

LOS EFECTOS NEGATIVOS QUE CAUSA PARA EL ACUSADO LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PROVISIONAL IMPUESTA DURANTE LA FASE PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL CUBANO.

Yoruanys Súnnez Tejera

Dunia Dávila Cabezas.

ysunez@ucf.edu.cu

Universidad de Cienfuegos

Resumen: La razón de existencia de la prisión provisional se encuentra en la necesidad de asegurar la presencia de acusado al juicio oral y el cumplimiento de una eventual sentencia futura. Como medida cautelar aplicada a un acusado contribuye a crear cierto juicio de culpabilidad sobre el mismo sin que existan pruebas suficientes que destruyan la presunción de su inocencia. Por ello la investigación tiene como objetivo analizar los efectos negativos que causa para el acusado la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional impuesta durante la fase preparatoria del proceso penal cubano. Se llegó a la conclusión que cuando el fiscal se parcializa al adoptar la posición de parte acusadora, a la vez de velador de la legalidad, durante la fase preparatoria, se quebrantan el derecho que tiene el acusado a la presunción de inocencia, a la igualdad y a la legalidad, y además se generan con dicho actuar consecuencias negativas directas sobre la persona del acusado. El trabajo contribuye a garantizar una correcta impartición de justicia a través de un proceso transparente en el cual se respeten las garantías fundamentales del imputado y una correcta imposición de la prisión provisional.

Palabras claves: efectos, prisión, provisional, acusado, proceso.

Summary: The reason of the existence of the provisional prison is in the necessity of assuring of the accuse of the presence to the oral trial and the execution of an eventual future sentence. As precautionary measure applied an accused it contributes to create certain trial of guilty on the same one without tests enough that destroy the presumption of their innocence. For it the investigation has as objective to analyze the negative effects that it causes for the accused the application of the precautionary measure of provisional prison imposed during the

preparatory phase of the Cuban penal process. It is reached the conclusion that when the district attorney parcializes when adopting the position of accusing part, at the same time of watchman of the legality during the preparatory phase, they are smashed the right that has the accused to the presumption of innocence, to the equality and the legality, and they are also generated with statement to act direct negative consequences on of the accuse person. The work contributes to guarantee a correct impartation of justice through a transparent process in which the fundamental guarantees are respected of the one imputed and a correct imposition of the provisional prison.

Key words: effects, prison, provisional, accused, process.

Introducción.

En Cuba a partir de 1889 con la aplicación de La Ley de Enjuiciamiento Criminal española,¹ la solución a la generalidad de los conflictos penales se realiza a través de un proceso compuesto por tres etapas:² la fase investigativa o preparatoria, la fase intermedia y el juicio oral de carácter público. Todas indispensables para el esclarecimiento de los hechos, a fin de asegurar justicia.

Con antecedentes de un sistema marcado por las regulaciones de la mencionada ley, en la fase investigativa el juez de instrucción, de dudosa imparcialidad, y con obligación de escuchar al procesado, ratificaba el auto de prisión que previamente había adoptado, el que era recurrible ante audiencia con celebración de vista. El estado de privación de libertad además podía examinarse mediante el procedimiento de *habeas corpus*.³ Posteriormente con la Ley de 1973,⁴ a través de una audiencia verbal con la intervención del tribunal, fiscal, defensor y acusado, se tomaba una decisión irrecurrible.

¹ La Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 14 de septiembre de 1882.

² Según Candia Ferreyra José, *Colectivo de Autores, Temas para el estudio del derecho Procesal Penal, II Parte*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 167; De la Cruz Ochoa considera que el proceso penal tiene varias partes, diligencias preliminares, fase preparatoria, etapa intermedia, las cuales terminan con el Juicio Oral donde se exponen los hechos alegados por las partes, De la Cruz Ochoa, Ramón, "¿Qué es el Juicio Oral?", *Revista Cubana de Derecho*, No. 3, La Habana, 1991, p. 30. Coincide con el autor Bodes Torres, quien divide el proceso en cinco fases o momentos: fase investigativa, fase preparatoria, fase intermedia, juicio oral y fase de ejecución, Bodes Torres, Jorge, *El Juicio Oral en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2007, p. 5.

³ Institución jurídica que refiere que las personas que hayan sufrido una detención ilegal, arbitraria, donde no se hayan cumplido las formalidades legales para privarlas de libertad, cuando permanezcan retenidas por un plazo mayor del establecido por la ley, sin respetarles los derechos establecidos por la Constitución y el ordenamiento procesal, serán puestas a disposición de la autoridad judicial competente.

⁴ Ley de Procedimiento Penal cubana, Ley No. 1215. Publicada en la Gaceta Oficial en 1973.

Luego, la Ley de 1977⁵ facultaba al fiscal para adoptar dichas medidas que eran revisadas con mayor o menor importancia por el tribunal. Finalmente, en 1994 a través del Decreto Ley 151⁶ se le otorga a la fiscalía la facultad exclusiva del aseguramiento en el caso de la prisión provisional. En tal sentido en la actualidad el referido ministerio asegura, resuelve las disconformidades sobre dicha medida cautelar, y acusa a los implicados. En cuanto a las otras medidas cautelares, las mismas pueden ser acordadas por los instructores del caso de forma valorativa.

Según DANILO RIVERO⁷ la fase investigativa históricamente fue concebida para fundar la sospecha que permitiera promover la acusación ante un Tribunal, donde a través de un juicio oral y público, núcleo tradicional del proceso, se obtuviera la verdad material como finalidad del mismo. Entre tanto, para CANDIA FERREYRA,⁸ tiene como finalidad preparar el juicio oral el cual es la etapa decisiva del proceso. En consecuencia, las investigaciones previas tienen como objeto propio determinar si existe o no el hecho delictivo y sus responsables, aportar los elementos necesarios para decidir si se ejercita la acción penal o no y, en su caso, servir de fundamentación para la pretensión punitiva que se plantee ante el órgano jurisdiccional.

En Cuba, como presupuesto inicial, al recibirse una denuncia o tenerse conocimiento por otra vía sobre un presunto delito, la policía puede detener al sospechoso. Nombrado instructor, el mismo impondrá en su caso alguna medida cautelar no detentiva, la restante es facultad del fiscal aplicarla. Subsiguientemente se practicarán las diligencias indispensables para asegurar a la persona hasta su presentación a juicio según lo dispuesto en el artículo 119 de la actual Ley de Procedimiento Penal cubana.

La mencionada ley regula en su artículo 255 las medidas cautelares aplicables de acuerdo con el sistema penal imperante. Las mismas son: la prisión provisional, la fianza en efectivo, fianza moral por la empresa o entidad donde trabaje el acusado o el sindicato u otra organización social o de masas a que pertenezca; la

⁵ Ley de Procedimiento Penal cubana, Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977. Publicada en la Gaceta Oficial de 15 de agosto de 1977.

⁶ Decreto Ley 151. Publicado por la Gaceta Oficial de Cuba el 10 de junio de 1994.

⁷ Rivero García, Danilo, "Breve exposición del proceso penal alemán", *Boletín ONBC*, Revista No. 31 de abril-junio 2008, p. 2.

⁸ Ferreyra, José Candia, Colectivo de Autores, *op. cit.*, p. 125.

reclusión domiciliaria; y la obligación contraída en acta de presentarse periódicamente ante la autoridad que se señale.

El establecimiento en el que se ha de cumplir la prisión preventiva, según el artículo 247 de la antes citada Ley, deberá ser diferente del que se utiliza para extinguir sanciones privativas de libertad. Durante su aplicación el acusado conservará derechos que le son reconocidos a toda persona al no haber sido demostrada aún su culpabilidad por los hechos. Dado su carácter provisional está subordinada a la probabilidad de que en un momento futuro sea sustituida por una sanción penal entre las consideradas como principales: la privación de libertad, la sanción de muerte, entre otras.

