión preventiva debe ser dictada como último recurso, y siempre que no sean suficientes otras medidas alternativas a la prisión preventiva. Insisto, no debemos entender que el artículo 160 de la Ley Adjetiva Penal encierra a la prisión preventiva como medida cautelar personal, y otras once medidas alternativas a la prisión preventiva; sino que son 13 medidas cautelares personales que deben estar a disposición del Juzgador, y no como alternativas de una de ellas. Otro punto es el reformado artículo 167 de la misma ley, en su quinto numeral dentro de los requisitos que se deben reunir para solicitar la medida cautelar de prisión preventiva, contempla la necesidad de que existan *“indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio”*. Si bien esta justificación resulta en parte necesaria para poder aplicar en debida forma la excepcionalidad de la prisión preventiva, me parece algo excesivo que el fiscal deba poner a consideración del Juez indicios de que ninguna de las once restantes medidas cautelares personales resultan suficientes para asegurar la comparecencia del procesado. Lo ideal era que la prisión preventiva, como medida cautelar personal por excelencia, esté acompañada por otras medidas cautelares que cumplan fielmente con los objetivos que persigue la actividad cautelar, y no que sean simples medidas alternativas que deban ser descartadas para lograr un pronunciamiento judicial a favor de una privación de libertad cautelar. Esto acompañado con la obligación por parte del representante de la Fiscalía de justificar su pedido de medidas cautelares, en especial la de prisión preventiva, confirma lo aseverado anteriormente en relación a la única intención del legislador de evitar más privaciones de

libertad de personas inocentes, pero sin construir sustentadamente un sistema cautelar óptimo en donde las medidas cautelares personales sean incluso mejores y más efectivas que la misma prisión preventiva. La inclusión de una audiencia exclusiva para la solicitud de la medida cautelar de prisión preventiva¹¹⁵ reafirma las intenciones de los assembleístas de centrar las reformas en materia cautelara en torno a la prisión preventiva y en la forma de evitar que ésta sea dictada como instrumento cautelar. La mencionada audiencia impone la obligación al fiscal de sustentar y argumentar la necesidad de dictar la prisión preventiva, así como brinda la facilidad a las partes, en especial al procesado, de defenderse y evitar ser privado de la libertad, convirtiendo de esta forma a la prisión preventiva en una especie de incidente procesal que debe ser tratado en una audiencia especial, con posibilidades probatorias de ambas partes, y una decisión final del juzgador luego de oír a los involucrados.

Como comentario final podemos indicar que el legislador también constituyó un novedoso sistema de revisión de medidas cautelares, en donde el procesado en cualquier momento procesal puede pedir la revisión de la medida cautelar para que ésta sea revisada y modificada, claro está, con intenciones dirigidas a una sustitución de la prisión preventiva que es lo que se ha venido realizando hasta este momento. El sistema de sustitución de medidas cautelares será revisado ampliamente en un apartado distinto.

Continuando con lo expresado respecto de la intención de las reformas de marzo 2009 de simplemente buscar salidas a la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar, y no la creación de un sistema de medidas cautelares con fines y principios claros, considero que pudieron haberse tomado otras alternativas para disminuir el uso de la prisión preventiva como una pena anticipada. Debo dejar en claro en este punto que estoy plenamente de acuerdo con la excepcionalidad de la prisión preventiva, más que todo pues se ha usado como una herramienta de control a la presión social luego de cometido un delito, además de haber abusado de la misma como una pena anticipada. Pero no podemos desconocer la efectividad de la prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal, más que nada por la posibilidad de tener a disposición de las autoridades al procesado, sin la preocupación de que pueda darse a la fuga, o que quizás continúe delinquiendo mientras se sustancia un proceso penal en su contra. Una vez más resultaba loable la intención de los legisladores en las reformas de marzo de 2009, pero creo que fueron muy básicos en sus apreciaciones, demostrando el poco conocimiento jurídico que

¹¹⁵ Primer artículo innumerado a continuación del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal.

se tenía, en especial en el ámbito penal. Y sostengo esto pues antes de las reformas, el artículo 170¹¹⁶ del Código de Procedimiento Penal ya abarcaba la posibilidad de sustituir o revocar la prisión preventiva por otra medida preventiva, medidas que adicionalmente ya habían sido descritas en el artículo 171 de la misma ley. Por lo tanto, a mi criterio, se debieron agregar ciertas medidas preventivas alternativas a las ya enumeradas en el propio artículo 171¹¹⁷, claro está, sólo aquellas que de igual forma pudieran cumplir algún objetivo cautelar, y no colocar a éstas medidas alternativas a la prisión preventiva como nuevas medidas cautelares de carácter personal. El legislador no encontró mejor salida que reformar el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, y eliminando las alternativas a la sustitución de la prisión preventiva, decide incorporar una serie de reglas para la revisión de toda medida cautelar, y su cambio por otra de las nuevas medidas cautelares de carácter personal, que como analizaremos a cada una de ellas en detalle, muchas ni siquiera cumplen con un fin cautelar. Se debió, insisto, trabajar sobre la base del artículo 171, y no agregar nuevas medidas cautelares personales que no persiguen los fines para los cuales fueron creadas y agregadas a la Ley Adjetiva Penal.

Adicionalmente el legislador pudo tomar en cuenta el tema de la caducidad de la prisión preventiva, una garantía necesaria en el tema de medidas cautelares privativas de la libertad, para implantar en la legislación penal la excepcionalidad de la prisión preventiva y la necesidad de que el sistema judicial sea reformado y optimizado, logrando resultados antes de cumplirse los términos fijados en la ley para la caducidad, aplicando eficazmente la tan mencionada medida cautelar, y logrando alcanzar los fines para los que la actividad precautoria fue creada.

¹¹⁶ **Art. 170.-** La prisión preventiva debe revocarse o suspenderse en los siguientes casos: 1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron; 2. Cuando el procesado o acusado hubiere sido sobreseído; 3. Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa; y, 4. Cuando su duración exceda los plazos previstos en el artículo 169. Se suspenderá la prisión preventiva cuando el procesado o acusado rinda caución. Vencido los plazos previstos en el numeral 4, no se puede decretar nuevamente la orden de prisión preventiva.

¹¹⁷ **Art. 171.-** Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva: 1. El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga; 2. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que él designe; y, 3. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal. Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista en el artículo 169 de este Código.

Todas estas consideraciones las hago luego de un análisis profundo a las reformas que en el 2009 se hicieron al Código de Procedimiento Penal, especialmente a partir del artículo 160.

A continuación procederemos entonces a analizar en detalle cada una de las medidas cautelares personales que existen en nuestra legislación, comparándolas con otros instrumentos legales, y verificando si cumplen o no alguno de los fines precautorios ampliamente analizados en páginas anteriores.

4.1.1 La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares

Es la primera de las medidas cautelares de carácter personal que se ha implementado con las reformas de marzo de 2009. Como podemos deducir de su propio nombre, implica una prohibición al procesado contra el que se ha impuesto esta medida cautelar, de concurrir a lugares específicamente detallados por el juzgador que ha ordenado la medida. Podemos entender en consecuencia que lo que busca esta medida es evitar que el infractor concurra a lugares específicos, quizás al lugar en donde se cometió el crimen para impedir que altere la escena que está siendo investigada o que destruya el escenario que puede servir como prueba en su contra; o puede ser a lugares en donde el infractor tenga una directa relación con el cometimiento de delitos siendo un toxicómano o un bebedor consuetudinario, por ejemplo, y quizás lugares como bares o cantinas influyan en la persona para que cometa nuevos delitos; puede ser adicionalmente al lugar de habitación de su familia o de su conviviente, o quizás de familiares suyos o políticos, o testigos, en donde el infractor pueda ejercer algún tipo de presión contra ellos, o pueda producir eventos violentos contra sus conocidos. En fin, un sinnúmero de posibilidades se pueden presentar para que se le conmine al procesado a abstenerse de concurrir a sitios o lugares específicos. Y aquí es donde asalta la primera duda, y es que tomando como base el objetivo primordial de las medidas cautelares personales que es el de asegurar al procesado y garantizar su comparecencia a juicio para tener un cumplimiento de condena seguro, fácilmente concluimos que ésta primera medida cautelar personal no cumple ese objetivo. Con mucha seguridad el primer lugar al cual el procesado se abstendrá voluntariamente de acudir será al Juzgado de Garantías Penales donde está siendo juzgado, menos aún a la Fiscalía y peor a la Policía Judicial. Podemos pensar que quizás esta medida cautelar tenga relación con una de las finalidades (la menos difundida) de la actividad precaulatoria que consiste en proteger a víctimas y testigos, y además asegurar la prueba testimonial al

prohibírsele que se acerque a los lugares de habitación o de trabajo de testigos, víctimas, peritos, etc., pero pienso que es una concepción bastante forzada y con muy pocos asideros legales.

Resulta interesante además recordar lo que analizamos con relación a las penas peculiares del delito, y es que dentro de la sanción de vigilancia especial de la autoridad, que como manifestamos ocurría después de haberse cometido un delito al ser el sujeto infractor obligado a informar constantemente a la autoridad de policía más cercana acerca de su lugar de habitación y sus lugares de tránsito una vez puesto en libertad, también se contemplaba la prohibición al infractor de acercarse a determinados lugares, ya sea por orden expresa del juez o por orden del director del centro de rehabilitación social del cual estaba siendo liberado. Es decir, esta obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares ya es considerada como una pena peculiar del delito, y por lo tanto, tal como lo manifestamos, no puede ser posteriormente también catalogada como medida cautelar de carácter personal. Si bien esta obligación está ejemplificada en varios artículos del Código Penal donde se ha establecido la imposición de la pena con posterioridad al cumplimiento de la condena, no podemos considerar que por esta circunstancia, la misma pena pueda ser transformada en medida cautelar para aplicarla durante el desarrollo del proceso.

Y tal como lo planteamos al analizar la mentada pena peculiar del delito, ésta tiene muchas semejanzas con una medida de seguridad, no sólo por su aplicación posterior al cumplimiento de la pena, sino por los fines que persigue de prohibir el acercamiento del infractor a lugares que le podrían motivar al cometimiento de nuevos delitos, o reincidir en los ya cometidos. Se está previniendo que nuevas infracciones se cometan, y además, se protege a las personas vinculadas con el infractor que puedan volver a ser víctimas de infracciones si es que se trata de violencia intrafamiliar y el agresor no es impedido a acercarse al lugar de habitación familiar.

Finalmente esta medida cautelar también guarda ciertas semejanzas con una medida de seguridad, y es que tal como se mencionó, esta prohibición de concurrir a determinados lugares puede involucrar una negativa para frecuentar tabernas, bares, o sitios de expendio de alcohol, o quizás lugares donde sea conocido la venta o distribución de estupefacientes. Dicha prohibición en muchas legislaciones, en especial en la italiana, es considerada como una medida de seguridad, específicamente la *“prohibición de frecuentar tabernas o expendios públicos de bebidas alcohólicas”*, y es que la medida de seguridad, aplicada con posterioridad al cumplimiento de la pena, es impuesta a aquellos sujetos que fueron

sentenciados por un delito cometido bajo la influencia del alcohol, de las drogas, o de cualquier tipo de sustancia estupefaciente que haya podido producir en el comportamiento algún tipo alteración. Se entiende por lo tanto la finalidad de esta medida de seguridad al prohibir al sujeto su relación con aquellos lugares de venta libre de alcohol y drogas, no sólo por el peligro que conllevaría el consumo nuevamente excesivo por parte del procesado, sino además por el ambiente lúgubre y peligroso que envuelve al sujeto que se relaciona en ese medio. Con esto, se estaría previniendo el cometimiento de nuevos delitos al sacar al infractor del ambiente en el cual se ve motivado a delinquir.

Podemos en este punto tomar a consideración lo establecido en el numeral 14 del artículo 66 de la Constitución de la República, que en el marco de los derechos de libertad, reconoce a las personas *“el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y escoger su residencia, así como entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo a la ley...”*. Podríamos aplicar aquí un razonamiento un tanto extremista, pero esta medida cautelar es atentatoria a un derecho constitucional legítimamente adquirido, y es que si tengo derecho a transitar libremente y acudir a cualquier lugar de forma libre y voluntaria, sería inconstitucional el hecho de que a una persona se le prohíba acudir a determinados lugares. Si bien es ésta una medida cautelar expresamente fijada por la ley, no deja de ser atentatorio la prohibición de acudir a lugares o sitios determinados.

De ésta forma entonces podemos concluir que la primera de las medidas cautelares personales en verdad no reúne todos los requisitos ni las características necesarias para ser considerada una medida cautelar, en especial porque su finalidad es netamente preventiva, característica no compatible con los fines comunes del procedimiento precautelatorio, sino más bien como parte del sistema de medidas de seguridad. Su aplicación responde más a una necesidad social de que el infractor no frecuente lugares en los que pudiera poner en riesgo su propia integridad o seguridad, o la de otras personas, o que quizás estos lugares puedan motivar en el infractor el deseo de delinquir nuevamente.

4.1.2 La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas.

La siguiente medida cautelar de carácter personal que recoge nuestro Código de Procedimiento Penal consiste en la prohibición para el infractor de acercarse a las personas que el juez de garantías penales de indique. Así, podríamos pensar que esas personas son las víctimas de la infracción por la que el sujeto está siendo procesado, y de esta forma el

legislador brinda a las víctimas la posibilidad de estar protegidas ante una posible reincidencia por parte del infractor, considerando además que estará en libertad mientras se desarrolla el proceso penal en su contra. Realmente resulta bastante similar esta medida cautelar a la ya analizada en líneas anteriores, sobre todo por el afán proteccionista de la misma. Podemos identificar igualmente el sentido de protección de la medida, y el afán de prevenir el cometimiento de nuevos delitos en donde se vean involucradas, quizás, las mismas víctimas de los delitos anteriormente cometidos. Podríamos también pensar en que esta medida cautelar puede estar dirigida a los testigos o peritos que van a influenciar en la decisión de la causa, y por tal motivo, se prohíbe al infractor acercarse a estas personas precautelando su integridad y protegiéndolas de posibles agresiones o quizás de probables presiones en su accionar dentro del proceso penal.

Es decir, mientras el proceso se desarrolla estando el procesado en libertad, él tiene la prohibición de acercarse a las personas que para ese fin le sean específicamente señaladas por el juez. Y una vez más tenemos que hacer algunas reflexiones al respecto, primero que nada pues con esta medida no se garantiza la comparecencia del infractor para con el proceso penal, sino que, por el contrario, el propio procesado puede obstruir la administración de justicia considerando al juez de garantías penales como la primera persona a la cual no puede acercarse, ni siquiera en audiencias o diligencias propias del juicio seguido en su contra. Finalidades propias de la actividad cautelar como el facilitar la administración de justicia, garantizar el cumplimiento de la pena, velar por la custodia de los instrumentos probatorios del juicio, o asegurar el pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios no se cumplen con esta medida cautelar, que quizás pueda enmarcarse en el objetivo de proteger la prueba testimonial al evitar que el infractor se acerque a personas cuya participación en el proceso sea trascendental para su normal desarrollo.

