

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

ESPECIALIZACIÓN Y MAESTRÍA EN DERECHO PENAL II VERSIÓN

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA
OPTAR AL TÍTULO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
PENAL**

**TEMA:
“MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA INCAPACES DE
CULPABILIDAD”**

REALIZADO POR: Abg. MARIA PATRICIA SALTOS DURAN

DIRECTOR: Dr. PABLO VALVERDE O.

CUENCA – ECUADOR

2013

MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA INCAPACES DE CULPABILIDAD

Medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad

CAPÍTULO I

1. Concepto de medida de seguridad
2. Naturaleza de la medida: su carácter penal. Diferencias con las medidas de protección previstas en el derecho civil.
3. Fundamentos de las medidas de seguridad
4. Pena y medida de seguridad
5. Aplicación de las garantías fundamentales del derecho penal a las medidas de seguridad
6. Clases de medidas de seguridad: a) Medidas para sujetos inimputables; b) Medidas para sujetos condenados; c) Medidas sustitutivas de la acción penal o de la pena.

CAPÍTULO II

El régimen de las medidas de seguridad

1. Imposición de la medida
 - a) La existencia del hecho previo
 - b) La exigencia de tipicidad y antijuridicidad. El problema de las causas de exculpación
 - c) La prueba del hecho antijurídico: imposición de medidas durante la investigación
 - d) La peligrosidad. El diagnóstico de peligrosidad. ¿Peligrosidad social o criminal?
 - e) El principio de proporcionalidad en la imposición de medidas de seguridad
2. La ejecución de las medidas de seguridad: explicar cómo es el régimen de ejecución de las medidas (ej. tipo de establecimientos donde se cumplen, si se pueden dar permisos de salida, qué juez controla la ejecución de medida, quien toma las decisiones: los médicos o los jueces, etc.).
3. Cesación de las medidas de seguridad
 - a) ¿Cesación de la peligrosidad o curación?
 - b) El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad

RESUMEN:

La tesina realizada con el tema "Medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad" dentro del derecho penal es uno de los aspectos más controvertidos.

Para comprenderlo, se definió y se caracterizó qué son las medidas de seguridad, hacia quiénes van dirigidas y cuál es su fundamento filosófico, político y social.

En la situación procesal en la cual, el individuo es puesto por primera vez a disposición del Juez, cuando un inimputable haya realizado un hecho tipificado como delito y demuestre su peligrosidad hacia el futuro, que se traducen en la realización de peritajes diversos, con antecedentes del inculpado u otros mecanismos, su fiabilidad es satisfactoria o no y su finalidad es prevenir afectaciones futuras.

ABSTRACT

The practicum on the topic "Security requirements for legal incapacity" in criminal law is one of the most controversial issues.

To be able to understand it, we defined and characterized what the security measures are, to whom they are addressed, and what are the philosophical, political and social foundations.

During the criminal procedure, when the individual is put for the first time before the Judge, and in the case of an unimpeachable who has done an action regulated as offense, whose future danger is demonstrated by various expert reports, by his records and other procedures, and if his reliability could be satisfactory or not; the real intention of the measure is to prevent future problems.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

CAPÍTULO I

Las Medidas de Seguridad

“Con el texto escueto de la ley pareciera que el manicomio es un simple depósito y que, por la simple influencia de la reclusión, puede ocurrir que a un individuo le “desaparezca” el peligro. O que ello nunca ocurra y muera allí olvidado por su familia y por el mundo”

MARCO ANTONIO TERRAGNI

1.- Concepto de medida de seguridad

Entre los distintos conceptos tenemos la de SANZ MORÁN, quien nos dice que: *“Las medidas constituyen un mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena, aplicado conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa”*¹

Donde se puede observar también que las medidas de seguridad, en Derecho Penal, son “SANCIONES IMPUESTAS A UNA PERSONA FISICA POR SU PELIGROSIDAD DELICTIVA O CRIMINAL POR LA COMISION DE UN HECHO DELICTIVO, PARA LOGRAR SU INOCUIZACION, REEDUCACION, REINSERCIÓN O REFORMA”²;

Las medidas de seguridad, atienden a la peligrosidad del sujeto, exteriorizada en todo caso a través de un ilícito penal: son medidas de prevención especial que tienen que ser determinadas por peritos, tomando como base los antecedentes del inculcado, y su finalidad es prevenir afectaciones futuras.

¹Cc.(Martinez Guerra, 2004) Las medidas de corrección y seguridad, Valladolid, Lex Nova, 2003, p 7

²<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/medidas-de-seguridad/medidas-de-seguridad.htm>

2.- Naturaleza de la medida: su carácter penal. Diferencias con las medidas de protección previstas en el derecho civil.

Las medidas de seguridad según su naturaleza es uno de los temas más controvertidos hoy en día, el hecho de que han sido reguladas también por normas de naturaleza no penal como son las civiles. Ya que las mismas están destinadas a controlar al individuo a neutralizar su estado peligroso, a modificar sus disposiciones delictuosas y a cesar hasta obtener tal cambio.

En el Derecho Penal para que se de una medida de seguridad, como consecuencia del delito penal a un inimputable, se produce cuando esa persona haya llevado a cabo una conducta tipificada penalmente es uno de los presupuestos necesarios para la imposición de una medida de seguridad.

En el Código Penal Ecuatoriano nos establece Art. 34 *“No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer.*

*Si el acto ha sido cometido por un alienado mental, el Juez que conozca de la causa decretará su internamiento en un hospital psiquiátrico; y no podrá ser puesto en libertad sino con audiencia del Ministerio Público y previo informe satisfactorio de dos médicos designados por el Juez y que de preferencia serán psiquiatras, sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del internado”.*³

Según su inciso segundo, el Juez que conozca ordenará su internamiento, por un tiempo indeterminado, cesando únicamente cuando el sujeto deja de ser peligroso, del que no

³(Codigo Penal Ecuatoriano, 2011)

saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de psiquiatras (peritos especializados designados por el Juez).⁴

Medidas de Protección en el Derecho Civil.-

En el caso de protección mediante el código civil en su art. 481 y 482.(CODIGO CIVIL ECUATORIANO, 2005)

Que no es necesario solo que esta persona se compruebe una patología riesgosa para sí o para la sociedad, en este caso pretende proteger al enfermo y sobre todo en la peligrosidad que podría darse dentro de una colectividad, los riesgos donde se pueden matizarse en una forma menos riesgosa.

Y es así que en su Art. 487 nos dice: “El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella se dañe a sí mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros.

Ni podrá ser trasladado a un hospital psiquiátrico, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente, mientras, a solicitud del curador, o de cualquiera persona del pueblo, se obtenga autorización judicial para cualquiera de estas medidas”.

3.- Fundamentos de las medidas de seguridad

El fundamento de las medidas de seguridad es la «peligrosidad criminal» del sujeto, exteriorizada en la comisión de «un hecho previsto como delito»

La ley tiene al respecto un doble criterio, uno legal porque la ley presume que el sujeto es peligroso, y el otro de apreciación judicial, el Magistrado es quien debe apreciarla.

⁴ Pero se debe manifestar también que no alcanza de que el sujeto padezca de una enfermedad mental, sino que debe probarse su peligrosidad (que exista peligro que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás).

En principio, las medidas de seguridad se aplican en base a la peligrosidad a agentes que jurídicamente están incapacitados para ser receptores de la pena, precisamente porque faltan en ellos los requisitos de la culpabilidad, con lo cual respecto de aquellas, el delito deja de ser la razón de la imposición para convertirse en circunstancia ocasional de imposición, a diferencia de lo que ocurre con ésta, aunque, en algunos casos, ambos fundamentos se superponen y confunden, no siendo sencillo distinguirlos.

