

LOS FUNDAMENTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SUS NOVEDADES EN LA REFORMA PROCESAL PENAL CUBANA DE 2021

The foundations of the preventive prison and its novelties in the Cuban criminal procedure reform of 2021

Dr. Arnel Medina Cuenca

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de La Habana (Cuba)
<https://orcid.org/0000-0002-0554-9727>
arnelmedinacuenca@yahoo.es

Lic. Celia María Yzquierdo García

Profesora Adiestrada de Derecho Penal
Universidad de La Habana (Cuba)
<https://orcid.org/0000-0002-4797-5513>
celiayzquierdo@gmail.com

Resumen

Un tema delicado dentro del proceso penal es el de las medidas cautelares de carácter personal, teniendo en consideración que en la aplicación de estas medidas asegurativas intervienen dos intereses fundamentales: por un lado, la intervención del Estado en la represión punitiva de los delitos y, por otro, el deber de garantizar y respetar los derechos del imputado, especialmente la presunción de inocencia. Por ello es que se vuelve necesario realizar un análisis desde el punto de vista constitucional y procesal, con profundo respeto de los derechos y las garantías de las personas involucradas en el proceso penal.

Palabras clave: Constitución; derechos; garantías; medidas cautelares; prisión provisional; reforma procesal cubana.

Abstract

A delicate issue within the criminal process is that related to precautionary measures of a personal nature, taking into account that in the application of

these security measures two fundamental interests intervene, on the one hand, the intervention of the State in the punitive repression of crimes, and on the other, the duty to guarantee and respect the rights of the accused, especially the presumption of innocence, which is why it is necessary to carry out an analysis from the constitutional and procedural point of view, with deep respect for the rights and guarantees of people involved in the criminal process.

Keywords: Constitution; rights; guarantees; precautionary measures; provisional prison; Cuban procedural reform.

Sumario

1. Introducción. 2. Fundamentos de las medidas cautelares. 3. Requisitos de las medidas cautelares. 4. La prisión preventiva en el proceso penal. 4.1. El carácter excepcional de su aplicación. 5. La prisión provisional en Cuba a partir de la reforma procesal penal cubana de 2021. 5.1. Breves antecedentes. 5.2. La prisión provisional en la reforma de 2021. 6. A modo de conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal es pieza integrante fundamental del gran sistema que constituye el Derecho. El profesor QUIRÓS PÉREZ¹ lo concibe como un fenómeno creado por el Estado para dar respuesta a un contexto coyuntural histórico-social, fundado para resolver los problemas sociales que se crean a partir del avance de la humanidad, es el instrumento utilizado por la maquinaria estatal para reprimir las conductas que afectan la estructura del sistema, donde su principal objetivo es prohibir los actos dirigidos a lesionar o situar en entornos de riesgo a los individuos de la sociedad en general.

La aplicación de la norma penal a un caso concreto no se origina de modo automático, sino que exige el desarrollo de un proceso, en cuyo curso se comprueba la existencia del delito. El vínculo de las relaciones jurídico-penales y las relaciones jurídico-procesales es esencial, porque expresa la conexión social entre ambas. La relación jurídico-procesal se instituye, se desarrolla y llega a su término en cuanto es indispensable para la comprobación y definición de la relación jurídico-penal, que nace con el delito y que constituye su contenido. Además, no es necesario que la relación jurídico-penal sea una realidad, es

¹ QUIRÓS PÉREZ, Renén, *Introducción a la Teoría del Derecho Penal*, p. 2.

suficiente que se presente como una posibilidad real el proceso, precisamente, se constituye para comprobar la realidad de aquella.²

La relación jurídico-procesal, aun siendo relativamente independiente de la relación jurídico-penal,³ es núcleo importante de esta estructura jurídica, que entraña bienes de trascendencia social, como lo son la libertad y en su última y más severa instancia la vida, pues la sanción es en esencia la expresión formal y material del Derecho penal, es la reacción oportuna del Estado contra el responsable de un delito.

En este aspecto, la preservación de la libertad personal es la regla general a observar durante el trámite del proceso penal. Se trata del derecho del imputado a permanecer o recobrar, respectivamente, su libertad ambulatoria durante el trámite del proceso penal; en ella se reconoce al derecho, constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona, de determinar la propia voluntad, y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima.

Sin embargo, las limitaciones factibles se deberían conectar, de modo exclusivo, con lo que la doctrina procesalista denomina “peligrosidad procesal”, esto es, el peligro cierto, obtenido de elementos objetivos de que el imputado intentará eludir el cumplimiento de la eventual sentencia de condena o bien que obstaculizará el curso de la investigación. Solo pueden fundarse en la necesidad de garantizar los fines del proceso penal, es decir: la correcta averiguación de la verdad y actuación de la ley penal.⁴

MORILLAS CUEVA⁵ precisa que si se estima la prisión preventiva como medida cautelar, que es la naturaleza más apropiada, o se considera como pena anticipada o medida de seguridad, ambas de difícil encaje en la estructura normativa actual, lo que se muestra con nitidez es que se manifiesta como la medida privativa de libertad más importante y gravosa, desde el momento en que incide

² QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, t. I, p. 27.

³ *Ibidem*.

⁴ TALLARICO, Agustín Nicolás, “Prisión preventiva: reflexiones sobre su uso y abuso”, revista *Pensamiento Penal*, 9 de marzo de 2020, p. 5, disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/doctrina48605.pdf>

⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Reflexiones sobre la prisión preventiva”, revista *Anales de Derecho*, vol. 34, No. 1, 2016, p. 18, disponible en <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/48564/1/REFLEXIONES%20SOBRE%20LA%20PRISION%20PREVENTIVA.pdf>

sobre un ciudadano al que simplemente se le presume su culpabilidad como oposición a su presunción de inocencia, sin que todavía haya sido declarado responsable de un delito por sentencia firme.

Para ZAFFARONI, la prisión preventiva es la expresión más clara de represión a la llamada criminalidad convencional, su descarada y hasta expresa función penal punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión.⁶

Un tema delicado dentro del proceso penal es el relativo a las medidas cautelares de carácter personal, teniendo en consideración que en la aplicación de estas medidas asegurativas intervienen dos intereses fundamentales: por un lado, la intervención del Estado en la represión punitiva de los delitos y, por otro, el deber de garantizar y respetar los derechos del imputado, especialmente la presunción de inocencia.

En una concepción ideal del proceso penal, la posibilidad de afectar los derechos personales del imputado con anterioridad a la sentencia condenatoria debiera ser un problema secundario o marginal en el estudio del Derecho procesal penal, ya que si la legitimidad de la pena surge de la declaración de la culpabilidad contenida en la sentencia, la restricción o limitación de los derechos personales propios de las sanciones penales, solo debería tener lugar en virtud de la dictación del fallo y por lo tanto, en principio, sería inadmisibles que durante el desarrollo del proceso penal pudieran decretarse medidas que anticipen los efectos propios de la pena.⁷

La prisión provisional es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad durante un lapso más o menos prolongado, la cual solo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del proceso penal, durante la fase investigativa hasta la celebración del juicio, e incluso el juez está facultado para en ese momento modificar, mediante auto fundado, el *status* procesal del acusado, al interponer medida cautelar de prisión provisional.⁸

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Prólogo", en Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, *El derecho a la libertad en el proceso penal*, p. 4.

⁷ TAVALORI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del Nuevo Procesal Penal: cuestiones y casos*, p. 401.

⁸ BONET ESTEVA, Margarita, *Prisión provisional: ¿excepción o regla?*, p. 7.

Para LLOBET RODRÍGUEZ la problemática de la presunción de inocencia y la prisión preventiva ha sido un tema debatido en la doctrina. Autores como GARÓFALO y MANZZINI exponen su criterio contrario al reconocimiento del principio de presunción de inocencia por considerarlo incompatible con la prisión preventiva.⁹ Estos autores identifican la necesidad del aseguramiento por encima de la libertad como derecho fundamental, en ese sentido clasifican a la presunción de inocencia como paralizador del correcto funcionamiento del proceso penal. Por su parte, PASTOR, FERRAJOLI, LARRAURY y ANITUA critican la posibilidad de que se dicte la prisión provisional por estimarla un quebrantamiento de la presunción de inocencia.¹⁰

Sin embargo, la doctrina mayoritaria no considera a estas instituciones como antagónicas,¹¹ sino que concibe al principio de presunción de inocencia como una garantía en el proceso, establecida para brindarle seguridad jurídica a aquellas personas que son sujetos en el proceso penal y no han delinquido, en otras palabras, como un mecanismo de defensa para los ciudadanos.

El daño puede referirse a la imagen, reputación, vida laboral y privada de los imputados, convirtiéndose en una tendencia negativa en algunos países, ya que se abusa de esta medida cautelar, tanto en el número de personas a las que se les aplica como en la duración de esta.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto se ha concebido realizar una investigación que se aproxime más a la realidad que se presenta a diario, y sobre todo dirigida a concientizar que las alternativas a la medida cautelar de prisión provisional, no necesitan solo de pronunciamientos jurídicos, sino que requieren de una comprensión institucional que vele por el real cumplimiento de los postulados que la rigen.

2. FUNDAMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La definición de las medidas cautelares está relacionada con la necesidad de evitar una situación de peligro en el proceso, de ahí que CARNELUTTI haya expresado

⁹ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano", *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C.*, No. 24, pp. 114-148.

¹⁰ *Ibidem*, p. 116.

