

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Por: Dr. Alfonso Zambrano Pasquel

Sumario.-

Introducción.- Las medidas cautelares en el Proyecto: fines y clases.- La expresión Imputado.- Caducidad del auto de prisión.- Limitación a la prisión preventiva.- La eximición de prisión por comparecencia.- La excarcelación y la eximición de prisión.- La doctrina y la jurisprudencia.- Diferencia entre excarcelación y eximición de prisión.- Cesación de la prisión.- Caducidad de la instrucción fiscal: apelación.- Sustitutivos de la prisión.- Discrecionalidad del Juez.- Examen de la prisión preventiva: apelación.- Amparo preventivo e indemnización por prisión preventiva.- Requisa inconstitucional.- Nuestra posición.- Conclusiones.

INTRODUCCION.-

En más de una ocasión hemos expresado nuestra posición contraria al abuso de poder con la prisión preventiva, que es lesiva al *principio de inocencia*. La prisión preventiva que rebasa cualquier límite prudencial y razonable es abiertamente inconstitucional y fractura el discurso legitimador del *sistema penal* (1).

Es necesario atemperar el abuso con la *prisión preventiva* que se convierte fácilmente en un instrumento perverso del control social formal. Recordamos algunas propuestas desinstitucionalizadoras ya formuladas:

1.- La caducidad del auto de prisión preventiva si el sindicado no es juzgado en un plazo prudencial y razonable (2).

(1) Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. *Temas de Criminología*: 1986. *Temas de Derecho Penal y Criminología*: 1988.

(2) Cf. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 1966; Pacto de San José de Costa Rica (C.A.D.H.): 1969.

2.- La necesidad de determinar la caución juratoria.

3.- La conveniencia de limitar el auto de prisión preventiva para aquellos delitos más graves (o de mayor costo social). Por ej. enlazados con penas que excedan de dos años de prisión.

4.- La necesidad de un efectivo control de oficio del auto de prisión preventiva, tanto por el Ministerio Público como por la judicatura.

5.- La posibilidad de que se pueda examinar el auto de prisión preventiva por un Tribunal superior, aunque el sindicado no se encuentre privado de la libertad, pues su condición de prófugo no debe limitar el respeto pleno de sus derechos civiles y políticos, y el amparo constitucional de su inocencia.

6.- El acortamiento del plazo para la prescripción del ejercicio de la acción penal y de la pretensión punitiva.

Uno de los aspectos más importantes y de mejor logro en el *Proyecto de Código de Procedimiento Penal* es el relacionado con las medidas cautelares o de aseguramiento, y con las medidas alternativas (o sustitutos de la prisión preventiva), con la cesación de la medida cautelar personal por la falta oportuna de juzgamiento. Advertimos la dificultad de articular por completo esta propuesta alternativa con la realidad carcelaria vigente (infra).

Pretendemos hacer un análisis comparativo entre el Código vigente con el *Proyecto*, en uno de los segmentos más importantes como es el relacionado con las medidas de aseguramiento, utilizando como metodología la interpretación sistemática. En algunos momentos debemos referirnos a la doctrina y jurisprudencia no nacionales, porque hay institutos procesales desconocidos en nuestro Derecho Procesal Penal.

Reiteramos nuestra firme e indeclinable creencia en un mejor *sistema penal*, altamente respetuoso de los derechos humanos como la mejor expresión del Estado de Derecho.

Es preciso que recordemos que tenemos una población carcelaria sometida al régimen de la *prisión preventiva* que supera el 70%; esto es que más del 70% de los internos que **se encuentran en las cárceles ecua-**

nanas son constitucionalmente inocentes, pero se encuentran privados de la libertad sin sentencia condenatoria a firme. Sabemos que esta condena anticipada fácilmente puede ser legitimada con una sentencia.

La falta de respeto al derecho a la libertad ha sido la quiebra principal de nuestro actual *sistema penal*, por lo que la Administración de Justicia vigente es la principal responsable de la pérdida de confianza popular en la judicatura. La duración del proceso penal ha sido lamentablemente proclive al abuso por parte del Juez, y esto ha determinado que se crea que es preferible otorgar al Ministerio Público la etapa de investigación.

En *Criminología* estudiamos como parte de ella a la *Victimología* (a la que se llega incluso a considerar como ciencia autónoma), y en los últimos tiempos se estudia *La victimización del delincuente*. Esto significa preocuparnos del conjunto de derechos y garantías constitucionales y procesales que teóricamente asisten a un sindicado, procesado o reo; pero que en la práctica son sistemáticamente vulneradas por la maquinaria de la justicia penal.

En el ámbito legislativo esta tendencia a la *victimización del delincuente* puede ser apreciada por la tendencia a crear leyes más represivas como réplica al *principio de la intervención mínima*. En el ámbito policiaco hay una creciente ineficacia, corrupción y brutalidad, que degenera en prácticas abusivas y violatorias de derechos humanos.

En la esfera judicial —y aceptando un margen de error judicial— las peores críticas se refieren a la lentitud en la administración de justicia, y al abuso con las medidas de aseguramiento. Una ineficacia que en definitiva se convierte en/ *victimización judicial*.

En el plano ejecutivo se denuncia la llamada *victimización carcelaria*, derivada de la incongruencia que supone pretender habilitar para la libertad a través —precisamente— de la privación de la misma. Lo más criticable es el recurso fácil de su utilización (con la *prisión preventiva*) con un desprecio notorio de mecanismos sustitutivos que representan alternativas democráticas, socialmente menos nocivas.

Citamos como un formidable precedente de lo que debe significar la responsabilidad del Estado por una administración de justicia penal

irrespetuosa del derecho a la libertad, la *sentencia condenatoria emitida el 15 de julio de 1988 por el Tribunal Supremo de España* que condena al Estado a un pago indemnizatorio de cuatro millones de pesetas por el mal funcionamiento de un centro penitenciario, en el que un interno de 21 años de edad, en prisión preventiva, fué apuñalado por otros internos (3). Los herederos de la víctima como consuelo consiguieron una decisión histórica.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROYECTO: FINES Y CLASES.-

(LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LAS PROPUESTAS ALTERNATIVAS ESTAN CONTEMPLADAS EN EL PROYECTO DESDE EL ART. 222 AL ART. 245).