Debe sostenerse que “*el fundamento para la aplicación de medidas de seguridad es la peligrosidad*”⁵, pudiendo decirse que es la probabilidad de que una persona cometa un hecho contrario al orden social, ya que sin peligrosidad jamás puede existir medida de seguridad. Si existe ese peligro, el Estado puede intervenir en la vida de una persona, la cual cuidará de ella hasta que el peligro aludido desaparezca. A esta intervención suele llamársela “medida de seguridad”⁶

4.- Pena y medida de seguridad

La pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito directa del principio de legalidad dando una limitación al Poder del Estado, de ahí su importancia en el entendido que se trata de una institución que constituye uno de los pilares fundamentales dentro del Sistema Penal, en efecto, la pena es un instrumento de control estatal. “La existencia de una pena supone una ley anterior (nulla pena sine lege) pues

⁵ “Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile” En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2007) (citado el 25 de febrero de 2012) en internet <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n29/a07.pdf>.

⁶Valergara Aráoz Jorge A. “La limitación temporal de las medidas de seguridad” JURISPRUDENCIA ARGENTINA tomo IV, 2002 octubre-diciembre

solamente la amenaza de un mal por la ley fundamenta el concepto y la sensibilidad jurídica de la pena” (Donna, 2008)

Es un tanto difícil dar una definición de lo que se entiende por Pena, nuestra legislación carece de un concepto y solo se limita a clasificarla (Art. 10 del Código Penal Ecuatoriano); es fundamental hacer un análisis de lo que varios tratadistas consideran como pena, para poder estar en la capacidad de hacer nuestra propia definición.

Francesco Carrara señala que “*la pena es el mal que, de conformidad con la ley del Estado, los magistrados infligen a aquellos que son reconocidos culpables de un delito*”⁷.

Franz Von Liszt considera que: “*La pena es el mal que el Juez inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprochabilidad social respecto al acto y al autor*”

Para *De León Velasco y De Mata Vela*, la pena “*Es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado al responsable de un ilícito penal*”⁸

Como conclusión de lo anterior se puede decir lo siguiente sobre la definición *De León Velasco y De Mata Vela* es bastante completa y en forma clara recoge puntos importantes para entender la pena en sí, primero señala que la pena es consecuencia jurídica del delito, pues si no existe delito indiscutiblemente no existe pena; eminentemente jurídica y establecida en ley, esto atendiendo al principio de legalidad,

⁷CARRARA, Francisco, PROGRAMA DE DERECHO PENAL, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja, 1990.

⁸DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. "Derecho Penal Guatemalteco". Editorial Bosch. México DF. 1984

pues nuestra legislación es bien clara al indicar en el Código Penal, "...ni se impondrán penas que no sean las previamente establecidas en la ley", este aspecto es importante, sería ilegal que se aplicase a algún condenado penas que no sean las que están establecidas en nuestro ordenamiento jurídico penal en su parte especial, sólo así ésta puede ser considerada como instrumento de justicia; también podríamos hablar con el principio de culpabilidad, que "no hay pena sin culpabilidad y de que la medida de la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad" (CEREZO MIR, 2006) y además se señala que la pena priva o restringe bienes jurídicos como lo son la libertad, la vida etc.; hace referencia a que la pena solo puede ser impuesta por órganos jurisdiccionales competentes, ya que el Estado es el único ente soberano que tiene facultad de castigar, esto en atención al IUS PUNIENDI y ésta facultad la delega en órganos jurisdiccionales; el efecto jurídica del delito sólo puede hacerse efectivo mediante un debido proceso; y por ultimo hace referencia que se impone al infractor de la ley, es importante hacer mención que se impone la pena a la persona que es encontrada culpable en juicio previo y bajo una sentencia ejecutoriada.⁹

En todo caso se puede dar una confusión entre los fundamentos, los fines de la pena y de la medida de seguridad, ya que una de las cosas se debería tener en cuenta la gravedad del delito cometido. "Ya que si el delito no está castigado con una pena privativa de libertad, no es posible aplicar al inimputable la medida de seguridad de internamiento en un sanatorio psiquiátrico aunque sea necesaria para su tratamiento,

⁹Algunos autores se refieren a la pena como una MAL que impone el Estado al delincuente como castigo retribuido a la comisión de un delito, otros se refieren a la pena como TRATAMIENTO para la reeducación y rehabilitación del delincuente tendiente a la inserción nuevamente del delincuente a la sociedad, para cumplir fines de prevención general y especial.

para conseguir su curación y la eliminación de su peligrosidad” (CEREZO MIR, 2006).¹⁰

Para esto hay que hacer una distinción entre penas y medidas de seguridad en la atención de los imputables e inimputables ya que no se ha tenido en cuenta con ello que son consecuencias jurídicas del delito con una naturaleza, fundamento y finalidades diferentes¹¹

1.- Pena: mal que impone como “retribución” al delito (acción, típica, antijurídica y culpable) Sirve para finalidades de prevención especial y general.

La pena mira hacia hechos pasados (se orienta a la culpabilidad) y también fines preventivos.

La pena se ajusta a la culpa del delincuente y se impone como castigo.

Se fundamenta en la culpabilidad del sujeto (el reproche que se le hace al sujeto por haber preferido el delito, pudiendo no hacerlo).

Sin culpabilidad, nunca podrá aplicársele pena a una persona. Pena y principio de culpabilidad van de la mano.(Velargara Aráoz, Jorge A., 2002)

La pena tiene un plazo de duración determinada.

2.- Medida de seguridad: con fines de prevención especial, frente a injusto” no culpable

¹⁰La Pena tiene su profunda funcionalidad destinada al control de los encerrados en prisión.

La pena y las medidas de seguridad tienen como finalidad en forma general la prevención:

PREVENTIVA GENERAL, en el momento de la amenaza.

RETRIBUTIVA, en el momento de la individualización de la pena.

PREVENTIVA ESPECIAL.- En el momento de la ejecución de sanción.

(Van Den Dooren, 2012)

¹¹ La finalidad de la pena será así la conservación y defensa del organismo social, para lo cual el Estado debe, entonces, corregir al corregible e inocular al incorregible. Se rompe de esta manera la barrera que la escuela clásica había construido en defensa del individuo, y se abre paso a la intervención “científica” del Estado en la libertad de las personas, para someterlas los “intereses sociales” y para clasificarla de acuerdo con ellos en normales y anormales, peligrosos y no peligrosos (cfr. BUSTOS, 1983, pag. 18) obr. Cit. (Sotomayor Acosta, 1986)pag. 299

~También puede imponerse “junto” a la pena.

~Fundamento de la medida: no es solo la peligrosidad criminal del sujeto, también el hecho.

*Necesidad de vincularla al hecho (imposibilidad de imponer medidas sin delito) (DE LA FUENTE, 2011)

La medida de seguridad está vinculada en su duración y gravedad no a la medida de culpabilidad, sino solamente al principio de proporcionalidad.

La medida de seguridad mira hacia el futuro y se apoya únicamente a la peligrosidad futura.¹²

Encuentra fundamento en la peligrosidad del sujeto y responde a finalidades distintas; algunos casos serán curativas, en otros educativas o aún de mejoramiento (Terragni & Seitún, 2004)

La medida de seguridad se aplica por tiempo indeterminado como consecuencia de su finalidad preventivo-especial¹³

5.- Aplicación de las garantías fundamentales del Derecho Penal a las medidas de seguridad.