Los presupuestos necesarios para que dicha medida pueda ser aplicada están regulados en el artículo 252 de la Ley de Procedimiento Penal. En dicho texto se dispone que será empleada en los casos en: “que conste de las actuaciones la existencia de un hecho que revista caracteres de delito; y en los que aparezcan motivos bastantes para suponer responsable penalmente del delito al acusado.”

Sobre el tema BELING arguye: “el procedimiento debe estar organizado, tanto con miras a otorgar al estado poderes sobre el individuo, como a proteger a este; el proceso debe partir de la idea de que el inculcado puede ser inocente, es decir, garantizar el respeto a la inocencia, de suerte que el código procesal penal sea la *Magna Charta*⁹ del individuo.”¹⁰

Actualmente se aplica la prisión provisional con fines investigativos, como reacción estatal ante la creciente actividad delictiva, y no para asegurar la presencia del acusado al momento del juicio. Además la misma es impuesta por el fiscal el cual es parte en el proceso y por lo tanto estará parcializado con la acusación. Con ello se causan efectos negativos al acusado, y como consecuencia se atenta contra el sentido garantista que debe poseer el proceso penal.

Derivado de lo antes expresado se precisa como objetivo general establecer los efectos negativos que causa para el acusado la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional impuesta durante la fase preparatoria.

⁹ Traducido como Carta Magna o Constitución fundamental de un estado.

¹⁰ Beling, E., *Manual de Derecho Procesal Penal*, traducido del alemán por M. Fenech, Editorial. Labor, S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, col. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1943, p. 21.

1. El concepto de prisión provisional.

En sentido general, las medidas cautelares son actos de índole asegurativa y provisional que realizan indistintamente el juez, el fiscal y el instructor, según esté establecido, durante la fase investigativa para asegurar la presencia del acusado, su juzgamiento, y aclaración de la verdad material. Entre las mismas se encuentra la prisión provisional o preventiva como indistintamente es llamada en los procesos penales modernos de países como España, Colombia, y Venezuela. Como medida cautelar de índole personal, la misma significa un estado temporal de privación de libertad del individuo, y es soportada en un establecimiento público que a tal efecto se destina.

La medida es decretada por un juez competente o en otros casos por el representante del Ministerio Público según se expresó antes, como medida precautoria si existe sospecha de que la persona ha cometido un delito o ha participado en el mismo. Al sujeto se le asegurará con el único objeto de que no se sustraiga a la acción de la justicia y para garantizar la ejecución de la pena.

Según ROXIN, la medida cautelar consiste en la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Además, entiende que la prisión preventiva sirve para tres objetivos entre los cuales se encuentra; pretender asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; pretender garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal; y pretender asegurar la ejecución penal. A su vez afirma que la medida se deberá aplicar exclusivamente cuando haya fuga o peligro de ella, o riesgo de entorpecimiento en las investigaciones por el imputado.¹¹

De conformidad con otros autores,¹² es la limitación de la libertad individual de una persona ordenada por el órgano de la Fiscalía y que tiene por objeto el ingreso de ésta en el centro penitenciario como instrumento para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la sentencia. En cuanto a su duración, la regla general viene dada por su naturaleza de medida cautelar. Desde esa

¹¹ Arzamendia, María Eugenia, Gómez Zamacola, Ernesto, Laboranti Mariela N., Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Prisión Preventiva: un análisis de su constitucionalidad. Universidad de Buenos Aires, Argentina.

¹² Valdés Cruz Liliam, Bedón Moreno Miriam, y Zubizarreta Prieto Luis Dariel, La medida cautelar de Prisión Preventiva. Especial referencia a la legislación ecuatoriana, <http://www.derechoycambiosocial.com>, consultada el 12 de enero de 2012.

perspectiva la prisión provisional se podrá mantener mientras dure el proceso dado su carácter instrumental; en consecuencia, se extinguirá cuando el proceso se termine con sentencia absolutoria y también, cuando concluya con sentencia condenatoria, porque si la pena es privativa de libertad, desde el mismo día de la firmeza de la sentencia se inicia el cumplimiento de la pena, por lo que pierde la medida su naturaleza cautelar.

NOVILLA ÁLVAREZ¹³ señala que la prisión provisional confiere al juez un poderoso instrumento cautelar que debe manejar con cautela por tres razones fundamentales: por suponer la privación no sólo el derecho fundamental que es la libertad individual, la libertad de movimientos, sino porque dicha privación lleva ineludiblemente unida la de otros derechos fundamentales que en principio no tenían por qué ser restringidos. Significa en línea de principios un deterioro del derecho fundamental de presunción de inocencia que se agota cuando se dicta la orden de prisión. Representa en razón de la publicidad que acompaña a la medida una penalización social anticipada que será muy difícil desvirtuar a través de las posteriores incidencias del proceso o del resultado final de éste.

Para OLMEDO¹⁴ la forma de coerción más utilizada autorizada por las leyes contra el imputado es la prisión preventiva la cual se ejecuta por encarcelamiento. Es la más prolongada privación de la libertad que puede sufrir durante el proceso, y que se atenúa con el régimen de la excarcelación. La prisión preventiva asegura la intervención personal del asegurado durante el proceso, y previene el cumplimiento de la posible condena. Sus finalidades son las que han determinado su denominación tradicional. La medida debe necesariamente estar precedida de una declaración previa que implique un mérito provisional de carácter incriminador con elementos de juicio suficientes para concluir que el sujeto acusado podrá ser condenado.

LEVENE¹⁵ destaca que la prisión preventiva corresponderá sólo cuando el delito o los delitos que se le atribuyen al imputado tengan pena privativa de la libertad que

¹³ Novilla Álvarez, Claudio, Magistrado del Tribunal Supremo Español, Responsabilidad del Estado y el Juez en los supuestos de Prisión Provisional injusta, Cuadernos Judiciales del Poder Judicial Español, p. 19.

¹⁴ Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal, Tomo II*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, p. 353.

¹⁵ Lavene, Ricardo (h.), *Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo II*, Segunda edición, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1993, p. 459.

no autorice aplicar la condena de ejecución condicional. Con ello se trata de evitar, siempre que sea probable, el ingreso al establecimiento carcelario de quien está destinado a salir de él a corto plazo y en consecuencia los efectos negativos que pueda ocasionársele, tanto en el aspecto psíquico y material, así como el encierro junto con otras categorías de presos y el sometimiento a un nivel de vida atípico. A partir de tal criterio la doctrina moderna representada por el profesor ESPARZA¹⁶ la conceptualiza como una medida cautelar, establecida con un propósito asegurativo, dirigida a comprobar una infracción hipotética, donde hay una existencia de mínimo de pruebas de culpabilidad.

De ahí que la medida cautelar de prisión provisional sea aquella privación de libertad que se le impone a un sujeto sobre el cual existen motivos para considerar que ha participado en hechos que revisten caracteres de delito. Su aplicación estará dirigida acorde a los principios de instrumentalidad, provisionalidad y necesidad. Tiene como propósito garantizar el desarrollo del proceso con la participación del acusado en el mismo, y contribuir al esclarecimiento de los hechos a favor de la justicia.

En Cuba durante la fase preparatoria es impuesta por el Fiscal, según se expresó antes, ya que posteriormente, durante la denominada fase intermedia, puede ser ratificada o no por el juez el cual podrá además, disponer su aplicación cuando no se haya decretado previamente.

1.2. La naturaleza jurídica de la prisión provisional.

La prisión preventiva ha sido tan asimilada por los sistemas jurídicos como ampliamente criticada. Su contradicción y falta de justificación se encuentra en la discusión de dos elementos: primero, la reacción pronta e inmediata del estado contra la actividad criminal, que constituye un medio para preservar el desarrollo del proceso penal e impedir que el delincuente continúe su actividad ilícita. En segundo lugar, la contradicción en que incurre dicho accionar con el principio de presunción de inocencia, en virtud de que la medida se impone a un sujeto cuya culpabilidad está por esclarecerse.

