



UNIVERSITAT_{DE}
BARCELONA

La prisión provisional como pena anticipada

Julio Gonzalo Miranda



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 4.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de investigación: Derecho Penal y Ciencias Penales

LA PRISIÓN PROVISIONAL COMO PENA ANTICIPADA

Tesis presentada para optar al título de Doctor en Derecho por

Julio Gonzalo Miranda

Directora: Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

BARCELONA, 2020

RESUMEN

La prisión provisional es utilizada aun en nuestros días como una pena anticipada. Esa percepción permitió analizar en el presente trabajo el instituto pretendidamente procesal bajo distintos prismas y con las herramientas que brindan diversas disciplinas. La base constitucional radica en la observación de la presunción de inocencia, principalmente en cuanto regla de tratamiento del imputado. La mirada social fue entendida dentro de las ciencias de comunicación y las funciones y problemas que se advierten en la actividad mediática dirigida al proceso penal en un Estado Democrático. La dogmática del instituto cautelar y el deslinde de los distintos elementos que conforman la decisión de encarcelamiento sin condena se detuvo en las dificultades que subsisten respecto del modo de justificar la medida tanto en sus fundamentos como en el plano probatorio. Finalmente, el estudio de las teorías de la pena permitió advertir la identidad de funciones que, en muchos casos, se verifica entre la prisión provisional y la pena, las cuales coinciden con una equivalencia de efectos y consecuencias que se advierten ilegítimas. Se defiende, en definitiva, que la medida cautelar no puede tomar los fines de la sanción.

SUMMARY

The provisional prison is still used today as an anticipated penalty. This perception allowed the analysis of the allegedly procedural institute in the present work under different prisms and with the tools provided by various disciplines. The constitutional basis lies in the observation of the presumption of innocence, mainly as a rule of treatment of the accused. The social view was understood within the communication sciences and the functions and problems that are noticed in the media activity directed to the criminal process in a Democratic State. The dogmatics of the precautionary institute and the demarcation of the different elements that make up the decision of imprisonment without conviction stopped at the remaining difficulties regarding the way to justify the measure both on its grounds and on the probative level. Finally, the study of the theories of punishment allowed us to notice the identity of functions that,

in many cases, is verified between provisional imprisonment and punishment, which coincide with an equivalence of effects and consequences that are perceived as illegitimate. Ultimately, it is argued that the precautionary measure cannot take the purpose of the sanction.

RESUM

La presó provisional és utilitzada fins i tot en els nostres dies com una pena anticipada. Aquesta percepció va permetre analitzar en el present treball l'institut pretesament processal sota diferents prismes i amb les eines que brinden diverses disciplines. La base constitucional rau en l'observació de la presumpció d'innocència, principalment pel que fa regla de tractament de l'imputat. La mirada social va ser entesa dins de les ciències de comunicació i les funcions i problemes que s'adverteixen en l'activitat mediàtica adreçada a el procés penal en un Estat Democràtic. La dogmàtica de l'institut cautelar i la delimitació dels diferents elements que conformen la decisió d'empresonament sense condemna es va aturar en les dificultats que subsisteixen respecte de la manera de justificar la mesura tant en els seus fonaments com en el pla probatori. Finalment, l'estudi de les teories de la pena permetre advertir la identitat de funcions que, en molts casos, es verifica entre la presó provisional i la pena, les quals coincideixen amb una equivalència d'efectes i conseqüències que s'adverteixen il·legítimes. Es defensa, en definitiva, que la mesura cautelar no pot prendre els fins de la sanció.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA FRENTE A LA PRISIÓN PROVISIONAL	20
I. Introducción	21
II. Orígenes de la presunción de inocencia. Primeras críticas afrontadas	23
III. La presunción de inocencia en el derecho internacional.....	34
1. Los instrumentos internacionales	34
2. La Directiva Europea 2016/343	36
3. La presunción de inocencia en la Constitución española.....	38
4. Otras constituciones nacionales y la codificación iberoamericana.....	40
IV. Naturaleza jurídica de la presunción de inocencia	43
1. La presunción de inocencia como principio del derecho	47
2. La presunción de inocencia como regla de prueba.....	51
3. La presunción de inocencia como regla de juicio.....	56
3.1 La presunción de inocencia y el <i>in dubio pro reo</i>	56
3.2 Distinción práctica y la cuestión casacional	60
3.3 La consideración de los estándares de prueba	63
3.4 La prueba de los peligros procesales	65
3.5 Conclusiones parciales	66
4. La presunción de inocencia como regla de trato procesal.....	68
4.1 Las objeciones a la prisión provisional	72
4.2 La presunción de inocencia como límite	77
4.3 Posturas a favor de la prisión provisional por motivos no cautelares	79
4.4 Excepcionalidad y proporcionalidad del encarcelamiento preventivo	81
4.5 Conclusiones parciales	83
V. Acerca de la dimensión extraprocesal del principio	87
1. La presunción de inocencia en los procesos judiciales no penales.....	87
2. Las afectaciones al derecho durante la investigación policial	89
3. El tratamiento de la inocencia en la esfera pública	94
CAPÍTULO II. PROCESO PENAL Y COMUNICACIÓN	101
I. Los medios masivos y el proceso	101
1. Introducción	101