Pero es evidente que, por su naturaleza, la aplicación de esta medida cautelar personal está enfocada con posterioridad al cumplimiento de la pena, con un afán preventivo del cometimiento de nuevas infracciones. Se pretende proteger a las personas que el infractor pudiera volver a agredir o con las cuales pudiera delinquir, convirtiéndose dicha medida cautelar en una medida de seguridad que persigue un fin preventivo y de aplicación posterior al cumplimiento de la pena.

Adicionalmente a estas consideraciones, son algunas semejanzas evidentes que tiene esta medida cautelar personal con las medidas de seguridad de las leyes de la familia, niñez y adolescencia lo que nos lleva a reafirmarnos en la conclusión de que la obligación de

abstenerse de acercarse a determinadas personas resulta más una medida de seguridad que una medida cautelar de carácter personal. Así, dentro de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, en su artículo 13 ya citado, se encuentran dos medidas de seguridad de gran semejanza a esta medida cautelar, disciplinando, en primer lugar, “*imponer al agresor la prohibición de acercarse a la agredida en su lugar de trabajo o de estudio*”, y posteriormente “*prohibir o restringir al agresor el acceso a la persona violentada*”. De igual manera el artículo 79 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe, como medida de protección, la “*prohibición al agresor de acercarse a la víctima o mantener cualquier tipo de contacto con ella*”. Es por lo tanto evidente que el legislador al redactar las reformas de marzo de 2009 intentó generalizar las sanciones contenidas en leyes especiales y convertirlas en medidas cautelares, sin el mínimo análisis acerca de su aplicabilidad y de sus verdaderas funciones, muy alejadas por cierto de las funciones de las medidas cautelares.

Se ha confundido escandalosamente, al menos en esta segunda medida cautelar analizada, lo que es una medida de seguridad para prevenir el cometimiento de nuevas infracciones, con lo que es una medida cautelar para asegurar a quien ha cometido un delito por el que está siendo juzgado.

4.1.3 La sujeción a la vigilancia de la autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare.

Esta medida cautelar personal difiere de las dos anteriores, y por lo tanto requerirá un análisis más detallado. En primer lugar entenderemos a la medida cautelar en mención como aquella en la que el juez de garantías penales, si bien no ordena la privación de libertad del procesado, sí la limita al obligarle a estar en constante vigilancia de una institución o autoridad determinada. No podemos confundir esta medida cautelar con aquella que implica la presentación periódica del procesado ante una autoridad determinada, que será analizada más adelante; aunque sus finalidades lleguen casi a ser las mismas. Esta vigilancia consistirá en una obligación del procesado a estar en permanente contacto con la autoridad designada, informando siempre acerca de sus actividades, labores, traslados, sitios de tránsito, alguna actividad especial que se piense realizar, y en fin, cualquier tipo de movimiento que amerite una autorización por parte del ente designado. La obligación de la autoridad o institución consistirá en verificar si lo

informado por el procesado resulta verdadero, y si lo está cumpliendo, o puede ser también que la autoridad designada monte algún tipo de vigilancia permanente, o quizás un seguimiento pertinaz hacia el procesado. En fin, son muchas las posibilidades dentro de las que se puede manejar esta vigilancia, posibilidades que bien pueden ser directamente determinadas por el juez de garantías penales, o por la autoridad a la cual se le ha encomendado esta obligación. Todo está sujeto a la creatividad del juzgador en tanto utilice esta medida para cumplir los objetivos cautelares que sean necesarios para la consecución de la causa penal que se está desarrollando.

Podemos empezar el análisis indicando que esta medida cautelar, a diferencia de las dos anteriores, sí mantiene un poco más de coherencia con los objetivos que persigue la actividad precautoria. Así, esta vigilancia, si resulta plenamente cumplida tanto por la autoridad o institución designada como por el procesado, puede resultar bastante beneficiosa si es que existe un compromiso mutuo con el que no sea necesario que la autoridad monte una vigilancia constante al procesado. Entiendo yo que esta medida cautelar personal está enfocada en la confianza, por lo que se deduciría que no pudiera ser aplicada a cualquier tipo de infractor que lleve una vida de delincuencia contumaz. Pero ahí es donde nace la primera crítica, y es que si a un procesado le imponen una medida cautelar con la cual estará sometido a la vigilancia de una autoridad, pero sin prohibirle ni privarle de ningún derecho ni actividad alguna, entenderíamos que el procesado no revierte una situación de alta peligrosidad para con el proceso o con sus involucrados, y por lo tanto, ni siquiera sería necesaria la aplicación de una medida cautelar. Como se expresó al analizar las características de las medidas cautelares, éstas no se constituyen en un requisito fundamental de todo proceso penal, sino que por el contrario, la excepcionalidad de la aplicación de las medidas cautelares responde al derecho de toda persona de defenderse sin encontrarse sujeta a ninguna presión ni privación de derecho alguno. Por lo tanto, considero a esta medida cautelar como innecesaria pues de su análisis hemos podido deducir que sería aplicable para aquellos procesados no peligrosos, y por lo tanto, resultaría hasta innecesario que el fiscal solicite una medida cautelar. El catedrático Alfonso Zambrano Pasquel en la obra citada dentro de esta disertación pone como ejemplo de lo aseverado un caso penal donde se estimaba como perjuicio para el Estado un monto cercano a los cinco mil millones de dólares, pero a pesar de esta circunstancia, el señor Fiscal General Alternativo no solicitó medidas cautelares pues del análisis del caso se desprendería que el procesado no implicaba ningún peligro ni para la consecución de la

causa, ni para los elementos probatorios¹¹⁸. De esta forma entonces podemos aseverar que esta medida cautelar no está enmarcada dentro de la característica de excepcionalidad de la actividad precautoria, debido a que su aplicabilidad depende en gran parte de la colaboración del procesado, característica del sujeto que permite deducir fácilmente la no necesidad de aplicar medida cautelar personal alguna.

Pero podemos ahondar más en el análisis de esta medida cautelar y su comparación con las medidas de seguridad, en especial con una consagrada en la ley penal italiana. Podemos referirnos entonces a la libertad vigilada, una medida de seguridad que se impone con posterioridad al cumplimiento de una pena, y “*se realiza al confiar una persona a la autoridad de seguridad pública, además de las prescripciones que puede imponerle el juez de vigilancia para evitar las ocasiones de nuevos delitos*”¹¹⁹. Esta medida de seguridad (no contemplada dentro de nuestra legislación como tal), se constituye también en una relación de confianza, pero esta vez entre el juez y la autoridad designada, quien estará a cargo de vigilar al infractor que una vez que ha recuperado su libertad y cumplido su pena, estará sometido a una custodia especial con el fin de que no vuelva a perpetrar nuevos delitos ni a involucrarse con nuevas infracciones. En este sentido entonces es casi ineludible la obligación de la policía o “*autoridad de seguridad pública*” para el cumplimiento de esta finalidad. Y ahí sí encuentra sentido esta práctica, pues su intención preventiva sí puede ser plenamente cumplida con esta vigilancia al infractor.

Y finalmente tenemos como comparación a esta medida cautelar personal una de las medidas socioeducativas contempladas dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, específicamente en el artículo 369. En este sentido se contempla como sanción al adolescente que ha sido responsabilizado por una infracción penal la llamada “libertad asistida”, una medida que contempla un conjunto de directrices establecidas por el juez para regular la actividad diaria del adolescente, además de estar sometido a una constante evaluación y cuidado por parte de las autoridades designadas por el juzgador. Es decir, estamos frente a otro instrumento de similares características a las de la medida cautelar analizada, pero que conlleva una protección especial para el adolescente, y un afán

¹¹⁸ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Estudio Crítico a las Reformas a los Códigos: Penal y de Procedimiento Penal del 29-mar-2010*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, Páginas 17-18.

¹¹⁹ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá – Colombia, Editorial TEMIS, segunda edición, 2000, Página 417.

preventivo de nuevas infracciones. Una muestra más de la validez de esta medida pero en el ámbito de la seguridad, y no en el cautelar.

La sujeción a la vigilancia de la autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare, como medida cautelar, considero que no reúne plenamente todos los fines para los que se supone fue incorporada a nuestra legislación penal, en primer lugar pues su aplicación no es lo suficientemente fuerte ni efectiva como para garantizar la comparecencia del procesado al juicio, o para ayudar a la administración de justicia a alcanzar sus fines; y en segundo lugar pues fácilmente podemos notar que a quien se le aplica esta medida cautelar es un sujeto que no encierra mayor peligro para el desarrollo del proceso penal, y por lo tanto, ni siquiera hubiera sido necesaria la aplicación de medidas cautelares personales. Una vez analizada la misma medida pero bajo los preceptos de prevención y protección (como medida de seguridad bajo el nombre de libertad vigilada), sí podemos encontrar su utilidad y valiosa aplicación, con posterioridad al cumplimiento de la pena, y enfocada a la protección del propio infractor para que no reingrese al campo judicial y de las infracciones.

Sin temor a equivocarme me permito afirmar que esta medida de seguridad ha sido incorporada de forma poco técnica al campo de las medidas cautelares personales, sin el debido estudio ni análisis, tal como lo hemos demostrado en líneas anteriores. Esta medida cautelar tiene razón de ser si es que se le aplican preceptos de prevención y protección, y si se la considera una medida de seguridad.

Con esto reafirmamos que el legislador buscaba desesperadamente la forma en la que la prisión preventiva deje de ser la medida cautelar personal más aplicada, anteponiendo a ésta un sinnúmero de otras medidas que poco o nada tienen que ver con la actividad precautoria. Ejemplo de esto es la medida que acabamos de analizar.

4.1.4 La prohibición de ausentarse del país

Como su nombre lo indica, la cuarta medida cautelar personal conlleva una prohibición para el procesado de traspasar las fronteras del país y ausentarse del territorio nacional. Eso sí, el procesado tendrá libertad absoluta para trasladarse dentro de la nación y realizar cualquier tipo de actividad. Con respecto a la pertinencia de esta medida cautelar, resulta bastante útil en caso de que el procesado haya tenido una constante actividad viajera que le permita deducir al juez que la mejor vía para eludir la justicia por parte del procesado sería

la de salir del país. Pero esto no implica que el procesado no pueda ocultarse de la justicia dentro del propio territorio nacional, cosa que casi siempre sucede en la mayoría de las causas penales, en especial cuando se sabe que una sentencia condenatoria es cada vez más probable. Ahora bien, sin desconocer la utilidad de esta medida en tanto permite tener algo de control sobre el procesado sabiendo que no puede abandonar el país (al menos de forma legal), considero que no es lo suficientemente estricta como para ser considerada una medida cautelar de carácter personal. Con la prohibición de salida del país, nadie garantiza que el procesado estará plenamente vinculado al proceso y colaborará con la administración de justicia, sabiendo además que al tener total libertad dentro del territorio nacional, podrá en cualquier momento interferir de forma negativa en la obtención de pruebas o en el esclarecimiento de la verdad.

Es importante recordar lo expresado al realizar los primeros análisis del actual artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, y es que como se manifestó, antes de las reformas de 2009, el artículo 171 de la misma ley que regulaba la posibilidad de sustituir la prisión preventiva, ya contemplaba esta opción legal de prohibir la salida del país del procesado, pero como una sustitución de la prisión. Es decir, una vez que se demostraba que no era necesario mantener privado de la libertad a un procesado, y esta privación era sustituida, el juez podía ordenar la prohibición de ausentarse del país al procesado, pero como un medio de garantía que complementaba la certeza del juzgador de que el procesado colaboraría con la administración de justicia. Por lo tanto, esta medida resulta sumamente útil como una forma de garantía luego de haber desvanecido las causas por las cuales podría haberse ordenado una prisión preventiva, pero considerársela como una medida cautelar personal creo que es un error pues no conlleva la fuerza necesaria como para ser aplicada directamente a un procesado. Como se sostuvo, las nuevas medidas cautelares buscan ser alternativas a la prisión preventiva, ya sea para evitar su aplicación, o para sustituirla si es que ha sido ordenada, pero no son en su esencia verdaderas medidas cautelares personales que pudieran estar a la par de la prisión preventiva, y pudieran dar al juzgador la certeza de que el procesado se mantendrá vinculado.

Adicionalmente no podemos nunca alejarnos de la realidad social de nuestro país, en donde la mayor cantidad de infractores son personas de escasos recursos que han hecho de la acción de delinquir su forma de vida. Difícilmente estas personas han abandonado alguna vez el país, y si lo han hecho, casi nunca lo hicieron por la vía legal; por lo tanto,

sería muy infructuoso el ordenar una prohibición de salida del país si es que los viajes al exterior no son una costumbre para el infractor.

Vale la pena también indicar que el artículo 142 del Código de la Niñez y Adolescencia contempla de igual forma esta posibilidad para los jueces de prohibir la salida del país de quien adeuda pensiones alimenticias, prescribiendo que *a petición de parte o cuando el caso lo amerite en la primera providencia de la demanda de alimentos el Juez decretará sin notificación previa al demandado, la prohibición de que el demandado se ausente del territorio nacional, la que se comunicará de inmediato a los funcionarios encargados de hacerla efectiva. Igual prohibición se extiende a aquellos que se encuentren en mora de la resolución judicial.* Y si bien aquí no vamos a entrar en el análisis del pago de pensiones alimenticias como la única posibilidad en donde se permite que un juez imponga medidas de garantía de pago como esta prohibición e incluso el apremio personal, sí debemos indicar la pertinencia de esta medida dentro de la legislación de menores. Y es que al tratarse de obligaciones dinerarias, resulta oportuna la prohibición de salida del país con el fin de que el deudor cumpla con el pago. Aquí no hay de por medio el peligro de que el deudor interfiera maliciosamente en la obtención de pruebas o en la propia administración de justicia, o quizás que no se presente ante el juez para ser juzgado, pues en éstos casos la obligación dineraria está más que probada, y con la cancelación de la deuda terminan todas estas prohibiciones para el deudor, sin necesidad de que permanezca vinculado con el proceso para cumplir una posible pena o sanción. En concordancia con lo expresado, encontramos el artículo 912 del Código de Procedimiento Civil en donde se ha expresado, en torno a una obligación dineraria, que *“el que tema que su deudor se ausente para eludir el cumplimiento de una obligación, puede solicitar que se le prohíba ausentarse, siempre que el acreedor justifique la existencia del crédito, que el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces”*. Aquí comprobamos también la eficacia de dicha medida para poder asegurar el cobro de una deuda, y si bien en este caso se imponen mayores requisitos al acreedor como el hecho de demostrar que su deudor es extranjero y que además no posee bienes raíces, la medida funciona perfectamente para evitar una posible fuga del deudor y el consecuente no pago de la obligación.

Es por lo tanto importante señalar que si bien esta medida cautelar personal sí persigue algunas de las finalidades de la actividad precautelatoria como el evitar una fuga al extranjero del procesado y garantizar el pago de las indemnizaciones al prohibirle salir del país, considero que esta medida, por su naturaleza, no tiene el carácter necesario como para

cumplir fielmente el propósito cautelar requerido en un proceso penal. Creo que la prohibición de ausentarse del país sí debe estar contemplada en nuestra legislación, pero como una alternativa a la prisión preventiva para poder ser sustituida, y no como una medida cautelar personal directa. Al fin y al cabo, en la práctica aún se la sigue utilizando como alternativa a la privación cautelar de la libertad.