Ha existido desde el punto de vista de la doctrina, debate en cuanto a cuál es la naturaleza jurídica de las garantías fundamentales del Derecho Penal o sobre su aplicabilidad en las medidas de seguridad. Y es por ello que vamos a señalar las diferentes garantías que tenemos:

¹²datos tomados de DETERMINACION JUDICIAL DE PENA Prologo JULIO B.J MAIER TITULO FIN Y JUSTIFICACION DE LA PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Cit. CLAUS ROXIN pag 42-47 1993 editorial DEL PUERTO s.r.l buenos aires

¹³ Vergara Luque, José Antonio, Imputabilidad e inimputabilidad penal, Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 231 ob. Cit(Tapia, 2004) pp. 199

EL PRINCIPIO DEL HECHO.- a esta persona como se castiga, por lo que hace y no por lo que es.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- En el art. 2 del código penal establece en su inciso 1 y 2 *“Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.*

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.”

Al comprender el principio de legalidad penal este constituye un presupuesto establecido previamente en la Ley para que sea declarado infracción, entendida como el juicio de probabilidad que el sujeto lleve a cabo un delito en el futuro. Entonces tomamos en cuenta que se debe dar una conducta descrita y la “PENA” establecida o determinada.

En el caso, si un inimputable comete un delito no se reprime por el acto que cometió sino por lo que es y queda en manos de la interpretación judicial para establecer la medida de seguridad, ya que no rige el principio de culpabilidad sino el de peligrosidad, viola el principio de legalidad porque la medida no es igual a la pena, esta garantía constitucional se reconoce para las penas, resultando concluir que la indeterminación de su duración es contraria al principio enunciado.

Se habla de Principio de culpabilidad (y no de peligrosidad) y se establece el principio de proporcionalidad en donde se toma en cuenta en función del estudio del estado del sujeto de su forma de ser, de la forma de vida que se lleva y no en función de lo que hizo.

Entonces vemos que las medidas de seguridad o su concepto dado en el Derecho Penal, en su estado de peligrosidad, que ninguno se cumple, porque son inversos a los principios antes manifestados. (A excepción del principio de proporcionalidad que lo

veremos más detenidamente en el capítulo dos). De que el inimputable responde por el hecho de vivir en sociedad y por haber producido un resultado.

Pero por las exigencias del mismo en el ámbito de las medidas de seguridad, la misma que se debe dar un debido proceso entre ellos algunos autores nos dicen:

Ticona, citando a De Bernardis, sostiene que:

“el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción pueden, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial. Es decir, aquellos elementos mínimos que resultan exigibles por los justiciables para que el proceso que se desarrolle -cualquiera que este sea- pueda permitirle acceder a la cuota mínima de justicia a la que este debe llevarle. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de la vida en sociedad”.¹⁴

Para el citado autor el debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción), es un derecho humano o fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez competente e independiente, pues, el Estado no solo está obligado a prever la prestación jurisdiccional (cuando se ejercita los derechos de acción y contradicción), sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que se aseguran tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no

¹⁴Ticona Postigo, Víctor. Análisis y Comentario al Código Procesal Civil. 3ra. Edición. T.I. Lima-Perú, p. 8

solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial.¹⁵

Y solo se circunscribe al principio de imparcialidad y que es loable la importancia que le da al sustento axiológico de justicia al debido proceso.

Carlos Parodi, asevera que el concepto del proceso, alcanza determinada connotación si le antepone al término debido, pues su sola lectura permitirá presuponer que existe o que puede un proceso “no debido” lo que equivaldría a un proceso indebido, pero si al proceso debido lo relacionamos con la Constitución... posibilitando el debido cumplimiento de los principios de oralidad...”¹⁶

Con lo expuesto, resulta incuestionable que, no podrá ejecutarse medida de seguridad sino en virtud de un debido proceso y de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. Con este precepto se consagra la garantía judicial o jurisdiccional, exigiéndose sentencia firme para poder ejecutar la medida.

6.- Clases de medidas de seguridad:

En materia de medidas de seguridad debe considerarse delito en un sentido amplio. Esto es, como la comisión por el sujeto, de una conducta típica y antijurídica. La explicación radica en que las medidas de seguridad se pueden aplicar tanto a sujetos imputables

¹⁵ Ticona Postigo, Víctor. El Debido Proceso Civil. Ed. Rodhas. 1ra. Edición Lima-Perú, citado a D. Bernardi, Luis Marcelo. La Garantía del Debido Proceso, p. 138

¹⁶ Parodi Ramón, Carlos. El Debido Proceso

como inimputables, por lo que si bien la referencia a un delito previo es la forma de entender genéricamente que así se satisfacen adecuadamente ciertos estándares de garantía, la presencia o ausencia de culpabilidad no incide para la consideración, a estos efectos, del evento como un delito. De lo contrario, no sería posible compatibilizar las exigencias político-criminales con la necesidad de aplicar medidas de seguridad a inimputables.

a) Medidas para sujetos inimputables

De acuerdo al art. 34 inciso segundo establece como medida de seguridad: “...*para un alineado mental su internamiento será en un hospital psiquiátrico*”, es decir que se aplican judicialmente a los inimputables o inimputables relativos que han cometido un hecho punible; que la medida de internación es privativa de libertad y solo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerables graves. Por lo tanto la internación es una medida de seguridad que conlleva graves efectos restrictivos en la libertad de las personas.

Como se trata de una sanción, la medida de internación sólo puede ser impuesta por el Juez, mediante sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad.

b) Medidas para sujetos condenados

Cuando se trata de adolescentes¹⁷ se adopta un régimen donde prima la medida de seguridad sobre la misma pena,¹⁸ como las llamadas medidas socio-educativas, Art. 369 (CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2003).

Otros aspectos que se deben tener en cuenta, es que a lo largo del tiempo se ha visto la necesidad de clasificar a los delincuentes en diferentes grupos y es así que surgieron instituciones cada vez más diferenciadas cuando se comenzó hablar de rehabilitación ya sea esto para hombres, mujeres, adultos, jóvenes, para enfermos y alineados mentales.

En su enunciación según el Código de Ejecución de Penas Ecuatoriano¹⁹ esto no quedó de lado, llegando a considerarse que la conducta criminal o delictiva tiene que ser comprendida, las cuales genera acciones de vivencias biológicas psíquicas y sociales llegando así a la comprensión de un Régimen Progresivo²⁰, mediante la individualidad del infractor y hecho cometido.

Art. 13.- Las características generales del régimen progresivo son:

- a) La individualización del tratamiento;
- b) La clasificación biotipológica delincencial;
- c) La clasificación de los centros de rehabilitación social; y,
- d) La adecuada utilización de los recursos legales en beneficio del interno.

¹⁷Art. 305.- Inimputabilidad de los adolescentes.- Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales.(CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2003)

¹⁸Art. 306.- Responsabilidad de los adolescentes.- Los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la ley penal estarán sujetos a medidas socio-educativas por su responsabilidad de acuerdo con los preceptos del presente Código. (CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2003)

¹⁹DIRECCIÓN NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA DE LA PGE CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y REHABILITACIÓN SOCIAL Codificación 9 publicada en el Registro Oficial Suplemento 399 de 17-Nov-2006 Contiene hasta la reforma de 24-Abr-2009 ACTUALIZADO A MAYO DEL 2013

²⁰ Ver art. 12 C. de Ejecución de Penas y Rehabilitación social

En el Art. 15.- Para los fines de diagnóstico, pronóstico y ubicación de los internos en los centros de rehabilitación social, se adoptará el régimen basado en el siguiente procedimiento:

a) **Diagnóstico:**

1. Estudio del delito;
2. Estudio socio-familiar y ecológico;
3. Estudio médico y psicológico;
4. Definición del mecanismo criminodinámico; y,
5. Definición del índice de peligrosidad.

b) **Pronóstico:**

Establecimiento de las escalas de peligrosidad en base al índice de adaptación para la progresión en el sistema; y,

c) **Ubicación poblacional en base a la siguiente clasificación biotipológica:**

1. Por estructura normal;
2. Por inducción;
3. Por inadaptación;
4. Por hipoevolución estructural; y,
5. Por sicopatía.²¹