2. El rol de los medios de comunicación en la sociedad	104
2.1 Breve repaso histórico de la labor mediática.....	104
2.2 La comunicación mediática	105
2.3 Función social de los medios y desarrollo cultural.....	107
2.4 La masividad del mensaje y las <i>fake news</i>	109
2.5 Las construcciones simbólicas y los discursos sociales	111
2.6 La construcción de realidad por parte de las empresas de medios y el concepto de hegemonía en los campos político y jurídico	112
2.7 El concepto de legitimidad	116
3. El interés de las noticias en el sistema penal	122
3.1 El proceso penal y la prisión como símbolos ante la opinión pública	122
3.2 La evolución del atractivo social por la actividad punitiva.....	123
3.3 La construcción del relato periodístico	127
3.4 La mediatización del Derecho penal	129
3.5. La omisión de reflexionar sobre las verdaderas causas del delito.....	131
3.6. El fenómeno de la “agenda-setting”	133
3.7. El poder detrás de la decisión	136
3.8 La influencia en las acciones individuales, sociales e institucionales respecto a la criminalidad.....	138
4. Acerca de la relación entre la labor comunicativa y el punitivismo.....	141
4.1 El aumento del punitivismo a partir de la actividad comunicacional	141
4.2 La construcción de la emergencia y la reacción habitual.....	144
4.3 La relativa influencia constatada.....	146
4.4 Los ejemplos en España y en Argentina de reformas penales como respuesta a la supuesta demanda social de mayor seguridad.....	150
4.5 La función de la prisión provisional dentro del contexto punitivista	155
II. Los derechos afectados por la publicidad del proceso	156
1. Acerca de la publicidad del proceso.....	156
1.1 Los fundamentos de la publicidad del proceso.....	157
1.2 Las nuevas tecnologías y su consideración ante el principio de publicidad del juicio	161
1.3 Las distintas etapas del proceso y el secreto de sumario	163
1.4 Derechos fundamentales comprometidos de naturaleza procesal y sustantiva ...	167
2. Prisión provisional y medios de comunicación	170
2.1 El prejuicio social de culpabilidad	170

2.2 El tratamiento terminológico de los hechos judiciales	172
2.3 La comunicación masiva de las medidas cautelares en el proceso penal.....	173
2.4 La información sobre la prisión provisional y las reglas de publicidad del proceso	176
2.5 Las malas prácticas de los funcionarios	178
3. La incidencia negativa de los juicios paralelos	180
3.1 Los juicios mediáticos.....	180
3.2 Derivaciones de los juicios paralelos.....	182
3.3 Tratamiento jurídico de las afectaciones producidas por los juicios paralelos.....	186
3.4 La doctrina del TEDH y la jurisprudencia española	190
3.5 La mirada pública sobre el órgano judicial en Latinoamérica.....	194
3.6 La actitud de los jueces	196
4. Los derechos fundamentales en pugna	200
4.1 La libertad de expresión y de información.....	200
4.2 Normativa.....	202
4.3 La presunción de inocencia ante la libertad de expresión. La “doctrina preferente” y el test de proporcionalidad	203
4.4 Límites a la libertad de expresión	207
4.5 Otras propuestas.....	210
a) <i>Propuestas desde la legislación</i>	211
b) <i>Desde el Poder Judicial</i>	213
c) <i>La autorregulación periodística</i>	214
CAPÍTULO III. LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. ANÁLISIS CRÍTICO	218
I. Introducción	218
II. El fundamento cautelar de la prisión provisional	220
1. Los orígenes históricos del encarcelamiento previo a la sentencia	220
2. La regulación de la prisión provisional	225
3. La naturaleza cautelar	228
4. Las críticas al encarcelamiento cautelar	233
4.1 La postura abolicionista	234
4.2 La ponderación de los bienes en juego	236
4.3 La crítica interna.....	237
4.4 El abuso judicial.....	238
III. El elemento material de la prisión provisional.....	240
1. Delimitación del presupuesto material.....	240