4.1.5 Suspensión del agresor en la tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos.

Esta medida cautelar vuelve a ser una novedad dentro de nuestra legislación, al menos en su calidad precautoria. Consiste, como su nombre lo indica, en una prohibición al infractor de ejercer determinadas funciones o tareas con las que, de alguna manera, tenga influencia en las víctimas o los testigos. Entenderíamos entonces que esta suspensión conlleva para el infractor la obligación de no continuar con el arte o el oficio al que podría haber estado dedicado, y con el cual de alguna forma tendría contacto con víctimas o testigos. Y podemos empezar el análisis de esta medida cautelar refiriéndonos a un término específico que ha utilizado el legislador en la redacción de esta medida, al referirse al procesado (también llamado infractor) como “agresor”. En primer lugar es importante aclarar que no en todo tipo penal existe una agresión por parte del sujeto activo del delito en contra del sujeto pasivo, tomando en consideración que el agresor es aquella persona que *“acomete a otro injustamente con propósito de golpearle, herirle o matarle¹²⁰”*. Existe en nuestra legislación un sinnúmero de delitos en los cuales el ofendido nunca conoció al infractor ni mucho menos tuvo contacto alguno con esta persona, por lo que me parece totalmente errado que el legislador haya considerado, en esta medida cautelar, al agresor como sinónimo de procesado o infractor.

Luego, es importante indicar la similitud que tiene esta medida cautelar con una de las medidas de protección consagradas en el artículo 79 del Código de la Niñez y Adolescencia, específicamente la que autoriza al juez la *“suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña”*. Y es tan exacta la redacción de la norma que puede prestarse para interpretaciones acerca del accionar del legislador, como el haber trasladado la mencionada medida de protección al Código de Procedimiento Penal, y tan sólo con

¹²⁰ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental: edición actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Buenos Aires – Argentina, Editorial HELIASTA, decimoséptima edición, 2005, Página 29.

agregarle el hecho de que el ejercicio de un oficio, arte o profesión implique una influencia sobre la víctima o los testigos, ya la convierte en una medida cautelar. Pero como lo hemos demostrado a lo largo de este trabajo, no es tan sencilla la diferenciación entre una medida cautelar y una medida de seguridad. El hecho de suspender al infractor de sus actividades laborales no beneficia en absolutamente nada al desarrollo del proceso penal, y es más, puede hasta afectarlo, pues en este caso el procesado quedaría en la desocupación, lo que podría motivarle a volver a delinquir para encontrar sustento. Dicha prohibición no garantiza tampoco el pago de daños y perjuicios, ni el cumplimiento de una posible pena, ni que las pruebas del proceso queden a buen recaudo. Tal como se ha venido indicando, esta medida tiene una finalidad preventiva consistente en evitar que el agresor vuelva a cometer una infracción en contra de la víctima, si es que el lugar de trabajo es un punto de encuentro entre sujeto activo y pasivo. Así mismo busca proteger al agredido evitando que el infractor regrese al lugar de trabajo en donde quizás pudo haberse dado la agresión. Y por tales motivos es que dicha prohibición es considerada una medida de seguridad, además de ser parte de la legislación que vela por la niñez y la adolescencia. Su traslado, por demás ligero, a la legislación penal ordinaria en calidad de medida cautelar deja en evidencia la poca preparación de los assembleístas en este punto, mas que nada pues dicha medida no conlleva ningún beneficio para el proceso penal, peor aún como medida cautelar. Su finalidad está enfocada en la prevención social, una vez cumplida la pena por parte del agresor, con el fin de que no regrese a su lugar de trabajo en donde se generó el ilícito por el que fue condenado.

Podemos finalmente realizar un pequeño análisis sobre las implicaciones de esta medida de seguridad, cuyas consecuencias van más allá de la prevención y protección. El artículo 33 de la Constitución de la República consagra el derecho al trabajo en los siguientes términos: *Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.* Al aplicar esta medida de protección (considerada erróneamente como medida cautelar personal), se está afectando a un derecho fundamental de toda persona como es el derecho al trabajo. Por más infracción que haya cometido, ninguna persona puede ser obligada a dejar su lugar de trabajo, y consecuentemente su forma de sustento, y quizás el de toda una familia. Es importante que el Estado vele por la integridad de las víctimas de agresiones

durante el proceso judicial, e incluso después de éste, pero a cambio de esta prevención, el infractor paga un precio muy caro pues además de haber cumplido una condena por la infracción cometida, debe abandonar sus labores diarias. Resultará muy complicado para el infractor conseguir una nueva fuente de empleo, más que nada por sus antecedentes que no aportarán ningún beneficio a su hoja de vida.

Podríamos pensar entonces que quizás este agresor, al ya no tener una actividad laboral estable, y tomando en cuenta que nuestro sistema penitenciario está muy lejos de constituirse en una verdadera opción de rehabilitación y reinserción social, pueda engrosar el alto índice delincencial que azota a nuestro país. La suspensión del agresor de una tarea o función determinada puede ser una sanción bastante fuerte, quizás el precio que se deba pagar por haber aprovechado el lugar de trabajo para perpetrar una agresión o un delito; como menciona el Doctor Ricardo Vaca Andrade: *“a veces, con la intención de proteger a supuestas o imaginarias víctimas de agresiones intrafamiliares se pueden cometer excesos...”*¹²¹.

4.1.6 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.

Una medida cautelar personal muy clara que encierra una nueva privación para el procesado, esta vez impidiéndole que continúe viviendo en su hogar si es que esta convivencia con víctimas o testigos pueda involucrar inseguridad para ellos. Y podemos empezar el análisis estudiando las cualidades cautelares de esta medida: el ordenar la salida del procesado de su vivienda podría provocar una fuga del sujeto, y como abandona su hogar, el juez no tendría la certeza sobre el sitio de habitación de la persona, por lo que considero que la finalidad de mantener vinculado al procesado con el juicio penal en su contra, no se cumple con la analizada medida cautelar. Creo además que en nada ayuda que el procesado salga de su hogar para garantizar el pago de las indemnizaciones y resguardar debidamente los instrumentos probatorios, y menos aún colabora con la administración de justicia dicha salida. Queda por lo tanto en duda la efectividad de esta medida como parte de la actividad cautelar penal.

Resulta oportuno indicar algunas disposiciones de otras normas que se asemejan mucho a la medida cautelar personal en análisis, sobre todo para entender la naturaleza de

¹²¹ VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo I*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009, Página 149.

esta medida. En primer lugar encontramos el artículo 13 de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia en donde se confiere a la autoridad reguladora la posibilidad de *“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”*; así como también podemos citar el artículo 79 del Código de la Niñez y Adolescencia en donde se ha consagrado otra medida de protección en los siguientes términos: *“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; y de reingreso de la víctima, si fuere el caso”*; de igual forma el artículo 217 del mismo Código de la Niñez y Adolescencia ha establecido como medida de protección administrativa *“el alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado”*.

Y nuevamente llama la atención las similitudes en la redacción de estas tres normas con la de la medida cautelar personal que se analiza, salvo por los cambios ya comentados en donde se agregan a las víctimas y los testigos, y se suprime a la familia y a la seguridad sexual de la misma. Y bajo el entorno de las leyes de familia es que podemos entender la naturaleza de esta medida, en primer lugar indicando que resulta ser mas bien una medida de seguridad antes que una medida cautelar. Su aplicación encuentra sentido cuando el infractor ya ha cumplido su pena, y ahora en libertad, su regreso al hogar donde convive con la o las víctimas resultaría un peligro para la familia, sobre todo por la posibilidad de reincidencia. Se intenta proteger por lo tanto a la familia del agresor, tanto en su seguridad física, psicológica y sexual, tal como sostiene la norma. Es decir, esta sí es una medida de seguridad que previene el cometimiento de nuevos delitos al prohibir al agresor volver al hogar donde se pudieron haber producido las agresiones por las que fue juzgado, y además protege a la familia al no exponerla nuevamente a posibles nuevas infracciones si continúan viviendo con quien ya les agredió anteriormente. Podemos sostener que quizás el mismo procesado pueda atentar contra las víctimas o los testigos si continúa viviendo en el mismo hogar, pero aún así dicha medida no llega a ser cautelar ni a colaborar con el desarrollo de la causa.

Ahora bien, existe también en esta medida de seguridad una vulneración a un derecho consagrado constitucionalmente, específicamente el estipulado en el artículo 30 de la Carta Magna que dicta: *“Art. 30.- Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y*

económica”. Es evidente que con la aplicación de la medida cautelar analizada se vulnera este derecho, ya que una persona es obligada a salir de su hogar en donde convive con su familia, lugar por el cual quizás tuvo que realizar grandes esfuerzos económicos y donde ha formado un hogar y desarrolla su vida. Al respecto de esto se ha sostenido que *decretada esta medida de seguridad, el supuesto agresor tiene que salir inmediatamente del hogar, no importando que éste sea el propietario del inmueble. Este artículo permite que se invada la privacidad del hogar sin guardar el debido respeto a los principios constitucionales del Debido Proceso, Audiencia Previa y Derecho de Defensa, llevándose a cabo un desahucio sumarísimo, sin contar con el menoscabo de los sentimientos del presunto agresor al hacerlo abandonar su vivienda que constituye su hogar*¹²². Si bien lo citado corresponde a la legislación guatemalteca, las implicaciones resultan ser las mismas, y más graves aún si es que la medida de seguridad ha sido impuesta antes del juzgamiento, por lo que no hay nada comprobado y el principio de inocencia se ve vulnerado al sacar del hogar a un presunto agresor a quien se le debe verificar las infracciones de las que se le acusa.

Podemos concluir diciendo que una vez más el legislador ha intentado llenar el procedimiento penal con cualquier tipo de medida que a su criterio podría ser cautelar, con el único fin de evitar la imposición de la prisión preventiva en las distintas causas. Queda demostrado que esta medida no reúne los requisitos necesarios para ser considerada cautelar, sino que por el contrario responde a las necesidades de prevención y protección propias de las medidas de seguridad. El puesto que ocupa la medida analizada en nuestra legislación es el correcto, y el error consiste en creer que también puede ser una medida cautelar sin siquiera haber realizado un análisis previo para aquello.

4.1.7 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.

La medida cautelar a analizar involucra de manera directa a los terceros participantes de un proceso penal, y habla de la relación del procesado para con éstos. Si en anteriores medidas cautelares (en donde se demostró su poca o nula aplicabilidad precautoria) ya se prohibía al procesado que se acerque a determinadas personas, o frecuente determinados

¹²² MUÑOZ HERNÁNDEZ DE SALAZAR, Marta Elizabeth. *Violación a los Principios Constitucionales de Debido Proceso, Derecho de Defensa y a la garantía de Audiencia Previa, en ocasión de la aplicación de algunas de las medidas de seguridad contenidas en el artículo siete de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Intrafamiliar*. Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, octubre de 2007, Página 64.

lugares, esta medida cautelar va más allá al referirse específicamente a los actos de persecución o intimidación que pueda realizar el procesado en contra de la víctima o de los testigos, y además aquí se ha considerado también a los miembros de las familias de las víctimas o de los testigos, personas contra quienes el procesado también pudiera realizar algún tipo de acto atentatorio. Además, la medida cautelar hace extensiva la prohibición a terceras personas que a través del procesado realicen actos de intimidación.

Y el análisis de la medida lo podemos iniciar recordando lo que se ha venido sosteniendo respecto de las anteriores medidas cautelares al indicar que su finalidad está muy alejada de las que perseguiría una medida cautelar personal propiamente dicha. Esto pues el prohibir al procesado que realice actos de intimidación no implica que permanecerá ligado al proceso penal, ni mucho menos se está asegurando el cumplimiento de la pena. Se podría sostener que lo que busca la medida es cuidar y proteger la prueba testimonial al evitar actos de intimidación, pero si existe la duda de que el procesado pueda ser capaz de realizar este tipo de actos, muy poco probable es que se cumpla con la medida, y menos aún se respete el procedimiento penal. Los fines de las medidas cautelares son muy claros, y el prohibir actos de intimidación del procesado no ayuda en nada a la administración de justicia y a una efectiva aplicación de los correctivos que el Estado pretenda imponer al infractor.

Nuevamente nos vemos en la obligación de remitirnos a las leyes de familia, y es que las semejanzas entre las nuevas medidas cautelares personales y las medidas de protección o de seguridad en este tipo de leyes son sorprendentes. El artículo 79 del Código de la Niñez y Adolescencia, como medida de protección, contempla la *“prohibición al agresor de proferir amenazas, en forma directa o indirecta, contra la víctima o sus parientes”*, resguardando así la integridad de las personas que de alguna forma estarán vinculadas a la infracción. Además, el artículo 13 de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia tiene como medida de seguridad fundamental el *“evitar que el agresor, por si mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima o algún miembro de su familia”*. Queda nuevamente en evidencia la asombrosa capacidad de los asambleístas de trasladar medidas de leyes especializadas a la legislación procesal penal, convirtiéndolas en medidas cautelares tan sólo con agregar que será una prohibición para el procesado, y que dentro del grupo de personas vulnerables también constarán los testigos. Evidentemente la medida de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia guarda principios de prevención y protección, evitando que el infractor amedrente a la

víctima para lograr una despreocupación y posterior abandono de la causa que se haya iniciado producto de alguna infracción cometida. Protege a la víctima y a sus familiares de la presión que pueda ejercer sobre ellos el agresor, además de ampliar el marco de acción de esta medida incluyendo a terceros de los que se pueda valer el infractor. Y estos mismos fines son los que persigue la medida cautelar personal en análisis, erróneamente colocada como medida cautelar personal. Insisto en mi posición de que como medida cautelar aporta muy poco a garantizar una efectiva resolución judicial, más que nada por el hecho de que la prohibición no tiene nada que ver con el desarrollo de la causa, sino que tiene que ver con la actuación del procesado cuando no esté bajo la vigilancia de alguna autoridad policial o judicial.

Es importante esta protección para las víctimas de agresiones y sus familiares, e inclusive para los testigos, pero el instrumento a aplicarse es una medida de seguridad con fines preventivos y proteccionistas. Nada tiene que ver aquí la actividad cautelar del Estado pues la medida está dirigida al comportamiento del infractor lejos de los tribunales de justicia. Si el juzgador tiene dudas acerca de la posibilidad de que el procesado llegue a intimidar o perseguir a víctimas y testigos, esta medida aplicada como cautelar poco o nada podrá hacer para frenar los alcances de un sujeto del cual se duda su total adaptación y capacidad de relacionarse socialmente. Sería absurdo pensar que su comportamiento cambiará al imponerle una prohibición, pues bien podría no atentar contra la seguridad de víctimas o testigos, pero ni el peligro de fuga ni la garantía de cumplimiento de pena están garantizadas con la medida analizada.

4.1.8 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.