²¹ La interpretación científica de esta clasificación, según el doctor (Rosero Cueva, 1976) es la siguiente:

* **Por Estructura Normal.**-La clasificación por estructura normal es la categoría en la que se ubica a los delincuentes con personalidad normal, antropológica, cultural, biológica, y psicológica, sociológicamente considerados. Se consideran delincuentes con personalidad normal porque la realización del acto delictivo lo ha hecho conservando la estructura de su personalidad con independencia de los factores de inducción e inadaptación. * **Por Inducción** La clasificación de delincuentes por inducción es la categoría en la cual a quienes por las especiales características de la conformación de grupos subculturales, son inducidos a cometer delitos. Es decir, que las acciones delictivas son realizadas por influencia o mandato de otras personas. Y se produce bajo diferentes formas: - Por imitación criminógena - Por inducción propiamente dicha - Por pérdida de independencia de acción - Por coerción de los agentes policiales encargados del control del crimen que han generado reincidencia. * **Por Inadaptación** La clasificación por inadaptación es la categoría donde se ubican los delincuentes que resultan víctimas de un desajuste funcional en la estructura de su personalidad por causa de su ámbito personal, social, económico ecológico etc. * **Por Hipoevolución Estructural**, es la categoría donde se clasifican a aquellos delincuentes que presentan uno o más rasgos de déficit de desarrollo, en las bases estructurales de su personalidad, cualitativa o cuantitativamente; pero en forma independiente de la condición ecológica del lugar de origen del individuo. Son los inmaduros o hipoevolucionados en las bases estructurales de la personalidad. * **Por sicopatía**, es la categoría donde están aquellos cuyo diagnóstico psicodinámico determina personalidades sicopáticas caracterizándose por reacciones anormales o por demencia o alienación mental. El autor del presente trabajo opina que

c) Medidas sustitutivas de la acción penal o de la pena.

Las nuevas reformas penales ofrecen otras 12 medidas cautelares antes de aplicar la prisión preventiva, entre las cuales están: el arresto domiciliario, prohibición de salir del país, obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad, prohibición de acercamiento a la víctima, entre otras.²²

En el caso que se dicte prisión preventiva, se garantizará que se cumplan con los elementos y condiciones que ameritan privar a una persona de su libertad. “*Se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena...*”, así nos establece el Art.77 numeral 1 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2009)²³

De esta forma, que cuando el sistema de justicia penal está aplicando una medida cautelar personal como la prisión preventiva, es porque existen todos los elementos que ameritan que esa persona sobre la cual aún no existe una sentencia, debe estar privada de libertad y para que se ordene tal medida, se debe dar lo que establece el Art. 167 del C.P.P, en los que deben mediar 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,*

es un mecanismo científico criminológico la clasificación biotipológica, por medio del cual se generaliza una serie de acciones delictivas en una categoría determinada de individuos con similitudes psíquicas, biológicas y sociales, llegando a establecer categorías de grupos homogéneos, cuyo tratamiento y rehabilitación se facilita. Ob. Cit. (Mora Enriquez, 2003).

²²(CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2010) Título III, LAS MEDIDAS CAUTELARES, de carácter personal, Art. 160 numerales del 1 al 13

²³ Por su parte, en el capítulo IV, LA PRISION PREVENTIVA, en el artículo 167 del CPP “*Cuando la jueza o 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*” y los requisitos previstos en sus numerales del 1 al 5.

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.*

Además la prisión preventiva es válida y su aplicación dependerá de la gravedad del delito, *“Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto”*²⁴

“Al tener a la prisión preventiva como último recurso se evitará que las personas estén detenidas y esperen por largos períodos en los Centros de Rehabilitación Social, en varios casos una sentencia que puede resultar absolutoria”²⁵, dijo el director de la Unidad de Defensoría Pública Penal, Ernesto Pazmiño.

Lo manifestado se sustenta en el Art. 159 de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal que señala: *“...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”*.

²⁴ Art. 77 numeral 9 de la (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2009)

²⁵ http://www.telegrafo.com.ec/temadeldia/noticia/archive/temadeldia/2009/03/28/Prisi_F300_n-preventiva_2C00 - FA00 ltimo-recurso.aspx

CAPÍTULO II

El régimen de las medidas de seguridad

1.- Imposición de la medida

a) La existencia del hecho previo

El artículo 11 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" establece:

"1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

"2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

Así mismo el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" -aprobado mediante la Ley 74 de 1968- estableció:

"1. Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá

pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

“2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

El principio, en sentido idéntico, se halla consagrado en el artículo 9º de la "Convención Americana de Derechos Humanos".

Al ser consecuencias jurídicas del delito, para que se aplique las medidas de seguridad impuestas en nuestros códigos, exige la previa comisión de un hecho previsto como delito y cuando se haya demostrado que es sujeto es autor de una acción típica y antijurídica y que presenta la peligrosidad que justifica la misma²⁶.

b) La exigencia de tipicidad y antijuridicidad. El problema de las causas de exculpación

Nuestra legislación penal, indica dos formas de eximir y atenuar la responsabilidad penal y por consiguiente la pena; y una forma de agravarla. Dentro de esto punto analizaremos las dos primeras:

Las eximentes

²⁶ Así La STS el 14 de junio de 2006. También establece la jurisprudencia que la aplicación de una medida de seguridad ha de proceder de un previo pronunciamiento judicial, en sentencia, de la comisión de un hecho previsto legalmente como delito, la acreditación de su autoría y la concurrencia a este. Ob cit. (Rubio Lara, 2011) pp. 54

Las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal o eximente son aquellas que exoneran de responsabilidad penal al autor de un delito, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

Causas de inimputabilidad

1. Es necesario que la persona que cometa la infracción, en el mismo momento de realizarla, no comprenda la ilegalidad del hecho por padecer algún tipo de anomalía o alteración psíquica; se exceptúan los casos en los que la anomalía o alteración es provocada previamente y con el propósito de cometer el delito.²⁷

Si, por ejemplo, la persona se encuentra bajo el síndrome de abstinencia, se considera que sus alteraciones psíquicas le impiden comprender la ilegalidad del acto cometido.

2. Que el imputado esté plenamente intoxicado en el momento de cometer el delito por haber consumido bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos similares, siempre que, como en el caso anterior, esta situación no fuese provocada con propósito de cometer la infracción.²⁸

²⁷ Cabe recalcar, nuestro código penal Art 34 establece “No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer” pero también en su inciso segundo nos habla sobre” ...Si el acto ha sido cometido por un alienado mental...” alineación mental consagrado al derecho por Agustín Cueva Tamariz, su misma etimología es explicativa de su significado ya que alineación proviene del latín alinius, -extraño-, es decir: es el hombre con enfermedad mental lo hace extraño a si mismo y distinto a los demás, como primera causa de irresponsabilidad criminal (Cañar Lojano, 2004)

²⁸(Codigo Penal Ecuatoriano, 2011) Arts. 37 y 38

3. Que las personas tengan deformada la conciencia de la realidad por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia.²⁹

Cuando las personas actúen en defensa de sí mismos o de derechos propios o de terceros: la legítima defensa.³⁰

Por su parte, los adolescentes infractores, no serán responsables criminalmente de conformidad al Código Penal³¹ sino que se les aplicará la normativa específica reguladora de la responsabilidad penal (CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2003).

Las atenuantes

Las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal o atenuantes, son situaciones que concurren en la ejecución de un delito, que permiten rebajar su gravedad y por tanto su pena.

Las circunstancias atenuantes se producen:

En las mismas situaciones que eximen de responsabilidad penal, cuando no concurren todos los requisitos para apreciarla.