Una breve advertencia.- Para la debida comprensión de quien va a revisar por primera ocasión el *Proyecto* hay que mencionar que las notas explicativas constan al pie de página, y el número de la nota corresponde al número del articulado. En las notas vamos a encontrar en algunas ocasiones el fundamento doctrinario, y las fuentes de derecho procesal penal que han orientado el *Proyecto*.

Las fuentes de derecho procesal penal que se invocan en Proyecto, en el Título III (MEDIDAS CAUTELARES) son: CPP Ecuador; CPP Perú; PCPP Guatemala (1990); CPP Argentina; CPP Córdova (1970); CPP Italia; CPP Costa Rica; Modelo Iberoamerica; Constitución Política del Ecuador; CPP Alemania Federal; CADH (OEA); OPP Alemania Federal; y Carta de ONU.

En el Proyecto (Art. 222) se expresa que las medidas cautelares o de aseguramiento tienen como fin garantizar la intermediación del imputado con el proceso, el pago de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales. Las medidas de aseguramiento *personales* son: la detención y la prisión preventiva. Las medidas cautelares *reales* son: la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo.

Comentario: En esta parte el *Proyecto* es similar con lo que dispone el Código de Procedimiento Penal vigente (Arts. 170-171).

(3) LANDROVE DIAZ Gerardo. *La victimización del delincuente*, en Justicia y Derechos Humanos, Lima, 1991, p. 152.

Se establece expresamente en el *Proyecto*, la prohibición de disponer otras medidas cautelares personales.

En la práctica ha venido ocurriendo que *Jueces de Instrucción* y la propia Policía deciden en más de una ocasión medidas no previstas, como el impedimento de salida del país (similar al arraigo que procede en ciertas circunstancias en contra de los extranjeros).

LA EXPRESION IMPUTADO.-

Con frecuencia en el *Proyecto* se utiliza la voz o expresión *imputado* para referirse a toda persona a quien se haya presentado o se pretenda presentar una reclamación penal; así se denomina también a la persona detenida por la presunta participación en un hecho delictuoso o a la que se señala como tal en la fase de instrucción.

El prof. VELEZ MARICONDE expresa que, "con expresión genérica -especialmente destinada a establecer el instante en que surge el derecho de defensa- el imputado es el *sujeto esencial de la relación procesal a quien afecta la pretensión jurídico-penal deducida en el proceso; pero asume esta condición -aún antes de que la acción haya sido iniciada- toda persona detenida por suponerse participante de un hecho delictuoso e indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento (4).*

El profesor de la Universidad de Córdoba sostiene que la *acción penal* no se dirige *en contra del imputado* sino *hacia el órgano jurisdiccional*, lo que se dirige en contra del *imputado* es la pretensión punitiva. Lo que debe quedar en claro es que se pretende hacer efectivo el derecho a la defensa en todo momento; desde el inicio del proceso.

CADUCIDAD DEL AUTO DE PRISION.-

Uno de los aspectos de mayor trascendencia en el *Proyecto* es la caducidad del auto de prisión preventiva en tres hipótesis (Art. 223):

a.- Cuando la *prisión preventiva* sobrepase la pena máxima prevista para el delito.

(4) VELEZ MARICONDE Alfredo, *Derecho procesal penal*, Tomo II, Lerner, Buenos-Aires, 1969, p. 335.

b.- Cuando exceda el plazo de un año para delitos cuya pena máxima sea de hasta cinco años (por ej. hurto, estafa, extorsión, estupro, etc.).

c.- Cuando exceda el plazo a los dos años para los delitos cuya pena sea superior a los cinco años (por ej. tráfico de drogas, violación, falsedad en instrumento público, homicidio, asesinato, etc.).

Comentarlo.- En la nota 223 que consigna el *Proyecto*, se manifiesta que la libertad del imputado durante el proceso podrá ser limitada excepcionalmente por el **peligro de fuga**. Como principios para orientar la aplicación excepcional de la medida cautelar personal se consignan:

a.- La *ilegalidad* de la *prisión preventiva* cuando produce más sufrimientos que los necesarios para impedir la fuga.

Un parámetro legitimante estará dado por las condiciones carcelarias de manera que si éstas se traducen en una fuente adicional de sufrimientos, sería ilegal la *prisión preventiva*.

b.- La *proporcionalidad* entre la *prisión preventiva* y el castigo (pena) que se espera.

c.- La *temporalidad* de la medida cautelar.

Vale decir, que si en este momento entrara en vigencia el *Proyecto* del nuevo Código de Procedimiento Penal, la realidad del sistema carcelario determinaría la inmediata libertad del 72% de los internos que se encuentran en las prisiones ecuatorianas sometidos al régimen de la *prisión preventiva*. Este principio en la práctica va a resultar inaplicable.

LIMITACION A LA PRISION PREVENTIVA.-

En el Art. 224 del Proyecto se establece la prohibición de dictar *prisión preventiva* en los delitos de acción penal privada, en los que no tengan prevista pena privativa de libertad y en aquellos **que tengan prevista una pena máxima inferior a un año**.

Comentarlo.- Aunque es razonable la propuesta de limitar el ejercicio de la violencia estatal en delitos de bajo costo social, es contradictorio el *Proyecto* con tal propuesta. En la forma en que está redactado el Artículo citado **es de** menor beneficio excarcelario que el Art. 179 del CPP

vigente, pues en éste la garantía procesal de excarcelación alcanza a aquellos delitos sancionados **con una pena que no exceda de un año de prisión.**

Esto es que en el Código actual la garantía es para delitos de **hasta** un año de prisión, y en el Proyecto para delitos de menos de un año de prisión.

LA EXIMICION DE PRISION POR COMPARECENCIA.-

Se consagra en el Art. 225 del *Proyecto*, el derecho del imputado para presentarse ante el Ministerio Público, pidiendo ser escuchado y que se le garantice su plena libertad.