Resulta muy similar esta medida de seguridad a la ya analizada que implicaba una salida del procesado de la vivienda si la convivencia implicaba un riesgo para la seguridad de víctimas y testigos, pero la medida cautelar en análisis involucra adicionalmente un reintegro de la víctima o testigo al hogar con la correspondiente salida simultánea del procesado. La frase final de la medida cautelar, que encierra su objetivo primordial al referirse a la necesidad de proteger la integridad de víctimas y testigos, deja al descubierto la finalidad sustancial de esta medida que es la protección de las víctimas, y la consecuente

prevención de nuevas infracciones al evitar una convivencia muy fisurada y quizás detonante de nuevas agresiones.

Queda al descubierto entonces la naturaleza aseguradora de la medida cautelar analizada, destruyendo el carácter cautelar que se le pretendió dar al trasladarla al Código de Procedimiento Penal y agregar a los testigos como sujetos a proteger. Ni salida del agresor de su vivienda, ni el reintegro de la víctima a su hogar beneficiarán en nada al proceso penal que quizás se vea altamente afectado pues se perderá la pista del procesado si es que es obligado a salir de su hogar. Si se desconoce dónde vive resultará muy complicado hallarlo para que pueda ser juzgado, y en caso de encontrar su culpabilidad, peor aún para que pueda cumplir una pena y responder por los daños que ocasionó.

Y si la medida cautelar en análisis resulta ser una medida de seguridad, es evidente, por todo lo que se ha venido dando, que fue extraída de alguna normativa especial. Así encontramos el artículo 79 del Código de la Niñez y Adolescencia en el que se ha plasmado, como medida de protección, a 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; y de reingreso de la víctima, si fuere el caso”* en donde evidenciamos las cualidades preventivas de la medida al privilegiar el derecho de la víctima velando por su integridad, y privando al agresor de la posibilidad de continuar habitando bajo el mismo techo. De la misma forma, y con sorprendente similitud, nos remitimos nuevamente al artículo 13 de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia en el que se ha establecido la medida de *“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”*, medida en donde se incluye la prohibición de retirar los enseres de uso familiar, pero que en general implica las mismas restricciones que se imponen con la medida cautelar que se estudia. Las medidas de seguridad citadas tiene razón de ser al estar dirigidas en primer término a la protección de la víctima y la garantía de una vida estable y sin posibles nuevas agresiones, y como segundo aspecto la prevención de nuevas agresiones al sacar del hogar común al infractor logrando de alguna forma minimizar el riesgo de otras nuevas infracciones.

Ahora bien, por más loable que resulte la tarea de reintegrar a la víctima a su hogar, se continúa atentando contra el derecho constitucional del infractor de tener una vivienda propia y poder habitar en ella, derecho que lo pierde por su accionar delictivo y por el privilegio legal que posee la familia y sus miembros. La tranquilidad y estabilidad familiar

resulta entonces ser un objetivo estatal primordial y privilegiado frente a otros derechos individuales como el de la vivienda.

Concluimos diciendo que la medida cautelar personal de reintegro al hogar de la víctima y salida simultánea del agresor no constituye por ningún aspecto una medida que pueda colaborar con el juzgador para lograr administrar justicia y que su sentencia sea debidamente aplicada, quizás con una privación de libertad y una indemnización por daños y perjuicios. La ligereza de las reformas a la legislación penal toma cuerpo en estos ejemplos donde se crean nuevas medidas cautelares con evidentes de medidas de seguridad destinadas para otros casos especiales, y con circunstancias que difieren significativamente de las previstas para la actividad precautoria.

4.1.9 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.

Otra medida cautelar a analizar, empezando primeramente por resaltar, a primera vista, lo alejado de la medida cautelar con los fines del proceso penal y su actividad precautoria. En primer lugar, es una medida cautelar personal dirigida exclusivamente a aquellos delitos en donde la víctima sea menor de edad, y además, que la custodia de la víctima está en manos del presunto agresor. Y como se ha venido sosteniendo a lo largo de esta disertación, las medidas cautelares deben tener un carácter general, y no ser específicas para determinados delitos. En el caso de las víctimas menores de edad, como de igual forma se analizó, existen en nuestra legislación varias leyes especializadas en el tema donde se han plasmado un sinnúmero de medidas que buscan proteger a las víctimas que en este caso resultan ser las más afectadas por la desigualdad existente en razón de edad y/o de género. Un error craso de los assembleístas ha sido el colocar como medida cautelar una disposición dirigida a un grupo de víctimas muy especial, y además tener como condición la custodia de la víctima. Siguiendo estrictamente los lineamientos de la actividad cautelar, la medida analizada no beneficia en lo absoluto la consecución del proceso penal, empezando por el hecho de que no se asegura la comparecencia ni la vinculación del infractor con el proceso que se le sigue si se le priva la custodia de la víctima menor de edad, y menos aún se garantizará un posible cumplimiento de pena ni un pago de indemnizaciones. Así mismo esta medida cautelar personal no ayuda a un correcto

tratamiento de los elementos probatorios, ni beneficia en general a una efectiva administración de justicia.

Es muy sencillo deducir lo que se persigue con esta medida, y es que si se priva al agresor de la custodia de la víctima menor de edad, lo que se busca es extraer a la víctima de ese ambiente hostil y agresivo en donde se produjeron los hechos; en otras palabras, se busca prevenir el cometimiento de nuevas infracciones y proteger a la víctima menor de edad alejándola del presunto infractor. Si el agresor tenía la custodia de la víctima menor de edad, podemos pensar que quizás se trataba de alguno de los progenitores, o quizás una persona de extrema confianza de los padres a quien se le otorgó dicha custodia. Es decir, estaríamos frente a un caso de violencia intrafamiliar, aspecto en donde nuestra legislación sí posee la normativa específica para combatir este tipo de infracciones.

Ahora es más que necesario comparar la medida cautelar personal en análisis con las constantes en las leyes de familia a las que se hizo mención. De esta forma encontramos una medida de seguridad en el artículo 13 de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia que, como ha sido la tónica de la mayor parte de los análisis realizados, guarda una similitud impresionante con la medida cautelar que estamos analizando. En este sentido, la mencionada medida de seguridad concede al juez la posibilidad de *“otorgar la custodia de la víctima menor de edad o incapaz a persona idónea siguiendo lo dispuesto en el Artículo N° 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de Menores”*, con lo que queda demostrado una vez más el trabajo poco profesional de los assembleístas al simplemente tratar de transformar una medida de seguridad en una medida cautelar personal agregando o eliminando términos. La medida cautelar personal sostiene una privación de la custodia de la víctima, cosa que se entiende agregada a la medida de seguridad por el simple hecho de que el juzgador otorgue la custodia que estaba en manos del presunto infractor, a otra persona. De ahí en adelante, a pesar de que la medida cautelar no ha contemplado el caso de las víctimas incapaces, la redacción y los fines de ambas medidas son exactamente iguales. Como se dijo, esta medida guarda una finalidad evidente que es la de prevenir el cometimiento de nuevas infracciones sobre la misma víctima extrayéndola del universo de agresividad y violencia en el que se venía desarrollando. Existe además otra medida de protección administrativa contemplada en el artículo 217 del Código de la Niñez y Adolescencia que concede *la custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda*. De igual

forma se priva de la custodia de la víctima menor de edad al agresor, y se la destina a una institución de cuidado para que el juzgador posteriormente ordene alguna o algunas medidas de protección que considere necesarias.

Queda en evidencia por lo tanto que estamos frente a otra medida de seguridad que ha sido disfrazada de medida cautelar personal, pero por las razones ampliamente expuestas, jamás logrará cumplir con alguna finalidad precautoria, además de estar estrictamente limitada su aplicación en casos de víctimas menores de edad, siempre y cuando estos hechos lleguen a ser delito y si otras autoridades competentes por su especialidad no hayan aplicado medidas de seguridad o de protección en debida forma.

4.1.10 La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare.

Empezamos ahora con el análisis de las dos últimas medidas cautelares personales que fueron agregadas en las reformas de marzo de 2009. Tienen como peculiaridad que no resultan ser tan novedosas en nuestra legislación procesal penal, pues en el anterior artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, ya constaban dichas medidas como alternativas una vez sustituida la prisión preventiva. Reitero una vez más mi criterio de que el mencionado artículo 171 debió haber sido fortalecido con las reformas de 2009 brindando más posibilidades de sustitución a la prisión preventiva, y no eliminándolo y crear anticipadamente nuevas medidas cautelares personales con el único fin de aplicar a como de lugar la excepcionalidad de la prisión preventiva consagrada en las mismas reformas. Insisto en que no existe actualmente alguna medida cautelar personal tan efectiva como la prisión preventiva, y si no se crean nuevos instrumentos precautorios a la altura y con la eficacia de la prisión preventiva, las restantes medidas cautelares personales seguirán siendo simples alternativas a la privación cautelar de libertad y no verdaderas medidas precautelatorias.

Esta medida cautelar personal se aplica cuando los antecedentes y las circunstancias propias del procesado no ameritan ordenar su prisión preventiva, pero aún así se sigue temiendo por su posible desvinculación del proceso penal, y es por tal motivo que la libertad del agente se ve disminuida al tener que acudir periódicamente ante el propio juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare, y dar fe con su presencia de que permanece en el país y que además acude al llamado de la justicia en la forma en lo que han dispuesto. Claro está, el procesado puede continuar con sus actividades regulares,

pero tendrá siempre el inconveniente de interrumpir su accionar para acudir a la presentación periódica. Ahora bien, al no estar el procesado privado de su libertad, resulta muy sencillo que fugue de la justicia, dejando de presentarse ante la autoridad designada sin dejar rastro alguno sobre su paradero. Por tal motivo es que se mencionó que esta medida cautelar es impuesta a aquellas personas que han demostrado no resultar un peligro inminente en contra de la administración de justicia, y que están dispuestos a acudir ante el juzgador cuando así éste lo disponga.

Realmente resulta una medida cautelar que puede llegar a cumplir la mayor parte de las finalidades trazadas para la actividad precautoria en general, siempre y cuando esté acompañada de otras medidas que complementen esta tarea. Puede llegar a garantizar la comparecencia del procesado en el juicio, pues al estar obligado a presentarse regularmente ante una autoridad, se entendería que existe una confianza en la persona de que cumplirá con la disposición del juzgador. La ley establece la sanción para quien incumpla con una medida sustitutiva de la prisión preventiva, pero no establece la sanción para quien incumple una medida cautelar directamente aplicada, como es el caso de la presentación periódica. Se entendería que si el procesado dejara de presentarse ante la autoridad, el juzgador podría ordenar inmediatamente una nueva medida cautelar personal para asegurar la comparecencia del procesado, en este caso la prisión preventiva, a pesar de que la ley no establece tal condición. Con la presentación periódica podría asegurarse también un posible pago de las indemnizaciones pecuniarias, al tener al alcance al procesado cada vez que se disponga su presentación. Pero en general, como se manifestó, el infractor seguiría en libertad, y si bien se verían limitadas sus actividades de forma esporádica, éstas no serían afectadas totalmente, por lo que el sujeto estaría en posibilidades de atentar contra la administración de justicia, elementos probatorios, su propia presencia, etc.

Podemos concluir indicando que la persona que demuestre no ser un peligro para la administración de justicia y cuya actividad posiblemente delictual sea una excepción sin poner en riesgo a la sociedad ni al proceso penal estando en libertad, no sería candidata a una imposición de medida cautelar personal ya que por sus características no representaría problema alguno a la Autoridad; consecuentemente imponer este tipo de medidas que restringen la libertad resultaría más una incomodidad para la persona que realmente una verdadera garantía procesal. Por el contrario, si el sujeto procesado goza de un amplio historial delictivo y sus actividades diarias consisten en delinquir como modo de vida, la

presentación periódica ante la autoridad resultaría una burla para la justicia, dedicándose el sujeto a cometer más infracciones, e interrumpiendo por minutos su actividad para cumplir con la presentación. Aquí sí resultaría necesaria entonces la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar personal si es que el procesado no presta las garantías necesarias para confiar en su compromiso con la justicia y el proceso penal.

La medida cautelar personal de presentación periódica ante una Autoridad, a mi criterio, tampoco debía ser colocada como medida cautelar personal directa, pues su aplicación no genera las garantías suficientes hacia la administración de justicia. Insisto en mi posición de que la medida cautelar en análisis debía continuar como una alternativa a la sustitución de la prisión preventiva, pues si el procesado logró demostrar que no resultaba necesario privarlo de su libertad para garantizar su comparecencia a juicio, es evidente que prestará las garantías necesarias como para confiar en su presentación periódica. Actualmente se la sigue utilizando para estos fines, aunque muchas veces también se la dispone sin ningún tipo de discrecionalidad por parte de los jueces, aplicándola a todo procesado de la misma forma en que se aplicaba la prisión preventiva antes de las reformas.

4.1.11 El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial.

Como se mencionó, ésta es otra de las medidas cautelares que constaban en el antiguo artículo 171 del Código de Procedimiento Penal como una alternativa a la sustitución de la prisión preventiva. El concepto “arresto” está definido como la “*detención provisional del reo*”, es decir, *el acto ejecutado por autoridad competente de aprehender a una persona de la que se sospeche que haya cometido un delito o contravención, y retenerla detenida por breve tiempo, hasta que intervenga el juez que ha de entender en el asunto. En definitiva, el arresto equivale a lo que en otras legislaciones, entre ellas la argentina, denominan detención*¹²³. En otras palabras, la detención o arresto domiciliario consiste en una privación de la libertad para el procesado, pero que no implica el encierro en un centro de rehabilitación social, sino que tendrá como lugar de privación su propio domicilio. Resulta por lo tanto necesario analizar brevemente las implicaciones del arresto domiciliario, para en forma posterior proceder a examinar su procedencia como medida cautelar personal.

¹²³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental: edición actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Buenos Aires – Argentina, Editorial HELIASTA, decimoséptima edición, 2005, Página 38.

En primer lugar salta a la duda lo que entendemos como domicilio, una discusión muy amplia que se sigue dando hasta el día de hoy en la doctrina legal. De acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de nuestro Código Civil, el domicilio de una persona “*consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella*”. De igual forma nuestra ley divide al domicilio en político y civil, entendiéndose por domicilio político el que se refiera al territorio de un Estado en particular, mientras que el domicilio civil es la parte determinada de ese territorio del Estado. Es importante lo aportado por el artículo 48 del Código Civil al explicar que “*el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad*”, permitiéndonos entender los alcances de un arresto domiciliario. Es evidente que este arresto no se referirá al domicilio político pues sería ilógico pensar que un sujeto se encuentre arrestado en el territorio del Ecuador; resulta un marco muy amplio para cubrir con un simple arresto. Por el contrario, el domicilio civil se adapta de mejor forma a lo que se busca con la detención domiciliaria pues sostiene un margen más específico de territorio limitado a las actividades diarias que realice la persona. Y esto nos permite llegar a una conclusión muy importante, ya que la mayoría de las personas creíamos que al hablar de un arresto domiciliario se concedía a la persona el privilegio de permanecer en su hogar, pero no salir de éste. Es decir, cambiaban las cuatro paredes de una prisión, por las cuatro paredes de su hogar. Y notamos que no resulta tan cierta esta apreciación, pues el domicilio civil de una persona es esa parte del territorio dentro de la cual se desenvuelve habitualmente, ejerciendo su profesión u oficio y el lugar donde está asentado. Esto se confirmaría con las consecuencias que conlleva la medida de arresto domiciliario, consecuencias que si bien están adecuadas a lo que dispone la ley procesal colombiana, guarda mucha relación con la figura contemplada en nuestra legislación.