Acerca de la naturaleza jurídica de la prisión provisional, resulta necesario determinar si se trata de una pena o una medida de seguridad. RODRÍGUEZ

¹⁶ Esparza F., Abelardo, "La prisión preventiva: algunos criterios de política criminal", <http://www.uaz.edu.mx>, Revista No. 4, Octubre-Diciembre 1990, consultada el 11 de noviembre de 2011.

MANZANERA¹⁷ distingue la prisión provisional como pena, y a la vez como medida de seguridad con carácter provisional impuesta a un presunto delincuente en tanto se celebra el juicio. Para el citado autor, la prisión como pena debe cumplir con la función de prevención especial en tanto deberá ejercer influencia sobre el delincuente individual a través de la reeducación y el tratamiento conductual a fin de que no vuelva a delinquir. Sin embargo no olvida la función secundaria de reforzamiento que tiene la prevención general dirigida a surtir efectos sobre todos los miembros de la sociedad y que utiliza como instrumento fundamental el ordenamiento jurídico. Además expresa que como medida de seguridad, la prisión provisional no pretende retribuir ni requerir a la generalidad de forma obligatoria, ya que se aplica a presuntos inocentes.

Para MEZGUER¹⁸ la pena es retribución, es una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable, es decir, la imposición de un mal adecuado al acto; mientras que su fin presenta a ésta como medida dirigida a proteger a toda la sociedad contra la criminalidad latente, instintiva, existente en todos los hombres. En el artículo 27 del Código Penal cubano se regulan los fines de la sanción penal con más amplitud que como lo ha expresado el citado autor. La anterior afirmación encuentra explicación pues la sanción no tiene sólo por finalidad la de reprimir por el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de convivencia socialista, así como prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los propios sancionados como por otras personas.

Por otro lado el concepto de medida de seguridad oscila entre el criterio de que si debe aplicarse solamente a quienes han cometido un hecho que la ley califica como delito, criterio al que se afilian VON LISZT, GARCÓN, KULISCHER, MITERMAIER, CRAMER, BIRKMEYER;¹⁹ o si también puede aplicarse a personas que no han cometido ningún hecho de esa naturaleza, pero que, por presentar algún o algunos índices de peligrosidad, requieren ser sometidos al tratamiento regulado

¹⁷ Rodríguez Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión*, México: Cuadernos del Inacipe, 1984, p. 27.

¹⁸ Mezguer, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1957, p. 397.

¹⁹ *Idem.*

en relación con la medida conveniente. En consecuencia con tales presupuestos EMILIO MENÉNDEZ²⁰ se muestra conforme con el concepto de ROCCO, quien enfatizó en señalar de significativa no sólo la peligrosidad derivada del hecho punible, sino también la que nace de la persona. Define la misma como la potencia, actitud, idoneidad o la proclividad de la persona para causar daño o representar un peligro.

Al respecto el artículo 72 del Código Penal²¹ vigente en Cuba regula que se considera estado peligroso a la especial actividad en que se halla una persona para cometer delitos, demostrada por la conducta que observa en contradicción con las normas de la moral socialista. En los siguientes artículos señala cuáles son los índices de peligrosidad, en los que integra al enajenado mental y las personas que tengan desarrollo mental retardado sí, por tal causa, no poseen la facultad de comprender el alcance de sus acciones ni de controlar sus conductas, siempre que las mismas representen una amenaza para la seguridad de las personas o del orden social.

FRANZ VON LISZT²² expresa que las medidas de seguridad son todos aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo considerado en estado peligroso a la sociedad a través de normas educadoras o correccionales, o la eliminación de los inadaptados a la sociedad para asegurar la protección y seguridad de la misma. Señala que la diferencia entre éstas y la prisión provisional estriba en que las disposiciones no sólo se aplican a los autores de un hecho calificado por la ley como delito, llamándose medidas posdelictivas; sino que se aplican también a quienes no han realizado actividad delictiva alguna pero son considerados en estado peligroso, nombradas medidas predelictivas.

Ajustar la naturaleza jurídica de las instituciones de pena y medidas de seguridad a la de prisión provisional después de haber expuesto sus conceptos, fundamentos y fines no resulta convincente pero sí contribuye a la búsqueda del origen de la entidad en cuestión. Así, diversos autores como CANDIA FERREYRA,

²⁰ Menéndez Menéndez, Emilio, *Principios de Derecho Criminal*, Editorial Jesús Montero, La Habana, pp. 355-357.

²¹ Código Penal de Cuba, Ley No. 62, publicado en la Gaceta Oficial No. 3 de 30 de diciembre de 1987.

²² Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*, Editorial de Reus, Madrid, pp.198-199.

CARRARA, y FERRAJOLI, han dado a la prisión provisional los siguientes objetivos y con ello relacionan su naturaleza, a saber: impedir la fuga, asegurar la presencia en el juicio, asegurar las pruebas, proteger a los testigos, garantizar la ejecución de la pena, proteger al acusado de sus cómplices o de la víctima o evitar se concluya el delito.

Se concluye que la misma no constituye una pena por no ser el resultado final de un proceso en que se ha demostrado la culpabilidad de un sujeto a través de sentencia judicial. Tampoco se considera una medida de seguridad por tener ésta su fundamento en el carácter peligroso del sujeto para el que no es obligatoria la privación de libertad. No obstante no deja de tener puntos de encuentro con las mencionadas instituciones pues tanto la prisión provisional, como las medidas de seguridad, y la sanción de privación de libertad se aplican para mantener la justicia social ante el ataque del sujeto, a uno o más bienes jurídicos, calificado como delito en la ley.

Es entendida entonces como la medida que restringe la libertad de una persona que se presume involucrada en hechos que revisten caracteres de delito durante el transcurso del proceso penal. La misma se fundamenta en el carácter de medida cautelar personal por entrañar sólo a la persona en sí misma, y se encuentra orientada por los caracteres de provisionalidad e instrumentalidad cuya finalidad es asegurar la ejecución de la parte dispositiva de la sentencia y la eficacia del proceso.

3. La actuación del Fiscal durante la fase preparatoria del juicio oral.

Según el artículo 127 de la Constitución cubana²³ la Fiscalía tiene como funciones fundamentales el control y la preservación de la legalidad sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de las leyes. De manera particular la Ley de la Fiscalía²⁴ en el artículo 8 determina que además de dichas funciones, los funcionarios de dicha institución estarán a cargo de velar también por el cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales ante la violación de los derechos ciudadanos.

²³ Constitución de Cuba con la reforma de 1992, publicada en la Gaceta Oficial No. 7 de 1ro de agosto de 1992.

²⁴ Ley 83 de la Fiscalía aprobada el 11 de julio de 1997, puesta en vigor por la Gaceta Oficial de Cuba el 1 de enero de 1998.

Tener el deber de proteger los derechos fundamentales del acusado y a la vez asumir la facultad de aplicarle una medida restrictiva de su libertad implica para el fiscal, defender intereses contradictorios, cuestión errónea pues no pueden ser presentados a la misma vez intereses contrarios y garantizarse la debida justeza para ambas partes. Además el carácter contencioso que se pretende con el juicio queda diluido pues se confunden en la persona del fiscal más de un criterio a representar, al no poder estar en total desacuerdo con la defensa en cuanto al acusado, la esperada contienda entre partes no se desarrollará ampliamente.

Al respecto, los sistemas acusatorios puros²⁵ no obligan al fiscal a velar por los derechos del imputado. Tales procedimientos están dirigidos fundamentalmente a procurar una mejor garantía para este último al colocarlo en igualdad frente a la parte acusadora. La última debe actuar dentro de la ley, la cual contiene normas relativas a la promoción y protección de los intereses tanto de los acusados como de las víctimas, las que son precisadas a cargo de la institución que ejerce la acción penal.²⁶

A criterio de BATISTA OJEDA,²⁷ resulta imposible que el fiscal, como parte en el proceso, se encuentre en la disyuntiva de tener ante sí a un sujeto culpable e inocente al mismo tiempo. La explicación se encuentra en que la verdad, como categoría primordial para el proceso penal, aún no ha sido encontrada. Como consecuencia, resulta confuso el deber que se le exige al mismo de velar por la legalidad, la justicia y a la vez no afecte la individualidad e intereses de una persona. Ambas facultades, tanto la de custodiar los derechos ciudadanos como los del estado y su sistema de normas, se contraponen por su propia naturaleza y dejan al encargado de hacerlos valer, lógicamente, parcializado hacia el cumplimiento de unas por encima de otras.