¹¹ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *La teoría de la presunción de inocencia y sus efectos procesales en el Sistema Penal Acusatorio*, p. 13.

que las medidas cautelares sirven no inmediata, sino mediatamente a la composición de una litis, porque su fin inmediato está en crear un estado jurídico provisional que dure hasta que se efectúe el proceso. En este sentido señala la independencia de este sobre la litis, la cual se establecería en un futuro. Para CARNELUTTI hay una diferencia clara entre proceso judicial y proceso cautelar al definir que el proceso cautelar busca el arreglo provisional del litigio, a diferencia del judicial, que busca resolver definitivamente el litigio.¹²

CALAMANDREI enuncia un concepto semejante cuando dice que las medidas cautelares, en tanto, se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva.¹³ Explica además que la función de las providencias cautelares nace de la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo.¹⁴ Para ello, CALAMANDREI esclarece que este es uno de aquellos casos en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien: a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un periodo, frecuentemente no breve, de espera; pero esta mora indispensable para el cumplimiento del ordinario *iter* procesal ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde.¹⁵

SARTORI, al profundizar sobre el estudio de las medidas cautelares, las define como aquellas que tienden a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.¹⁶ En este sentido, las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias frecuentemente opuestas, de la justicia: la de celeridad y la de ponderación; entre hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde.

¹² CARNELUTTI, Francesco, *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, t. I y t. II, p. 48.

¹³ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 31.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Idem*, p. 33.

¹⁶ SARTORI, Giovanni, *El debido concepto de lo cautelar*, disponible en <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/SARTORI.pdf>

Las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso. De este modo, las providencias cautelares permiten al proceso funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente.

Otro concepto ligado a los anteriormente analizados lo expone CÁCERES cuando expresa que las medidas cautelares constituyen un instituto del Derecho procesal, tendientes a asegurar la eficacia de la actividad jurisdiccional, evitando la modificación de la situación de hecho existente, al tiempo de deducirse la pretensión o la desaparición de los bienes del deudor, que aseguran el cumplimiento de la sentencia de condena.¹⁷

MARTÍNEZ BOTO considera que las medidas cautelares son un medio tendente a garantizar la efectiva sumisión a las resoluciones judiciales, en un momento previo al proceso, o durante su curso, siempre que una de las partes demuestra que su derecho es aparentemente verosímil y que existe peligro en el aseguramiento del resultado procesal.¹⁸

Como se puede apreciar, las medidas o providencias cautelares tienen su fundamento en función de un hecho determinante de la realidad jurídica: el tiempo en el proceso. En efecto, el proceso, como cualquier obra humana, es imperfecto, al ser un acto con proyección temporal que requiere del desarrollo de diversos subactos en el tiempo. En tal sentido, la dilatación del proceso puede impedir la efectividad del derecho solicitado por quien exige tutela jurisdiccional, lo cual constituye un obstáculo para su realización inmediata, retrasándolo o volviéndolo ilusorio.

A tono con estas consideraciones, se coincide con Rocco en su apreciación de que las medidas cautelares no son más que una acción dirigida a obtener una providencia llamada cautelar, que conservando el estado de hecho y de derecho determinado por cierta situación de hecho jurídica, incierta o controvertida, evita el peligro de que en virtud de posibles o probables eventos, naturales

¹⁷ CÁCERES, María Isabel, "Medidas cautelares: cancelación y caducidad", trabajo presentado en la Catedra Principios del Derecho Registral, p. 12, disponible en <http://www.escribanos.org.ar/Rcnba.pdf>

¹⁸ MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, *Medidas cautelares*, p. 28.

o voluntarios, sean abolidos o restringidos aquellos intereses jurídicos, de derecho sustancial o procesal, tutelados por el derecho objetivo, que de tal situación derivan o pueden derivar, mientras está pendiente un proceso.¹⁹

En la doctrina patria, PÉREZ GUTIÉRREZ expresa que las medidas cautelares constituyen medios procesales que tienen por función evitar la consecución de actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión cuyo fundamento se basa en la garantía pronta y provisoria, de los derechos que eventualmente puedan reconocérsele en la sentencia para que no resulten ilusorios.²⁰

Esta autora considera que la definición de medidas no es del todo correcta para hablar del género o catálogo de instrumentos, por tanto define al régimen cautelar como un conjunto armónico de disposiciones, de naturaleza precautoria, comprendidas en la ley procesal con presupuestos y procedimientos, destinados a prevenir o evitar el agravamiento de un daño irreparable que potencialmente pudiera generarse por la dilación del proceso, así como en caso de que llegare a producirse, a garantizar su resarcimiento o satisfacción oportuna.²¹ En este sentido expresa que existe una relación género / especie entre régimen cautelar y medidas cautelares, por lo que delimita conceptualmente a las medidas cautelares como elemento esencial de la tutela cautelar al mandato interlocutorio, acordado por el tribunal, generalmente a solicitud de parte interesada, antes o durante la sustanciación de un proceso al cual se encuentra indisolublemente sujeto; pero que requiere de una resolución especial y diferente a la resolución de fondo, con base en un derecho aún no exhaustivamente demostrado, pero loable, y en la eventualidad de un daño irreparable que tornaría ilusorio el resultado procesal.²²

En tal sentido, todos los autores consultados reconocen la finalidad de garantía al resultado procesal y al debido proceso, denotándose así mismo el carácter instrumental de estas ante los peligros que puedan surgir en el contexto procesal. Por tanto, se podría definir a las medidas cautelares como instrumentos ligados al proceso en manos del tribunal, legalmente establecidas mediante un régimen cautelar, cuya realización permite garantizar el correcto funcio-

¹⁹ ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho procesal civil*, t. V, p. 48.

²⁰ *Ibidem*, p. 50.

²¹ PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne (coord.), *Derecho Procesal Civil*, p. 40.

²² PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne, "La tutela cautelar y otras instituciones afines", en *Derecho Procesal Civil*, p. 58.

namiento del *iter procesal*, en aras de la satisfacción del derecho pretendido contra los peligros eventuales, naturales o voluntarios que pueden derivar.

El análisis de las medidas cautelares en el desarrollo de los sistemas procesales no es una temática que pudo observarse como elemento independiente dentro del proceso judicial, ya que, en virtud de sus condiciones de inicio, no tuvo un origen definido al igual que las instituciones de acción, jurisdicción y proceso, sino que su nacimiento se debe a la configuración de las facultades que fundamentan la función jurisdiccional.

No se puede ubicar el nacimiento del régimen cautelar en el Derecho romano de forma inmediata, pero ya en la etapa del Procedimiento de Acciones de la Ley se comienzan a realizar actos destinados al aseguramiento del cumplimiento de la deuda contraída, teniendo como colofón la *Legis actione per pignoris capionem*, acción de ley por toma en prenda; a través de ella el magistrado, a petición del acreedor mediante la formulación de ciertas palabras de tradición ritual, ordenaba la ocupación de algunos de los bienes muebles que constituían el patrimonio del deudor, o inmueble en su defecto, dependiendo de la cuantía a la que ascendiese la deuda. Si transcurridos dos meses desde su ocupación el deudor no procedía a efectuar el pago de la cuantía reclamada, el magistrado ordenaba la enajenación en subasta judicial del bien o bienes del deudor que habían sido ocupados, entregándolos al postor que ofreciese el mayor precio por ellos.²³

Su naturaleza precautoria es evidenciada a partir de proteger el derecho que le corresponde al acreedor, sin embargo, esta no era dirigida al resultado del proceso que ya estaba definido en sentencia, sino al cumplimiento de la obligación, razonable en virtud del carácter civilista del Derecho romano; en este sentido respondían a garantizar el resultado del proceso ejecutivo.

Se debe evidenciar que el análisis de las medidas cautelares en el régimen procesal penal surge a partir de las consideraciones creadas dentro del sistema de enjuiciamiento inquisitivo planteado en la Edad Media, en el siglo XII, denominado Derecho común medieval. Su fundamento es explicado por MENDOZA DÍAZ cuando expresa que ese sistema se compone de la herencia

²³ LÓPEZ PICÓ, Rubén, "Antecedentes históricos y jurídicos de la institución procesal de la subasta judicial", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, vol. 23, 2019, pp. 151-194, disponible en <http://www.doi.org/10.17979/afdudc.2019.23.0.6015>

dejada por el extinto imperio romano y las proyecciones jurídicas del sistema jurídico germánico.²⁴

Dicho fenómeno tuvo como epicentro a Italia y otros países del centro de Europa, donde un importante grupo de universidades europeas, surgidas en el siglo XII, sirvieron de vehículo en el rescate de las fuentes romanas, a partir del papel de los glosadores, quienes interpretaban los preceptos del Derecho romano y lo ajustaban a la realidad imperante, en ese proceso que se conoce como la recepción del Derecho romano, justamente por la labor recuperativa de sus principales instituciones jurídicas.²⁵

El modelo procesal inquisitorial, basado en un tipo de enjuiciamiento que tomó las líneas esenciales del proceso extraordinario romano que rigió en la última etapa del periodo imperial romano, en el que la acusación y el juzgamiento se fusionaron en un mismo órgano, se fue generalizando en Europa en el siglo XII, a partir de un privilegio papal de Lucio III.²⁶

El sistema inquisitivo rigió como modelo de enjuiciamiento en el campo penal en la casi totalidad de los países europeos hasta el siglo XIX, periodo en que comenzó a desaparecer con la codificación, pero que dejó una importante impronta en los actuales modelos de enjuiciamiento penal del mundo occidental, incluida la América Latina, por la influencia colonial. Solo Inglaterra logró desarrollar un modelo procesal penal que se apartó de la influencia nefasta de la Inquisición, a partir de la ruptura de Enrique VIII con la Iglesia Católica en el siglo XVI.²⁷

En el referido modelo, la acusación, como requisito previo para el juzgamiento, cedió su paso a una investigación de oficio en manos del propio órgano encargado de administrar justicia. La publicidad se sustituye por actuaciones totalmente secretas, en las que predomina la escritura, con supresión de las actuaciones orales; desapareció el juicio oral y público frente a un panel de jueces populares, que se sustituyó por una investigación que se inicia de oficio ante cualquier tipo de información, incluso anónima, en manos de órganos especializados, que eran los inquisidores, con plenos poderes, que transforma-

²⁴ MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal. Parte General*, p. 18.

²⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Evolución de la doctrina procesal en Historia", *Revista de la Universidad de Costa Rica*, No. 22-27, pp. 23-25.

²⁶ *Ibidem*, p. 24.