²⁹Art. 39.- Cuando un sordomudo cometiere un delito, no será reprimido si constare plenamente que ha obrado sin conciencia y voluntad; pero podrá colocársele en una casa de educación adecuada, hasta por diez años; y si constare que ha obrado con conciencia y voluntad, se le aplicará una pena que no exceda de la mitad ni baje de la cuarta parte de la establecida para el delito.

³⁰ Así también nos dice el Código Penal en su Art. 29.- “ Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes: numerales del 1 al 12”

³¹ C.P. Art. 40.- “Las personas que no hayan cumplido los 18 años de edad, estarán sujetas al Código de la Niñez y Adolescencia”.

Si el culpable comete la infracción a causa de su grave adicción a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan los mismos efectos o similares.

Si la persona actúa por unas causas o estímulos (provocados por la víctima) tan poderosos que ocasionan en el delincuente una situación de arrebató, obcecación u otro estado emocional semejante.

Si el culpable confiesa a las autoridades, antes de conocer que se dirigen actuaciones judiciales contra él.

Si el culpable trata de reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento antes de la celebración del juicio oral.

Si se produce cualquier otra circunstancia semejante.

Además, el *parentesco en la comisión de un delito* (relaciones familiares entre el delincuente y la víctima) es una circunstancia que puede servir para atenuar o agravar la responsabilidad penal dependiendo de la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, de si la víctima es el cónyuge o persona a quien estuviera unido de forma estable por una relación de afectividad similar, o si es ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados que el ofensor.

Generalmente, el parentesco será considerado como una circunstancia agravante en aquellos delitos que atenten contra las personas (homicidio, asesinato, lesiones y malos tratos... etc.) y como un atenuante o eximente en aquellos que tengan un carácter

patrimonial (robo, estafa, apropiación indebida...) valorándose en todo caso las circunstancias del supuesto concreto.

El parentesco no operará como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal cuando exista un gran distanciamiento entre el delincuente y su víctima.

En cualquier caso, un abogado podrá ofrecer asesoramiento sobre todas estas cuestiones a la vista de las particularidades que presente cada supuesto concreto.³²

c) La prueba del hecho antijurídico: imposición de medidas durante la investigación

Tradicionalmente la imputabilidad y, más concretamente, su aspecto negativo, la inimputabilidad ha sido vista como un problema en torno a la articulación del juicio de reprochabilidad, esto es, con el conjunto de facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber cometido un hecho típico y antijurídico.

La situación procesal en la cual el individuo es puesto, por primera vez, a disposición de un tribunal, cuando una vez que el inimputable haya realizado un hecho tipificado como delito, y que mediante ese hecho demuestre su peligrosidad hacia futuro que revele la comisión de nuevos hechos delictivos sin la existencia previa de una investigación y con antecedentes que sólo dan cuenta preliminarmente de la comisión de un hecho punible es, sin duda, una hipótesis en la cual la actuación del Estado puede representar una

³²También como atenuantes están en el art. 29 (Codigo Penal Ecuatoriano, 2011)

mayor posibilidad de vulneración de derechos. Por ello, tiene especial interés la forma en que debe procederse en estos casos y qué medidas pueden o deben adoptarse.

d) La peligrosidad. El diagnóstico de peligrosidad. ¿Peligrosidad social o criminal?

Las medidas de seguridad están establecidas por la idea, evolución e introducción del concepto de peligrosidad en el Derecho Penal, ofreciendo una respuesta complementaria del sistema penal frente a las necesidades de prevención.

La peligrosidad es un término polémico, tan difuso y poco concreto sin embargo se muestra asimismo, la construcción del concepto peligrosidad “es vista como una piedra angular de la doctrina de la defensa social, con precedentes en el positivismo de Garófalo, (capacidad criminal y adaptabilidad social) la cual pretende justificar la adopción de medidas de seguridad basadas en supuestos de peligrosidad por el potencial quehacer u omisión de una persona o grupo determinado”(Diaz Aguilar)

“El concepto de peligrosidad que ha de tener en cuenta el derecho penal es el referente a la naturaleza del peligro, que ha de ser de orden criminal. De ahí que resulte ser necesaria la previa comisión de un delito y la medida sea una respuesta de futuro, esto es preventiva y postdelictual”³³

También en este caso se puede establecer un cruce de dos normas o ramas la psiquiatría y el derecho, y como tercer elemento según el psiquiatra forense argentino Vicente

³³ La peligrosidad del sujeto ha de pronosticarse de una forma objetiva, esto es, no atendiendo a las meras condiciones personales del agente, sino más bien frente a la comisión de un delito. Véase en Revista Arazandi de Derecho y Proceso Penal, Rubio Lara Pedro Ángel, 2011, Arazandi SA. Pamplona pág. 62

Cabello, tenemos la denominada médico legal, que da fundamento con las siguientes razones:

“1. Es a la vez peligrosidad criminal y social, porque ante un delito no solo se espera otro, sino cualquier evento dañoso hacia el propio agente dañoso o hacia terceros. Es legal porque está consignado específicamente en la ley.

2. Es médica porque constituye un problema psiquiátrico y la medida de seguridad que de ella resulte, se cumple en un establecimiento médico y no carcelario”.(Cabello , 1981)

El Diagnóstico de Peligrosidad.-

Luego del análisis relacionado con los requerimientos del art. 34 del C.P., se deberá evaluar psiquiátricamente, el estado de peligrosidad de un sujeto que ha delinuido bajo las circunstancias del referido artículo, ya sea para el internamiento en un hospital psiquiátrico o para determinar si han cesado las causales que lo tornaron peligroso.

Según (Romeo Casabona, 1986) constituye la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso y el primer momento del juicio de peligrosidad. En este sentido, un factor indiciario fundamental viene constituido por la previa comisión de un hecho delictivo. No obstante, no se puede deducir que la mera comisión de un delito constituya un factor suficiente para afirmar la concurrencia de peligroso criminal.

(Cabello , 1981) Señala “que la peligrosidad médico legal abarca no solo la posibilidad de cometer un nuevo delito, sino también la comisión de cualquier evento dañoso dirigido contra el propio sujeto o contra terceros. Para determinar la peligrosidad recomienda utilizar la fórmula de los cinco elementos:

- Personalidad del individuo.
- Naturaleza y características de la enfermedad.
- Momento evolutivo de la misma.
- Gravedad del delito cometido (y sus características).
- Condiciones mesológicas³⁴

Afirma también: *“Que el diagnóstico de peligrosidad médico legal no puede establecerse teniendo en cuenta el factor patológico, prescindiendo de los demás elementos de la fórmula. Apartarse de este criterio conduce a homologar los conceptos de peligrosidad y alineación, introduciendo en psiquiatría forense el principio de peligrosidad necesaria de los enfermos mentales, al afirmar a priori que todo alineado es ya por eso mismo peligroso”*.

Este segundo elemento del diagnóstico de peligrosidad cumple una función garantista de primer orden, por cuantos dichos elementos criminológico que sirven de base al diagnóstico de peligrosidad deben quedar previamente tipificados en la ley, en aplicación del principio de legalidad.³⁵

¿Peligrosidad social o criminal?

La peligrosidad social, hace referencia a los destinatarios del peligro.

Y lo segundo a su naturaleza y este es el que interesa al derecho penal.

³⁴ Según las condiciones del medio al cual deba restituirse al insano

³⁵ Urruela Mora, Asier, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico penales aplicable a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica, editorial Comares S.L., pag 71 y 72

“La peligrosidad criminal no obedece a un comportamiento humano, tal como hace el delito, sino a una situación de la persona que ha de ser formulado jurídicamente; tratándose un juicio de futuro que supone una probabilidad de delinquir. Por eso se trata de un pronóstico formulado jurídicamente mediante el cual se forma un cuadro general del imputado sobre la base de su experiencia y su personal actitud, basado en una realidad criminológica, y que concluirá en la afirmación de una probabilidad de delinquir”.(Rubio Lara, 2011)³⁶ .