Comentario.- En la nota 225 del Proyecto se aclara que no se trata de una medida cautelar sino del ejercicio de un derecho (presentarse ante el Ministerio Público) que tiene como fin **que el imputado conozca con certidumbre si se le va o no** a aplicar una medida cautelar. Es un instituto nuevo en nuestro sistema procesal que no sabemos si en la práctica signifique una verdadera garantía de eximición de prisión, pues de acuerdo con el *Proyecto* el competente para disponer la *prisión preventiva* es el Juez o Tribunal y no el Ministerio Público.

Esto nos lleva a sostener que hay un evidente error en el *Proyecto* porque el destinatario de esa petición de garantía de libertad, debe ser el órgano competente para privar de la misma que es el Juez o Tribunal y no el Ministerio Público. Este excepcionalmente podrá ordenar la *detención* para pedir posteriormente la *prisión preventiva* al Juez o Tribunal (Cf. Art. 227 del *Proyecto*).

LA EXCARCELACION Y LA EXIMICION DE PRISION.-

El Art. 230 del *Proyecto* contiene los presupuestos procesales objetivos y subjetivos de la *prisión preventiva* que es parecido al Art. 177 del CPP vigente, nos interesa destacar los presupuestos procesales que permiten la prisión *provisoria*. **"Cuando el Juez o Tribunal lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado al proceso o asegurar el cumplimiento de la pena, se puede ordenar la prisión preventiva, después de oído el imputado..."**

Como dice ALFREDO VELEZ la prisión preventiva, "es un estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de la libertad, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal" (5).

En la nota 230 del *Proyecto* se deja constancia de que en el diseño de la *prisión preventiva* se han cumplido con las exigencias de la Constitución Política (respeto al principio de inocencia), y los lineamientos que orientan al Código acerca de la excepcionalidad de la medida, insistiéndose en la necesidad de evitar la fuga como presupuesto procesal indispensable de la *prisión preventiva*.

El Art. 233 del *Proyecto* contiene los *sustitutivos de la prisión preventiva*, del que destacamos por la vinculación con el tema por el momento la relación con el peligro de fuga, expresándose:

"Siempre que el peligro de fuga pueda evitarse con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el Juez o Tribunal de oficio debe preferir imponerle en lugar de la prisión preventiva, una o varias de las alternativas siguientes..."

Por la estrecha relación que tiene el tema del plazo de la privación de libertad (*prisión preventiva*), el fundamento de su necesidad en el *peligro de fuga*, la caducidad de la *prisión preventiva* y sus efectos, así como la garantía de libertad precedentemente citada, es preciso hacer algunas puntualizaciones.

El Art. 223 del *Proyecto* fija límites a la privación provisoria de la libertad (bajo *prisión preventiva*), a uno y dos años.

Si transcurren estos plazos, sin llegar a una sentencia condenatoria a firme se produce la caducidad del auto de *prisión preventiva* y el que se encuentra en prisión, puede demandar la cesación de la *prisión preventiva*, lo que se traduce en el otorgamiento de la libertad.

El Art. 232 numeral 3) del *Proyecto* dispone la finalización de la privación de la libertad, cuando la duración exceda los plazos previstos

(5) VELEZ MARICONDE Alfredo, en ob. cit. p. 507.

en el Art. 223 (por un error en el *Proyecto* se menciona el Art. 229 que se refiere al allanamiento). El Art. 240 del *Proyecto* establece el examen obligatorio de la *prisión preventiva* cada tres meses por el Juez o Tribunal, de manera que vencidos los plazos del Art. 223 de oficio procedería la libertad plena del imputado.

Como ejemplo: podría ocurrir que un procesado por tráfico de drogas, violación, asesinato, etc. se encuentre privado de la libertad y al llegar a los dos años no se hubiese dictado aún sentencia condenatoria a firme, si esto acontece debería ser puesto en libertad. En el caso de delitos sancionados con penas de hasta cinco años de prisión, la libertad se debería otorgar al cumplirse un año bajo el régimen de *prisión preventiva*.

Nota: No existe ninguna causa o razón de interés social que impida o limite el otorgamiento de la excarcelación al vencerse los plazos máximos de duración de la privación de la libertad en *prisión preventiva*, no obstante la gravedad del delito como en los casos de crimen organizado, asesinatos múltiples, violaciones seguidas de muerte, tráfico de estupefacientes, etc.

CRITERIO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.-

Como se trata de institutos nuevos en nuestro sistema procesal penal, no tenemos aún un criterio doctrinario propio, y menos criterios jurisprudenciales orientadores o clarificadores de algunos aspectos importantes, de allí la necesidad de recurrir al precedente doctrinario y jurisprudencial ya existente.

La Excarcelación.- "Es un procedimiento devolutivo del derecho a la libertad, que procede en los casos que una persona sometida a proceso ha sido privada de la misma como medida asegurativa. Pero esta libertad se devuelve con ciertas sujeciones o cauciones (y de ahí que se hable también para estos supuestos de libertad caucionada) destinadas a lograr la comparecencia del justiciable a la causa todas las veces que fuera necesario, por lo que tiene a la vez un carácter limitativo y provisional, pudiendo revocarse por causas que la misma ley establece y

que, en lo fundamental, se aúnan en torno a situaciones que impliquen el quebrantamiento de los compromisos contraídos" (6).

Con la locución *excarcelación* por nuestra parte hacemos referencia al derecho a la liberación de un imputado en toda su amplitud, vale decir, que ésta puede tener como precedente una libertad *caucionada* o el otorgamiento de la misma cuando han vencido los plazos de la *prisión preventiva*.

Presupuesto procesal de la *prisión preventiva* es el peligro de fuga y de allí la necesidad de la medida de aseguramiento.

Mas ocurre que si se agota el plazo de duración de la *prisión preventiva* procede la excarcelación aunque no ha desaparecido el peligro de fuga. Esto en definitiva se traduciría en fuente de impunidad por culpa de una Administración de Justicia morosa.

La jurisprudencia argentina considera que si bien el *juicio previo* y el *estado jurídico de inocencia* conforman la fuente del derecho a la excarcelación, la necesidad de asegurar el sometimiento al proceso del imputado, y eventualmente el cumplimiento de una pena privativa de la libertad, lleva al Estado al encarcelamiento preventivo del individuo – limitado en su duración temporal– con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del proceso en especial y el aseguramiento de la justicia en general (7).