²⁷ MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal...*, *cit.*, p. 18.

ron la posición del acusado de sujeto contradictorio, en objeto sin ningún tipo de posibilidad de interacción procesal.

Con la consolidación en lo político de los Estados nacionales a la altura del siglo xv, se centralizó y profesionalizó aún más el aparato judicial en los diferentes países europeos, cohabitando la administración de justicia canónica, centrada en la Inquisición y con la misma vocación universal, con un enjuiciamiento, igualmente inquisitorial, pero en manos de los monarcas. A esto se une el surgimiento del ministerio público en algunos países como Francia, concebido inicialmente como un órgano estatal encargado de defender la hacienda real, pero que mutó su labor hacia el plano penal y asumió la investigación y persecución en representación de los intereses del rey.²⁸

Las revoluciones burguesas del siglo xviii y principios del xix marcaron el fin del sistema inquisitivo, lo cual es evidenciado a partir de las codificaciones burguesas de la etapa, destacándose en el ámbito penal el *Code d' Instruction Criminelle* de 1808, heredero de las reformas iniciadas en la Ley Procesal Penal francesa de 1791. La ley procesal de Napoleón logró delinear un proceso penal moderno, en el que se produjo una distinción entre funciones requirentes y decisorias, se adoptó el juicio oral, público y contradictorio como proceder enjuiciatorio y se incorporaron formas de participación ciudadana en la administración de justicia.²⁹

El modelo mixto se configuró como un proceso dividido en tres momentos o fases principales: una dedicada a la investigación previa, en manos de un juez de instrucción; una fase intermedia dedicada a decidir sobre la acusación; y una tercera etapa que era la del juicio oral contradictorio. El modelo se completó con la presencia del Ministerio público, institución que tuvo sus orígenes en la propia Francia y que en representación del Estado tenía a su cargo la persecución penal. Fue en su fase investigativa donde se configuró la necesidad de las medidas cautelares o de coerción que garantizaran el aseguramiento del proceso, a tenor de la separación de las funciones investigativas y jurisdiccionales.³⁰

En este sentido, los jueces eran ajenos a la persecución, ya que su papel se contrajo a la valoración fundada según los elementos que las partes pudieran

²⁸ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, t. I, actualizado, p. 239.

²⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Cien años de enjuiciamiento criminal", *El país*, disponible en https://elpais.com/diario/1982/09/20/sociedad/401320802_850215.html

³⁰ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, t. I, cit., p. 240.

ofrecer en su defensa, así era necesaria la preparación de la acusación al ser la función cautelar el instrumento indicado para este acometer. BARÓN VILAR expone que la función de juzgar y la de hacer ejecutar lo juzgado no son instantáneas en el tiempo, sino que necesitan un periodo más o menos largo para realizarse, tiempo que, por su mero transcurso o por actuación del demandado, puede llegar a convertir en inútil la resolución que se dicte; es por ello que surge esta tercera función jurisdiccional, llamada de cautela o de seguridad, que se realiza a través del proceso cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos funciones.³¹

La doctrina alemana, en los finales del siglo XIX, comenzó los estudios referentes a las medidas asegurativas, momento en el que fueron consideradas como parte exclusiva de los procesos ejecutivos. Distinta de esta concepción fue la aportada por la doctrina italiana, que configuró una especie de autonomía cautelar, como una sola materia, tratándose en un inicio a los procedimientos como incidentes procesales de naturaleza extraordinaria y provisoria, o sea, que eran eventuales y operaban mientras se pronunciaba la resolución del proceso.³²

A finales del siglo XIX y principios del XX, surge la necesidad de reducir el tiempo de tramitación de los juicios y el efectivo aseguramiento de las resoluciones judiciales. En este momento es que se establecieron las diferentes medidas cautelares, cuya finalidad principal era la de garantizar la efectividad de la sentencia, la cual peligraba con un juicio muy alargado en el tiempo.

Las medidas cautelares tienen un rol importante en la eficacia del proceso y la realización del derecho material, más aun teniendo en cuenta que el paso del tiempo dentro del proceso puede distorsionar su objeto, lo cual, finalmente vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la persona que requiere de la actividad jurisdiccional con la finalidad de que su derecho no sea vulnerado. Debido a que las medidas cautelares son resoluciones que afectan determinados derechos fundamentales del imputado, de conformidad con la doctrina,³³ se ha de respetar en todo momento el principio de proporcionalidad, ya que es un elemento muy importante dentro de la aplicación de las medidas cautelares, incluso trasciende hasta el fallo, puesto que presupone un límite clave para los sujetos, esto es, el principio de prohibición en exceso.

³¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Evolución...", *cit.*, p. 27.

³² VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, t. I, *cit.*, p. 241.

³³ MORENO CATENA, Víctor y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, pp. 270-271.

Así, señala MORENO CATENA que la medida cautelar tiene que adecuarse no solo a los fines que con ella se persiguen, sino además debe ser proporcional a los hechos que se depuran y a su gravedad, de tal forma que el sacrificio de los derechos del encausado que se derive de la adopción de la medida no sea mayor que el que pueda resultar de la posible eventual sentencia. Siguiendo esta línea de pensamiento, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ consideran que deben ser: instrumentales, provisionales y proporcionales.³⁴

Por su lado, CALAMANDREI argumenta que la instrumentalidad hace que las medidas cautelares, por su naturaleza, estén destinadas a agotarse, teniendo en cuenta que la finalidad específica que justifica su dictado es el interés en evitar el peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva; más que la finalidad de ejercer el derecho, está la intención inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva.³⁵

Es necesario argumentar que la característica de instrumentalidad evidenciada por CALAMANDREI en referencia a la instrumentalidad hipotética vino a resolver las cuestiones tendientes a considerar el régimen cautelar como independiente del proceso. Para esta consideración, las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que están preordenadas al dictado posterior de una providencia definitiva, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente. Nacen al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y aprontar los medios más aptos para su éxito.³⁶

Para ORTELLS y CALDERÓN, la instrumentalidad es una de las características esenciales de las medidas cautelares, y no porque constituyen una finalidad en sí mismas, sino porque se hallan necesariamente vinculadas a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal, por la función de garantizar su seguridad y su efectividad práctica.³⁷

Como lo expresa BREMBERG, la actuación preventiva, como manifestación de una forma de garantía subsidiaria y por tanto sujeta al ejercicio de una acción

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ CAPONI, Remo, "Piero Calamandrei y la tutela cautelar: 80 años después", *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 6, No. 1, disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/view/175-189>

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel y María Pía CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, p. 245.

principal, no puede dar lugar a un proceso dotado de una propia y constante estructura particular que permita considerarlo como tipo especial, pues el proceso va dirigido a obtener una providencia cautelar, y no es otra cosa que un proceso de conocimiento, iniciado con el fin de obtener una providencia declarativa o de ejecución.³⁸

Para PODETTI la flexibilidad, también conocida como mutabilidad o variabilidad, es una de las características del régimen cautelar. Consiste en el hecho de que las medidas cautelares pueden ser variadas a solicitud del demandante o titular de la medida, o sustituidas a solicitud del afectado. Por esta razón señaló que “ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de cumplir con sus fines de forma satisfactoria”.³⁹

MENDOZA DÍAZ considera que la variabilidad se manifiesta en que una vez dispuesta la medida cautelar por el tribunal, puede modificarse en todo momento y en cualquier dirección, ya sea para sustituirla por otra que existe en la ley o por una medida innominada. Según el autor, el juez puede incluso mantener la medida y solo incrementar su ámbito de aplicación, haciéndola más onerosa para quien la soporta o, incluso, puede decretar el cese de la medida, generalmente a solicitud de quien la sufre, ya sea por haber desaparecido las condiciones que motivaron su adopción o por la prestación de una fianza liberadora.⁴⁰

CALAMANDREI hace alusión a otra característica significativa, la de contingencia, pues al ser las medidas cautelares de naturaleza asegurativa, es probable que estas cumplan su cometido en demasía y esto se demuestra cuando el objeto cautelado, posteriormente es objeto en el proceso. También puede ocurrir que la medida cautelar amparada para garantizar la eficacia de una decisión correspondiente a un proceso principal, no pueda finalmente cumplir su propósito al declararse infundada, o no comprobarse los hechos alegados.⁴¹

Para HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE existe otra característica significativa, la de legalidad, ya que consiste en una reserva legal para el reconocimiento de las

³⁸ BREMBERG, Axel, “Tutela cautelar y principio publicístico”, *La ley. Páginas del Ayer*, No. 2, 2001, p. 9, disponible en <http://www.biblioteca.mfp.gov.ar>

³⁹ PODETTI, Ramiro, *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de las medidas cautelares*, t. IV, p. 25.

⁴⁰ MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal...*, cit., p. 234.

⁴¹ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio...*, cit., p. 45.

medidas cautelares que implican de cierto modo una restricción del individuo o de sus bienes.⁴²

Finalmente, sin olvidar los análisis realizados *supra* sobre las características más seguidas por la doctrina procesalista, que fungen como principios *sine qua non* en su aplicación, se coincide con los criterios metodológicos expuestos en la obra de MENDOZA DÍAZ⁴³ y PÉREZ GUTIÉRREZ,⁴⁴ ya que es necesario tener en cuenta al momento de la aplicación de cualquier medida cautelar, la necesidad jurídica de evitar en todo momento del proceso, actos propensos a dificultar la efectiva culminación de la eficacia de este, todo ello fundamentado sobre la base de la variabilidad que tiene la aplicación de las medidas cautelares.

3. REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La naturaleza instrumental de las medidas cautelares estipula que su aplicación solo será posible en el momento que se evidencien los presupuestos que han sido destacados por la doctrina de forma mayoritaria, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. A pesar de que la doctrina contemporánea defienda la presencia, con carácter universal, de estos dos supuestos, habría que tener en cuenta la existencia de otra condición, la necesidad de imputación,⁴⁵ pues de lo contrario no sería necesario la interposición de las medidas cautelares.