Para ello se debe dar un pronóstico de peligrosidad criminal, producida previa comisión de un hecho previsto como delito, la cual se excluye los pronósticos de peligrosidad criminal predelictual. Así mismo una vez previsto el estado peligroso es necesario determinar la probabilidad de comisión futura de nuevos delitos.³⁷

e) El principio de proporcionalidad en la imposición de medidas de seguridad

Ya que las medidas de seguridad son de naturaleza penal, esta implica que se debe seguir un sistema jurídico rodeado de garantías y para esto se encuentra el principio de proporcionalidad que es el límite de las medidas de seguridad, así como el límite en la pena es la culpabilidad.

Sobre esto nos dice Santiago Mir Puig:

³⁶ La peligrosidad criminal resulta ser el presupuesto de la aplicación de las medidas de seguridad. Ver más significativas las aportaciones de Romero Casabona, 1986 pgs. 26 y ss..

³⁷ La previa comisión de un hecho previsto como delito evidencia ya la peligrosidad criminal del sujeto, que es el fundamento de la medida de seguridad, por eso, la peligrosidad criminal afirman algunos autores, puede evidenciarse tanto por el hecho cometido grave o menos grave, como por la comisión de una falta. En este sentido Romeo Casabona, 1986, pg32, García Arán, 1997, págs 132y 154 que señalan que la peligrosidad puede ser también enunciada por la comisión de una falta. La comisión de una falta puede ser igualmente reveladora de la peligrosidad criminal del sujeto.

“Que se trata de una exigencia que no nació para las penas, sino para las medidas de seguridad. Al no encontrar estas, el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudieran resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva”³⁸

Es un principio que compara dos magnitudes: medio y fin. El principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio, exige que las medidas restrictivas de derechos “se encuentren previstas en la ley” y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos, a través de los jueces cuando aplican e interpretan el derecho.

Este principio implica que la previsión, la determinación y la ejecución de la medida se lleven a cabo en función de la peligrosidad criminal del individuo y la proporcionalidad en sentido estricto, al poseer un rango constitucional,³⁹ se puede deducir el valor de un Estado de derecho, de una actividad pública no arbitraria y de la dignidad de la persona.

Las exigencias intrínsecas, o subprincipios de proporcionalidad por su parte, atienden al contenido de la actuación estatal en el caso concreto, y son tres: el criterio de idoneidad, el criterio de necesidad y el criterio de proporcionalidad en sentido estricto: (Terragni & Seitún , 2004)⁴⁰

³⁸Ob. Cit. Seitun Diego, Ciencias Penales Contemporáneas, Revista de Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología. Mendoza Ediciones Jurídicas, Volumen 7/8, 2001 pp 45. Mir Puig Santiago, Derecho Penal, Parte General 4ta edición Barcelona, 1996, pág. 99 (observación que también destacan Marum y Arce, ob. Cit. Pág. 288)

³⁹En nuestra legislación el principio de proporcionalidad está previsto en el art. 76 numeral 6 (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2009).

⁴⁰ Ibídem pp. 46-48

El de idoneidad.- implica que el medio utilizado sea adecuado, idóneo, en relación con su finalidad ya sea donde desaparezca su peligrosidad o la otra finalidad la rehabilitación del enfermo, ya que al inimputable se lo está internando en un establecimiento psiquiátrico que, teóricamente, cuenta con la infraestructura necesaria para llevar adelante su tratamiento. Recordemos que el mismo nos exige que la duración e intensidad de la medida, sea exigida por la propia finalidad que pretende alcanzar.

El de necesidad.-Este implica la elección de la medida menos gravosa para la consecución de un fin. Para esta no habrá otra opción posible que no sea la internación o la libertad. “si el sujeto no reviste suficiente peligrosidad como para disponer aquella, el derecho penal carece de legitimidad para reaccionar”⁴¹.

(De la Fuente) Considera que la peligrosidad a que alude la ley debe ser de tal grado que exija la internación del paciente. Cuando el grado de peligrosidad del enfermo no haga aconsejable la imposición de alguna de las medidas previstas en el art. 34, lo correcto es remitir los antecedentes a la justicia civil para que se prosiga con la vigilancia del enfermo, no inventar un medida no prevista en el Código Penal.

El de proporcionalidad en sentido estricto.- Se debería establecer un límite al concepto de peligrosidad, para poder superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sin lesionar el contenido esencial de la dignidad humana. El catedrático español Jesús María Silva Sánchez considera que aun superado el marco abstracto del delito cometido, no cesan las razones para la intervención penal, ya que puede subsistir una peligrosidad criminal posdelictual, con amenazas concretas para bienes jurídicos esenciales. (Terragni & Seitún , 2004)⁴²

⁴¹ Ob. Citmarum Elizabeth y Arce, Enrique, ob. Cit., pág. 296 (Terragni & Seitún , 2004) pp.58

⁴² Ibidempag. 69-73

2.- La ejecución de las medidas de seguridad: explicar cómo es el régimen de ejecución de las medidas.

-Procedimiento que regula la aplicación y ejecución de las medidas

Una internación que implica una restricción de libertad, solo puede ser autorizada por un Juez designado por la ley. En la que el Fiscal dirige la investigación con el objeto de determinar si existe razón suficiente como para abrir un juicio, y el Juez se reserva el control de determinados actos procesales en el curso de la investigación, la cual se producirá la prueba, con presencia del imputado a quien se le propiciarán las garantías necesarias para su defensa a lo largo de la investigación, se formularán los respectivos alegatos de acusación y defensa y por parte del Juez se tomará la decisión final mediante sentencia que se dicte.⁴³

Una vez dictada la declaración de inimputabilidad, como condición necesaria de la medida de seguridad para controlar la peligrosidad del imputado, se dictará su internación en un establecimientos psiquiátrico de que el autor hubiese sido declarado responsable.

Pero debemos tener en cuenta que las medidas de seguridad no es de carácter represivo, sino protector, que su finalidad será proteger, asistir y resguardar a la persona para que evite dañarse a sí y a otros.

⁴³ “En general en lo que se enunció, son también aplicables a los casos de imputados de delitos que han sido declarados inimputables e internado en razón de su peligrosidad. Se estableció que la internación que implica una restricción de libertad solo puede ser autorizada por un juez designado por la ley, que el internado tiene derecho a la protección judicial y que en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquellas” (Hegglin, Florencia, 2008) pp.1027

3.- Cesación de las medidas de seguridad

a) ¿Cesación de la peligrosidad o curación?

Los peritos sólo pueden aconsejar la extenuación cuando no hay dudas sobre la cesación de peligrosidad.

Según Cortes de Arabia: “La medida cesará por resolución judicial con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de los peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás, de lo que surge que tiene una duración indeterminada”⁴⁴

Las enfermedades psíquicas no admiten plazo fijo de curación de ahí el carácter condicionado de la prognosis médica. (constituye la segunda etapa del juicio de peligrosidad en un intento de determinar con el mayor rigor la probabilidad, de que el sujeto cometa nuevos delitos en el futuro).(Urruela Mora, 2009)⁴⁵

La cesación de la medida de seguridad se condiciona a la desaparición del peligro, no a la curación, circunstancia que debe ser decidida con audiencia del Ministerio Público y previo informe satisfactorio de dos médicos designados por el juez.

b) El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad

Podemos encontrar en Eugenio R. Zaffaroni, al principal impulsor de la limitación temporal de las medidas de seguridad. En efecto, el autor propuso -en su Tratado de

⁴⁴ Cortés de Arabia, Ana María, en Lascano, Carlos Julio, Director, Derecho penal parte general- Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2002, p.778 ob. Cit. (Tapia, 2004) pp198-199

⁴⁵ Ibídem pp. 72

Derecho Penal- que éstas no puedan superar el límite máximo conminado para el hecho que le sirve de base, ya que no encuentra justificación para que una medida asistencial y administrativa, resulte más lesiva de bienes jurídicos, que la medida máxima de la reacción penal que hubiese tenido lugar.