Así, una vez decretado el arresto domiciliario (detención domiciliaria según la legislación colombiana), “*el funcionario podrá imponer al sindicado la obligación de realizar <<trabajo social>> durante el tiempo de la detención domiciliaria o los fines de semana*¹²⁴”. Y entonces nos ponemos a pensar que resultaría imposible que el procesado pueda realizar este tipo de actividades sociales si es que está imposibilitado de salir de su hogar. *Las medidas y los sistemas represivos son individuales y muy seguramente cabría una*

¹²⁴ CÁRDENAS GONZÁLEZ, Alberto. *Procedimiento penal teórico práctico: legislación, comentarios, doctrina, jurisprudencia, modelos y cuadros comparativos. Normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad*. Bogotá – Colombia, Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez C., 1996, Página 563.

*tutela en el caso de que un fiscal ordenara el que la fuerza pública estuviere permanentemente en la puerta de un hogar, para impedir que el sindicato abandone la parte física de una casa o habitación, pues los familiares no tienen por qué (sic) correr con las consecuencias de incomodidad, control, descrédito, que conlleven esas actitudes desbordadas*¹²⁵. Por lo tanto, el debate sigue latente con el fin de establecer los alcances del arresto domiciliario, cualesquiera que sea la forma en la que se lo aplica. No podemos confundir jamás lo que es el domicilio de lo que es la residencia, que implica imperativamente el lugar de habitación de una persona; y por lo tanto, una detención domiciliaria jamás se la puede confundir con una detención residencial. Muchas dudas surgen alrededor de este tema, más cuando se piensa en la forma en la que se controlará dicho arresto. Puede o no puede imponerse una vigilancia, de acuerdo a nuestra legislación, pero en caso de que se la imponga, los agentes deberán cuidar porque la persona no contravenga la disposición impuesta. El arresto domiciliario podría cumplirse en el lugar de trabajo del procesado, y posteriormente en su hogar, si aplicamos la definición de domicilio civil antes citada. Muchos criterios en torno a este tema han ocasionado una cantidad innumerable de contradicciones, quedando a criterio del juez que impone la medida la forma en la que se cumplirá dicho arresto domiciliario. Deberíamos entender que actividades como el cambio de residencia, una presentación inmediata cuando la autoridad así lo requiera, el ejercicio de una actividad lícita, o la prohibición de salida del país deberían ser obligatorias y a la vez complementarias a la imposición de una detención domiciliaria.

Ahora bien, analizando al arresto domiciliario como medida cautelar de carácter personal, es preciso realizar las siguientes reflexiones. Como se explicó, y es una posición que compartimos, esta detención domiciliaria no debe significar un encierro por parte del procesado dentro de su hogar, por la serie de consideraciones que ya se expusieron. Implica por lo tanto un beneficio hacia el procesado de poder seguir con sus actividades normales, tanto laborales como familiares, pero sometido a un régimen de vigilancia y de ciertas restricciones de movilidad, sobre todo evitando que cambie su rutina sin un previo aviso. La disposición en nuestra ley contempla a la medida con o sin vigilancia o supervisión policial, pero de una u otra forma, el procesado estará siempre bajo la atención y cuidado de la autoridad que ordenó la medida. Analizándola dentro de los parámetros de la actividad cautelar decimos, en primer lugar, que al ser ésta una medida no tan novedosa

¹²⁵ MORENO, Cancino; citado por la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia en su auto de abril 06 de 1994; en CÁRDENAS GONZÁLEZ, Alberto. Op. Cit., Página 567.

en nuestra legislación, sus finalidades tampoco difieren sustancialmente de las de la actividad cautelar.

Manteniendo al procesado en vigilancia con arresto domiciliario permitirá que el sujeto no se deslinde totalmente de la causa penal que se le sigue, y en caso de ser con vigilancia o supervisión policial, menos riesgoso será que el procesado pueda darse a la fuga o que desaparezca de la atención judicial. Por lo tanto podríamos afirmar que esta medida cautelar sí cumple de alguna forma los objetivos cautelares, y sí actúa como un instrumento de ayuda a favor de la administración de justicia. Pero los reparos se dan cuando se ha elevado de categoría a la medida cautelar analizada, pues de ser una alternativa a la prisión preventiva luego de ser sustituida, se le dio el rango de medida cautelar sin analizar sus implicaciones. Es muy sencillo deducir que un arresto domiciliario se constituye en una forma o estilo de privación de libertad, así se lo interprete como “arresto residencial”, pero con algunos privilegios para el procesado, privilegios de los que no podría gozar si es que la privación de libertad se daría en algún centro de rehabilitación social. Por tal motivo, el arresto domiciliario en su esencia es una medida sustitutiva, y no una medida cautelar de imposición directa. Quien logra destruir los argumentos bajo los cuales se le impuso una prisión preventiva, pero aun así no podría gozar de total libertad debido a la incertidumbre o duda que tenga el juzgador al respecto, es candidato óptimo para que se le imponga una medida como el arresto domiciliario. No resultaría lógico pensar que a una persona se le imponga directamente la detención domiciliaria como medida cautelar personal, si quizás ni siquiera resulte un verdadero peligro para el proceso, y no requiera de la imposición de una medida cautelar. Por lo tanto, y tal como lo sostienen autores como Alberto Cárdenas González que al analizar a la detención domiciliaria al amparo de la legislación colombiana ha sostenido que *el funcionario judicial, en opinión nuestra, debe decretar la detención preventiva si a su juicio se reúnen los requisitos sustanciales para ello (art. 388), y el hecho punible amerita este tipo de medida; y si es del caso, en la misma resolución o en providencia posterior, podrá sustituirla por detención domiciliaria...*¹²⁶, el arresto domiciliario es, y debió seguir siendo en nuestra legislación, una medida de sustitución y no una medida cautelar personal. Las características propias de

¹²⁶ CÁRDENAS GONZÁLEZ, Alberto. *Procedimiento penal teórico práctico: legislación, comentarios, doctrina, jurisprudencia, modelos y cuadros comparativos. Normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad*. Bogotá – Colombia, Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez C., 1996, Página 561.

dicha medida motivan a que sea usada como una alternativa para sustituir la prisión preventiva, forma en la que en la práctica se la continúa utilizando hasta la actualidad.

4.2 Breves consideraciones sobre la detención y la prisión preventiva

Las dos últimas medida cautelares personales han sido colocadas por el legislador en los numerales finales del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, quizás también por la imperiosa necesidad de evitar que se aplique la privación de libertad como medida cautelar. Hablamos de la detención para fines investigativos y la prisión preventiva, las dos medidas cautelares personales propiamente dichas que reflejan el poderío estatal al permitir una privación de libertad de un sujeto inocente. El estudio de estas dos medidas, en especial de la prisión preventiva, ha sido motivo de innumerables ensayos, artículos y libros completos, sobre todo por lo amplio del tema y las variadas consideraciones que se pueden tener al respecto. Así mismo el análisis en mención puede ser, como lo ha sido, materia de desarrollo de trabajos investigativos y de disertaciones, por lo que en este trabajo se analizarán a las dos medidas desde una óptica legalista, evitando desviar el tema propuesto en páginas iniciales y realizando un análisis breve y conciso de las medidas que nos permita seguir estudiando a las medidas cautelares personales en su conjunto.

Abordamos entonces en primer lugar a la detención, medida cautelar de carácter personal a la que se la ha dedicado un capítulo aparte dentro de nuestro Código de Procedimiento Penal. De esta forma, el artículo 164 de la mencionada ley aborda a la detención indicando que *con el objeto de investigar un delito de acción pública, a pedido del Fiscal, el juez de garantías penales podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad. Esta detención se ordenará mediante boleta que contendrá los siguientes requisitos: 1. Los motivos de la detención; 2. El lugar y la fecha en que se la expide; y, 3. La firma del juez de garantías penales. Para el cumplimiento de la orden de detención se entregará dicha boleta a un agente de la Policía Judicial.* Podemos empezar indicando entonces que es necesario el pedido fiscal de detención, como en toda medida cautelar, pero además, el representante de la Fiscalía General del Estado deberá cumplir con los requisitos establecidos en la norma para solicitar la detención, en especial demostrando que el denunciado o investigado tiene presunciones de responsabilidad sobre el delito que se

investiga. Y en este caso nos referimos al presunto infractor como denunciado o investigado, pues una de las cualidades propias de esta medida es que es la única medida cautelar personal que puede ser dictada durante la etapa pre-procesal de indagación previa. Como se explicó en las primeras páginas de este trabajo, en la etapa investigativa del proceso penal en donde se recogen las pruebas que servirán a la Fiscalía para determinar responsabilidades sobre un determinado hecho ilícito, no interviene juzgador alguno ni existe aun ningún tipo de imputación o indicio de responsabilidad sobre un sujeto determinado. Esta medida está al alcance de los fiscales con el fin de facilitar su labor, y es que si durante su investigación se ha determinado la existencia de responsabilidad sobre un sujeto en particular, pueden solicitar al juez de garantías penales que ordene la detención con fines investigativos de dicha persona, y una vez puesto en manos de la justicia, el fiscal podrá resolver muchas dudas o cuestiones pendientes que tenga de su investigación disponiendo del sujeto investigado. Lo común es que se solicite primeramente la versión de la persona detenida, y luego el fiscal también podrá realizar otro tipo de actividades indagatorias con el fin de alcanzar la verdad de los hechos investigados, todo esto aprovechando que el sujeto investigado se encuentra privado de su libertad y a total disposición de la Fiscalía. Lo que sí se ha establecido en la ley es el límite de la detención, y es que estamos hablando de la privación de libertad de una persona inocente contra la que ni siquiera existen presunciones fundadas sobre el cometimiento de un delito. El artículo 165 del propio Código de Procedimiento Penal establece como un máximo de tiempo para la detención las 24 horas, tiempo durante el cual el fiscal podrá realizar las diligencias de las que se necesite la presencia e intervención del sujeto privado de su libertad. Transcurridas las 24 horas, el sujeto debe ser puesto inmediatamente en libertad, o en caso de que la Fiscalía decida procesar penalmente al sujeto investigado, deberá realizar la audiencia de formulación de cargos para posteriormente solicitar al juez competente alguna medida cautelar; todo esto dentro de las 24 horas de la detención. Adicionalmente, y como un derecho propio del sujeto detenido, no podrá ser incomunicado por ningún motivo, y siempre deberá conocer las razones de la detención y la autoridad que dictó la orden. De igual forma tiene derecho a comunicar sobre la detención a algún familiar o conocido, así como el acceso a un abogado defensor. Todas éstas son garantías básicas del detenido, y quien no las cumpla podrá ser sancionado al amparo de lo dispuesto en el artículo 166 de la ley adjetiva penal. Ahora bien, respecto de la detención cabe realizar algunas acotaciones, y es que con las reformas de marzo de 2009 se agregaron al Código

de Procedimiento Penal varias normas para las audiencias, entre las cuales destaca aquella que reglamenta la obligatoriedad de realizar una audiencia cuando se vaya a tomar alguna resolución que afecte a los derechos de las partes, y además, se indica que en toda audiencia se abordarán temas como las medidas cautelares. Es decir, para ordenar la detención, de acuerdo a lo que podemos interpretar de estas normas para las audiencias, se deberá realizar una audiencia con la presencia del sujeto investigado en donde muy seguramente se opondrá por sí mismo o a través de su abogado defensor, a que se le imponga una medida restrictiva de la libertad, y menos aun si no existe en su contra imputación formal alguna. En la práctica, la mayoría de los fiscales antes de solicitar la detención de una persona, es común que la llamen varias veces para que rinda su versión sobre los hechos, en forma libre, voluntaria y sin juramento. Tras la ausencia de la persona, y considerando algunas pruebas que podrían usar en su contra, el fiscal suele solicitar la detención, sobre todo para concluir con su investigación y poder atar algunos cabos que quizás estén sueltos en relación al delito investigado. Es por tal motivo que me parece un absurdo realizar una audiencia para la medida cautelar de detención ya que es muy probable que el sujeto investigado ni siquiera acuda a dicha audiencia puesto que no compareció para ante la Fiscalía a rendir su versión. La detención para fines investigativos, considerada como una herramienta de última instancia a favor de los fiscales con el fin de concluir exitosamente su investigación, únicamente puede ser ordenada por un juez de garantías penales que verifique la necesidad de la medida y su eficacia. Resultaría ilógico que se solicite la detención si es que la Fiscalía recibió del sujeto investigado toda la colaboración y presencia para lograr llegar a la verdad de los hechos investigados; pero por el contrario, si el sujeto investigado jamás compareció ante el Fiscal ni colaboró en la investigaciones, menos aún concurrirá a la audiencia para resolver sobre la detención si de antemano sabe que su libertad puede correr peligro. Ahora bien, rigiéndonos en estricto sentido a lo dispuesto por la normativa penal, la detención para fines investigativos es una medida cautelar perfectamente sustituible y revocable, y además debería ser resuelta previo la realización de una audiencia. Eso sí, los trámites legales previos a la detención tardarán más tiempo que la detención misma.

Concluimos diciendo que la labor investigativa de la Fiscalía muchas veces suele ser frustrada por un sinnúmero de factores, muchas veces provenientes de los mismos fiscales. La detención es una medida cautelar personal sui generis que sirve para una consecución efectiva de dicha investigación fiscal, por lo que su uso debe ser considerado de forma

racional y excepcional. La eficacia de la detención no será puesta en duda en este trabajo, pero sí existen algunas contradicciones en la misma normativa penal que quizás impidan que la detención para fines investigativos surta los efectos deseados.

Procedemos luego del análisis de la medida cautelar de detención, a estudiar a breves rasgos la última de las medidas cautelares personales, quizás la que mayor revuelo ha causado y de la cual se han escrito un sinnúmero de artículos y existen diversas opiniones. La prisión preventiva es la última medida cautelar personal que consta en el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, contemplada posteriormente en el artículo 167 del mismo cuerpo legal de la siguiente manera: **Art. 167.-** *Cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y, 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.* La prisión preventiva, como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, es la medida cautelar personal por excelencia. Logra cumplir a cabalidad la mayor parte de las finalidades establecidas por la actividad precautelatoria en general, sacrificando el bien más preciado de todo ser humano: la libertad. Como su nombre lo indica, conlleva una privación de libertad contra el procesado, pero de una forma preventiva que de ninguna manera implicará el cumplimiento de una pena anticipada, más que nada pues estamos al frente de un sujeto inocente contra quien no se ha emitido sentencia condenatoria alguna, y además la presunción de inocencia¹²⁷ de la que goza no ha sido desvirtuada. Al estar el procesado privado de su libertad, el juez de garantías penales puede disponer del sujeto cuando así lo disponga, evitando retrasos en la administración de justicia por la no presencia del procesado; se previene que el procesado altere elementos probatorios o ejerza algún tipo de presión contra víctimas o testigos, incluso protegiéndolos al saber que el presunto delincuente está privado de su libertad.