2. La falta de formulación del estándar probatorio del elemento sustantivo	250
IV. El presupuesto procesal	260
1. Fuga o riesgo de fuga	269
2. Entorpecimiento de la investigación.....	277
3. Peligro de reiteración delictiva o protección de bienes jurídicos	287
3.1 El peligro de reiteración delictiva en la legislación actual.....	287
3.2. Posturas a favor del supuesto	291
3.3 Posiciones a favor de la eliminación de esta causal.....	297
3.4 Toma de posición	301
3.5 Propuesta alternativa.....	305
4. La alarma social	306
5. Limitación temporal de la medida restrictiva de derechos.....	316
6. Excepcionalidad y <i>ultima ratio</i>	326
CAPÍTULO IV. LAS TEORÍAS DE LA PENA EN LA PRISIÓN PROVISIONAL	333
I. La relación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal.....	333
1. Un sistema global de Derecho penal.....	333
2. ¿Función instrumental o simbiosis?.....	339
3. Acerca del principio de legalidad procesal.....	345
II. Acerca de la pena	352
1. El concepto de pena y los fines del Derecho penal.....	352
2. Teorías absolutas.....	360
2.1 La idea de retribución.....	360
2.2 KANT Y HEGEL	362
2.3 Críticas habituales	364
2.4 La retribución actualmente	368
2.5 El merecimiento de pena	370
2.6 Objeciones frente al neo-retribucionismo	372
2.7 Retribución y prisión provisional.....	374
3. Teorías relativas	378
3.1 Prevención general.....	380
a) FEUERBACH Y BENTHAM	381
b) JAKOBS	385
c) ZIPF, HASSEMER Y MIR PUIG.....	386
d) Otras distinciones dentro de la prevención general.....	388

3.2 Críticas a la prevención general (y propuestas limitadoras)	390
3.3 Prevención general y prisión provisional	394
4. Prevención especial.....	401
4.1 RÖDER Y VON LISZT	402
4.2 El Positivismo criminológico italiano.....	404
4.3 El correccionalismo en España.....	406
4.4 MAURACH Y ZIPF	408
4.5 Críticas a la prevención especial	409
4.6 Posiciones más actuales.....	413
4.7 Fines preventivo especiales en la prisión provisional	415
4.8 La resocialización en prisión.....	423
5. Teorías mixtas	424
5.1 Sobre las teorías mixtas y las unidimensionales	424
5.2 Ecléctico. Teorías de la unión	426
5.3 El merecimiento de pena como justificación dirigida al autor del delito	429
5.4 Ideas de las teorías mixtas en la prisión provisional	434
III. La prisión provisional como equivalente funcional de la pena	438
1. Cuestiones preliminares.....	438
2. La identidad en las consecuencias del encarcelamiento preventivo y la pena.....	439
3. La teoría de los equivalentes funcionales de la pena.....	444
4. El principio de proporcionalidad y el de inequivalencia	451
CONCLUSIONES	459
BIBLIOGRAFÍA.....	473

ABREVIATURAS

a.C.: antes de Cristo

ACDI: Anuario Colombiano de Derecho Internacional

ADC: Anuario de Derecho Civil

ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

Ap.: Apartado

Art./arts.: Artículo/s

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

ATS: Auto del Tribunal Supremo

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

Cap.: Capítulo

CCC: Código Civil y Comercial

ccdes.: concordantes

CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial

CDJP: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos

CEF: Centro de Estudios Financieros

CELS: Centro de Estudios Legales y Sociales

CFCP: Cámara Federal de Casación Penal

Cfr.: Confróntese

CGCOP: Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CI: Codex Iustinianus

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIJ: Centro de Información Judicial

Circ.: Circular

CN: Constitución Nacional (argentina)

CNCCyF: Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal

CNCP: Cámara Nacional de Casación Penal

CNCyC: Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional

Comp.: Compilador/es

Cons.: considerando

Coord./Coords: coordinador/es

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CP: Código Penal

CPI: Corte Penal Internacional

CPP: Código Procesal Penal

CPPCH: Código Procesal Penal Chileno

CPPN: Código Procesal Penal de la Nación (argentina)

CSIC: Consejo Superior de Investigaciones Científicas

CSJN: Corte Suprema de Justicia (argentina)