Las diligencias de investigación en la fase preparatoria del proceso penal, según la Ley cubana, pueden estar a cargo de la policía, a través de la figura del instructor o ser ejecutadas directamente por la propia fiscalía. En ambos casos, le corresponde a la fiscalía la función de controlar la ejecución de la investigación y

²⁵ *Vid. Supra*, p. 14.

²⁶ Robiglio, Carolina L., El Rol del Fiscal en el Proceso Penal Acusatorio, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, <http://www.aaef.org.ar>; consultada el 15 de enero de 2012.

²⁷ Batista Ojeda, María Elvira, Ponderación de Intereses: compleja labor del Fiscal en el Proceso Penal, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba, p. 343.

velar por el cumplimiento de la legalidad,²⁸ así como imponer la medida cautelar de prisión provisional,²⁹ entre otras funciones.

La conclusión a tal situación para EDWARDS,³⁰ se encuentra en que la prisión provisional se ha salido del campo de la política procesal para ingresar en el ámbito de la política criminal.³¹ El fin principal en una sociedad es disminuir el índice delictivo a través del ataque de la peligrosidad criminal por parte de los órganos que representan al estado. Tal es el caso de la fiscalía que al ostentar entre sus facultades la de velar por la legalidad en el proceso estará orientada también a garantizar la primacía del interés estatal.

En tal sentido se le reconocen a la Fiscalía facultades como el aseguramiento de la legalidad, y a la vez los derechos de los ciudadanos, pero dichas capacidades se contraponen al momento de tomar la decisión de aplicar la medida cautelar de prisión provisional al acusado. El enfrentamiento deja una de las dos facultades en desequilibrio con respecto a la otra, lo que significa que motivada por el deber estatal que le dio origen para la parte acusadora deberá tener primacía la que responda a tales intereses.

4. Los efectos que causa para el acusado la aplicación de la prisión provisional.

4.1. La violación de principios.

El proceso penal está revestido de diversas garantías o principios de reconocimiento constitucional que buscan no sólo otorgar al procesado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos del imputado. Los mismos constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea.³²

a) El principio de imparcialidad.

²⁸ Vid. artículo 105 de la Ley de Procedimiento Penal cubana.

²⁹ Artículo 244, y 247 de la Ley de Procedimiento Penal cubana.

³⁰ Edwards, Carlos Enrique, Garantías Constitucionales en Materia Penal, Editorial Astrea, Argentina, Año 1996, p. 29.

³¹ Conjunto de acciones y políticas del Estado para enfrentar la actividad delictiva en una sociedad determinada.

³² Coria Caro, Dino Carlos, Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, www.juridicas.unam

Para garantizar la igualdad de las partes en el proceso es necesario que la persecución de conductas que afectan el orden social o bienes jurídicos en general, sean perseguidas sin distinciones. Para lograr eso no se puede dejar la persecución en manos de la víctima o de los particulares, sino que es necesario que dicha tarea sea ejercida por un órgano del estado organizado y especializado; ese órgano es el la Fiscalía.³³

En el proceso penal regido por principios del modelo acusatorio, el Ministerio Público es la parte procesal que persigue un interés específico, lo cual se evidencia desde el momento en que decide acusar por los hechos objeto de la investigación previa, parcializándose con esa posición, respaldada en la prueba recopilada contra el imputado. Además, el fiscal es el contendiente o contraparte del imputado, quien asume una especie de parcialidad artificial, identificándose con el interés público del caso. Sin embargo, de acuerdo a las funciones dadas por las leyes que regulan su actuación en Cuba, según está regulado en el artículo 244 de la ley procesal cubana, será también quien imponga en su momento la medida cautelar de prisión provisional.

A criterio de LLOBREGAT³⁴ el concepto de imparcialidad en sí, es entendido como la ausencia de prejuicios o intereses exclusivamente en relación con el presunto infractor y con los hechos infractores. En este sentido, mantener en pie la idea de que la parte que ejerce la acción penal en el proceso durante la fase preparatoria y específicamente en cuanto a la aplicación de la medida de prisión provisional está dotada de imparcialidad, carece de fundamento lógico.

Tal afirmación se sostiene a partir de que en principio la Fiscalía tiene la obligación de ejercer la acción persecutoria penal con la cual se encuentra obligada a presumir la culpabilidad del imputado hasta tanto no se compruebe lo contrario en el proceso. A partir de ello todas las decisiones que deba tomar, incluso la de imponer la medida cautelar de prisión provisional se verán afectadas por la perspectiva de que el implicado en los hechos es culpable aún sin resultado probatorio. Con ello el riesgo de injusticia en cuanto a la aplicación de dicha medida es aún mayor, y el acusado estará siendo castigado desde el comienzo del proceso hasta la celebración del juicio oral.

³³ Robiglio, Carolina L., *op. cit.*

³⁴ Llobregat, José Garberí, "España, los principios del Derecho Procesal Penal y su aplicación a los procesos disciplinarios", *Revue internationale de droit pénal* de marzo de 2003, Vol. 74, p. 871.

La figura del juez de garantías es una posible solución a la contradicción que supone la imposición de la prisión provisional por parte del Fiscal como parte acusadora dentro del proceso. Dicho recurso es la única manera de garantizar que durante la fase investigativa pueda existir imparcialidad, por ser la mencionada figura parte del proceso sin interés alguno en la decisión final, mientras que la Fiscalía, vinculada por el principio de legalidad, forma parte o está subordinado al poder ejecutivo del estado y por lo tanto a sus propósitos.

b) El Principio de legalidad.

Las actividades de perseguir penalmente, juzgar, y eventualmente imponer penas, se encuentran orientadas por el principio de legalidad, como única o principal respuesta a la infracción penal. Tal principio se orienta a proteger los derechos e intereses de la víctima del delito al dirigir aquellos actos que establece la ley para el esclarecimiento de los hechos.³⁵

Se ha conceptualizado por CAFFERATA que la legalidad procesal es la automática e inevitable reacción del estado a través de órganos predispuestos como el Ministerio Público Fiscal, y la policía. Los mismos, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo comienzan a investigarlo, o piden a los tribunales que lo hagan, y reclaman luego el juzgamiento, y posteriormente si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar.³⁶ En ese sentido, el estado a través de los órganos legislativos garantiza la elaboración, materializados en normas, de parámetros de conducta que son reprobables en una sociedad con el fin de asegurar que sus ciudadanos guíen el curso de sus actos acorde a la convivencia pacífica y plena de todos.

Al respecto BINDER³⁷ sostiene que toda prisión preventiva está relacionada al principio referido pues la misma es una resignación que se hace por razones prácticas debido a que los medios de que dispone el estado para asegurar las finalidades del proceso no son suficientes y efectivos. Señala que sólo será constitucional su aplicación si se impone con carácter excepcional, provisional y de forma proporcional a la violencia propia de la condena que indica el precepto

³⁵ Cafferata Nores, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 23.

³⁶ *ibídem*.

³⁷ Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Segunda Edición, mayo, 2002, pp. 203-205.

penal, si existen indicios en cuanto a la comisión del delito y la necesidad de evitar la fuga del imputado.

El artículo 247 de la Ley de Procedimiento Penal regula que el Fiscal adopta la prisión provisional a través de auto fundado aunque en la práctica es de conocimiento general que en muchas ocasiones ese razonamiento tan necesario no consta en modo alguno. El fiscal solamente narra el hecho, lo tipifica y agrega la preconcebida frase "...que aparecen motivos suficientes para suponer penalmente responsable al acusado atendiendo a las circunstancias del hecho y la personalidad de los participantes independientemente de la extensión y la calidad de la prueba..."