En este sentido se debe analizar que la doctrina no es pacífica en cuanto a la exposición de los presupuestos, sin embargo, la mayoría se inclina por tres presupuestos fundamentales: verosimilitud en el derecho o *fumus boni iuris*; peligro en la demora o *periculum in mora* y prestación de contracautela. Como expone MENDOZA DÍAZ, la óptica de los presupuestos se logra a partir de la aceptación unánime de la doctrina de CALAMANDREI, el cual propone el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* como dos de los presupuestos esenciales que condicionan la aparición del régimen cautelar en todas las modalidades procesales, agregándose en el proceso civil, la adecuada contracautela como otro presupuesto.⁴⁶ En el sentido de los objetivos del trabajo, se analizarán solamente los dos

⁴² HORVITZ LENNON, María Inés y Julián LÓPEZ MASLE, *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. I, p. 350.

⁴³ MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal...*, *cit.*, pp. 272-276.

⁴⁴ PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne, "La tutela cautelar...", *cit.*, pp. 60-62.

⁴⁵ BARONA VILLAR, Silvia; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Juan MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III – Proceso Penal*, p. 461.

⁴⁶ MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal...*, *cit.*, p. 266.

presupuestos argumentados por CALAMANDREI, ya que la contracautela solo se analiza a partir del proceso civil en específico.

El *fumus boni iuris* o apariencia de culpabilidad en materia penal tiene cabida en la existencia de sospechas de criminalidad, contra la persona a la que se le atribuye la responsabilidad de determinado acto contrario a las normas de derecho. La acreditación de los hechos expuestos por las partes con el propósito de producir pronunciar su decisión final exige el agotamiento de un conjunto de actos procesales que, por lo general, se desarrollan en estricto respecto del contradictorio; eso es, con la participación o posibilidad de hacerlo, sin embargo, para cumplir con este propósito, se tomaría como utópico el cumplimiento o realización de la sentencia.

Desde una óptica dinámica, puede decirse que el *fumus boni iuris* es una de las operaciones que el juez debe realizar en el ejercicio de la función jurisdiccional cautelar, y se expresa en la obtención de una declaración de certeza de la apariencia o presunción de la existencia de intereses sustanciales; no se trata pues de obtener una declaración de certeza de la probada existencia de los intereses sustanciales o procesales. Somos aquiescentes con CALAMANDREI, en el sentido de que la cognición cautelar se limita, en todos los casos, a un juicio de probabilidades y de verosimilitud, declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal, pues en sede cautelar basta que la existencia de derecho parezca verosímil.⁴⁷ Para Rocco, no es más que una valoración subjetiva y, en gran parte, facultativa, del juez sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho, totalmente sumaria y superficial.⁴⁸

El presupuesto principal para aplicar una medida preventiva es la sospecha de un menoscabo jurídico, es decir, la posibilidad de lacerar un derecho; por ello es que las medidas cautelares pueden ser anuladas, modificadas o ratificadas, y el juzgador al analizar su imposición debe realizar un estudio con respecto a la comprobación del derecho conjurado y la existencia del daño tanto en presente como a futuro. Además, debe evaluar las circunstancias del hecho, según las pruebas aportadas por la parte perjudicada, y analizar la necesidad de aplicar la medida cautelar.

⁴⁷ CALAMANDREI, Piero, *Providencias cautelares*, pp. 43-44.

⁴⁸ ROCCO, Ugo, *Tratado...*, t. V, *cit.*, p. 48.

El *periculum in mora* fue definido por CALAMANDREI como el interés específico que justifica la emanación de cualquier medida cautelar.⁴⁹ Asimismo, el catedrático italiano ubicó este presupuesto como antecedente necesario del régimen cautelar y determinó que estará vigente siempre que exista la posibilidad de daño jurídico. Para Rocco, la urgencia se funda en el peligro en el derecho procesal, pues no puede ser otra cosa que la potencialidad o idoneidad de uno de tales hechos que ocasionan el sacrificio o la restricción, ya sea de un derecho o interés de derecho sustancial, o simplemente un derecho o interés de derecho procesal.⁵⁰

En este sentido, el dictado de la medida cautelar responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte impiden o hacen más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido, o en cuya virtud el daño temido se transforma en daño efectivo. En tales circunstancias es lícito obviar la espera y dispensar de la certidumbre absoluta acerca de la actuación normal del derecho que llegará tarde.⁵¹

Este legítimo interés en obrar proviene del estado de peligro en el cual se encuentra el derecho principal, por lo que el peticionante pretende un anticipo jurisdiccional que no torne estéril el decisorio final, residiendo en esta circunstancia el interés procesal en la concesión de la medida, pues ningún ordenamiento jurídico autoriza medidas cautelares sin la justificación de que existe un derecho sustancial digno de ser asegurado.⁵²

A manera de resumen, MENDOZA DÍAZ y GOITE PIERRE consideran que el *fumus boni iuris* es la existencia de elementos de culpabilidad que hagan presumir que la persona sobre la cual recaerá la medida es el autor del delito, o sea, que exista una sospecha fundada de la participación del imputado en el hecho punible, y que, por su parte, el *periculum in mora* es la posibilidad real de que el imputado podrá evadir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. Cualquier otra circunstancia que se quiera introducir, como el peligro de reiteración, la gravedad del delito u otra, se apartan del espíritu de lo cautelar y contraviene el principio de legalidad en ese ámbito.⁵³

⁴⁹ CALAMANDREI, Piero, *Providencias cautelares, cit.*, p. 675.

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ ROCCO, Ugo, *Tratado...*, t. V, *cit.*, p. 58.

⁵² *Ibidem.*

⁵³ MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda GOITE PIERRE, "El debido proceso penal en el modelo constitucional cubano", *Revista Universidad de La Habana*, no. 289, La Habana, enero-junio de 2020, p. 188.

4. LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCESO PENAL

Para GOITE PIERRE, la libertad personal no es un derecho absoluto, como ningún otro derecho fundamental puede considerarse ilimitado en su ejercicio. La detención es una de las manifestaciones más claras de la limitación a la libertad personal previstas en los ordenamientos jurídicos, de ahí la necesidad de prestar atención a los posibles puntos vulnerables que sobre ella puedan recaer y que deben ser previstos por la legislación para evitar comprometer la legalidad de proceso. El primer supuesto material de la detención es la sospecha muy fundada o el alto grado de probabilidad de que el imputado haya cometido el delito, de ahí que se requieran pruebas suficientes. El segundo supuesto va por la obligada fundamentación de la detención, en hechos y en derechos que demuestren la existencia de la conducta y la posible responsabilidad sobre quien recae la detención. El tercer elemento va sobre la pena probable, y el cuarto lo sitúa en el peligro procesal, consistente en la previsibilidad de que el imputado, por sus antecedentes y otras circunstancias, rehúya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria. Por su parte, el quinto elemento se refiere a la temporalidad de la restricción a la libertad.⁵⁴

En el Derecho procesal penal, la regla general es que nadie puede ser encarcelado sino mediante una sentencia condenatoria, en la que más allá de toda duda razonable, se tiene la total certeza de la culpabilidad de la persona sentenciada como responsable de un delito. Empero, existe la figura de prisión preventiva, que, de facto, es una pena de prisión sin sentencia, ante la elevada posibilidad de condena en un juicio y ante un riesgo alto de fuga de la persona imputada de un delito.⁵⁵

En este sentido, la necesidad que existan medidas cautelares en el proceso penal viene dada por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo unas normas de procedimiento, por lo que tiene una duración temporal; por otro lado, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso cumpla su fin.⁵⁶

⁵⁴ GOITE PIERRE, Mayda, "El habeas corpus en la Constitución Cubana", en Francisco Lledó Yagüe, Ignacio F. Benítez Ortúzar y Juan Mendoza Díaz (dirs.), *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, pp. 228-229.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 290.

⁵⁶ *Idem*.

CALAMANDREI estableció las bases a partir de las cuales se realiza en lo sucesivo el estudio de las medidas cautelares, sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta construcción dogmática se realiza en el ámbito del Derecho procesal civil, por lo que su traslado a la esfera del proceso penal es útil como punto de partida, ya que aporta elementos sistemáticos para efectuar el análisis de las instituciones procesales en este terreno, pero, al mismo tiempo, como señala CHIOVENDA, se refiere al traslado sin mayor reconsideración de estas construcciones teóricas, por lo que su aplicación en el campo penal debe ser realizada con matices y ajustes.⁵⁷

En efecto, dada la diversidad de intereses y principios que inspiran al proceso civil y al proceso penal, para iniciar debe señalarse la prevalencia de un interés público en el ámbito penal, la distinta posición y naturaleza de los sujetos que intervienen en cada uno de esos procesos y, en definitiva, las particularidades propias de un proceso y otro; la teoría de las medidas cautelares no puede aplicarse sin más al proceso penal, sino que requiere de una necesaria adaptación.⁵⁸

Por otra parte, es evidente que el empleo de la teoría de las medidas cautelares siempre debe adaptarse al Derecho vigente en cada país, pues la regulación puede variar en los diversos ordenamientos jurídicos y eso impacta directamente en el alcance y contenido de las medidas cautelares. De hecho, la regulación legal de las medidas cautelares debe partir de las finalidades constitucionales del proceso, por lo que en estricto sentido, en cada sistema jurídico tiene peculiaridades propias.

Las medidas cautelares en materia penal son definidas por GÓMEZ ORBANEJA como aquellas encaminadas al aseguramiento de juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte. Se trata de mecanismos o institutos que permiten la realización adecuada de los diversos actos procesales que conforman el proceso penal y que posibilitan la eficacia de la sentencia dictada.⁵⁹

De acuerdo con PELÁEZ SANZ y BERNAL NETO, en el proceso penal las medidas cautelares, a diferencia del civil, tienden a limitar la libertad individual o la libertad de disposición sobre un patrimonio. En el penal, los denominan actos cautelares

⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios del Derecho Procesal Civil*, t. I y t. II, p. 235.

⁵⁸ MENDOZA DÍAZ, Juan y MAYDA GOITE PIERRE, "El debido proceso...", *cit.*, p. 190.