DADDH: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

d.C: Después de Cristo

DDHH: Derechos Humanos

dic.: diciembre

Dir. Europea: Directiva Europea

Dir./s: Director/es

D-L: Decreto Ley

DPLF: Due Process of Law Foundation

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

Ed.: Editorial

EPC.: Estudios Penales y Criminológicos

ETA: Euskadi Ta Askatasuna

FCE: Fondo de Cultura Económica

FJ: Fundamento Jurídico

IDL: Instituto de Defensa Legal

inc.: inciso

INECIP: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales

Jca.: Jurídica

jul.: julio

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

LOTIC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

OC: Opinión Consultiva

OCMA: Oficina de Control de la Magistratura (Perú)

ONU: Organización de las Naciones Unidas

p./pp.: página/s

PAMI: Programa de Atención Médica Integral

párr./párrs.: párrafo/párrafos

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PJ: Poder Judicial

PSJCR: Pacto de San José de Costa Rica

PUCP: Pontificia Universidad Católica del Perú

RD: Real Decreto

RDP: Revista de Derecho Procesal

RDPyC: Revista de Derecho Penal y Criminología

RECP: Revista Española de Ciencia Política

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

Rev.: Revista

RJUAM: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

RPP: Revista Pensamiento Penal

S.: Siglo

secc.: sección

ss.: siguientes

SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional

SSTEDH: Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

T./t: tomo

TC: Tribunal Constitucional

TCT: Tribunal Central del Trabajo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFM: Trabajo Final de Maestría

Tít.: Título

TPI: Tribunal Penal Internacional

TPIR: Tribunal Penal Internacional Ruanda

TPIY: Tribunal Penal Internacional Yugoslavia

Trad.: Traductor

TS: Tribunal Supremo

UAB : Universidad Autónoma de Barcelona

UE: Unión Europea

UFMG: (Brasil) Universidad Federal de Minas Gerais

UNAM: (México) Universidad Nacional Autónoma de México

UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia

UNLP: Universidad Nacional de La Plata

UPB: Universidad Pontificia Bolivariana

UPF: Universidad Pompeu Fabra

USA: Estados Unidos de América

v. gr.: verbigracia

Vid.: véase

vol.: volumen

Agradecimientos

Agradezco a quienes creyeron en mí aún más de lo que yo creía. Sin esa fuerza, puesta en palabras y gestos oportunos, este trabajo no hubiera podido realizarse.

En nombre de todos ellos, a mis padres y a mi hermana. A Rodrigo Coto, a Mirentxu Corcoy y a Juan Sánchez Otharan.

Por sus consejos y generosidad, a Carlos Jourdan, Camilo Quintero, Sebastián Martínez, Ramón Ragués y Javier Arriola. Y a todos quienes colaboraron con sus sugerencias y recomendaciones literarias.

A los compañeros y amigos que también buscan identificar sus sueños y se embarcan en su materialización. El encuentro nos eleva.

A Barcelona.

INTRODUCCIÓN

*Es digno de elogio que la discusión acerca de la
prisión provisional no se haya apaciguado:
a través de ella se priva de la libertad a una persona
que según el derecho debe ser considerada inocente.*

WINFRIED HASSEMER¹

El uso actual de la prisión provisional ha revelado, sin interrupción, diversos problemas en cualquiera de los puntos de observación desde el que se lo evalúe.

La intuición que da inicio a la presente investigación parte de considerar que aunque en el plano formal no parece posible asimilar la medida provisional a la pena de prisión, su equivalencia se observa en distintos planos y ocasiona varios de los abusos que se perciben.

Por ello debe ser analizado a fin de precisar las razones por las que la literatura jurídica suele referirse al instituto procesal como una verdadera “pena anticipada” y observar, desde allí, las distintas soluciones que pueden aportarse para impedir su uso ilegítimo y limitar la afectación de derechos a lo estrictamente necesario.

La posibilidad de evaluar los distintos momentos en que la prisión provisional puede estar siendo utilizada como una pena, las razones de ello y sus consecuencias tanto normativas, como prácticas y discursivas, permitirá apreciar, a su vez, si la verificación de esta paridad en el plano legislativo o jurisprudencial la legitima o la afecta en sus fundamentos.

También se observa en un plano práctico, y en principio intuitivamente, que dicha asimilación es producto ya sea de un mal uso de la medida cautelar o de las

¹ HASSEMER, W., “Los presupuestos de la prisión preventiva”, en *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, (trad.) ZIFFER, P., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 105.

idénticas consecuencias que esta tendría, por ejemplo, con respecto a la pena en cuanto a nivel de aflicción o en sus efectos estigmatizantes.