Como puede apreciarse, no se ha hecho más que transcribir al papel lo que aparece redactado en el artículo 252 incisos 1 y 2 sin mayor esfuerzo ni más razonamiento, lo que conlleva a considerar que tales autos carecen de fundamento y casi se han convertido en proformas. Además no se mencionan las condiciones específicas del acusado y tampoco las características concretas de los hechos y del delito imputado, información de vital importancia en tanto demuestra las razones justas de aplicación de la medida cautelar o de su improcedencia.

Al tratar de impugnar la decisión de prisión provisional impuesta al acusado con la petición de modificación de tal medida que hace la defensa en su momento procesal y que está amparada en la ley en el artículo 249 inciso 4, en la mayoría de los casos el abogado es ignorado sin valoración legal justa. Tal conducta se asume aún cuando la investigación se halla avanzada y se han confesado los hechos, el domicilio del encartado se conoce, las pruebas periciales no han arrojado un resultado de importancia al caso y se sabe que el imputado no se sustraerá fácilmente a la justicia. Como respuesta de la negativa el fiscal alega en todos los casos que los hechos son considerados como graves y de gran repercusión en el territorio y los motivos para su adopción no han sido variados, sin detenerse a considerar los motivos expuestos.

En los expedientes de fase preparatoria de la unidad de UPICO No. 59/2011 y No. 80/2011, en el auto de imposición de la medida cautelar se refleja que la intención de la misma está dirigida a contribuir con la investigación por la falta de elementos para considerar los hechos como posible delito y elaborar una tesis sobre la

aparente participación de las personas detenidas, sin tener en cuenta que tales motivos no están establecidos por la ley en el artículo 252. En consecuencia, la prisión provisional es utilizada como instrumento de presión que acorta y facilita el trabajo de los órganos de investigación al tener al asegurado en su sede, que sólo adquiere modificación cuando se reconoce que se ha colaborado lo suficiente con la instrucción del caso en las declaraciones, esclarecimiento y devolución de los bienes sustraídos.

A pesar de que no existe en la Ley procesal penal vigente un precepto que sitúe de forma explícita tal principio se debe hacer interpretación de los artículos que reglamentan las diligencias de la fase preparatoria conforme al mismo. En ellos se establecen las obligaciones del instructor de la policía y la Fiscalía en la averiguación de los hechos así como la observancia de la legalidad de la actuación por dichos funcionarios a través de los artículos 109, 119 y 124 respectivamente. No obstante constituye una cuestión de conciencia y valoración de las figuras encargadas de la imposición de las medidas cautelares previstas por la ley. El resultado del tal análisis obliga una vez más a apreciar y tener en cuenta en cada caso las condiciones específicas de realización de los hechos y su subjetividad.

c) El principio de contradicción.

Para FERNÁNDEZ ROMO,³⁸ el principio de contradicción consiste en el enfrentamiento, en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre las partes, acusación y defensa, con el fin de lograr cada una su pretensión. Mientras, para REMIGIO MARTÍNEZ,³⁹ la contradicción en el proceso es entendida como la antinomia entre acusación y defensa. La misma no se limita al trámite de conclusiones provisionales, definitivas, o a los informes, sino que influye directamente en la práctica de la prueba al interrogar a los testigos de cargo y descargo, en las preguntas formuladas a los peritos y en las precisiones o aclaraciones del Tribunal sobre las respuestas a las interrogantes formuladas por las partes.

³⁸ Fernández Romo, Rodolfo, *Principio de contradicción versus mecanismos de negociación de la pena*, Revista Justicia y Derecho, No. 5 Año 3 del 2005, p. 28.

³⁹ Remigio Martínez, Zarezka, "Principio de presunción de inocencia en el Proceso penal", *Revista Justicia y Derecho*, No. 5, Año 3 del 2005, p. 35.

El conjunto de facultades que entraña el respeto al referido principio comienza con la adquisición de parte en el proceso por el acusado, lo que significa el nombramiento de letrado que asume la defensa técnica del caso. Luego se le da la posibilidad de acceso a la justicia al ser oído en todo el proceso, y más tarde al manifestar su inconformidad con cualquiera de las medidas tomadas contra su persona. Es aquí donde se manifiesta con mayor fuerza el aludido principio al permitir que la parte más perjudicada, o sea el acusado, por estar privado de libertad pueda emitir el desacuerdo con las decisiones que lo afectan.

Sin embargo la facultad se encuentra limitada en el momento en que se puede realizar una petición de cambio de la medida cautelar de prisión provisional pues dicha posibilidad no ofrece en modo alguno seguridad de aceptación por parte del fiscal. Constituye un mero trámite que aunque muy bien fundado puede o no lograr la libertad del acusado lo cual no significa que ambas partes se encuentren en igualdad de condiciones al ser su aprobación por el fiscal basada en los presupuestos de ley y en otros factores de conveniencia estatal. En la práctica la defensa con plena facultad propone al fiscal la petición de modificación de la medida cautelar de prisión provisional, como en el caso de los expedientes de fase preparatoria No. 75/2010, y No. 4/2011 de la unidad de UPICO, el fiscal la deniega de plano pues actúa de modo mecánico de acuerdo a lo estipulado por la ley.⁴⁰

d) El principio de proporcionalidad.

Según ZÁNCHEZ ROMERO,⁴¹ la proporcionalidad se ha señalado como una consecuencia del Estado de Derecho y se le asigna una función garantista frente a la actividad estatal. Se deduce del respeto a la dignidad humana reconocida constitucionalmente y actúa al corregir la procedencia o no de la prisión preventiva. Opera también como límite racional para permitir el encarcelamiento de un inocente. Su razonabilidad es evidente, pues no sería posible que el fin procesal signifique una privación de derechos más grave para el imputado que la propia pena que se le pudiera imponer.

⁴⁰ Bergalli, Roberto, Bustos, Juan, y González Z. Carlos, "El Pensamiento Criminológico: Estado y control", Volumen 2, Editorial TEMIS Librería, Bogotá, Colombia, 1983, p. 75. Tomado de <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>, consultada el 5 de enero de 2012.

⁴¹ Zánchez Romero, Cecilia, La prisión preventiva en un Estado de Derecho, Tomado de: <http://www.cienciaspenales.org>, Revista No. 14 del Centro de Información y Jurisprudencia.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto también ha sido llamado por el citado autor como el principio de prohibición de exceso y obliga a considerar la gravedad de la consecuencia penal, de forma tal que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva solo sea posible con el resultado de una pena de prisión. La proporcionalidad se refiere, sin duda, a la comparación entre la detención preventiva cumplida o por cumplir, y la pena concreta que se pueda establecer en ese procedimiento y para ese imputado.⁴²

La Ley de Procedimiento Penal cubana no contiene en el artículo 252 el mencionado principio, puesto que para decretar la prisión provisional sólo precisa que debe constar en las actuaciones la existencia de un hecho que revista caracteres de delito y que aparezcan motivos bastantes para suponer responsable penalmente del mismo al acusado.⁴³ Sin embargo la Ley Procesal Penal Militar⁴⁴ cubana se acerca mucho más a su regulación al establecer en sus artículos 115 y 116, que la prisión provisional sólo se aplica al acusado de la comisión de un delito para el que la ley establezca sanción de privación de libertad, al considerar que para imponer cualquier medida cautelar se considerará la gravedad del delito que se ha imputado.