⁵⁹ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y VICENTE HERCE QUEMADA, *Lecciones de Derecho Procesal*, vol. II – *Derecho Procesal Penal*, p. 98.

personales, en los cuales se sitúan la prisión preventiva y aquellas medidas que restringen la libertad del acusado, mientras que, en el civil, se designan como actos cautelares reales o patrimoniales.⁶⁰

Por lo anterior, todo estudio de las medidas cautelares debe partir del ordenamiento jurídico concreto que resulta aplicable, para considerar si las características específicas que la doctrina señala son de aplicación. En este sentido puede señalarse, en manos de HARTABOTTLE QUIRÓS y RIVAS QUESADAS, un conjunto de características que son comunes a las medidas cautelares:⁶¹

- Jurisdiccionalidad: las medidas cautelares solo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente, durante cualquier momento de la tramitación del procedimiento, pero siempre a través de resolución motivada.
- Instrumentalidad: las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la aplicación del *ius puniendi*, y constituyen un medio para asegurar el normal desarrollo del proceso penal al que están supeditadas en todo caso, nunca pueden ser adoptadas como medida de seguridad o como pena anticipada.
- Provisionalidad: la duración máxima de las medidas cautelares coincide con la de la tramitación del proceso al que están supeditadas, aunque durante su tramitación puede producirse una variación de los presupuestos en que se fundamentan las medidas, y estas deberán ser modificadas o dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte.
- Proporcionalidad: como limitación a la libertad individual o a la disponibilidad de ciertos bienes, las medidas cautelares pueden ser de intensidad diversa, que el órgano jurisdiccional deberá modular para adecuarlas al fin que con ellas se pretende, y evitar así que se conviertan en penas anticipadas incompatibles con la presunción de inocencia.
- Homogeneidad: puesto que las medidas cautelares están destinadas a garantizar los efectos futuros de la sentencia, participan en cierto modo (no

⁶⁰ PELÁEZ SANZ, FRANCISCO y JUAN MIGUEL BERNAL NETO, *Las medidas cautelares en proceso penal*, disponible en <https://es.scribd.com/document/382655777/MEDIDAS-CAUTELARES-PELAEZ>

⁶¹ HARTABOTTLE QUIRÓS, FRANKY y LUCRECIA RIVAS QUESADAS, "Las medidas cautelares en el proceso penal costarricense", *Revista Judicial*, No. 118, enero de 2016, pp. 127-147.

existe una identidad perfecta, sino mera homogeneidad) de la naturaleza de las medidas ejecutivas que tienden a preordenar.

- Excepcionalidad: la necesaria compatibilización de la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la libertad personal con la adopción de medidas cautelares hace que estas se hayan de acordar necesariamente con carácter excepcional, de forma que la libertad del imputado en el proceso sea respetada, salvo que se estime indispensable, por razones de cautela o de prevención especial, la pérdida de libertad, y ello dentro de los límites legales establecidos al efecto. Junto a este conjunto de características, debe tenerse en cuenta que las medidas cautelares suponen una clara invasión del poder público en la esfera personal de los sujetos pasivos del proceso penal sin que aún se haya dictado una sentencia firme que declare su responsabilidad penal y su responsabilidad civil.

Las medidas cautelares suponen: la limitación de la libertad personal, sin que aún se haya declarado de manera irrevocable que el acusado es merecedor de una sanción privativa de la libertad o de otros derechos e incluso la posibilidad de la limitación de su derecho a la libre disposición sobre su patrimonio, sin que aún se haya declarado de manera irrevocable que sea responsable de unos daños cuya reparación ha de afrontar con su patrimonio.

4.1. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE SU APLICACIÓN

Constituye un requerimiento importante de la imposición o no de la prisión preventiva, su carácter excepcional, refrendada por los principales instrumentos jurídicos internacionales, en los que se aprecia una tendencia a comprometer a los Estados parte, a regular en su Derecho interno, la aplicación de la prisión provisional, con carácter excepcional y por causales bien definidas, como regula el apartado 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el definir qué *“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*.⁶² A su vez, en el artículo 7, inciso 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969) se precisa que *“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para*

⁶² Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”* (1966), en *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, pp. 82-83.

*ejercer funciones judiciales y tendrá derecho, dentro de un plazo razonable o a ser juzgada o puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.*⁶³

Muy precisa y con mayor objetividad nos parece la redacción de la regla número 6, inciso 1, de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), que establecen que: “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”.⁶⁴

Hoy por hoy, a casi tres décadas de iniciadas la reformas penales y procesales en América Latina, la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional continúa generando fuertes tensiones, que han dado cabida a la discusión en torno a una aparente incompatibilidad entre la aplicación de los principios del Estado democrático y constitucional de Derecho, tales como la presunción de inocencia, plazo razonable del juicio, privación de la libertad como última *ratio* del sistema penal, y la necesidad de contar con políticas eficaces de seguridad ciudadana y sanción del delito.⁶⁵

Más que una antesala de la condena, estamos ante el anuncio de que la pena aplicable será privativa de libertad, en una época en la que, como ha expresado MORILLAS CUEVA,⁶⁶ la pena, y dentro de ella la de prisión, ha sido y es el instrumento más demandado dentro del sistema penal, y uno de los más visibles del ordenamiento jurídico en general y, a la vez, el más utilizado por una sociedad donde parece crecer la sensación de peligro, en bastantes ocasiones de mane-

⁶³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), “Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica”, 1969, en *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, artículo 7, inciso 5, pp. 41-42.

⁶⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos, “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)”, p. 2, disponible en http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm

⁶⁵ SALAZAR, Katya y Leonor ARTEAGA, “Presentación”, en *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, p. 1.

⁶⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, pp. 9-10, disponible en https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investigadora.pdf

ra no constatada, hasta convertirse en una hipotética sociedad de riesgo,⁶⁷ en la que se dan impulsivas reacciones a convicciones allanadas por influencias mediáticas y por determinadas ideologías que conducen al incremento de la alarma social y la permanente exigencia de un endurecimiento de los medios de reacción penal.

5. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN CUBA A PARTIR DE LA REFORMA PROCESAL CUBANA DE 2021

5.1. BREVES ANTECEDENTES

En materia de aseguramiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, de 14 de septiembre de 1882, que se hizo extensiva a Cuba por Real Decreto de 19 de octubre de 1888 y comenzó a regir el 1.º de enero de 1889, fue sustituida por la Ley No. 1251, de 25 de junio de 1973, Ley de Procedimiento Penal cubana,⁶⁸ que estableció que las medidas cautelares eran dispuestas por el tribunal, dentro de las 72 horas siguientes del recibo de las actuaciones, previa audiencia verbal en la que participaban el fiscal y el abogado. No se trataba de un tribunal o juez de cautela, sino el propio tribunal que en su día tendría a su cargo el juzgamiento. Lamentablemente, este “oasis” en los derechos del imputado duró hasta 1977, en que se promulgó la Ley de Procedimiento Penal, No. 5, de 13 de agosto,⁶⁹ que dejó en manos del fiscal la adopción de la medida cautelar, con una revisión judicial inmediata.⁷⁰

MEJÍAS RODRÍGUEZ⁷¹ coincide con MENDOZA DÍAZ en la apreciación de que con la derogación de la Ley No. 1251 de 1973, por la Ley No. 5 de 1977, una de las modificaciones

⁶⁷ El término sociedad de riesgo fue acuñado por Ulrich BECK, sociólogo alemán, profesor de la Universidad de Múnich. Vid. ESCOBAR, Modesto, Reseña del libro Ulrich Beck. *La sociedad del riesgo global*, disponible en http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_101_131166619689246.pdf

⁶⁸ Ley de Procedimiento penal, No. 1251, de 25 de junio de 1973, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 26 de junio de 1973, Ministerio de Justicia, 1973.

⁶⁹ Ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 32, DISPONIBLE EN <HTTPS://WWW.GACETAOFICIAL.GOB.CU/ES/LEY-NO-5-LEY-DE-PROCEDIMIENTO-PENAL>

⁷⁰ MENDOZA DÍAZ, Juan, “Notas para una reforma del Derecho a la defensa en el Proceso Penal cubano”, en Arnel Medina Cuenca (coord.), *El Derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional, Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa*, pp. 199-200.

⁷¹ MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, “La imposición y judicialización de la medida cautelar de prisión provisional: del inquisitivo al acusatorio. Modificaciones impostergables en el proceso penal cubano”, en Yesenia Guadalupe Crespo Gómez y Arnel Medina Cuenca (coords.), *Avances y retrocesos Avances y retrocesos de la Reforma procesal penal latinoamericana desde la visión de México y Cuba*, p. 169.

sustanciales que ello acarreó, consistió en la eliminación de las audiencias verbales para definir la situación procesal del acusado o detenido, quedando en manos del fiscal la adopción de la medida cautelar, con una revisión judicial inmediata, hasta que por el Decreto-Ley No. 51 de 10 de junio de 1994,⁷² la prisión provisional quedó totalmente a la decisión del fiscal, cesando junto con el requerimiento del fiscal, todo el control judicial sobre el aseguramiento del acusado.

Constituye una tendencia en los procedimientos penales modernos, la celebración de una audiencia verbal jurisdiccional en fase preparatoria, con jueces diferentes a los que realizan el juzgamiento, a efectos de decretar la imposición de la medida cautelar, controlar la legitimidad del acto y la presencia real de los presupuestos que determinan su imposición, para de esta manera proyectarse hacia el equilibrio e igualdad de armas que le es propio al sistema acusatorio.⁷³

En la etapa de indagación, precisa MEJÍAS RODRÍGUEZ,⁷⁴ es que ciertamente le corresponde a la policía y al fiscal contribuir con el esclarecimiento del hecho y determinar los presuntos responsables, y para ello tendrán que adoptar todas las medidas necesarias para evitar distorsiones procesales u otras incidencias derivadas de la investigación, pero en el terreno de las medidas cautelares, su misión principal será velar por el debido respeto de los derechos fundamentales y garantías del acusado; contribuyendo además a la suficiencia probatoria vinculada a los presupuestos legales que admiten tal decisión; sin embargo, apostando –como corresponde– por un proceso penal de corte acusatorio, correspondería cumplir –al menos en la prisión provisional– con el principio de judicialidad en las medidas de coerción, en tanto la intervención del órgano jurisdiccional lograría un proceso con mayor transparencia y objetividad, a la par de una decisión motivada y fundamentalmente más justa.