La excarcelación es una aplicación práctica del principio de inocencia dentro del proceso penal que en específicas y taxativas ocasiones cede espacio en aras de la real efectivización de las resoluciones judiciales, y cuando existe un peligro cierto o presumido por la ley de frustración en caso de que el agente goce de libertad provisoria.

El peligro de fuga es igual a eludir el sometimiento a proceso o a burlar acción de la justicia. El *Proyecto* no nos indica criterios rectores para presumir razonablemente el peligro de fuga, esto es que el imputado

(6) VASQUEZ ROSSI Jorge, *Curso de derecho procesal penal*, Santa Fé, 1985, p. 279.

(7) Ver, BERTOLINO Pedro J., *Excarcelación y eximición de prisión de la provincia de Buenos Aires*. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 8.

en caso de gozar de libertad no se someterá voluntariamente a proceso. Podemos suponer que un criterio orientador sea el de la gravedad de los delitos imputados, las circunstancias de su comisión como cuando se trata de actos delictivos perpetrados por el crimen organizado (por ej. actos de terrorismo), casos en los que para garantizar la comparecencia del imputado al proceso sea *necesaria la prisión preventiva*.

La jurisprudencia argentina nos orienta con algunas resoluciones que permiten racionalizar la posibilidad de que el imputado pretenda *eludir el sometimiento al proceso*, negando el derecho a la excarcelación en circunstancia en que se ha dispuesto la expulsión del país de un extranjero, por resultar evidente que burlará la acción de la justicia y su sometimiento a proceso (sic).

En otros casos ha negado este derecho o beneficio porque la pluralidad de intervinientes y la gravedad del hecho delictivo hacen presumir que de concederles su libertad procurarán eludir u obstaculizar su sometimiento al proceso.

Otras causas para la negativa del derecho a la *excarcelación* han sido el *peligro para bienes jurídicos*, en relación a las víctimas en caso de extorsión, privación ilegal de la libertad y resistencia a la autoridad; la *peligrosidad* de la imputada; la *reiteración delictual* (8).

Se trata de situaciones que autorizan razonablemente a presumir que el o los imputados van a tratar de eludir u obstaculizar la investigación o eludir el sometimiento a juicio. Vale decir, que cada caso en concreto podría permitir la negativa de la excarcelación, cuando deba presumirse razonablemente que el pretense beneficiario tratará de eludir la acción de la justicia o su sometimiento al proceso.

DIFERENCIA ENTRE LA EXCARCELACION Y LA EXIMICION DE PRISION.-

Ya hemos manifestado que la *excarcelación* es un derecho a la libertad que hace efectiva las garantías constitucionales que la amparan. La *eximición de prisión* es un derecho del imputado que tiene por objeto

(8) Cfr. BERTOLINO Pedro J., en ob. cit. p. 33.

evitar una privación de la libertad innecesaria, que puede surgir como consecuencia de la imputación de un delito, independientemente de si ha sido procesado o no, o de si existe una orden de detención o prisión.

La diferencia con la *excarcelación* reside en que en ésta el imputado debe estar privado de la libertad, y en la *eximición de prisión* no está privado de ella y el fin que se persigue es evitar que se ordene el encarcelamiento o que se cumpla, esto es que puede o no haberse dictado la orden de prisión. La *eximición de prisión* es procedente en todos aquellos casos en que procede la *excarcelación*.

El prof. CLARIA OLMEDO al comentar los caracteres de la *excarcelación* mediante *caución*, sostiene que más que un beneficio es en verdad un derecho: "En primer término debe afirmarse que la obtención de la libertad caucionada es un derecho del imputado y no un simple beneficio.

Es el derecho constitucional de evitar el encierro durante el proceso cuando puede ser sustituido por otro tipo de seguridades menos gravosa a cuyo constreñimiento se somete voluntariamente. Ese derecho a coerción más benigna surge como una manifestación del principio de inocencia y aparece establecido en la Constitución Nacional..." (9).

El prof. VELEZ MARICONDE, afirma que la *excarcelación* implica "un estado provisional de libertad, sometida a especiales vínculos, en que el procesado se encuentra cuando se evita o se hace cesar la prisión preventiva", y en el aspecto subjetivo sostiene que no es un simple beneficio que la ley le acuerda, sino un derecho que nace de la Constitución (10).

En el versado criterio del Prof. VELEZ se puede utilizar la expresión *excarcelación* con propiedad, tanto cuando nos referimos a la libertad caucionada como cuando nos referimos al ejercicio del derecho para evitar que se haga efectiva la *prisión preventiva*. Esta apreciación es consecuencia lógica de la inexistencia normativa de la *eximición de prisión* en el Código de Procedimiento Penal que comentaba el citado profesor.

(9) CLARIA OLMEDO Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 309-310.

(10) VELEZ MARICONDE Alfredo, Ob. cit. p. 521.

La jurisprudencia argentina al referirse a la *eximición de prisión*, hace esta aclaración "la excarcelación procede únicamente cuando el procesado se hallare detenido. Si bien en el caso en estudio se ha invocado erróneamente este instituto procesal, existiendo con la eximición de prisión una relación de género a especie y debiéndose estar a lo más favorable al imputado, corresponde su tratamiento como tal" (11).

Con la *eximición de prisión* prevista en el Art. 225 del *Proyecto*, se pretende que un imputado consiga un pronunciamiento del Juez o Tribunal de que no se le va a ordenar la prisión.

Detención por parte del Ministerio Público.- En el Proyecto (Art. 227) se le otorga capacidad al Ministerio Público para ordenar la detención de un imputado. Es una medida de aseguramiento previo PARA solicitar al Juez o Tribunal que disponga la *prisión preventiva*. La detención no tiene como finalidad investigar al sujeto, lo que se pretende es que le permita al Ministerio Público demandar del Juez o Tribunal la prisión. El plazo de esa detención es de veinticuatro horas.

No tenemos precedente en nuestro sistema procesal sobre esta medida.