Para suplir la omisión en la ley, el Consejo de Estado dictó el 8 de marzo de 1985 un Acuerdo por medio del cual se regula la imposición de la prisión provisional. En el mismo se establecen las distintas circunstancias a tomar en cuenta para valorar qué debe entenderse por buenos antecedentes de conducta, sobre el concepto de alarma generada por el hecho, el de frecuencia de la comisión y los indicios que deben apreciarse sobre la posibilidad de que el acusado intente evadir la acción de la justicia, a fin de garantizar el cumplimiento del principio de proporcionalidad entre la medida cautelar escogida y el tipo de delito que se presume cometido.⁴⁵ Tal vez la solución ante la vulneración del manifestado principio está en la aplicación de medidas menos lesivas, en el establecimiento de

⁴² *idem*.

⁴³ Salazar Miró, Pedro E, Situación actual de la prisión provisional en el mundo..., Revista Cubana de Derecho. No. 1, Ediciones Cubanas, La Habana, Cuba, 1991, p. 71.

⁴⁴ Ley No. 6 promulgada en Gaceta Oficial a los 8 días del mes de agosto de 1977. Tomado de <http://www.parlamentocubano.cu>, consultada el 5 de enero de 2012.

⁴⁵ Salazar Miró, Pedro E., *op. cit.*, p. 72.

límites precisos y de controles a su duración que pudieran igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva.⁴⁶

4.2. La violación de derechos.

Los derechos y libertades del individuo se ven reflejados en las garantías expresadas en las legislaciones sustantivas de los estados.⁴⁷ Ellas suponen la expresión jurídica en que el legislador debe tener un profundo conocimiento de las leyes objetivas del desarrollo social y una amplia información de los logros de las ciencias sociales, especialmente de las ciencias jurídicas. Aún bajo esta condición el legislador no deja establecido los métodos y medios jurídicos que deben emplearse para asegurar y proteger los derechos y libertades individuales que se ven vulnerados en varios casos de aplicación de la anteriormente mencionada medida cautelar, sino que sólo los enuncia. Su establecimiento no es más que la determinación de los instrumentos jurídicos que en determinado contexto social resultan idóneos para asegurar y proteger las oportunidades sociales que el individuo posee para satisfacer sus necesidades materiales y espirituales.⁴⁸

a) El derecho a la libertad.

Según MARTÍNEZ PARDO,⁴⁹ la libertad como derecho público subjetivo, constituye el conjunto de potestades que posee la persona para actuar de acuerdo a su voluntad fuera de la intervención del estado. A tenor de lo antes planteado se reconoce el derecho a la libertad a través del concepto dado por GARCÍA MORILLO como la posibilidad de la persona de determinar libremente su conducta, que siempre deberá ser lícita, sin sufrir interferencias o impedimentos por parte de terceros. Tal idea constituye la clave de la regulación de las libertades públicas y de la seguridad jurídica de los ciudadanos, debido a la imposibilidad de reparar el daño causado una vez que se ha privado de libertad a alguien.⁵⁰

⁴⁶ Cabrera, Sandra, "Pena y prisión preventiva", www.urbeetius.org, Revista de análisis jurídico, Año 1 No.6, consultada el 20 de diciembre de 2011.

⁴⁷ Arranz Castellero, Vicente Julio, *Revista Cubana de Derecho*, No. 4 de 1991, Octubre-Diciembre.

⁴⁸ *Ídem*, p. 73.

⁴⁹ Martínez Pardo, Vicente José, El derecho a la libertad y posible restricción con la detención, Boletín de información del ministerio de justicia, España, No. 2018 de 2006, p. 8.

⁵⁰ Rodríguez Ramos, L., Los derechos fundamentales y libertades públicas, en Libertad, detención y prisión preventiva, en XII Jornadas de estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid. 1992, p. 410 afirma que la libertad en general, sin perjuicio de concretarse en diversas libertades tiene mucho que ver con la específica libertad ambulatoria, porque las restantes libertades difícilmente se podrían ejercitar... sin la premisa de la libertad locativa. Serrano Alberca, J.M., Estudio sobre el artículo 17 de la Constitución española, en Comentarios a la Constitución., dirigidos por Garrido Falla, F; Madrid. 1985, p. 207 la define, desde el punto de

La libertad de todo hombre garantizada constitucionalmente, encuentra su limitación en la medida cautelar de prisión preventiva. En el curso de un proceso penal, cuando no se ha dictado todavía sentencia firme por la comisión de hechos delictivos, se adoptan medidas que limitan o privan a la persona de su derecho a la libertad. La finalidad de las mismas no es sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues la responsabilidad penal sólo surge con el fallo condenatorio, sino la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena. Como consecuencia, aún cuando el derecho a la libertad es reconocido constitucionalmente como elemento básico y estructural en cualquier estado, no alcanza dentro del ordenamiento jurídico del mismo un carácter absoluto.⁵¹ Sin embargo la prisión provisional es admitida como un mal necesario en la totalidad de los ordenamientos jurídicos. La misma es una institución que asegura físicamente al sujeto que en no todos los casos es capaz ni tiene la intención de interferir en el desarrollo de la investigación en la que se involucra. Sin embargo es aplicada sin tener en consideración tal elemento y con ello representa hoy la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de la libertad del individuo.

b) El derecho a la igualdad

La igualdad de los hombres se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida; lleva consigo la pretensión del respeto por parte de los demás y la idea de que las personas son siempre sujetos y nunca instrumentos o medios para el desarrollo de otros fines.⁵² Se encuentra sobre todo principio o valor que trate de negarla, por lo que, ninguna norma jurídica ni aún un derecho de la persona puede ir en oposición a ella.⁵³

La norma fundamental en Cuba se encarga de regular el derecho aludido a través del artículo 41 y siguientes a fin de que todos los ciudadanos gocen de iguales

vista representado en el artículo 17 que comenta como la posibilidad de realizar, mediante decisiones libres, los propios objetivos vitales, considerándola como una variable que va modificando su contenido a lo largo de la historia y que viene condicionada por el sujeto que la ejerce.

⁵¹ Valdés Cruz Liliam, Bedón Moreno Miriam, y Zubizarreta Prieto Luis Dariel, La medida cautelar de Prisión Preventiva. Especial referencia a la legislación ecuatoriana, tomado de: <http://www.derechocambiosocial.com>; consultada el 10 de enero de 2012.

⁵² Gómez Ramírez, Nola, *Análisis de los Principios del Derecho Penal*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela; 2005, p. 18.

⁵³ Nogueira Alcalá, Humberto, *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, 2006, 10, p. 801.

derechos y estén sujetos a iguales deberes, sin distinción de raza, sexo, o religión, y destaca la obligación del estado y las instituciones de amparar y hacer cumplir dichas ideas. Como fruto del proceso de ajuste de las leyes constitucionales a las leyes adjetivas se encuentra como garantía reconocida al individuo la equidad, tanto en el Código Penal, como en la Ley de Procedimiento Penal.

En la ley penal es regulado en el artículo 295, en el título de los Delitos contra el Derecho de Igualdad a través de la prohibición de la discriminación y la ofensa que no permitan el disfrute pleno de los derechos de igualdad. Por otra parte en la ley procesal en el artículo 249 es reconocido cuando hace alusión al derecho a la defensa que posee el detenido y asegurado con medida cautelar. En tales casos se pretende que el sujeto aunque se encuentre en prisión provisional posea los medios necesarios para poder defenderse y demostrar su inocencia, a la vez que la parte acusadora tratará de probar su culpabilidad, lo que pone a las dos partes en situación de igualdad ante la impartición de justicia.