¹²⁷ Al respecto de la presunción de inocencia, el Doctor Ricardo Vaca Andrade sostiene que mas bien se debe hablar de un “estado jurídico de inocencia” que se mantiene durante todo el proceso penal hasta que se haya dictado en contra del procesado sentencia condenatoria. No cabría según el autor hablar de una presunción de inocencia puesto que al ser una presunción una conjetura o deducción que nos llevará al convencimiento de algo, jamás podremos estar convencidos de la culpabilidad o inocencia de una persona. Podríamos hablar mejor de una presunción de culpabilidad que deberá ser sustentada a lo largo del proceso penal.

Ahora bien, resulta bastante novedoso y a la vez cuestionable el hecho de que una persona inocente sea privada de su libertad para garantizar su comparecencia a juicio o para lograr un efectivo cumplimiento de la pena. No cabe en ningún sentido que un inocente sea recluido en un centro de rehabilitación por un delito que quizás no cometió, pero en este caso los objetivos estatales de justicia y control social tienen más peso, logrando vulnerar algunos derechos fundamentales de las personas. Por lo delicado del asunto es que en la ley se han establecido algunos requisitos que deben cumplir los fiscales para solicitar al juez de garantías penales que disponga la prisión preventiva de determinado procesado. Así, además de la necesidad de la fiscalía de tener indicios suficientes sobre la existencia de un delito, y que el imputado sea autor o cómplice del mismo, la infracción debe tener una sanción privativa de libertad superior a un año, probar la necesidad de privar de la libertad al procesado, y demostrar que ninguna de las restantes medidas cautelares personales son suficientes para asegurar la comparecencia del procesado. Como se dijo, los dos últimos requisitos fueron agregados con las reformas de marzo de 2009, teniendo como consigna los legisladores el plasmar la excepcionalidad de la prisión preventiva en la mayor cantidad de artículos posibles, muchas veces alejándose de la esencia de la actividad cautelar. De esta forma se complicó aun más la posibilidad de solicitar prisión preventiva por la imposición de mayores requisitos. Y con las reformas llegaron también nuevos procedimientos alrededor de la prisión preventiva, nuevas disposiciones y actividades que debían cumplirse para asegurar que dicha prisión sería aplicada de forma excepcional y como el último de los recursos. En este sentido se crea entonces la audiencia para solicitar la medida cautelar de prisión preventiva consagrada en el primer artículo innumerado a continuación del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, audiencia en la cual el fiscal deberá exponer de forma oral la pertinencia y necesidad de dicha medida cautelar, demostrando además que su petición se ciñe a los requisitos necesarios para la medida y que fueran expuestos anteriormente. La audiencia también brinda la oportunidad al procesado de demostrar que la prisión preventiva no resulta necesaria para garantizar su comparecencia, probando al juez de garantías penales su arraigo social y su disposición a colaborar con la administración de justicia. Al respecto del arraigo social, y para comprender sus implicaciones, se ha sostenido que la prisión preventiva suele ser una criminalización de la pobreza, puesto que *la lógica cautelar impone maniqueamente la exigencia sobre el imputado de requisitos materiales, que, simplemente una persona de escasos recursos económicos no posee, por ejemplo el demostrar: i) la residencia habitual –en otras*

palabras la propiedad de un bien inmueble-; ii) el pago de servicios básicos –las personas menos atendidas para estos servicios son los marginados-; iii) la colegiatura de sus hijos –como si el acceso a la educación se cumpliera al 100%-; o, iv) los roles de pago o la facturación de su empresa –que olvida las cifras de empleo y subempleo en América Latina-. De esta forma, pretender que el imputado demuestre su arraigo social para provocar una exención de la prisión preventiva es una tamaña farsa, tal cual como creer que opera materialmente un cambio de paradigma en el uso de la prisión preventiva¹²⁸. Es decir, el demostrar el arraigo social implica probar ante el juez de garantías penales un sinnúmero de garantías sociales, algunas expuestas en el texto citado anteriormente, con lo que se podría decir que el procesado estará vinculado a su juicio sin necesidad de ser privado de su libertad. Pero tal como dicta el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, la decisión final estará a cargo del juez y de la valoración que realice de las pruebas a él presentadas. Lo que sí se debe mencionar es que una vez que el fiscal decida dar inicio a la instrucción fiscal solicitando al juez de garantías penales la convocatoria a la audiencia de formulación de cargos, en dicha audiencia, a más de exponer los elementos que le motivan para imputar un delito a determinada persona, se pueden solicitar la imposición de medidas cautelares, inclusive la prisión preventiva, por lo que en la misma audiencia se resolverá sobre la privación cautelar de la libertad del procesado, si procediere.

Alrededor de la prisión preventiva existen varias connotaciones y reflexiones que vale la pena abordarlas. En primer lugar es importante resaltar la garantía legal de la que goza toda persona que ha sido privada de su libertad por prisión preventiva, y es que esta privación de libertad no puede ser nunca ilimitada o indefinida. La ley ha establecido la figura de la caducidad de la prisión preventiva, un período de tiempo máximo de privación de libertad de seis meses para los delitos sancionados con prisión, y de un año para delitos sancionados con reclusión. La caducidad de la prisión preventiva ha resultado en nuestro país uno de los puntos más controversiales dentro del interminable debate de las deficiencias de nuestro sistema judicial. La caducidad, además de ser un derecho para todo sujeto privado cautelarmente de su libertad, es una obligación y una presión para los administradores de justicia, pues la sentencia del caso que se investiga debe llegar en un

¹²⁸ DUCE, Mauricio, Claudio FUENTES y Cristián RIEGO. *La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva*; en RIEGO, Cristián y Mauricio DUCE (Dirs.). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*. Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2009, Páginas 24 y siguientes; en PALADINES, Jorge Vicente. *Las dos velocidades de la reforma penal en el Ecuador, y la dialéctica legislativa*. Internet. www.pensamientopenal.com.ar/16052010/latinoamerica02.pdf. Acceso: 18 de diciembre de 2010.

máximo de seis o un año, para poder aprovechar que el sujeto está detenido, e inmediatamente lograr que cumpla la pena sin tener que salir del encierro. Si se cumplen los períodos máximos de duración de la prisión preventiva, y el caso no ha sido resuelto, ésta se declara caducada, y el sujeto procesado debe ser puesto en libertad inmediatamente. Cuando se agregó este tema de caducidad a nuestra legislación penal, se presionó arduamente a los jueces para que cumplieran con su labor dentro de los márgenes de tiempo de la prisión preventiva, y además se crearon normas para sancionar a los responsables judiciales que en sus manos hayan caducado prisiones preventivas por la falta de agilidad judicial. Eso si, el sistema de justicia, en especial el penal, no recibió ningún tipo de ayuda significativa ni una modernización considerable que permitiese optimizar el trabajo judicial y lograr resultados antes de que caducara la prisión. También existen normas dedicadas a la paralización del sistema judicial por causas directamente provocadas por el procesado y no imputables a la administración, casos en los cuales los plazos para la caducidad de la prisión preventiva se interrumpen impidiendo que de mala fe el procesado destruya la medida cautelar personal impuesta. Por otro lado, además de ser sustituible, revisable, o revocable como todas las medidas cautelares personales, la prisión preventiva también puede suspenderse cuando el procesado rinda caución. Regulada a partir del artículo 174 del Código de Procedimiento Penal, la caución es una garantía, usualmente económica, que brinda el procesado ante el juez de garantías penales, con la cual, además de garantizar el pago de daños y perjuicios, obliga al procesado a mantenerse vinculado al proceso. Por ejemplo, en caso de que el procesado se ausentare a la audiencia de juzgamiento, el tribunal de garantías penales obligatoriamente deberá ordenar la prisión preventiva del sujeto, y además ejecuta la caución otorgada. Es una forma de lograr la libertad del procesado, pero aplicada restrictivamente a casos que, por ejemplo, la pena máxima a imponerse no supere los cinco años de privación de libertad, entre otros. Además, al ser la prisión preventiva ordenada mediante auto, ésta puede ser apelada ante la Corte Provincial de Justicia que, luego de convocar a las partes a una nueva audiencia, decidirá si procedía o no la imposición de tal medida cautelar personal.

La prisión preventiva alrededor del mundo ha causado muchas discusiones, en especial por las variantes que presenta en cada una de las legislaciones. Una de las más sorprendentes a mi punto de vista es la prisión preventiva en el régimen penal español donde existe además la prisión con incomunicación, descrita de la siguiente manera: *La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España permite mantener a una persona reclusa en régimen de*

*incomunicación hasta 5 días en todos los casos y hasta 13 si es sospechosa de delitos de terrorismo. Este período de 13 días se compone de una fase de hasta 5 días de comunicación bajo custodia policial, que puede prorrogarse otros cinco días de incomunicación en prisión provisional. Además, en cualquier momento de la instrucción el juez puede imponer tres días más de detención en régimen de detención*¹²⁹. Podríamos entender como justificación a este tipo de normativa los duros ataques terroristas que ha sufrido España durante mucho tiempo, hechos que han obligado a adecuar la normativa penal para las exigencias de la sociedad y los delitos a los que se enfrentan. De igual forma en nuestra legislación podemos encontrar algunas disposiciones singulares en relación a la prisión preventiva. Por ejemplo, un capitán de puerto tiene facultad de ordenar la prisión preventiva de una persona para proceder a su juzgamiento, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 35 del Código de Policía Marítima¹³⁰. Así mismo, la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en su artículo 165, faculta a los agentes de tránsito a privar de la libertad a una persona cuando cuenten con los elementos probatorios necesarios luego de acontecido un accidente de tránsito; la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero también dispone la prisión preventiva obligatoria para todos los procesados por delitos de peculado o que están regulados en esta ley; el artículo 120 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas dispone la obligatoriedad de la prisión preventiva siempre que se de inicio a la instrucción fiscal por un delito relacionado con estupefacientes; la Ley de Extradición contempla a la prisión preventiva como causa suficiente para requerir a un país extranjero la extradición de determinado procesado; y, finalmente, la Ley sobre Inmidades, Privilegios y Franquicias Diplomáticas, Consulares y de los Organismos Internacionales admite la imposición de prisión preventiva a funcionarios judiciales siempre que se trate de un delito considerado grave, y con orden de autoridad judicial competente.

Concluyendo el análisis de esta medida cautelar personal, nos ratificamos en el hecho de creer a ésta como la única medida cautelar personal capaz de suplir la mayor parte de las finalidades de la actividad cautelar. Estoy consciente que se priva de la libertad a una persona inocente, pero dadas las alternativas de sustitución o suspensión de la medida, creo

¹²⁹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Estudio Crítico a las Reformas a los Códigos: Penal y de Procedimiento Penal del 29-mar-2010*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, Página 43.

¹³⁰ **Art. 35.-** El capitán de puerto tiene autoridad para imponer, dentro de su jurisdicción, prisión preventiva hasta por cuarenta y ocho horas a cualquier persona, pertenezca a los gremios marítimos o no; para juzgarla o remitirla a disposición de los jueces competentes; y para juzgar e imponer multas por infracciones a cualquier precepto de esta Ley y por las contravenciones señaladas en el Art. 354.

que realmente quedarían detenidas aquellas personas que no brinden una garantía procesal para que la causa judicial pueda concluir con éxito. La presión existente sobre los jueces al saber que han privado de la libertad a un inocente de forma cautelar es la motivación más grande para que la justicia penal empiece a ser eficaz y productiva, claro está, brindando a dichos funcionarios los elementos necesarios para realizar su trabajo. La agilidad en los procesos judiciales es la única alternativa para evitar una privación de libertad cautelar más allá de lo necesario, y en muchos casos resultaría hasta innecesaria si supiéramos que en poco tiempo podríamos obtener una resolución final sobre el caso: *ninguna medida alternativa o morigeradora de los efectos de la prisión preventiva, tienen sentido si no tenemos como plafón o base un procedimiento ágil y acotado en el tiempo. Porque si no, no sólo pierde el efecto la medida cautelar sino que es muy fácil vulnerarla por parte del imputado, inclusive involuntariamente porque las restricciones alternativas a la prisión preventiva muchas veces son gravosas de todos modos*¹³¹.

Podría decirse que la evolución del proceso penal está encaminada a la desaparición de penas, sanciones o medidas cautelares que priven de la libertad a una persona, pero la necesidad procesal y social es superior, resultando la prisión preventiva como el método más efectivo de mantener al procesado vinculado a la causa, y a total disposición de las autoridades y de los fiscales.

Durante las reformas de marzo de 2009, como se indicó, se suprimió la posibilidad de establecer medidas alternativas a la prisión preventiva, y en su reemplazo, se instituyó un nuevo sistema de sustitución y revisión de las medidas cautelares personales. Ese sistema lo analizamos a continuación.

4.3 La sustitución de las medidas cautelares

Dentro de la naturaleza de las medidas cautelares consta su revocabilidad o sustitución, por el simple hecho de demostrar a la autoridad reguladora que los motivos bajo los cuales se fundamentó la imposición de determinada medida cautelar personal han variado. Así, desde hace algún tiempo atrás existía la posibilidad de sustituir la prisión preventiva por

¹³¹ MARTÍNEZ, Santiago y Elena GODOY. *La Prisión Preventiva en América Latina, entrevista realizada a Martín Zacchino, Fiscal General de la Provincia de Chubut, República Argentina*. Internet. www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/820.pdf. Acceso: 06 de enero de 2011.

otro tipo de medidas cautelares sustitutivas que se otorgaban a favor del procesado cuando éste demostraba que las circunstancias habían variado, otorgándose a su favor nuevas medidas cautelares menos gravosas y teniendo el juzgador además la certeza de que el peligro de fuga del procesado había disminuido. Con el cambio en la legislación penal y la creación de las nuevas medidas cautelares personales, se estableció un sistema de revisión de medidas, un procedimiento a favor del procesado que permite una re-evaluación de las medidas impuestas con el fin de lograr reemplazarlas o hasta eliminarlas. La ley adjetiva penal regula este sistema en el siguiente sentido: *Art. 171.- El juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando: a) Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen; b) Se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de libertad. Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de delitos sexuales, de odio, de los sancionados con pena de reclusión o cuando no exista reincidencia, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en la que la persona procesada tenga una discapacidad mayor al cincuenta por ciento certificada por el CONADIS, padezca de enfermedad catastrófica, sea mayor de sesenta años de edad, o sea una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen. Para adoptar la medida cautelar que corresponda, buscará la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio. Cuando el fiscal haya incumplido el plazo fijado por el juez de garantías penales para el cierre de la investigación y en la audiencia para revisar la medida cautelar no otorgue una explicación satisfactoria, el juez de garantías penales podrá derogar o sustituir la medida cautelar. Las mujeres embarazadas privadas de libertad que no puedan beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva, cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto. El control del arresto domiciliario está a cargo del juez de garantías penales, quien podrá verificar su cumplimiento a través de la Policía Judicial o por cualquier otro medio. El arrestado no estará necesariamente sometido a vigilancia policial interrumpida; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica. Si se incumpliere la medida sustitutiva, el juez de garantías penales la dejará sin efecto, y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. En este caso, no procederá una nueva medida de sustitución. El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar al juez de garantías penales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación si ésta se ha producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades*

administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar. La prohibición de salir del país será notificada a la Dirección Nacional de Migración y a las Jefaturas Provinciales de Migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales.