Prisión preventiva después de ser oído el imputado.- El Art. 230 del *Proyecto* determina como un presupuesto de procedibilidad que el imputado sea oído. No parece haber dificultad que se admita que este presupuesto se cumple cuando es escuchado a través de su defensor oralmente o por escrito. De conformidad con el Art. 91 del *Proyecto* si se encuentra privado de la libertad se le recepta la declaración *indagatoria*, caso en el que también sería oído.

CESACION DE LA PRISION PREVENTIVA.-

La finalización de la prisión preventiva está prevista en el Art. 232 del Proyecto, pero advertimos que se refiere a la cesación de la medida cautelar cuando está privado de la libertad pues así lo dice el primer inciso.

Las causas de *excarcelación* son: 1.- la revocabilidad por la desaparición de los presupuestos que le dieron origen. O cuando puede ser sus-

(11) Cit. en BERTOLINO Pedro J., ob. cit. p. 54.

tituida por una medida alternativa (caución de las previstas en el Art. 233). 2.- la duración que supere a la condena que se espera. 3.-cuando la duración exceda los plazos previstos en el Art. 223 del *Proyecto* (uno y dos años). 4.-cuando se haya convertido en una pena anticipada o no se pueda garantizar el tratamiento previsto en el Art. 238.

En la práctica y de acuerdo con nustr. realidad penal o penitenciaria esta disposición (Art. 238) es inaplicable, pues se dice que el *preso preventivo* debe ser tratado de modo que la prisión no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para *evitar la fuga*, esto es que no genere males mayores que la sola privación de libertad, porque si esto ocurre debe disponerse la libertad.

Como no cabe el juzgamiento en ausencia puede ordenarse la detención para asegurar el sometimiento a juicio.

CADUCIDAD DE LA INSTRUCCION FISCAL: APELACION.-

La *prisión preventiva* cesaría también en otro supuesto: cuando se declare *extinguida la acción penal por la caducidad de la instrucción fiscal*. De acuerdo con el Art. 253 del *Proyecto la instrucción fiscal* debe concluir dentro de los sesenta días. La Corte Superior puede otorgar una prórroga de manera excepcional y concluida ésta, el Juez debe declarar extinguida la acción penal.

Por la importancia del tema es preciso referirnos a una *prescripción excepcional* deveniente de la morosidad del Ministerio Público que no cumple con la *instrucción fiscal* en el plazo de sesenta días más una prórroga que le puede conceder la Corte Superior.

Esta prescripción que con propiedad puede serlo de la pretensión punitiva y no de la acción, que como poder ya se habría ejercido; debe ser suficientemente apreciada porque resulta injusto que se cancele ia potestad punitiva por la negligencia, descuido o por un actuar doloso del responsable de la *instrucción fiscal*. El rigor podría ser atemperado permitiendo la intervención de otro fiscal y escuchando a los ofendidos por ejemplo, sin perjuicio de las acciones a que diese lugar la actuación del fiscal moroso.

De conformidad con el **Art. 312 numeral 7), procede el recurso de apelación** del auto que declare la extinción de la acción penal como el que comentamos. Es interesante recordar que de conformidad con el Art. 311 del *Proyecto*, la interposición de un recurso *suspende la ejecución* de la decisión, salvo que expresamente se disponga lo contrario. Esto es que la decisión no se cumple a menos que se disponga lo contrario.

En un caso como el comentado, la *cesación de la prisión preventiva*, si se produce la *apelación* de la extinción de la acción penal (o de la pretensión), no tendría lugar sino cuando el Superior confirme la extinción. Esta apelación es diferente de la prevista en el Art. 242 del *Proyecto* que se refiere a la impugnación de las decisiones del Juez o Tribunal con respecto a las medidas cautelares (infra) en que se determina expresamente que la impugnación no tiene efecto suspensivo.

No nos referimos en esta sede y en estos breves comentarios a la prescripción de la acción penal por vencimiento de los plazos previstos en los Arts. **63 y 64** porque el acortamiento de los plazos cuando se ha iniciado el proceso es a la mitad, de manera que la reducción sería a 2 años y medio si se trata de delitos reprimidos con pena de hasta cinco años, y de 5 años cuando el delito está reprimido con pena superior a los cinco años.

Recordamos que la caducidad del auto de prisión preventiva tiene plazos máximos de uno y dos años.

SUSTITUTIVOS DE LA PRISION PREVENTIVA.-

Las *alternativas o sustitutivos de la prisión preventiva* están previstos en el Art. 233 del *Proyecto* en el que se determina la imperatividad por parte del Juez o Tribunal de utilizar uno o varios *sustitutivos de la prisión preventiva*, siempre que el peligro de la fuga se pueda evitar con la aplicación de esas otras medidas.

El módulo para *racionalizar la utilización de las medidas alternativas* está dado por la posibilidad de fuga (up supra) a cuyos comentarios nos remitimos. Esto es que la posibilidad o peligro de fuga es un impedimento para sustituir la *prisión preventiva* en casos como los ya analizados (gravedad del delito, calidad de los imputados, antecedentes de fuga, ocultamiento de domicilio, crimen organizado, etc.).

El monto de la garantía cuando es real o personal lo determina racionalmente el Juez sin estar sujeto a cálculos matemáticos como acontece en el CPP vigente. En determinados delitos puede servir como módulo cuantificador el monto del daño material ocasionado y las posibilidades económicas del imputado.

En el artículo citado se prevén medidas alternativas de diferente calidad incluyendo las constituidas por *cauciones personales y reales* (fianzas, prendas e hipotecas), depósitos de dineros, valores, así como la *caución juratoria* que es un sustitutivo de la prisión *preventiva* nuevo en nuestro país.

Hay otras medidas alternativas como el *arresto domiciliario*, la obligación de someterse a la vigilancia o cuidado de una persona o institución determinada, de comparecer periódicamente ante el Juez o Tribunal, la prohibición de ausentarse del país o de una determinada localidad, de concurrir a determinadas reuniones o lugares, etc.

DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ.-

Un aspecto también importante del *Proyecto* es que no hay limitaciones expresas o taxativas para negar el derecho a la *excarcelación*, -esto es que en principio el monto de la pena no tiene relevancia y si el imputado demanda que se otorgue la *excarcelación* le corresponde al Juez o Tribunal aceptarla o negarla. Para esto deberá racionalizar el *peligro de fuga* como paso previo para optar por una *medida alternativa*.