Las modificaciones introducidas a partir del año 1994 del pasado siglo en el procedimiento penal, y también en el Código penal, se aplicaron en el entorno del denominado periodo especial en tiempo de paz por el que atravesó

⁷² Decreto-Ley No. 151, modificativo de la Ley de Procedimiento Penal, de 10 de junio de 1994, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 6, p. 16. Artículo 247 (modificado).- *"El Fiscal, recibida la propuesta del Instructor respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión provisional, adoptará, dentro del término de setenta y dos horas, la decisión que corresponda, mediante auto fundado, estando facultado para aplicar cualquiera de las medidas cautelares previstas en la Ley o disponer la libertad del acusado"*.

⁷³ MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "La imposición y judicialización...", *cit.*, pp. 170-171.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 170.

nuestro país luego de la caída del denominado campo socialista y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y estuvieron en correspondencia con los cambios introducidos en la economía y con el incremento del delito. En las nuevas condiciones se produjeron importantes modificaciones al Código penal⁷⁵ y a la Ley de Procedimiento Penal⁷⁶ y precisamente uno de los más criticados por la doctrina fue la reforma introducida por el Decreto-Ley No. 151 de 10 de junio de 1994, mencionado *supra*, que convirtió la imposición de la medida cautelar de prisión provisional en facultad exclusiva del fiscal, poniendo fin al control judicial de la prisión provisional en el proceso penal cubano.

Para MENDOZA DÍAZ se cercena también el derecho a la defensa con la posibilidad de disponer por el fiscal medida cautelar sin que medie un procedimiento oral y contradictorio, en el que judicialmente se acredite la existencia de los presupuestos universalmente aceptados como únicos condicionantes de una detención preventiva, que son el peligro de fuga u obstaculización de la investigación, analizados *supra*, unidos a la existencia de elementos inculpativos que hagan presumir su culpabilidad; partiendo del entendido, universalmente aceptado, de que la medida cautelar no es un medio de investigación, sino una forma de sujeción del imputado al proceso, cuando su estado de libertad puede perjudicar la investigación o existen fundamentos razonables para estimar que evadirá la acción penal.⁷⁷

5.2. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA REFORMA DE 2021

La Constitución cubana de 2019 puso fin a años de debates en el mundo jurídico sobre los derechos de los imputados en el proceso penal y perfiló una firme

⁷⁵ Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, modificativa del Código Penal, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria de 15 de marzo de 1999. Las causas que motivaron el endurecimiento de las penas a partir de la vigencia de la Ley No. 87/1999 se explican en el primer Por Cuanto de la Ley y se correspondieron con el incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva y con el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos, incompatibles con los generalizados principios éticos de la sociedad cubana, que exigían una respuesta adecuada y enérgica; pero también se produjeron excesos con la incorporación, con carácter preceptivo, del apartado 4 del artículo 54, sobre la agravación extraordinaria de la sanción, la obligatoriedad de apreciar la reincidencia y la multirreincidencia, hasta en los delitos de la competencia de los Tribunales Municipales Populares, en el procedimiento sumario y en el establecimiento de límites mínimos de veinte años de privación de libertad para las modalidades agravadas de los delitos de robo con fuerza en las cosas y de robo con violencia o intimidación en las personas de los artículos 327, apartados 4 y 5, y 328, apartado 3.

⁷⁶ Decreto-Ley No. 151..., *cit.*

⁷⁷ MENDOZA DÍAZ, Juan, "Notas para una reforma...", *cit.*, p. 200.

esperanza en el mejoramiento del modelo procesal penal cubano,⁷⁸ que con posterioridad se materializó en la reforma procesal penal de 2021.

Sin duda alguna, la promulgación de la nueva Constitución de la República de Cuba en el año 2019 marcó el camino normativo por el cual debía transitar nuestro país, un camino lleno de cambios y transformaciones encaminados a materializar las garantías que fueron reconocidas expresamente en la carta magna, y que por su impacto social ocupan un capítulo completo de su cuerpo normativo.

Dentro de esas transformaciones se encontraba la modificación de las normas jurídicas procesales, en aras de desarrollar correctamente las garantías consagradas en la Constitución, constituyendo su único fin, el de reforzar el cumplimiento eficiente y efectivo del Derecho.

Para MENDOZA DÍAZ, el artículo 92 de la Constitución cubana actual fue el pie forzado para la eliminación de todas las prohibiciones o barreras que impedían que las personas accedieran a los tribunales para reclamar sus derechos, quedando derogadas *ipso facto* a su promulgación, debido a la supremacía que posee este importante documento legal ante las demás disposiciones jurídicas.⁷⁹

Un lugar importante en el proceso de reforma de las normas procesales lo ocupa la Ley del Proceso Penal, ya que se trata de un cuerpo jurídico encaminado a lograr interrelacionar los intereses sociales de la víctima o perjudicado y el cumplimiento de las garantías del imputado-acusado en el proceso, todo ello orientado a lograr el esclarecimiento de los hechos y posteriormente su juzgamiento ante los tribunales competentes, con adecuado respeto a los derechos y las garantías que establecen los artículos del 92 al 99 de la Constitución.⁸⁰

La nueva Ley pretende sintonizar el enjuiciamiento penal cubano con los principios regentes en esta materia a nivel internacional, en este particular se dispuso el derecho de las personas a disfrutar de asistencia letrada desde el

⁷⁸ MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda GOITE PIERRE, "El debido proceso penal..."; *cit.*, p. 200.

⁷⁹ MENDOZA DÍAZ, Juan, "Pensar el Derecho. Hitos y desafíos de la gran reforma procesal cubana", p. 3, disponible en <http://www.uh.cu/noticia/hitos-y-desafios-de-la-gran-reforma-procesal-cubana>

⁸⁰ Constitución de la República de Cuba, proclamada el 10 de abril de 2019, artículos del 92-99, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.

momento en que se inicia el proceso con la inestructiva de cargos,⁸¹ lo cual es la materialización de las garantías de los derechos establecidas en el artículo 95 de la Constitución de la República.⁸²

También dispone que si el presunto comisor se encuentra en libertad, puede hacerse efectiva la inestructiva de cargos a los 5 días posteriores a la denuncia, mientras que en el caso de las personas privadas de libertad debe efectuarse durante las primeras 24 horas de la detención y una vez realizada la inestructiva de cargos se configura el derecho a contratar abogado, en caso de que la persona se encuentre en libertad y requiera la presencia letrada debe proveérselo; sin embargo, en el caso de las personas detenidas, que lo requieran y no tengan uno de su elección, es obligación de la autoridad actuante facilitar la presencia de un abogado de oficio.⁸³

Luego de iniciado el proceso, es necesario realizar acciones encaminadas a garantizar el desenvolvimiento adecuado de este, y para ello es que surge la necesidad de asegurar tanto a las personas presuntamente partícipes del hecho jurídicamente tutelado como a sus bienes.

El catálogo de medidas cautelares establecidas en la Ley de Trámites está orientado a garantizar la presencia del imputado-acusado en las diferentes etapas del proceso penal, evitar la continuidad de la conducta presuntamente delictiva, preservar los medios probatorios, impedir la transferencia o desaparición de los bienes, garantizar la ejecución de las disposiciones de carácter patrimonial de las resoluciones que resuelvan este objeto del proceso, proteger a la víctima, especialmente cuando se trate de violencia de género o familiar.

Uno de los pronunciamientos de mayor trascendencia de la reforma procesal penal cubana, lo constituye el hecho de establecer, por primera vez en Cuba, la excepcionalidad de la prisión provisional, al regular en el artículo 356, apartado 1,⁸⁴ que la medida cautelar de prisión provisional es excepcional y procede siempre que existan motivos suficientes para suponer al imputado o acusado responsable penalmente del delito y concurren algunas de las circunstancias siguientes:

a. gravedad de los hechos;

⁸¹ Ley No. 143, del Proceso Penal, artículo 2, apartados 1 y 2, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 140, de 7 de diciembre de 2021.

⁸² Constitución de la República de Cuba, *cit.*, artículo 95.

⁸³ Ley No. 143, del Proceso Penal, *cit.*, artículo 129, apartado 3.

⁸⁴ *Ibidem*, artículo 356, apartado 1.

- b. posibilidad de que se sustraiga u obstaculice la investigación, la instrucción, el juzgamiento o la ejecución de la sentencia.

El legislador cubano de 2021 fue mucho más allá de la determinación de los requisitos universalmente aceptados para la imposición de la medida y en el apartado segundo del propio artículo 356 estableció que para la aplicación de esta institución es necesaria la evaluación por parte de la autoridad actuante de la pertinencia de esta acción, analizando las circunstancias personales, la edad, salud y circunstancias familiares, lo que evidencia el marcado humanismo que reviste la nueva ley de trámites.⁸⁵

Para los menores de 18 años su aplicación es aún más restrictiva, pues en el apartado 3 del referido artículo se establecen parámetros más casuísticos para la configuración de esta medida, decretando que solo puede imponerse en los hechos delictivos graves, que revistan connotación social o económica, o afecten el orden constitucional del país, o cuando para la ejecución del delito se utilicen medios o formas que denoten desprecio por la vida humana o representen un elevado riesgo social, se demuestre notorio irrespeto a los derechos de los demás, o cuando el menor resulte una persona reiterativa en la comisión de hechos delictivos.⁸⁶

Para la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional y de cualquier otra medida asegurativa, el fiscal, una vez recibidas las actuaciones por parte del instructor, dispone de un plazo de setenta y dos horas para adoptar alguna decisión con respecto al imputado, estando facultado para aplicar cualquiera de las medidas cautelares previstas en esta Ley o disponer la libertad del imputado;⁸⁷ y respetando los principios de humanismo e individualización de las penas que revisten a esta ley del proceso penal, el fiscal, en el caso que la medida a adoptar sea la de prisión provisional, deberá entrevistar primero al imputado, en aras de conocer las circunstancias personales de este, así como su situación de salud, familiar, etc., que pudieran tenerse en cuenta al momento de tomar una decisión en cuanto a la imposición de esta medida cautelar, puesto que recae directamente sobre la libertad personal del imputado.⁸⁸

⁸⁵ *Idem*, artículo 356, apartado 2.