Adicionalmente el legislador ha dispuesto un artículo complementario en el propio Código Adjetivo Penal con el fin de recoger las posibilidades de sustitución de la prisión preventiva: **Art. 170.-** *La prisión preventiva debe revocarse o suspenderse en los siguientes casos: 1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron; 2. Cuando el procesado o acusado hubiere sido sobreseído; 3. Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa; y, 4. Cuando su duración exceda los plazos previstos en el artículo 169. Se suspenderá la prisión preventiva cuando el procesado o acusado rinda caución. Vencido los plazos previstos en el numeral 4, no se puede decretar nuevamente la orden de prisión preventiva.*

Al respecto del articulado citado, podemos realizar algunas observaciones en torno a la medida en la que el legislador ha decidido acoger esta importante característica de las medidas cautelares, en especial en el campo penal:

- ❖ La posibilidad de sustitución de las medidas cautelares fue agregada a nuestra legislación penal con las reformas de marzo de 2009, reformas que para muchos jurisconsultos resultaron ser muy poco trabajadas y nada profesionales. El legislador pretendía cumplir con el precepto de un derecho penal de mínima intervención, por lo que decide incluir esta posibilidad pensando en la sobre población que arremete fuertemente contra las cárceles de nuestro país, combatiendo así la triste realidad de los presos sin sentencia en los centros de rehabilitación.
- ❖ La sustitución de la prisión preventiva ya existía en nuestra legislación, contemplando la posibilidad de que ésta pueda ser sustituida siempre y cuando se trate de un delito que no prevea una pena superior a los cinco años de prisión, y además que el entonces imputado no haya sido condenado anteriormente por otro juez o tribunal penal. Esta sustitución tenía tres alternativas: el arresto domiciliario, la presentación periódica del procesado ante una autoridad, y finalmente la prohibición de salida del país.
- ❖ El cambio legislativo es radical, pues no se agregan nuevas alternativas para sustituir la prisión preventiva, sino que se crean once nuevas medidas cautelares personales, y por lo tanto, la sustitución de una de ellas puede ser

realizada por otra de las medidas cautelares. Ahora bien, en el sentido práctico, es muy improbable que alguien desee sustituir otra medida cautelar personal que no sea la prisión preventiva, pues ésta involucra una pérdida de la libertad del individuo, el mayor de los castigos para un ser humano. Aquí podemos evidenciar entonces que quizás lo que se debió realizar era aumentar las alternativas de sustitución de la prisión preventiva, o quizás amainar los requisitos para que proceda una sustitución. Pero la reforma iba más allá, pues la idea era que la prisión preventiva sea la última de las opciones del juzgador para imponer una medida cautelar personal, teniendo otras doce posibilidades, dejando de ser necesaria siquiera una solicitud de sustitución.

- ❖ En relación a la redacción del artículo 171, continúa siendo deficiente como en la mayor parte de las reformas del año 2009, puesto que, tal como sostiene el Doctor Ricardo Vaca Andrade¹³², las medidas cautelares son dispuestas mediante auto por un juez de garantías penales, auto del que cabe la revocatoria, mas no la derogación, por lo tanto, una medida cautelar no puede ser derogada, sino que puede y debe ser revocada.
- ❖ Se ha recogido en el artículo 171 esa obligatoriedad de que sea debidamente sustentada la solicitud de sustitución de una medida cautelar por parte del procesado, sustento que debe contener entre otras cosas la demostración de que las circunstancias que motivaron la imposición de la prisión preventiva han cambiado o se han desvanecido.

En relación al artículo 171 que habla sobre la revisión de las medidas cautelares es necesario realizar un análisis aparte, sobre todo por la variedad de temas que el legislador ha decidido incluir en este artículo, regulando parte de las medidas cautelares del artículo 160, y además, como se demostrará, revelando la intención de que las restantes once medidas cautelares personales (excluimos a la detención para fines investigativos por obvias razones), actúen mas bien como medidas alternativas a la prisión preventiva. El artículo habla de la procedencia de sustituir la prisión preventiva por el arresto domiciliario (otra medida cautelar personal) enumerando las circunstancias en las que puede hacerlo el

¹³² VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo I*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009, Página 151.

juez de garantías penales, por ejemplo cuando se trate de un procesado mayor de 60 años de edad, de una persona con una discapacidad mayor del 50%, o de una mujer embarazada. La mínima intervención de la que habla este artículo para imponer la nueva medida cautelar refleja la intención legislativa de evitar privar de la libertad a los procesados, intentando por todos los medios que puedan ejercer su defensa estando en libertad. Luego se aborda al arresto domiciliario indicando que no será necesaria la vigilancia ininterrumpida de la autoridad policial para verificar el cumplimiento de la pena. Entenderemos que esta disposición también es aplicable a la medida cautelar personal cuando ha sido impuesta directamente y no como alternativa a la prisión preventiva. También se ha establecido la obligatoriedad para los juzgadores de decretar la prisión preventiva cuando se haya incumplido una medida sustitutiva, prohibiendo además al procesado que vuelva a beneficiarse de otra sustitución. Entenderemos aquí también que esta disposición se aplica cuando se incumpla una medida cautelar impuesta directamente, siendo obligatorio disponer la prisión preventiva del procesado. Ahora bien, al respecto, podemos cuestionarnos si en el caso expuesto el procesado que incumplió la medida cautelar personal podrá beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva que se le ha impuesto, ya que no ha incumplido con una medida sustitutiva, sino una medida cautelar personal. Consideramos que sí. Finalmente el artículo habla sobre la responsabilidad del funcionario o autoridad que esté bajo la responsabilidad de verificar la presentación periódica del procesado, responsabilizándolo civil, administrativa y penalmente en caso de no informar al juzgador en un plazo máximo de 48 horas. Como podemos observar, el artículo analizado regula las posibilidades que se pueden dar alrededor de una posible sustitución de las medidas cautelares, aunque es evidente que se refiere explícitamente a la sustitución de la prisión preventiva, pues como se dijo, es casi improbable que alguien requiera la sustitución de una medida cautelar donde no se lo haya privado de la libertad. Tanto el arresto domiciliario, la presentación periódica y la prohibición de salida del país son regulados en el sentido de medidas alternativas a la prisión preventiva, y no como medidas cautelares personales que es como actualmente constan en la legislación. Comprobamos una vez más que éstas son las únicas medidas cautelares personales que, como alternativas a la prisión preventiva, pueden dar cierto resultado a la administración de justicia. El resto de medidas cautelares personales resultaron ser simples rellenos con el fin de aplicar a como de lugar la excepcionalidad de la prisión preventiva. El otro artículo citado (170 del Código de Procedimiento Penal) recoge las condiciones bajo las cuales un

juez de garantías penales está en la obligación de revocar o suspender la prisión preventiva, entre otros casos, cuando el procesado haya sido sobreseído, cuando la prisión preventiva haya caducado, o cuando a criterio del juzgador la prisión preventiva deba ser sustituida por otra medida cautelar.

En fin, a mi criterio este novedoso pero no positivo sistema de revisión de medidas cautelares ha causado la debacle de la seguridad ciudadana que actualmente es materia de debate y cuestionamientos contra el régimen de turno y los assembleístas. Considero una irresponsabilidad por parte de la Legislatura el haber dejado abierta esta puerta de sustitución de medidas, pues sujetos con antecedentes delincuenciales amplios se presentan constantemente ante los juzgadores con el fin de sustituir la prisión preventiva que se les ha impuesto, ejerciendo un derecho consagrado en la propia ley adjetiva penal. Insisto una vez más en mi posición contraria a la creación de nuevas medidas cautelares, sino que se debió fortalecer el sistema de medidas alternativas a la prisión preventiva, sistema que de una u otra forma sigue aplicándose en la realidad jurídica ecuatoriana debido a la poca coherencia que tienen las restantes medidas cautelares personales. Considero que la excepcionalidad de la prisión preventiva se pudo haber perfeccionado con un sistema mucho más flexible de medidas cautelares donde la aplicación de éstas sea realizada luego de verificaciones y reales justificativos por parte de la Fiscalía. La caducidad de la prisión preventiva es un instrumento fabuloso para evitar la sobrepoblación de los centros de rehabilitación con presos sin sentencia, pero esto debe ir de la mano con un perfeccionamiento del sistema judicial y de una modernización acorde a los tiempos actuales. Al fin y al cabo la sustitución de las medidas cautelares está dirigida a la sustitución de la prisión preventiva, pero no existe una limitación formal al abuso de las tan mencionadas sustituciones. En la práctica, si a un procesado se le ha impuesto la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad, y éste incumple la medida, el juzgador dispondrá la prisión preventiva, pero para cuando se esté emitiendo la boleta de captura, quizás el procesado esté muy lejos de los brazos de la justicia, incluso fuera del país.

5. CAPÍTULO V.- LEGISLACIÓN COMPARADA

Resulta interesante para concluir con este trabajo investigativo, comparar las diferentes legislaciones latinoamericanas con la nuestra, en particular en lo referente a medida cautelares. Esto nos permitirá tener una visión mucho más amplia y certera de lo que se está viviendo actualmente en el continente Americano en relación con las reformas procesales en el ámbito penal.

5.1 Las medidas cautelares personales en el ordenamiento jurídico peruano

Según el ordenamiento jurídico del vecino país, las medidas de coerción procesal implican una restricción de algún derecho fundamental constitucionalmente consagrado, por lo que se requiere necesariamente de una orden judicial. Aquí se han acogido los principales fundamentos de las medidas cautelares, específicamente en el numeral 3 del artículo 253 del Código Procesal Penal que indica: *Art. 253.- La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.* Resulta muy interesante observar que el principio fundamental de estas medidas de coerción procesal tienen como principio la prevención, tal como las medidas de seguridad en otras legislaciones. Así, toda la finalidad cautelar se resume en la prevención del peligro de fuga, de la obstaculización de la justicia, y hasta de la reiteración delictiva, uno de los objetivos fundamentales de las medidas de seguridad. Se ha distinguido también entre lo que es la detención policial, el arresto ciudadano, y la detención preliminar judicial; las dos primeras enfocadas a los delitos flagrantes, o lo que en nuestra legislación se conoce como aprehensión, mientras que la restante detención se asemeja a lo que nosotros conocemos como la detención para fines investigativos. De una u otra forma, en los dos ordenamientos la detención constituye una medida cautelar. En lo que sí difieren las dos legislaciones es que en el Perú, por delitos de terrorismo, narcotráfico o espionaje, la detención preliminar judicial podrá durar un máximo de quince días, y además se ha contemplado a la detención con incomunicación del sujeto procesal cuando se trate de los mismos delitos, y la incomunicación no podrá

durar más de diez días. En nuestro caso, al igual que el Perú con la detención policial o de oficio, ésta no podría durar más de veinte y cuatro horas.

Con relación a la prisión preventiva, encontramos la primera diferencia en la duración de la misma, pues como regla general no podrá durar más de nueve meses, y si se trata de delitos graves, no podrá durar más allá de diez y ocho meses. De igual forma se ha contemplado el régimen de incomunicación por un lapso no mayor a diez días, aspecto no consagrado en el Ecuador. Los aspectos semejantes entre una y otra legislación están dados más que nada por el procedimiento que se adopta en la prisión preventiva, en donde existe una audiencia previa a emitir la resolución, el cumplimiento de requisitos para ordenar la privación de libertad, la posibilidad de apelar el auto de prisión preventiva, y además, la posibilidad de sustituirla por la medida de comparecencia (presentación periódica ante la Autoridad), aunque con parámetros distintos. La ley adjetiva penal peruana acoge dentro de este grupo también a la detención domiciliaria, pero no como una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, sino como una medida sustitutiva cuando medien casos muy similares a los contemplados en nuestra legislación: procesado mayor de 65 años de edad, madre gestante, enfermedad grave, o incapacidad física permanente. De la misma forma se ha regulado la prohibición de salida del país, llamada en la ley peruana como impedimento de salida, que a diferencia de la ley ecuatoriana en donde no se ha establecido una duración máxima, en el Perú se ha fijado un límite de cuatro meses a su duración. Además, este impedimento de salida no solo se limita al país, sino que además puede abarcar a la localidad, o al lugar que el juez designe.

Ahora bien, analizando lo enunciado anteriormente en relación al acogimiento de finalidades de las medidas de seguridad como objetivos de las medidas de coerción procesal, podemos ver que sí logra tener sentido, puesto que varias medidas de seguridad también se han acogido dentro de este grupo de medidas de coerción, claro está realizando la ley la respectiva diferenciación entre unas y otras. Así por ejemplo encontramos a la medida de internación preventiva, aquella que permite la internación de un procesado que sufra de alteraciones o desórdenes mentales; o también la llamada suspensión preventiva de derechos, aplicada cuando exista la sospecha de que el procesado podrá volver a incurrir en actividades delictivas, o cuando se trate de delitos sancionados con pena de inhabilitación. La suspensión preventiva de derechos, conforme lo consagra el artículo 298 de la ley penal peruana, podrá incluir las siguientes medidas: *a) Suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, según el caso; b) Suspensión temporal en el*

ejercicio de un cargo, empleo o comisión de carácter público. Esta medida no se aplicará a los cargos que provengan de elección popular; c) Prohibición temporal de ejercer actividades profesionales, comerciales o empresariales; d) Suspensión temporal de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo o para portar armas de fuego; y, e) Prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél o la suspensión temporal de visitas.

Sorprendentemente encontramos que la mayor parte de estas medidas se asemejan a muchas de las medidas cautelares personales constantes en la legislación ecuatoriana, a diferencia que en la legislación peruana sí se ha diferenciado entre medidas de seguridad y medidas cautelares, y además su aplicación está encaminada bajo el principio de evitar y prevenir el cometimiento de nuevos delitos, diferenciación que por lo visto no logró hacer el asambleísta ecuatoriano.

Para finalizar este breve análisis de la legislación peruana en torno a la actividad cautelar personal resulta muy interesante analizar la medida de comparecencia acogida en la legislación en análisis. El fin de esta medida es suplir el trabajo de la prisión preventiva cuando no se han reunido los requisitos como para disponer de ésta, ya sea porque la petición de la Fiscalía no está completa, si el juez considera necesaria su aplicación debido a que no se ha eliminado por completo el peligro de fuga en el procesado, o ha sido el mismo procesado quien ha solicitado la sustitución de la prisión preventiva por alguna de las medidas de comparecencia; es decir, actúa como una especie de medida sustitutiva de la prisión preventiva. Entre otras consideraciones, esta comparecencia permite al juez tener un control sobre el procesado, pero una vez que quede demostrado que la prisión preventiva resultaba una medida excesiva para éste; adicionalmente la ley procesal penal peruana contempla la posibilidad del uso de medios electrónicos para el control de este tipo de medidas. La comparecencia reúne varias restricciones de derechos, entre las que encontramos: *1. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quién informará periódicamente en los plazos designados; 2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen; 3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa; y, 4. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. La caución podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente.* Una vez más encontramos la semejanza con la legislación ecuatoriana en el sentido de que la mayoría de éstas restricciones son consideradas en el Ecuador como medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva, pero

ubicadas dentro del mismo rango. Evidentemente su utilidad será mayor y más provechosa si actúan como medidas sustitutivas a la prisión preventiva, tal como ocurre en la legislación peruana analizada.