Sin embargo, aunque el aludido derecho ha sido reconocido, comentado, y protegido en todas las esferas de la vida de los seres humanos, en la actualidad encuentra limitaciones. Una de ellas es el actual uso que se le da a la institución de prisión provisional, en tanto la misma se impone en casi la totalidad de los acusados con el propósito de que los mismos contribuyan al esclarecimiento de los hechos como finalidad del proceso. Con ello se vulnera el respeto al sujeto como ser humano simplificándolo a una simple herramienta del proceso que finalmente es en su contra. Además, en el amplio sentido de protección que significa el respeto al derecho de igualdad, también se debe tener en cuenta al imputado el cual se enfrenta a las referidas imposiciones y actos en desventajas. Al mismo en muchas ocasiones se le impone la prisión provisional sin fundamento suficiente por el fiscal de forma automática y rígida.⁵⁴

En consecuencia, se viola el referido principio toda vez que el acusado es utilizado como instrumento o medio para el desarrollo de los fines de la investigación. El mismo no es más que un ser humano en manos de los órganos de justicia el cual se encuentra desprotegido ante los actos sin fundamento

⁵⁴ Gómez Ramírez, Nola, *op. cit.*

racional que pueden suponer en ocasiones los autos de imposición de la medida cautelar en cuestión.

c) El derecho de presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es en sí el derecho que tienen todas las personas a que se considere como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible. Tal hecho se determina a través de una sentencia firme y fundada, obtenida al respetar cada una de las reglas del debido proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en la forma justa, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además de la lesión moral que eventualmente se les pueda producir.⁵⁵

NOGUEIRA ALCALÁ⁵⁶ opina que el derecho a la presunción de inocencia exige que el estado no condene informalmente a una persona o emita criterio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública en su descrédito, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella. Es por ello que la presunción de inocencia no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares.

Como consecuencia de que el proceso descansa sobre la base de la presunción de inocencia, la institución de la prisión preventiva debe ser regulada acorde con dicho derecho, y en todo el proceso deben adecuarse los trámites para evitar que se incurra en declaraciones anticipadas de culpabilidad.⁵⁷ Al respecto la Ley Procesal Penal cubana en el artículo 1 establece el derecho de presunción de inocencia al regular que se presume inocente a todo acusado mientras no se dicte fallo condenatorio contra él, independientemente del testimonio del acusado, de su cónyuge y de sus familiares.

⁵⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia", *Revista Ius et Praxis*, año 2005, pp. 221-241.

⁵⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, Consideraciones... *op. cit.*

⁵⁷ Banda Vergara, Alfonso, Derechos Fundamentales del imputado: en la actualidad y en el nuevo proceso penal. *Revista de Derecho*, No. Especial, Valdivia, agosto 1999, Chile, pp. 95-131.

4.3. Los daños psicológicos y materiales producidos.

La existencia de acusados en prisión provisional produce un incremento considerable de la población penal que recibe los efectos nocivos, y estigmatizantes,⁵⁸ tanto psíquicos como materiales, similares a los producidos por la sanción de privación de la libertad como pena. Desde el punto de vista criminológico, la prisión provisional constituye un mal ocasionado a quien la sufre, a su familia, y una pérdida del vínculo laboral o escolar que poseía antes de entrar en ella.⁵⁹

Además ha de calificarse como un mal para el medio social en la que tal individuo está insertado, ya que como miembro del mismo, lo que a él le afecta, lo hará también a la sociedad en que vive.⁶⁰ La práctica muestra que las personas que están aisladas de la sociedad por largos períodos pierden el lazo familiar y el lazo social, las relaciones humanas son difíciles y las familias se desintegran. Desde la perspectiva psicológica la incertidumbre de la espera que se une a la experiencia carcelaria provoca en los presopreventivos ansiedades paranoides, conductas límites, situaciones de presión intensa, temor por la pérdida de sus afectos y de sus vínculos con el exterior por los cambios extremos en su rutina familiar y social.⁶¹

SALAZAR MIRÓ⁶² señala que existen diversas razones en contra de la prisión provisional como medida cautelar de carácter personal. En primer lugar se encuentra el régimen físico impuesto en las prisiones el cual tiene por fin disminuir el potencial de agresividad del interno, es decir, neutralizarlo. El aislamiento prolongado favorece la introversión de la vida psíquica y el desarrollo del pensamiento egocéntrico manifestado en hipocondrías, autoagresividad, autoobservación, hipersensibilidad en las relaciones con los vigilantes y en los intentos de comunicarse, entre otras.⁶³

⁵⁸ Bergalli, Roberto, Bustos, Juan, y González Z. Carlos, *op. cit.*

⁵⁹ Zepeda Lecuona, Guillermo; El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México. Tomado de: www.juridicas.unam.mx; consultada el 6 de enero de 2012.

⁶⁰ Ingenieros, José; Criminología, Madrid, Editor Calle de la Paz, 1913, p. 228. <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>; consultada el 20 de febrero de 2012.

⁶¹ Muñiz, Alfonsina Gabriela, La Prisión Preventiva y los Efectos Psicológicos del encierro. <http://www.psicologiajuridica.org>; consultada el 10 de febrero de 2012.

⁶² Salazar Miró, Pedro E., *op. cit.* p. 73.

⁶³ *ídem.*

Supone el grave peligro que conlleva el contacto con otras categorías de delincuentes. Si bien en las leyes procesales penales se establece que la medida cautelar se cumpla en establecimiento distinto al destinado a la extinción de sanciones privativas de libertad, no deja de ser cierto que por falta de medios o instalaciones adecuadas, en oportunidades se unen los acusados en prisión provisional con los ya condenados.⁶⁴

La prisión provisional produce daños morales y económicos a quien la sufre, así como que presupone prejuzgar su culpabilidad y puede limitar sus posibilidades de defensa e influir negativamente en las declaraciones de testigos y en las decisiones del tribunal.⁶⁵ Desde esta perspectiva la sociedad se ocupa de realizar distinciones marcadas entre las personas que se han visto involucradas en procesos legales, el sujeto imputado deja de percibir por su trabajo una contribución económica que ayuda a sostenerse a sí mismo, a su familia. Además, se está asumiendo desde el inicio que el individuo es culpable, o de lo contrario no se encarcelaría, lo que es asumido igualmente por el tribunal. Es un hecho que ya involucrado el imputado en la investigación, la atención recibida por parte de su defensa no se desarrolla con la misma calidad que si estuviera en libertad por las trabas que significa tenerse que trasladar hasta un establecimiento penitenciario, por mencionar sólo una.

Para INGENIEROS⁶⁶ la prisión constituye un factor criminógeno, en la medida en que constituye para el acusado un mundo distinto, que lo limita, lo obliga a vivir en un espacio restringido sin intimidad, lo cual unido al miedo al futuro de su vida y a la posible sanción, la incertidumbre y la preocupación por la marcha del proceso, constituye un factor negativo implícito en la esencia misma de la medida cautelar. Para imponer la prisión provisional se tendrán en cuenta las circunstancias del hecho, y particularmente, en dependencia del caso planteado la naturaleza y gravedad de la infracción. Los elementos concretos que existan contra el acusado, la sanción que corresponde al delito cometido; y la personalidad, los antecedentes penales y la situación personal y familiar del acusado. Así como la proporcionalidad con la sanción prevista para la infracción cometida.

⁶⁴ Zambrano Pasquel, Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Editorial Offset Graba, Guayaquil-Ecuador, 1996, p. 81.

⁶⁵ Ingenieros, José; *op. cit.*

⁶⁶ *idem.*, p. 108.

Como conclusión, la prisión provisional como medida cautelar que restringe la libertad de un sujeto es aplicada por el fiscal en la mayoría de los casos sin valoración justa alguna y en desacuerdo totalmente con principios indispensables del proceso penal como son el principio de imparcialidad, el de legalidad, de contradicción, y el de proporcionalidad. Sobre la base de estos quebrantamientos no son respetados tampoco, derechos fundamentales de todo asegurado como el derecho a la libertad, a la igualdad, y el derecho de presunción de inocencia. Todo ello trae como consecuencia que se produzcan daños tanto en el plano físico y material del individuo, como en el psicológico traducidos en ansiedad, falta de confianza en el sistema de justicia, relación con otros delincuentes, condiciones de vida deficientes, enfermedades contagiosas, y pérdida del trabajo y con ello del sostén de su familia, por sólo mencionar algunos.