Hemos explicado ya que en cada caso el Juez o Tribunal examina la posibilidad o *peligro de fuga* (que incumpla el sometimiento a juicio) con criterio de *razonabilidad*. "El temor a que el imputado obstaculice o fruste la realización del juicio mediante su fuga, determina en los códigos el mantenimiento de su encarcelamiento preventivo, pues su excarcelación será denegada cuando *hubiere vehementes indicios de que tratará de eludir la acción de la justicia*" (12).

El Juez o Tribunal no puede obligar al imputado a que ofrezca o

(12) CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, 2da. edic. Tomo 1, Depalma 1988, Buenos Aires, p. 26.

constituya una *caución excarcelaria* que no puede cumplir como sería el depósito de dinero, si solamente ha ofrecido la caución juratoria.

La elección del tipo de caución queda librada al prudente arbitrio judicial, que puede tomar como criterios la naturaleza del delito, las condiciones personales y los antecedentes del sujeto. "Sin embargo se ha de tener en cuenta que la decisión judicial está regida por el principio de congruencia, por manera que si el beneficio fué solicitado bajo simple juramento compromisorio, no podrá ser otorgado bajo caución real... Pero la petición que no especifica el tipo de caución que se ofrece, habilita al tribunal a fijarla dentro de los amplios límites que admite el precepto" (13).

Otro criterio de orientación estará dado por la cantidad de la pena conminada en abstracto por la ley para el hecho imputado, lo que llevaría a contrabalancearla con una caución de mayor significación. Entre las condiciones personales del imputado la situación económica debe ser prudentemente apreciada por el Juez o Tribunal, para determinar la cuantía de la caución o garantía real o personal.

Debe considerarse que la situación económica no debe constituir un privilegio que convierta a los *sustitutivos de la prisión preventiva* en medidas de privilegio.

"Es que si la fianza impuesta fuese muy elevada, el derecho a la libertad caucionada podría tornarse ilusorio o se consagraría un odioso privilegio en favor del próspero. La alternativa de la garantía tiende precisamente a evitar esa injusticia" (14).

EXAMEN DE LA PRISION PREVENTIVA: APELACION.-

Es destacable el establecimiento del *examen obligatorio* de la *prisión preventiva* consagrado en el Art. 240 del *Proyecto*. Este examen de oficio de la medida cautelar personal es una interesante innovación que permite mecanismos de autocontrol, y la posibilidad de la sustitución de la prisión por una alternativa a la *prisión preventiva* de las consignadas en el Art. 233, o la libertad plena del imputado.

(13) ALMEYRA Miguel A., en CAFFERATA NORES, *La excarcelación...* ob. cit. p. 164.

(14) ALMEYRA Miguel A., en ob. cit., p. 165.

En el Art. 241 del *Proyecto* se permite el **examen de la medida** cautelar de la prisión *preventiva* a pedido del propio imputado o de su defensor. En ambos casos el examen se produce en audiencia oral, y en el segundo caso dentro de las veinticuatro horas de propuesto.

Debe o no estar privado de la libertad el Imputado?

En nuestra opinión, parece ser que debiera estar privado de la libertad pues se refiere tanto a la *prisión preventiva* como a la *internación provisional*, y se hace referencia al examen en audiencia oral así como al otorgamiento de la libertad plena.

Apelación.- Cualquiera que fuese la decisión del Juez o Tribunal en relación con las medidas cautelares, por ejemplo que las imponga o rechace, que otorgue o niegue la revocatoria, que conceda la sustitución mediante la concesión o constitución de una caución, que niegue el otorgamiento de la caución o garantía, etc., el Ministerio Público, el imputado o su defensor pueden apelar de la decisión impugnándola ante la Corte Superior.

La posibilidad de la *apelación* es también una importante innovación del *Proyecto* y tiende a hacer efectivo el derecho a demandar un mejor control de las medidas cautelares, por cualquiera de las partes (excepto el acusador particular) que se considere afectada con la decisión del Juez o Tribunal.

La *apelación no tiene efecto suspensivo* dice el Proyecto, lo que significa que la decisión del Juez o Tribunal se cumple sin perjuicio de que la Corte Superior la revoque. Esto es que si dispone por ejemplo una liberación ésta debería cumplirse o ejecutarse porque la apelación no la afecta, igual ocurriría si acepta una medida sustitutiva de la *prisión preventiva*, o si niega la excarcelación o la prestación de una caución.

AMPARO PREVENTIVO E INDEMNIZACION.-

El amparo preventivo.- Es un instituto procesal que ha sido ampliado en relación con la garantía de amparo de libertad o recurso de queja, previsto en el Art. 458 del CPP vigente.

El amparo está previsto en el *Proyecto* en el Art. 392 y permite el ejercicio del derecho a demandar la libertad aún en el evento de que no se hubiese ejecutado la *prisión preventiva*. No se requiere que esté privado de la libertad para que demande el amparo (respeto) de la garantía. Esta propuesta es coherente con el principio constitucional de inocencia y representa un significativo avance.

Interesa destacar un *efecto* de gran valía en materia de recursos que es la comunicabilidad de las circunstancias de favorecimiento del **recurso**. Esto significa que sus efectos benefician aún a aquel o aquellos que no han utilizado el *recurso*, siempre que la resolución emitida en su favor no se funde en motivos exclusivamente personales (Art. 311, inc. 1).

Si se interpreta correctamente el alcance de la *comunicabilidad*, la impugnación prevista en el Art. 242 y el amparo preventivo del Art. 392 deben favorecer aún a aquellos que no han ejercido tal derecho pues se trata de proteger el derecho a la libertad, hasta de oficio.

Indemnización por prisión preventiva.- En el Art. 384 del *Proyecto* se consagra la indemnización por los días que ha estado privado de la libertad el imputado en *prisión preventiva*, cuando sea absuelto o se dicte en su favor auto resolutorio de sobreseimiento definitivo.

Este es un notorio avance para hacer efectiva la obligación del Estado de indemnizar en los casos de privaciones de la libertad previstas como medidas de aseguramiento. Se pretende así limitar en alguna medida el abuso con la *prisión preventiva*.