5.2 Las medidas cautelares personales en el ordenamiento jurídico chileno

El Código Procesal Penal chileno será el siguiente a ser analizado, considerando las inmensas similitudes que existen entre aquella legislación y la nuestra. De esta forma encontramos el artículo 122 de la mencionada ley en donde se acogen a las medidas cautelares personales resumiendo su finalidad en una sola: el asegurar la realización de los fines del procedimiento. Así mismo la norma recalca en la aplicación de las medidas cautelares personales únicamente cuando resulte necesario, y además la obligatoriedad de disponerlas siempre por orden judicial. Posteriormente en el artículo 155 encontramos una profundización en los fines del procedimiento penal chileno, indicando el artículo la necesidad de aplicar medidas cautelares personales para “*garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia*”. Y es interesante el observar que dentro de los fines del procedimiento penal se encuentran algunas finalidades propias de las medidas de seguridad, por lo que podríamos entender que las medidas cautelares personales también servirán para protección de víctimas o testigos, o garantizar la seguridad de la sociedad. Así encontramos enumeradas medidas cautelares personales como: a) *La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;* b) *La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;* c) *La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;* d) *La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;* e) *La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;* f) *La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa;* y, g) *La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.* Aquí también encontramos muchas similitudes a las medidas cautelares personales existentes en nuestra legislación, destacándose por ejemplo

la precisión realizada por el legislador chileno de privar de la libertad a una persona en su casa, evitando así el constante dilema de lo que se entendería por arresto domiciliario y sus implicaciones. Evidentemente en la legislación chilena se han dedicado párrafos exclusivos para la medida cautelar la detención y para la prisión preventiva, quizás invitándonos a creer que continúan siendo las dos únicas medidas cautelares personales de aplicación inmediata y de resultados palpables. En términos generales la detención judicial resulta muy similar a nuestra detención con fines investigativos, inclusive en su duración máxima de veinte y cuatro horas. Los derechos del procesado de ser defendido por un abogado, y además el derecho a ser juzgado inmediatamente por la autoridad son comunes en las dos legislaciones.

Con relación a la prisión preventiva, podemos indicar que las similitudes continúan existiendo, pero de una forma no tan pareja entre una y otra legislación. Los requisitos para ordenarla deben ser demostrados por el querellante o el representante del Ministerio Público de Chile, y la decisión del juez está atada, además de verificar el cumplimiento de requisitos por parte del solicitante, a verificar si la libertad del individuo constituye un peligro para la sociedad, valorando por ejemplo los antecedentes delincuenciales del procesado, la existencia de procesos pendientes, la gravedad del delito por el que se le está imputando, o el hecho de encontrarse cumpliendo otra medida cautelar personal. De igual forma que en el Perú, aquí también se concibe la prisión preventiva con incomunicación, o también llamada la prohibición de comunicaciones, por un período máximo de diez días, y siempre y cuando el fiscal solicitare al juzgador esta medida justificando su necesidad para una consecución exitosa de las investigaciones. De igual forma la resolución que ordene la prisión preventiva puede ser apelada y revisada por otra autoridad de instancia superior, y además la prisión preventiva deberá ser obligatoriamente revisada cada seis meses con el fin de analizar su finalización o su prolongación, esto independientemente de que la medida cautelar sea revisada si es que su duración ha alcanzado la mitad de la pena prevista para el delito que se está juzgando.

Si bien resulta interesante conocer y comparar legislaciones extranjeras sobre temas específicos como las medidas cautelares personales, la razón primordial por la que se escogió a la legislación chilena es debido a la similitud de las disposiciones existentes con relación a nuestra legislación. Por ejemplo, como requisito de admisibilidad de la prisión preventiva conforme lo dispone el artículo 139 de la ley procesal penal chilena, esta medida cautelar *“procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren*

estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”; una disposición muy similar a la contenida en el artículo 167 de nuestro Código de Procedimiento Penal que dispone la obligación del fiscal de demostrar al juzgador indicios suficientes de que las restantes medidas cautelares no son totalmente efectivas para asegurar la comparecencia del procesado. Pero adicionalmente el artículo 145 de la ley chilena en análisis contempla también a la sustitución de la prisión preventiva por cualquiera de las medidas cautelares que acoge esta norma. Como se dijo, la similitud entre las medidas cautelares personales de la legislación ecuatoriana y las de la legislación chilena es sorprendente, cayendo incluso la normativa chilena en las mismas fallas que se identificaron en el transcurso de esta disertación al analizar cada una de las medidas cautelares. A favor de la legislación chilena podríamos decir que constantemente se recalca las finalidades de la actividad cautelar, entre las que resalta la seguridad de la sociedad, objetivo directamente vinculado con las medidas cautelares. Quizás ahí podríamos encontrar un justificativo de por qué varias medidas de seguridad han sido colocadas como medidas cautelares personales en esta legislación del país del sur.

Vemos que en esta norma también se ha plasmado un espíritu humanista que evita a la prisión preventiva como medida cautelar, poniendo a consideración del juzgador un sinnúmero de medidas adicionales que pretenden suplir a la privación cautelar de libertad. Los criterios al respecto ya han sido debidamente expuestos y justificados, esperando no tener la razón y que en realidad estas novedosas medidas cautelares surtan los efectos deseados respecto de la excepcionalidad de la prisión preventiva.

CONCLUSIONES

- El sistema de medidas cautelares es un elemento trascendental de toda legislación que permite brindar una garantía a los sujetos afectados por el hecho materia de un litigio. La capacidad estatal de restringir derechos de ciertas personas que aún no han sido sentenciadas se convierte en un escudo a favor de quien persigue el descubrimiento de la verdad y la correspondiente sanción. Significa también un respaldo para juzgadores, fiscales y acusadores de que la causa no será interrumpida por la ausencia de quien va a ser juzgado.
- Las reformas penales que se aplicaron en el mes de marzo de 2009 incorporaron al Código de Procedimiento Penal una gran cantidad de cambios a nivel procesal que alteraron significativamente la práctica del derecho penal en el país. Lamentablemente la mayor parte de los cambios respondieron a un afán desesperado del legislador por tratar de acoplar la legislación ecuatoriana a la Constitución de la República que estaba recientemente aprobada. La excepcionalidad de la prisión preventiva y la reducción de los presos sin sentencia fueron los pilares esenciales de los assembleístas para redactar las reformas al Código de Procedimiento Penal, en especial en lo relativo a medidas cautelares. Ese era el gran objetivo de las reformas, y se lo debía cumplir de cualquier forma y en el menor tiempo posible.
- La prisión preventiva continuará siendo la única medida cautelar de carácter personal que logra cumplir fielmente los objetivos de la actividad precautoria. El duro precio que se paga al sacrificar la libertad de un individuo procesado rinde sus frutos al garantizar una fiel vinculación del sujeto para con el proceso, y con la posible pena que se le pudiera imponer.
- Lamentablemente las reformas realizadas a las medidas cautelares personales no aportaron absolutamente ningún beneficio al desarrollo del procedimiento penal ecuatoriano, salvo el retardar la orden de prisión preventiva hasta que los procesados lleguen a incumplir las medidas cautelares personales impuestas en primer término. Las medidas cautelares incorporadas con las reformas resultaron ser meros traslados de medidas de seguridad o de penas peculiares del delito hacia el Código de Procedimiento Penal, traslados en donde no medió un estudio

profundo de cada medida y su verdadera finalidad, muy alejada por cierto de los objetivos cautelares.

- En nuestra legislación existe un muy poco o casi nulo tratamiento de las medidas de seguridad, a pesar de que algunas se encuentren dispersas en el inmenso articulado penal. Si la intención del legislador era plasmar en la ley algún método de protección a víctimas y testigos, y prevenir el cometimiento de nuevos ilícitos, se debía legislar sobre medidas de seguridad, y no confundirlas con medidas cautelares. El Ecuador aún continúa retrasado respecto a un tratamiento específico de las medidas de seguridad dentro de la legislación, pero la existencia de éstas en leyes específicas nos da la confianza de que se pueda legislar penalmente sobre medidas de seguridad en un futuro no muy lejano.
- El novedoso sistema de sustitución y revisión de medidas cautelares resultó ser mas bien el instrumento idóneo de los procesados para recuperar su libertad lo más pronto posible, burlando a la prisión preventiva y todas sus finalidades. Actualmente la prisión preventiva continúa siendo la única medida cautelar personal que sigue siendo sustituida, tal como era antes de las reformas penales de 2009. Esta indiscriminada sustitución de medidas cautelares (prisión preventiva) es a mi criterio la principal causa del aumento delincencial en el país, ya que para la sustitución no se consideran los antecedentes personales del procesado ni su historial delictivo. Al fin y al cabo la prisión preventiva también es una forma de protección a la sociedad.

RECOMENDACIONES

- Resulta necesaria una reforma al procedimiento penal ecuatoriano en lo referente a medidas cautelares personales, reforma que debe tener antes de nada un afán correctivo y de rectificación. Cada una de las trece medidas cautelares personales debe ser analizada profundamente para establecer su verdadera utilidad como instrumento precautorio, corrigiendo su redacción si es necesario, o incluso eliminándolas si se verifica su desvinculación con el procedimiento cautelar.
- Se debería retomar lo que figuraba en el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal previo a las reformas de 2009, al tratar sobre las alternativas a la prisión preventiva. Si la intención era fomentar en el país una política penal alejada del derecho penal del enemigo y difundiendo una defensa en libertad, las alternativas a la prisión preventiva debieron ser fortalecidas para crear un sistema de sustitución de la prisión preventiva muy ágil y analizando en detalle las características propias de cada procesado.
- La prisión preventiva debería sustituirse sólo en los casos donde el delito juzgado prevea una pena de prisión correccional, jamás una de reclusión. Además en la sustitución se debería analizar obligatoriamente el historial delincucional del procesado y su participación en otros procesos penales.
- Resulta necesario un tratamiento legislativo consciente y responsable sobre medidas de seguridad, sin pretender extraer de otras normas lo que ya ha sido legislado, sino innovar el procedimiento penal priorizando la prevención de nuevos delitos antes que la sanción de toda actividad ilícita. Un sistema de medidas de seguridad plenamente determinado en el Código de Procedimiento Penal como un instrumento adicional del juzgador con el fin de evitar que el procesado continúe en actividades ilícitas, permitirá que la legislación penal ecuatoriana tenga un nuevo enfoque sancionador en donde resaltaré el tratamiento a la persona antes que al delito.
- La modernización del sistema judicial y la optimización de recursos, tanto físicos como humanos, es sumamente necesaria para pretender innovar la justicia en el Ecuador. Si no se dan a los funcionarios judiciales las herramientas necesarias como para aplicar lo que se ha venido plasmando en las leyes, todas las disposiciones quedarán en el papel a la espera de que la Función Judicial logre

adecuarse lentamente a las exigencias de una sociedad mucho más caotizada y desesperada por una justicia efectiva y de resultados.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá – Colombia, Editorial TEMIS S.A., 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal Vol. 1*. Valladolid – España, Editorial Trotta S.A., 1997.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental: edición actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Buenos Aires – Argentina, Editorial HELIASTA, decimoséptima edición, 2005.
- CÁRDENAS GONZÁLEZ, Alberto. *Procedimiento penal teórico práctico: legislación, comentarios, doctrina, jurisprudencia, modelos y cuadros comparativos. Normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad*. Bogotá – Colombia, Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez C., 1996.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal, Tomo II, actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz*. Buenos Aires – Argentina, RUBINZAL – CULZONI Editores.
- Código Civil.
- Código de la Niñez y la Adolescencia.
- Código de Procedimiento Civil.
- Código de Procedimiento Penal.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Código Penal.

- Código Procesal Penal – Chile.
- Código Procesal Penal – Perú.
- Constitución de la República del Ecuador.
- *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional: Medidas Cautelares*. DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL Y PRÁCTICA PROFESIONAL. Córdoba – Argentina, Serie N° 8, 2004.
- CUEVAS DEL CID C., Rafael. *Introducción al Estudio del Derecho Penal*. Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, octubre de 1934.
- DÍAZ PITA, María Paula. “Violencia Doméstica y Violencia de Género: El Sistema Español de Medidas Judiciales de Protección y de Seguridad”. *Revista de Derecho Procesal Penal*, Vol. 2, España, 2008.
- *Diccionario de la Lengua Española*. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. España, Editorial ESPASA, vigésima segunda edición.
- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. Lima – Perú, Editorial EDDILI, segunda edición, 1987.
- *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. República de Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2003.
- *Las Medidas Cautelares y las Sanciones: Ejecución en la Justicia Penal Juvenil*. ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA. Santo Domingo – República Dominicana, 2007.

- LAYLLE CONTRERAS, Lucía Beatríz. *Análisis Jurídico De La Aplicación De Medidas De Seguridad En El Hospital Nacional De Salud Mental De Guatemala*, Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, octubre de 2007.
- Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá – Colombia, Editorial TEMIS, segunda edición, 2000.
- MARTÍNEZ, Santiago y Elena GODOY. *La Prisión Preventiva en América Latina, entrevista realizada a Martín Zacchino, Fiscal General de la Provincia de Chubut, República Argentina*. Internet. www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/820.pdf. Acceso: 06 de enero de 2011.
- MUÑOZ HERNÁNDEZ DE SALAZAR, Marta Elizabeth. *Violación a los Principios Constitucionales de Debido Proceso, Derecho de Defensa y a la garantía de Audiencia Previa, en ocasión de la aplicación de algunas de las medidas de seguridad contenidas en el artículo siete de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Intrafamiliar*. Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, octubre de 2007.
- OCHAITA GRANILLO, Neri Humberto. *Análisis De Las Diferencias Entre Demanda De Violencia Intrafamiliar Y La Providencia Cautelar De Seguridad De Personas*. Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, septiembre de 2006.
- PALADINES, Jorge Vicente. *Las dos velocidades de la reforma penal en el Ecuador, y la dialéctica legislativa*. Internet. www.pensamientopenal.com.ar/16052010/latinoamerica02.pdf. Acceso: 18 de diciembre de 2010.
- Reglamento a la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia.

- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).
- ROMERO RAMOS, Julio César. “Propuestas De Reforma A La Regulación De La Inimputabilidad En El Código Penal Para El Estado De Nayarit”. *Revista Jurídica – Poder Judicial del Estado de Nayarit*, N° 59, Enero 2009, Nayarit – México, 2009.
- SALAZAR RUBIO, Edison. *Metodología de la Investigación*. Quito, S.M. Editores, segunda edición ampliada y mejorada, 2004.
- VACA ANDRADE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo I y II*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, 2009.
- YÉPEZ ANDRADE, Mariana. *Nuevas reformas a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal*. Internet. www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5339&Itemid=426. Acceso: 13 de enero de 2011.
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Estudio Crítico a las Reformas a los Códigos: Penal y de Procedimiento Penal del 29-mar-2010*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.