Conclusiones:

1. La prisión provisional constituye una restricción temporal e instrumental de la libertad a un sujeto involucrado en hechos que tipifican como delito que tiene como fin esencial garantizar su presencia al juicio oral y evitar que obstruya con su actuar el desarrollo de la investigación en el proceso.
2. Como intervención en la esfera privada de un individuo, la aplicación de la prisión provisional por el fiscal, vulnera el derecho a la libertad, a la igualdad, la presunción de inocencia; así como la correcta implementación de los principios de legalidad, imparcialidad, contradicción, y proporcionalidad del proceso; y causa daños psicológicos y materiales.

Bibliografía

Arranz Castellero, Vicente Julio, *Revista Cubana de Derecho*, No. 4 de 1991, Octubre-Diciembre.

Arzamendia, María Eugenia, Gómez Zamacola, Ernesto, Laboranti Mariela N., *Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Prisión Preventiva: un análisis de su constitucionalidad*. Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Banda Vergara, Alfonso, *Derechos Fundamentales del imputado: en la actualidad y en el nuevo proceso penal*. *Revista de Derecho*, No. Especial, Valdivia, agosto 1999, Chile.

Batista Ojeda, María Elvira, *Ponderación de Intereses: compleja labor del Fiscal en el Proceso Penal*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba.

Beling, E., *Manual de Derecho Procesal Penal*, traducido del alemán por M. Fenech, Editorial. Labor, S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, col. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1943.

Bergalli, Roberto, Bustos, Juan, y González Z. Carlos, "El Pensamiento Criminológico: Estado y control", Volumen 2, Editorial TEMIS Librería, Bogotá, Colombia, 1983, Tomado de <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>, consultada el 5 de enero de 2012.

Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Segunda Edición, mayo, 2002.

Bodes Torres, Jorge, *El Juicio Oral en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2007.

Bovino, Alberto, *El Ministerio Público en el proceso de reforma de la Justicia penal de América Latina, en Problemas del Derecho Procesal penal Contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998,.

Cabrera, Sandra, "Pena y prisión preventiva", www.urbeetius.org, Revista de análisis jurídico, Año 1 No.6, consultada el 20 de diciembre de 2011.

Cabrera, Sandra; Pena y prisión preventiva. www.urbeetius.org; Revista de análisis jurídico, Año 1, No. 6; consultada el 3 de enero de 2012.

Cafferata Nores, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Candia Ferreyra José, *Colectivo de Autores, Temas para el estudio del derecho Procesal Penal, II Parte*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004

Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal, Tomo II*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.

Código Penal de Cuba, Ley No. 62, publicado en la Gaceta Oficial No. 3 de 30 de diciembre de 1987.

Constitución de Cuba con la reforma de 1992, publicada en la Gaceta Oficial No. 7 de 1ro de agosto de 1992.

Coria Caro, Dino Carlos, Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, www.juridicas.unam

De la Cruz Ochoa, Ramón, "¿Qué es el Juicio Oral?", *Revista Cubana de Derecho*, No. 3, La Habana, 1991.

Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución adoptada por unanimidad en diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

Decreto Ley 151. Publicado por la Gaceta Oficial de Cuba el 10 de junio de 1994.

Edwards, Carlos Enrique, *Garantías Constitucionales en Materia Penal*, Editorial Astrea, Argentina, Año 1996.

Esparza F., Abelardo, "La prisión preventiva: algunos criterios de política criminal", <http://www.uaz.edu.mx>, Revista No. 4, Octubre-Diciembre 1990, consultada el 11 de noviembre de 2011.

Fernández Romo, Rodolfo, *Principio de contradicción versus mecanismos de negociación de la pena*, Revista Justicia y Derecho, No. 5 Año 3 del 2005.

Gómez Ramírez, Nola, *Análisis de los Principios del Derecho Penal*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela; 2005.

Ingenieros, José; *Criminología*, Madrid, Editor Calle de la Paz, 1913, p. 228. <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>; consultada el 20 de febrero de 2012.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 14 de septiembre de 1882.

La prisión preventiva Tomado de: <http://www.mailxmail.com>; consultada el 20 de octubre de 2011.

Lavene, Ricardo (h.), *Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo II*, Segunda edición, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1993.

Ley 83 de la Fiscalía aprobada el 11 de julio de 1997, puesta en vigor por la Gaceta Oficial de Cuba el 1 de enero de 1998.

Ley de Procedimiento Penal cubana, Ley No. 1215. Publicada en la Gaceta Oficial en 1973.

Ley de Procedimiento Penal cubana, Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977. Publicada en la Gaceta Oficial de 15 de agosto de 1977.

Ley No. 6 promulgada en Gaceta Oficial a los 8 días del mes de agosto de 1977. Tomado de <http://www.parlamentocubano.cu>, consultada el 5 de enero de 2012.

Llobregat, José Garberí, "España, los principios del Derecho Procesal Penal y su aplicación a los procesos disciplinarios", *Revue internationale de droit pénal* de marzo de 2003, Vol. 74, p. 871.

Martínez Pardo, Vicente José, El derecho a la libertad y posible restricción con la detención, Boletín de información del ministerio de justicia, España, No. 2018 de 2006.

Menéndez Menéndez, Emilio, *Principios de Derecho Criminal*, Editorial Jesús Montero, La Habana.

Mezguer, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1957.

Muñiz, Alfonsina Gabriela, La Prisión Preventiva y los Efectos Psicológicos del encierro. [http:// www.psicologiajuridica.org](http://www.psicologiajuridica.org); consultada el 10 de febrero de 2012.

Muñoz Conde, Francisco, “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito, en Política criminal y reforma del derecho penal”, Editorial Temis, Bogotá, 1982.

Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Revista Ius et Praxis*, año 2005.

Nogueira Alcalá, Humberto, “El Derecho a la Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, Año 2, No. 2. Talca, Chile, 1997.

Nogueira Alcalá, Humberto, *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, 2006.

Novilla Álvarez, Claudio, Magistrado del Tribunal Supremo Español, Responsabilidad del Estado y el Juez en los supuestos de Prisión Provisional injusta, Cuadernos Judiciales del Poder Judicial Español.

Remigio Martínez, Zarezka, “Principio de presunción de inocencia en el Proceso penal”, *Revista Justicia y Derecho*, No. 5, Año 3 del 2005.

Rivero García, Danilo, “Breve exposición del proceso penal alemán”, *Boletín ONBC*, Revista No. 31 de abril-junio 2008.

Robiglio, Carolina L., El Rol del Fiscal en el Proceso Penal Acusatorio, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, <http://www.aaef.org.ar>; consultada el 15 de enero de 2012.

Rodríguez Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión*, México: Cuadernos del Inacipe, 1984.

Rodríguez Ramos, L., Los derechos fundamentales y libertades públicas, en Libertad, detención y prisión preventiva, en XII Jornadas de estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid. 1992.

Salazar Miró, Pedro E, Situación actual de la prisión provisional en el mundo..., Revista Cubana de Derecho. No. 1, Ediciones Cubanas, La Habana, Cuba, 1991.

Valdés Cruz Lílíam, Bedón Moreno Miriam, y Zubizarreta Prieto Luis Dariel, La medida cautelar de Prisión Preventiva. Especial referencia a la legislación ecuatoriana, tomado de: <http://www.derechoycambiosocial.com>; consultada el 10 de enero de 2012.

Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*, Editorial de Reus, Madrid.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alternativas a la Prisión. Transcripción del registro original de audio durante el encuentro internacional La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: aportes y experiencias, celebrado los días 26 y 27 de julio de 1993 en la ciudad de México, bajo la coordinación de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Departamento del Distrito Federal y la Segunda Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

Zambrano Pasquel, Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Editorial Offset Graba, Guayaquil-Ecuador, 1996.

Zánchez Romero, Cecilia, La prisión preventiva en un Estado de Derecho, <http://www.cienciaspenales.org>, Revista No. 14 del Centro de Información y Jurisprudencia.

Zepeda Lecuona, Guillermo; El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México. Tomado de: www.juridicas.unam.mx; consultada el 6 de enero de 2012.