REQUISA INCONSTITUCIONAL.-

Existe un rechazo unánime por parte de la doctrina que postula la vigencia de un derecho penal y de un sistema penal respetuoso del Estado de Derecho, a todas aquellas medidas de coerción o compeltimiento que son abiertamente violatorias a la dignidad personal y constituyen un atentado al pudor, cometidas por la fuerza pública mediante requisitos por tráfico de estupefacientes, principalmente.

Esta práctica abusiva de elementos policiales y militares que proceden a inspecciones vaginales o anales con el pretexto de buscar evidencias físicas en este tipo de delitos, es inhumana, cruel y degradante.

La práctica aberrante de este tipo de requisas vaginales o anales es abiertamente violatoria de derechos humanos relacionados con la intimidad y el respeto a la dignidad humana.

Si tal requisita aunque la efectúen mujeres es inconstitucional, resulta difícil entender las razones por las que en el *Proyecto* se pretenda declarar la legitimidad de actos humillantes y degradantes, violatorios de garantías constitucionales, cometidos incluso por *varones*.

La Constitución de la República consagra como *derechos de la persona* -entre otros- la prohibición de la tortura y todo procedimiento inhumano o degradante (Art. 19, 1.-) por lo que resulta inexplicable que en el Proyecto se permita la requisita corporal del imputado, que debe ser practicada por una persona del mismo sexo, salvo que no se encuentre alguna en el lugar y la demora importe peligro inminente de pérdida de un elemento probatorio (Art. 133).

Esta es una disposición peligrosa que permitiría la institucionalización del abuso, pues a pretexto de que es necesaria y que en el momento de la requisita corporal no se encuentra presente una persona del mismo sexo, con seguridad la requisita vaginal o anal de una mujer por elementos *varones* de la fuerza pública se convertiría en una pésima costumbre.

Esta *requisita* estigmatizante, es contradictoria con el discurso ideológico del *Proyecto* que en más de una ocasión se proclama respetuoso de los derechos humanos del imputado y del principio de inocencia. Una prueba de tal contradicción la encontramos en el Art. 88 que se refiere a la investigación corporal del imputado, como cuando se le trata de extraer sangre para análisis de laboratorio, la que debe estar precedida por su consentimiento.

Con acierto sobre este tema, y comentando la requisita vaginal carcelaria, se ha manifestado: "admitiendo que en muchos casos la vagina haya sido utilizada para ingresar en los penales armas o drogas, también debe admitirse que la frecuencia de esa práctica no es significativa ni pone en peligro la seguridad colectiva del establecimiento... De otra parte el argumento de la droga tampoco es convincente. A pesar de que ciertamente la requisita ha propiciado la incautación de marihuana y basuco, sustancias que normalmente se obtienen por conductos pública-

mente reconocidos, las cantidades confiscadas no justificarían por sí solas el mantenimiento de ese denigrante sistema" (15).

Si acudimos a la ecuación costo-beneficio cuya solución es admitida universalmente como un adecuado mecanismo de evaluación, llegaremos sin mayor esfuerzo a la conclusión que el costo en materia de derechos humanos, es mucho más alto que el *beneficio* de una requisita anal o vaginal inmorral y censurable. La preeminencia del respeto a la dignidad humana está muy por encima de cualquier argumento legitimante.

NUESTRA POSICION.-

Pudiese parecer que nuestra posición en estos comentarios sobre la *prisión preventiva*, resulte contraria con la posición que hemos mantenido en torno a buscar mecanismos alternativos para desinstitucionalizarla. Tal apreciación no es exacta pues la preocupación ha surgido por las consecuencias inmediatas (la excarcelación) que se producen en caso de operar la *caducidad del auto de prisión preventiva*, sin excepción alguna.

Pensamos que puede discutirse la posibilidad de atemperar en casos excepcionales, el rigor de excarcelaciones que pueden resultar cuestionadas y socialmente intolerables por la gravedad de los delitos.

Como ejemplo evidente de la preocupación por la excarcelación sin límite cuando fenece el plazo de duración de la *prisión preventiva (caducidad)*, citamos la experiencia procesal en la provincia de Buenos Aires, cuyo Código de Procedimiento Penal en el Art. 437 señala que la prisión preventiva terminará a los dos años de la detención.

Se ha establecido en Buenos Aires un mecanismo regulador del otorgamiento de la libertad con leyes especiales complementarias del Código, que contemplan los sustitutos de la prisión preventiva con medidas alternativas como son las diferentes cauciones o garantías.

La ley 10.484, llamada *Ley de excarcelación y eximición de prisión* fue publicada el 2 de marzo de 1987, posteriormente se la reformó me-

(15) PULIDO ESCOBAR María Claudia, "Por una cárcel humanitaria", en *Nuevo Foro Penal*, N^o 46, Temis, 1989, p. 466-467.

dian­te ley 10.594 del 24 de noviembre de 1987; y se dictó una ley refor­matoria posterior publicada el 8 de agosto de 1990, que es la 10.933.

En la ley 10.933 se consagra en su Art. 1 la excarcelación por alguna de las cauciones previstas en esa ley, estableciéndose en principio una limitación pues considera no excarcelables los delitos imputados con pena cuyo máximo supere los seis años (anteriormente el límite era de ocho años). Y en el literal i) se determina que si se tratare del caso previsto por el Art. 437 del CPP, en este caso **la excarcelación sólo podrá denegarse por las causas previstas en el Art. 3 de la propia ley 10.933.**

El Art. 3 citado dice que podrá denegarse la excarcelación cuando el juez o tribunal considerase que existen razones fundadas para entender que el detenido procurará eludir u obstaculizar la investigación o su sometimiento al proceso, o represente un peligro cierto de lesión de bienes jurídicos o de reiteración delictiva, o que su conducta haya recaído sobre bienes que se encontraban en situación de desprotección (sic).

Este peligro podrá presumirse especialmene cuando se trate de delitos cometidos con pluralidad de intervinientes, en forma reiterada, o mediante la disposición para fines criminales de medios económicos, humanos o materiales organizados en forma de empresa, o en razón de antecedentes que permitan extraer indicios vehementes acerca de la peligrosidad del imputado (sic).