Zaffaroni considera que las medidas de seguridad para inimputables son inconstitucionales. Para el autor, las mismas constituyen penas; de hecho, al tratar la cuestión se refiere a “las penas para incapaces psíquicos”⁴⁶, considerando que bajo la denominación de medidas de seguridad se tratan verdaderas penas de reclusión.

“El enajenado -nos dice- es sometido a reclusión, pues no saldrá del manicomio -es decir que permanecerá encerrado- hasta decisión judicial, o sea, por tiempo indeterminado, que puede ser el resto de su vida. En rigor es la única pena realmente perpetua que existe en el código, pues su término no depende de nada que pueda hacer la persona para ponerle fin. La idea rectora es que el enfermo mental requiere internación manicomial mientras sea peligroso y, siendo peligroso porque es enfermo, deberá permanecer en reclusión mientras continúe la enfermedad”⁴⁷. Agrega que la reclusión manicomial es el último recurso que emplea la psiquiatría actual y que hay enfermos mentales que por definición nunca pueden ser curados y pensar en su internación perpetua sólo es concebible dentro de un programa de eliminación masiva. Manifiesta que las internaciones de los enfermos mentales deben corresponder al juez civil, en función de disposiciones de derecho psiquiátrico.

⁴⁶Zaffaroni, Eugenio R; “Tratado de Derecho Penal Parte General”; Tomo V Ediar, Bs. As. 1987

⁴⁷Ibidem

Resulta equivalente bien entendido que tal peligrosidad en tanto que pronóstico de futuro asociado a la probable comisión de delitos puede extenderse en la práctica hasta el infinito.⁴⁸(Rimo, Alberto A., 2011)

Lo más grave es que ni siquiera la duración de la medida de seguridad está predeterminada legalmente ni determinada definitivamente en la resolución sobre su aplicación. Esta duración indeterminada y la ausencia de toda garantía relativa al momento en que han de cesar representan sin duda, el aspecto más vejatorio de las medidas de seguridad personales.

(...) la duración indeterminada, en ocasiones, se traduce en una especie de segregación de por vida (...) donde se consuma una doble violencia institucional –cárcel más manicomio- y donde se consumen olvidados por el mundo, además de los absueltos por enfermedad mental, los condenados a pena suspendida y los acusado caídos en enajenación a la espera de juicio después de cometido el delito”⁴⁹ (Terragni & Seitún , 2004)

Por último y en favor de la indeterminación de la medidas, recordemos la postura de (Cabello , 1981) quien considera *“que las enfermedades, y con mayor razón las psíquicas, no admiten plazos fijos de curación, por lo que las medidas de seguridad han de ser indeterminadas, pues su duración depende del efecto curativo que haya experimentado aquel a quien se impone”*.

Nuestra realidad jurídica, en el inciso segundo del art. 34 .- *Si el acto ha sido cometido por un alienado mental, el Juez que conozca de la causa decretará su internamiento en*

⁴⁸ Cfr. Jorge Barreiro, A “El enfermo mental delincuente y peligros ante el código Penal de 1995” Revista de Derecho Penal y Criminología “da época, n 6 2000, ps. 191 y 192 del mismo Reflexiones sobre la compatibilidad... “, cit, p. 583

⁴⁹Ob cit. Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, 5ta edición Madrid, ed. Trotta, 2001, págs. 781-782

un hospital psiquiátrico; y no podrá ser puesto en libertad sino con audiencia del Ministerio Público y previo informe satisfactorio de dos médicos designados por el Juez y que de preferencia serán psiquiatras, sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del internado”

Se establecerá su internamiento en un hospital psiquiátrico, hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso, por intermedio de dictamen pericial de dos médicos, se determine que ha cesado su peligrosidad.

No busca castigar al inimputable por un suceso del que resulta penalmente inocente, sino contrariamente, protegerlo por el peligro de daño que emana de la patología que sufre.⁵⁰

Como Jurisprudencia Internacional tenemos como Ejm.

Caso Nro. 1 Publicado en el Suplemento de Derecho Penal, La Ley, Bs. As., 1997, ps. 3/11.⁵¹

Una persona cometió un delito leve, arrojó un ladrillo a través de la medianera, produciendo el daño de una tela metálica y un vidrio. Fue procesado por el delito de daño, pero el juzgado considero que había actuado en estado de inimputabilidad, e impuso una medida de seguridad. Casi 10 años después, los médicos forenses consideraron que el inimputable seguía padeciendo un trastorno psicopático de la personalidad, sin que haya cesado los índices de peligrosidad.

⁵⁰Spolansky, Norberto e., “Imputabilidad disminuida, penas y medidas de seguridad”, en LL 1978-c-762. En contra, Donna, Edgardo a. y De la Fuente, Javier e., “El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad”, en LI 1997-c-361, Estos últimos consideran que las medidas de seguridad tienen carácter sancionatorio, al igual que gran parte de la doctrina (por ej., Roxin, Claus, Derecho Penal- Parte General” cit, ps 41, 103 y ss.) En el trabajo de Donna y De la Fuente se habla de que la indeterminabilidad de las medidas de seguridad afecta dos principios de rango constitucional, cuales son el de legalidad (art. 18) y el de razonabilidad (Art. 28)

⁵¹Ejm. Citado por (Tapia, 2004) pp.202-203

El juzgado de Ejecución Penal Nro. 3..., consideró que la medida de seguridad debe guardar cierta proporcionalidad con el hecho cometido, imponiéndose como límite temporal el máximo de la pena prevista para el delito perpetrado. En consecuencia dispuso la cesación de la medida asegurativa, dando la intervención pertinente a la justicia civil.

La cámara de Casación Penal, revocó la resolución..., reafirmando el sistema dualista que diferencia la pena y la medida de seguridad. Con relación a esta última expresamente señaló que “en función del tiempo es indeterminada” destacando que se fundamenta en la peligrosidad, por lo que “debe depender y ser proporcionada a esa peligrosidad y no a la escala penal del delito que en su momento se atribuyó al sujeto”(Tapia, 2004)

Ya que la medida de seguridad no está condicionada a lo que el individuo ha hecho o a la gravedad del hecho prohibido que se ha ejecutado, sino a su peligrosidad y no a la escala penal del delito.

Asumiendo una posición frente de nuestra legislación se puede decir que, no solo es irracional sino contraria a la Constitución que la medida de seguridad no tenga un límite y supere el máximo de la pena establecida, por un delito cometido por un inimputable, es contrario al principio de proporcionalidad, porque si asumimos del tiempo es indeterminada y su peligrosidad no desaparece estaríamos hablando de cadena perpetua. “Las medidas de seguridad aun cuando no sean penales, están vinculadas al delito..., La peligrosidad aparece como fundamento junto al delito, no independientemente de él”⁵² Entonces en aplicación del principio de proporcionalidad y del artículo 426 de la

⁵²Tapia, J. E. (noviembre de 2004). ¿Son Inconstitucionales las medidas de seguridad previstas en el Art. 34 inc. 1ro, apartados 2do y 3ro del Código Penal Argentino? *Revista de Derecho Penal integrado -año V- Nro 9 - 2004, V, 205.*

Constitución debe guardar cierta proporcionalidad del hecho cometido, imponiéndose como límite el máximo de la pena prevista para el delito perpetrado. Y si su peligrosidad no desapareciera se podría dar bajo vigilancia especial si el caso amerita⁵³.