⁸⁶ *Idem*, artículo 356, apartado 3.

⁸⁷ *Idem*, artículo 396, apartado 1, inciso b).

⁸⁸ *Idem*, artículo 356, apartado 2.

Un importante avance del nuevo modelo procesal penal cubano es la posibilidad de recurrir ante el tribunal la medida cautelar de prisión provisional impuesta por el fiscal, desde el momento de su imposición y también en cualquier fase posterior. Se coincide con MENDOZA DÍAZ en su apreciación de que se trata de una deuda que tenía pendiente el proceso penal cubano, que hacía recaer exclusivamente en el fiscal la imposición de la medida cautelar de prisión provisional, cuando los principales instrumentos internacionales en esta materia coinciden en que se trata de una facultad exclusiva de los tribunales.⁸⁹

Con la reforma de 2021 se ha producido, por fin, el necesario retorno al control judicial de la medida cautelar de prisión provisional, que se había perdido desde la vigencia del Decreto-Ley No. 151, de 1994. Esta posibilidad de que el acusado o su defensor puedan solicitar al tribunal competente el control judicial de la medida cautelar de prisión provisional incluye, además, la opción de que las partes puedan interesar al tribunal la celebración de una audiencia.⁹⁰

Cuando con posterioridad a la decisión del tribunal de modificar o revocar la prisión provisional, el fiscal considere que han surgido nuevos elementos que aconsejan volver a imponer la referida medida, debe solicitarlo al tribunal competente, acompañando las actuaciones. En este caso no queda facultado para aplicarla directamente, como ocurre al inicio de la fase o en los casos en que el propio fiscal imponga inicialmente una medida diferente y posteriormente decida modificarla por prisión provisional; igualmente el fiscal puede revocar en cualquier momento la medida cautelar de prisión provisional o modificarla por otra de las medidas cautelares previstas en la ley, aun cuando haya sido ratificada por el tribunal, sin necesidad de someterla nuevamente a su consideración.⁹¹

Respecto a la duración de la medida cautelar, esta depende de la existencia en el proceso de fase preparatoria de elementos que vinculen al imputado con el hecho, relacionado con los requisitos para su adopción inicial, por lo que, en cualquier momento del proceso, en cualquiera de sus fases, puede modificarse o revocarse de oficio o a instancia de parte, tanto por la fiscalía como por el tribunal, según corresponda.

El fiscal o el tribunal, según el estado del proceso y de conformidad con las facultades conferidas en la Ley, disponen la modificación o revocación de

⁸⁹ MENDOZA DÍAZ, Juan, "Pensar el Derecho...", *cit.*, p. 4.

⁹⁰ Ley No. 143, del Proceso Penal, *cit.*, artículo 360, apartado 3.

⁹¹ *Ibidem*, artículo 362, apartados 1 y 2.

cualquier medida cautelar que le fue impuesta al imputado o acusado, cuando hayan variado o cesado los motivos que originaron su imposición, según lo establecido en el artículo 352, apartado 1.⁹²

De oficio o a instancia de parte y según la fase en que se encuentre el proceso, el fiscal o el tribunal están en la obligación de modificar la prisión provisional por otras de las medidas que autoriza esta Ley, cuando su duración alcance el límite inferior de la sanción señalada para el delito o al más grave de los delitos imputados, si fueran varios, los que dieron lugar a la imposición de dicha medida cautelar. También cuando el imputado o acusado asegurado arribe al año de permanencia en prisión provisional, el tribunal o el fiscal, según el caso, evalúa y se pronuncia sobre su pertinencia.⁹³

6. A MODO DE CONCLUSIONES

Si bien la prisión preventiva como medida cautelar solo estaría llamada a garantizar los fines del proceso penal, lo cierto es que se le reconoce, y es aquí donde deviene el mayor problema que presenta su imposición, un fin preventivo o material, en el sentido de evitar la comisión de delitos, lo cual es un fin propio de la pena, no así de las medidas cautelares, las cuales tienen un carácter puramente instrumental, mas no penal, desnaturalizando de esta forma el sentido de esta.

Cuba se ha visto inmersa en una fuerte reforma procesal, que es el resultado natural de un procedimiento atemperado a los nuevos escenarios jurídicos normativos que dispuso la promulgación de la nueva Constitución de la República de Cuba en abril del año 2019, la cual despejó el camino para la creación de la recientemente aprobada Ley del Proceso Penal, entre otras necesarias normativas.

Esta nueva ley de trámites introdujo en nuestro sistema procesal cambios encaminados a la protección de todas las personas involucradas en el proceso, tanto para la víctima que se encuentra en un escenario menos pasivo que en la ley anterior, adquiriendo la condición de parte, con la posibilidad de tomar acciones con respecto al desenvolvimiento del proceso en sus diferentes fases, como para el imputado-acusado, donde este tiene la posibi-

⁹² *Idem*, artículo 352, apartado 1.

⁹³ *Idem*.

lidad de contar con la presencia de un defensor desde el inicio del proceso, entre otros derechos fundamentales.

En este sentido también se refuerza la necesidad de evaluación de la pertinencia en el momento de aplicar cualquiera de las medidas cautelares previstas, reforzando el carácter excepcional de la prisión provisional, revistiéndola de varios requisitos necesarios a tener en cuenta para su aplicación, creando procedimientos para su control ante los tribunales en aras de evaluar la justicia de su imposición, a raíz de ser una medida asegurativa que recae sobre un derecho humano fundamental establecido en la carta magna del país, como lo es la libertad personal.

Se considera que las regulaciones sobre la prisión provisional en la nueva ley del proceso penal, además de ser mucho más garantista para las partes en el proceso, es también parte de la consolidación de los derechos humanos consagrados en la Constitución de la República de 2019.

La posibilidad de que el imputado o su defensor puedan solicitar al tribunal, desde el mismo momento de su imposición, el control judicial de la medida cautelar de prisión provisional, constituye un adelanto indiscutible de la reforma de 2021, como ya se ha dicho, aunque hubiera sido preferible que la nueva ley facultara al tribunal para imponer dicha medida cautelar desde el primer momento, mediante una vista oral y pública, con la presencia del fiscal y del imputado y su defensor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Evolución de la doctrina procesal en Historia", *Revista de la Universidad de Costa Rica*, No. 22-27, Pensamiento y Terminología Procesales, Costa Rica, 1949, pp. 23-25.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Cien años de enjuiciamiento criminal", *El país*, disponible en https://elpais.com/diario/1982/09/20/sociedad/401320802_850215.html [consultado el 19/12/2021].

AROCENA, Gustavo A. y Sergio J. CUAREZMA TERÁN (dirs.), "La prisión preventiva en América Latina, en la era de la globalización y del expansionismo penal", en *Luces y sombras de los procedimientos penales en América Latina*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, Nicaragua, 2016.

BARONA VILAR, Silvia, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, OIM, Tegucigalpa, 2015.

- BARONA VILLAR, Silvia; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Juan MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III – Proceso Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- BONET ESTEVA, Margarita, *Prisión provisional: ¿excepción o regla?*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona.
- BREMBERG, Axel, "Tutela cautelar y principio publicístico", *La ley. Páginas del Ayer*, No. 2, 2001, p. 9, disponible en <http://www.biblioteca.mfp.gov.ar> [consultado el 23/3/2020].
- CÁCERES, María Isabel, "Medidas cautelares: cancelación y caducidad", trabajo presentado en la Catedra Principios del Derecho Registral, a cargo del Dr. Luis Moisset de Espanés, Doctrinado en Derecho Notarial de la Universidad Notarial argentina, Argentina, 2015, disponible en <http://www.escribanos.org.ar/Rcnba.pdf>
- CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Sentis Melendo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- CALAMANDREI, Piero, *Providencias cautelares*, Bibliográfica Argentina, Cangallo, Buenos Aires, 1984.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, t. I y t. II, UTEMA, Buenos Aires, 1994.
- CAPONI, Remo, "Piero Calamandrei y la tutela cautelar: 80 años después", *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 6, No. 1, Italia, 2016, disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/175-189> [consultado 23/3/2020].
- CARRANZA, Elías, "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer?", *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Universidad de Chile.
- CARRANZA, Elías, "Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa", *Revista Jueces para la Democracia*, 1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios del Derecho Procesal Civil*, t. I y t. II, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Reus, Madrid, 2000.
- DE MATA VELA, José Francisco, "La reforma procesal penal de Guatemala: del Sistema inquisitivo al Sistema acusatorio", *Tesis Doctoral*, Universidad Autónoma de Barcelona, España, junio de 2007, disponible en <http://dianlet.uniroja.es/servlet/tesis?codigo=78263>
- ESCOBAR, Modesto, Reseña del libro *Ulrich Beck. La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002, disponible en http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_101_131166619689246.pdf [consultado el 21/8/2020].
- GOITE PIERRE, Mayda, "El habeas corpus en la Constitución cubana", en Francisco Lledó Yagüe, Ignacio F. Benítez Ortúzar y Juan Mendoza Díaz (dirs.), *Garantías de*

los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano, Dykinson, S.L., Madrid y La Habana, 2020, ed. impresa por Ediciones ONBC.

GOITE PIERRE, Mayda y Arnel MEDINA CUENCA, "La inseguridad ciudadana y los excesos en la utilización del poder punitivo", en *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos, en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, vol. II, José María Suarez López (coord.), Jesús Barquín Sanz, Ignacio F. Benítez Ortúzar, María José Jiménez Díaz, José Eduardo Sainz Cantero Caparrós (dirs.), Dykinson, Madrid, 2018.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y Vicente HERCE QUEMADA, *Lecciones de Derecho Procesal*, vol. II – *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Madrid, 1946.