La jurisprudencia ha resuelto que si bien un procesado ha cumplido el plazo de dos años-previsto en el Art. 437 del CPP, la gravedad del delito, la pena impuesta, el agravio del ministerio público, etc. constituyen fundadas razones para entender que de modificarse el criterio adoptado en el auto impugnado, el procesado procurará burlar la acción de la justicia.

En otro momento la Cámara de San Isidro (4/10/88) ha expresado que "si bien la situación encuadra en principio en el Art. 437 del CPP, no puede dejar de advertirse que en autos existe sentencia no firme que provee mayor certeza respecto a su eventual responsabilidad y por aplicación de lo normado en el art. 3 de la ley 10.594 a la que permite acceder el inc. i del art. 1 del mismo cuerpo normativo, corresponde denegar su excarcelación, en virtud de haberse cometido los hechos atribuido mientras

gozaba del beneficio de libertad condicional por un delito similar que permite concluir que podría burlar la actuación de la justicia" (16).

Es probable que debemos admitir que la experiencia procesal y jurisprudencial citada, ameritan un cuestionamiento al trámite de la excarcelación que deba concederse sin límites o parámetros de excepción, tal y como está prevista en el *Proyecto*.

Esta observación no significa contradicción alguna con la crítica sostenida que personalmente hemos formulado al abuso con la *prisión preventiva*, antes por el contrario, reafirmamos la necesidad de su desinstitucionalización en condiciones que no signifiquen una quiebra de la justicia ni una mayor pérdida de su credibilidad.

Por la similitud con el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (17), que se elaboró en Argentina, y en relación con algunos cuestionamientos formulados en estos comentarios, mencionamos que la inspección corporal o mental prevista en el Art. 157 del *Proyecto* argentino contempla una requisita que es igualmente inconstitucional, redactada en términos parecidos a la que contempla el *Proyecto* ecuatoriano.

En relación con la caducidad de la *prisión preventiva*, el Art. 208 del Proyecto argentino se refiere a la cesación del encarcelamiento, manifestando que la privación de libertad finalizará cuando su duración exceda de un año, pero si se hubiera dictado sentencia condenatoria, podrá durar tres meses más.

El Tribunal de Casación a pedido del tribunal o del ministerio público podrá autorizar que el plazo de un año se prolongue hasta otro año más fijando el tiempo concreto de las prórrogas (sic). Parece un buen mecanismo de control de la prisión el que citamos.

En cuanto al plazo de la *instrucción* el Art. 262 del *Proyecto* argentino establece el derecho a solicitar al juez de instrucción, la fijación de un plazo prudencial para la conclusión de la investigación una vez que hubiesen transcurrido **seis meses** desde la individualización y comparecencia del imputado. Vencido el plazo el ministerio público debe emitir su criterio y si no lo hace a petición de parte o de oficio el juez

(16) BERTOLINO Pedro J., en ob. cit. p. 18.

(17) Publicado en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires. 1987.

procede a examinar las actuaciones y lo emplaza por última vez para que cumpla con los actos faltantes.

CONCLUSIONES.-

Intuimos las dificultades que pueda tener para su aprobación un *Proyecto* de Código de Procedimiento Penal, que constituye un giro copernicano en un segmento de nuestro *sistema penal* como es el relacionado con el procedimiento. Apreciamos que tiene falencias como toda obra humana que es por su naturaleza perfectible, pero tiene institutos que deben ser valorados y que por su importancia resultan un aporte inmediato en esa lucha inagotada por una justicia penal menos violenta y más democrática.

En el orden de ideas antes manifestado, y en relación con las *medidas cautelares y los sustitutivos o alternativas* previstas en el *Proyecto* mencionamos como positivas:

1.- La excarcelación por la caducidad del auto de prisión preventiva cuando se vencen los plazos de uno y dos años de detención del imputado, con la salvedad de excepción que hemos formulado.

2.- La excarcelación mediante la prestación de una caución juratoria, pues así se haría realidad el principio constitucional de la igualdad ante la ley.

3.- La eximición de prisión por la presentación espontánea del imputado pidiendo que se le garantice que no va a ser privado de la libertad, pues se trata de conseguir un pronunciamiento coherente con el principio de inocencia. Destacamos el error del Art. 225 del *Proyecto* porque el requerimiento debería ser al Juez o Tribunal y no al Ministerio Público (up supra).

4.- El examen de oficio de la prisión preventiva por el Juez o Tribunal cada cierto tiempo.

5.- La apelación, de las medidas cautelares impuestas o rechazadas por el Juez o Tribunal para ante la Corte Superior, para encontrar un mecanismo de control y supervigilancia de las medidas de aseguramiento y de los sustitutivos o alternativas a las mismas.

6.- El amparo preventivo de libertad cuando no se ha podido ejecutar el auto de prisión preventiva, vale decir, cuando el imputado se encuentra en calidad de prófugo, pues de lo que se trata es de rectificar una medida de aseguramiento improcedente que causa también agravio a quien no se encuentra privado de la libertad.

7.- La comunicabilidad de las circunstancias favorables de un recurso a aquellos imputados que no ejercieron el derecho a la impugnación, siempre que el favorecimiento no obedezca a circunstancias estrictamente personales.

8.- La obligación del Estado de indemnizar en los casos de privaciones de libertad como consecuencia de la prisión preventiva, cuando el imputado sea absuelto o se dicte a su favor sobreseimiento definitivo.

En nuestra opinión y en relación con la parcela del *Proyecto* que comentamos brevemente, son negativas:

1.- La caducidad de la *instrucción fiscal* con la extinción de la acción penal cuando transcurran sesenta días más el plazo que le otorgue la Corte Superior. Debe permitirse la intervención de otro fiscal y debe escucharse a la víctima o a sus parientes.

2.- La requisitoria corporal (Art. 133) que se traduciría en exploraciones vaginales o anales por parte de *varones*, so pretexto de buscar evidencias físicas. La relación costo-beneficio nos permite concluir sin mayor esfuerzo que es una práctica aberrante e inconstitucional.