⁵³Artículo 51 y 61 del Código Penal,

CONCLUSION.

Como hemos apreciado al contrario de lo que ocurre con las penas, no existe una teoría general para las medidas de seguridad, ya que por lo menos debería contener su concepto y justificación lo que nos permitirá trazar su separación sobre la pena, e incluso se ha afirmado, a mi entender pese a los fines distintos que persiguen la pena y las medida de seguridad, hay una superposición parcial entre ambas. Además se debería determinar un concepto de peligrosidad criminal en cuanto al fundamento de las medidas y sobre todo la problemática formulación respecto de las medidas de seguridad en atención a los principios.

En donde se ve que el hecho cometido por un inimputable, no existe un límite de duración de la medida, ni el limite necesario para prevenir la peligrosidad del autor; ya que su internamiento no debería exceder de la pena prevista por el Código para el delito, pues cuando se trata de una internación en un hospital psiquiátrico, implica una privación de libertad por tiempo indeterminado. En ningún caso puede exceder los límites cuantitativos de la pena privativa de libertad concreta que se hubiera aplicado al procesado si hubiera sido una persona imputable.

La medida de seguridad de internación, es un medida post-delictual. Asimismo, es de inferirse válidamente que la internación tiene una naturaleza preventiva; pero a su vez posee también una clara naturaleza aflictiva, pues importa el sometimiento del inimputable a una privación o limitación de derechos entre ellos la libertad individual.

La duración de la medida de internación no puede ser indeterminada, entonces si el individuo sigue siendo peligroso ¿cómo liberarlo?. Y es por eso tratadistas han buscado límites a las medidas de seguridad Según SEITTUN, considera “que el límite legal de duración de la medida de seguridad debe ser de 20 años”⁵⁴

No encontramos otra solución para la problemática de los encierros excesivamente prolongados. Pero este debería partir del principio de proporcionalidad de características esenciales valorativas y por parte del legislador una reforma urgente del Art. 34, con el fin de dar un límite máximo de duración al internamiento, atendiendo al injusto cometido y de los injustos que pueda cometer y la peligrosidad del inimputable y si no desaparece la peligrosidad que se debería tener en cuenta las normas del código civil o las medidas especiales.

⁵⁴ Ob. Cit (Tapia, 2004) pp. 201

BIBLIOGRAFIA

- (2003). CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. En *Libro CUARTO, RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE INFRACTOR* (págs. Art. 305-306, Art. 369). Ecuador.
- CODIGO CIVIL ECUATORIANO*. (2005). Ecuador: Suplemento del Registro Oficial Nro. 46.
- (2009). CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. En A. Constituyente (Ed.). Montecristi- Manabi, Ecuador.
- (2010). CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Quito, Ecfuador.
- Codigo Penal Ecuatoriano*. (2011). Quito: Registro Oficial Suñlimento 147 de 22-ene-1971.
- Cabello , V. (1981). *Psiquiatría forense en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- Cañar Lojano, L. (2004). *COMENTARIO AL CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR* (Vol. III). Ecuador: Rocafuerte.
- Carrara, F. (1990). *PROGRAMA DE DERECHO PENAL*. Loja, Ecuador: Facultad de Jurisprudencia; Universidad Nacional de Loja.
- CEREZO MIR, J. (2006). *TEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL* (Vol. III). Argentina, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- DE LA FUENTE, J. (2011). *Guias Dispositivas*. Cuenca.
- De la Fuente, J. E. (s.f.). Medidas de Seguridad para inimputables. *Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia penal,, 4(8)*, 310-311.
- De León Velasco, H. A., & De Mata Vela, J. F. (1984). *Derecho Penal Guatematelco*. México: Bosch.
- Diaz Aguilar, C. N. (s.f.). *www.uclm.es*. Recuperado el 20 de 06 de 2012, de http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/inimputabilidad.pdf.
- Donna, E. A. (2008). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I, Teoria general del delito*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA. (s.f.). <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/medidas-de-seguridad/medidas-de-seguridad.htm>. Obtenido de www.encyclopedia-juridica.biz14.com
- Hegglin, Florencia;. (Junio de 2008). ANALISIS CRITICO DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA PROCESAL PENAL NACIONAL. *Revista de Derecho Penal y Procesal penal*, 1026-1031.

- Martinez Guerra, A. (2004). *NUEVAS TENDENCIAS POLITICOCRIMINALES EN LA FUNCION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD*. Madrid: DYKINSON S.L.
- Mora Enriquez, D. (23 de 07 de 2003). <http://www.iaen.edu.ec/>. Recuperado el 28 de 06 de 2013, de <http://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/245/1/IAEN-023-2003.pdf>
- Pesantez Benitez, Johana; Encalada , Pablo;. (2012). *1er Seminario Internacional del Derecho Penal "Hacia un Nuevo Derecho Penal en el Ecuador"* (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos ed.). (J. Pesantez Benitez, Ed.) Quito, Ecuador: Corrección de Estilos.
- PGE, D. N. (mayo de 2013). CODIGO DE EJECUCION DE PENAS Y REHABILITACIÓN SOCIAL. *Codificación 9 publicada en el Registro Oficial, Suplemento 399*. Ecuador.
- Rimo, Alberto A.;. (06 de 2011). DOCTRINA EXTRANJERA. Limites a la durancón de las medidas de seguridad en España y derecho penal de la peligrosidad. *REVISTA DE DERECHO PENAL Y PROCESO PENAL*, 6, 968-977.
- Romeo Casabona, C. M. (1986). *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*. Barcelona: Bosch.
- Rosero Cueva, H. (1976). Memorias Criminodinamia: Fisiopatología del comportamiento violento, en base a un ensayo clasificatorio. *Seminario de Investigación Comparada del Proyecto violencia en América Latina*(1), 15-17.
- Rubio Lara, P. A. (2011). Derecho y Proceso Penal. En *Las Medidas de Seguridad tras la Reforma de la Lo 5/2010, de 22 de Junio, del código Penal: Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales Problemas y Soluciones* (pág. 61 a 62). Pamplona, España: ARAZANDI S.A.
- Seitun, D. (2001). Ciencias Penales Contemporáneas. *Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología*, 7(8), 45.
- Sotomayor Acosta, J. O. (1986). Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el derecho penal colombiano. *NUEVO FORO PENAL*(33), 299-321.
- Tapia, J. E. (noviembre de 2004). ¿Son Inconstitucionales las medidas de seguridad previstas en el Art. 34 inc. 1ro, apartados 2do y 3ro del Código Penal Argentino? *Revista de Derecho Penal integrado -año V- Nro 9 - 2004*, V, 205.
- Terragni, M. A., & Seitún , D. (2004). LA INDETERMINACION TEMPORAL DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA INIMPUTABLES Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. *Revista de Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología*, 7(8), 29-77.
- Urruela Mora, A. (2009). *Las medidad de seguridad y reisnserción social en la actualidad*. Granada: Comares, S.L.
- Van Den Dooren, S. (25 de 02 de 2012). www.derechopenalonline.com, revista electronica de doctrina y jurisprudencia en línea.
- Velargara Aráoz, Jorge A.;. (Octubre-Diciembre de 2002). La limitación temporal de las medidas de seguridad. *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, IV, 662-668.

Velepucha Ríos, M. A., & Pesantez Benitez, J. (2012). *Seminario Internacional de Derecho Penal "Hacia un nuevo Derecho Penal en el Ecuador"*. (J. Pesantez Benitez, Ed.) Quito, Ecuador: Correcciones de Estilos.