HARTABOTTLE QUIRÓS, Franky y Lucrecia RIVAS QUESADAS, "Las medidas cautelares en el proceso penal costarricense", *Revista Judicial*, No. 118, enero de 2016, Costa Rica, pp. 127-147.

HORVITZ LENNON, María Inés y Julián LÓPEZ MASLE, *Derecho Procesal Penal chileno*, t. I, Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código procesal modelo para Iberoamérica de 1988", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, No. 1, 2009, pp. 161-220.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano", *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C.*, No. 24, Puebla, 2009, pp. 114-148.

LÓPEZ PICÓ, Rubén, "Antecedentes históricos y jurídicos de la institución procesal de la subasta judicial", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coahuila*, vol. 23, 2019, pp. 151-194, disponible en <http://www.doi.org/10.17979/afuduc.2019.23.0.6015> [consultado el 12/1/2022].

MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.

MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, *La teoría de la presunción de inocencia y sus efectos procesales en el Sistema Penal Acusatorio*, Porrúa, Ciudad de México, 2017.

MEDINA CUENCA, Arnel y Mayda GOITE PIERRE, "Prisión preventiva. ¿Medida cautelar o pena de prisión anticipada a la declaración de culpabilidad?", en Yesenia Guadalupe Crespo Gómez y Arnel Medina Cuenca (coords.), *Avances y retrocesos de la Reforma procesal latinoamericana desde la visión de México y Cuba*, UNIJURIS, 2016.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "La imposición y judicialización de la medida cautelar de prisión provisional: del inquisitivo al acusatorio. Modificaciones impostergables en el proceso penal cubano", en Yesenia Guadalupe Crespo Gómez y Arnel Medina Cuenca (coords.), *Avances y retrocesos de la Reforma procesal*

penal latinoamericana desde la visión de México y Cuba, Serie Ciencias Penales y Criminológicas No. 9, de marzo de 2016, UNIJURIS, La Habana, 2016, disponible en <https://cuba.vlex.com/vid/imposicion-judicializacion-medi-da-cautelar-641783341> [consultado el 20/01/2022].

MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal. Parte General*, Universidad de La Habana, Félix Varela, La Habana, 2005.

MENDOZA DÍAZ, Juan, "Notas para una reforma del Derecho a la defensa en el Proceso Penal cubano", en Arnel Medina Cuenca (coord.), *El Derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional, Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa*, UNIJURIS, serie Ciencias Penales y Criminológicas, No. 1, mayo de 2014, disponible en <https://cuba.vlex.com/vid/notas-derecho-defensa-proceso-cubano-522172810> [consultado el 4/1/2022].

MENDOZA DÍAZ, Juan, "La defensa penal en Cuba. Apuntes para el legislador", *Revista Jurídica IUS, Doctrina*, No. 14, Universidad de La Habana, La Habana, 2016.

MENDOZA DÍAZ, Juan, "Pensar el Derecho. Hitos y desafíos de la gran reforma procesal cubana", p. 3, Universidad de La Habana, 18 de octubre de 2021, tomado de *Cubadebate*, disponible en <http://www.uh.cu/noticia/hitos-y-desafios-de-la-gran-reforma-procesal-cubana> [consultado 20/01/2022].

MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda GOITE PIERRE, "El debido proceso penal en el modelo constitucional cubano", *Revista Universidad de La Habana*, No. 289, La Habana, enero-junio de 2020.

MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda GOITE PIERRE, "El debido proceso penal en Cuba", en Francisco Lledó Yagüe, Ignacio F. Benítez Ortúzar y Juan Mendoza Díaz (dirs.), *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, Dykinson, S.L., Madrid y La Habana, 2020, ed. impresa por Ediciones ONBC.

MENDOZA DÍAZ, Juan y Laura GONZÁLEZ CHAU, "La audiencia preliminar, una efectiva contribución al principio acusatorio en el proceso penal", en Gonzalo Armienta Hernández y Mayda Goite Pierre (coords.), *Perspectiva del sistema penal acusatorio en Europa y Latinoamérica*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 2012.

MORENO CATENA, Víctor y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, 8ª ed. actualizada, tirant lo blanch, Valencia, 2015.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "Reflexiones sobre la prisión preventiva", revista *Anales de Derecho*, vol. 34, No. 1, 2016, Universidad de Murcia, Murcia, 2016, p. 18, disponible en <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/48564/1/REFLEXIONES%20SOBRE%20LA%20PRISION%20PREVENTIVA.pdf> [consultada el 15/1/2022].

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de

- Almería, España, 2014, disponible en https://w3.ual.es/revistas/RevistainternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investidura.pdf [consultado el 5/1/2022].
- ORTELLS RAMOS, Manuel y María Pía CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Comares, Madrid.
- PÁSARA, Luis, *Los sistemas judiciales en Centroamérica*, Fundación Carolina – CeALCI, Madrid, 2006, disponible en <http://www.fundacioncarolina.es>
- PÁSARA, Luis, "La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial, análisis comparativo", en *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, disponible en <http://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2013/09/Estudio-independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada.pdf>
- PELÁEZ SANZ, Francisco y Juan Miguel BERNAL NETO, *Las medidas cautelares en proceso penal*, Madrid, abril 1999, disponible en <https://es.scribd.com/document/382655777/MEDIDAS-CAUTELARES-PELAEZ> [consultado 20/5/2021].
- PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne, "La tutela cautelar y otras instituciones afines", en *Derecho Procesal Civil*, Félix Varela, La Habana 2014.
- PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne (coord.), *Derecho Procesal Civil*, Félix Varela, La Habana, 2016.
- PODETTI, Ramiro, *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de las medidas cautelares*, t. IV, Editorial Editores, Buenos Aires, 1956.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Introducción a la Teoría del Derecho Penal*, Ciencias Sociales, La Habana, 1987.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, t. I, Félix Varela, La Habana, 1999.
- ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho procesal civil*, t. V, Depalma, Buenos Aires, 1969.
- SALAZAR, Katya y Leonor ARTEAGA, "Presentación", en *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, Fundación para el debido proceso, DLPF, 2013, Washington, D.C., 2003.
- SARTORI, Giovanni, *El debido concepto de lo cautelar*, Mediterránea, Chile, 2006, disponible en <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/SARTORI.pdf>
- TALLARICO, Agustín Nicolás, "Prisión preventiva: reflexiones sobre su uso y abuso", revista *Pensamiento Penal*, 9 de marzo de 2020, Argentina, 2002, p. 5, disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/doctrina48605.pdf>
- TAVALORI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del Nuevo Procesal Penal: cuestiones y casos*, Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, "La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica", ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Penal – VII Jornada sobre Justicia Penal, Universidad Autónoma de México, junio 2006.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, t. I, actualizado, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, "Los principios fundamentales del proceso penal según el Código de Córdoba", en *Summa Proceso Penal*, t. III, Abeledo-Perrot, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Prólogo", en Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, *El derecho a la libertad en el proceso penal*, Némesis, Buenos Aires, Argentina,

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

Europa Press, "Cuba libera a 6.579 presos de las cárceles en medio de la pandemia de la Covid-19", 1 de mayo de 2020.

INFORMES Y DOCUMENTOS

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento*, IV etapa, 2007, Alfabeta Artes Gráficas, Santiago de Chile, 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas", OEA/Ser., L/V/II, Doc., 46/1330, Washington, D.C., diciembre de 2013.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor: 18 de julio de 1978, de conformidad con el artículo 74.2 de la Convención, depositario: Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones), Serie sobre Tratados OEA No. 36 – Registro ONU 27/08/1979 No. 17955, disponible en http://www.oas.org/dil/esp.1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Centro de Estudios de justicia de las Américas (CEJA), "Prisión Preventiva en América Latina", disponible en <http://www.cejamerica.org>

Institute for Criminal Policy Research (ICPR) at Birkbeck, University of London, "World Prison Brief", en *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*, Londres, febrero de 2020.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos, "Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)", adoptadas por la Asamblea General en su Resolución

No. 45/110, de 14 de diciembre de 1990, p. 2, disponible en http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm [consultadas el 24/2/2022].

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013-2014".

Seguridad, Justicia y Paz, Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal, A. C., "Listado de las 50 ciudades más violentas del mundo en 2019".

FUENTES LEGALES

Constitución de la República de Cuba proclamada el 10 de abril de 2019, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019, La Habana, 2019, Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2019-ex5.pdf> [consultada el 8/12/2021].

DECRETO-LEY NO. 151, MODIFICATIVO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO PENAL, DE 10 DE JUNIO DE 1994, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 6.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (1966), en *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, junio de 2005, San José de Costa Rica, 1999.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), "Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica", 1969, en *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, junio de 2005, San José de Costa Rica, 1999, artículo 7, inciso 5.

Ley No. 143, del Proceso Penal, artículo 2, apartados 1 y 2, La Habana, 2021, entrada en vigor el 1 de enero de 2022, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 140, de 7 de diciembre de 2021, disponible en <https://www.minjus.gob.cu/sites/default/files/archivos/publicacion/2021-12/goc-2021-o140.pdf> [consultada el 9/12/2021].

Ley de Procedimiento penal, No. 1251, de 25 de junio de 1973, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 26 de junio de 1973, Ministerio de Justicia, 1973.

Ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 32, disponible en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/ley-no-5-ley-de-procedimiento-penal> [consultada el 4/1/2022].

Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, modificativa del Código Penal, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria de 15 de marzo de 1999, disponible en https://files.sld.cu/prevemi/files/2013/03/ley_87_modifica_codigo_penal_1999.pdf [consultada el 23/1/2021].

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Declaración Universal de los Derechos Humanos", disponible en https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 2200 A (XXXI), New York, Estados Unidos de América, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Recibido: 29/11/2021
Aprobado: 30/12/2021

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