Así, cuanto me propongo es sincerar los problemas que la prisión provisional encuentra desde su concepción. Con ello, responder a las preguntas que ayuden a una utilización legítima de la decisión utilizando para tal fin, como herramienta metodológica, el camino que ha transitado la búsqueda del fundamento de la pena a la par de identificar y fortalecer los límites al uso masivo de la decisión privativa de libertad.

Para ello dividiré el trabajo en cuatro grandes capítulos. En primer lugar resultará necesario para entrar en la consideración de estas circunstancias repasar el estado actual de la presunción de inocencia en sus distintas dimensiones. Identificaré cuales de ellas brindan verdadera protección actualmente y abordaré, fundamentalmente, la tensión respecto del uso de la prisión provisional durante el proceso penal.

Este punto atravesará toda la investigación y permitirá observar además si existe o no una dimensión extraprocesal del principio de inocencia.

Más allá de la respuesta a la que se arribe respecto de este último punto, se incluirá en el segundo capítulo una mirada sobre cómo afecta al proceso penal la actuación de los medios masivos de comunicación.

Atravesaré el análisis del concepto de juicio paralelo, la fijación de la agenda mediática, el derecho penal de emergencia, el punitivismo y sus diversos usos, por parte de una estructura de poder dominante en un momento histórico determinado.

Con ello reconocer, con elementos estudiados en el campo de las ciencias de la comunicación, el peso que implican las representaciones sociales que construyen la opinión pública a la hora de observar la actuación del sistema de justicia penal. Se percibe que la sociedad percibiría asimilada la prisión en cualquiera de las dos oportunidades procesalmente establecidas -prisión provisional o cumplimiento de la pena propiamente dicha- equiparando ambas decisiones.

Tras observar el modo en que los medios de comunicación transmiten, haciendo uso del -también fundamental en un marco democrático- derecho a la libertad de

expresión, intentaré concluir si tales situaciones de la vida social inciden en la función de prevención general que la pena posee y si esta es propia ya de la actividad procesal que transcurre antes de una sentencia o puede limitarse.

Otro efecto que puede poseer la mediatización masiva de la prisión radica en la presión que ello puede tener en los jueces -y, por ende en los justiciables-, afectando la independencia y la imparcialidad a partir de los sesgos que aquello genera. Sabido es que los medios tienen una interrelación con la política y con los grupos de poder económico y que, a su vez, el derecho penal fue históricamente una de las expresiones más fuertes del ejercicio del poder del gobernante.

El interés de las noticias en el sistema penal y el simbolismo que adopta el proceso serán observados con espíritu actual, crítico y multidisciplinario con el objeto de un mejor análisis respecto de los problemas y las consecuencias jurídicas que este fenómeno masivo puede tener en los sistemas vigentes.

A todos estos efectos utilizaré las fuentes bibliográficas más relevantes en cada temática, a la par de la normativa nacional e internacional y jurisprudencia acorde a los distintos sistemas que se observarán, dedicando primaria atención al sistema español pero extendiendo la mirada sobre otros países europeos y a la realidad latinoamericana.

Del mismo modo dedicaré un tercer capítulo al análisis de la decisión sobre la prisión provisional desde la demarcación de sus componentes materiales internos expuestos en la legislación, con una visión crítica tanto de su justificación, como de su formulación y aplicación, incluyendo el campo probatorio.

Para ello, intentaré identificar los principales problemas -normativos, prácticos y discursivos- de la protección que debe brindar el principio de presunción de inocencia en relación al encarcelamiento preventivo en sus distintas justificaciones determinando su relación con las exigencias constitucionales e internacionales.

Me detendré en la posibilidad de asignarle a la prisión provisional funciones preventivo-generales y especiales, advirtiendo asimismo criterios sustancialistas y presunciones que, adelante, deberán ser definitivamente erradicados en pos de la legitimidad de la medida, analizando si la formulación de estándares de prueba puede ser aplicada también en ese estadio procesal con el fin de favorecer las garantías que deben regir.

La naturaleza cautelar de la medida será observada con espíritu crítico a fin de establecer cuáles son los cuestionamientos que realmente hacen mella en la razón por la que los bloques constitucionales autorizan la decisión durante el proceso. Ello dentro de un sistema que, al parecer, no permite prescindir del encarcelamiento preventivo, al menos en algún punto.

Las razones procesales del dictado de la prisión provisional serán vistas en perspectiva respecto de su necesidad para la realización efectiva del derecho penal. Mientras que la función preventiva que busca evitar la reiteración delictiva será evaluada partiendo de las legislaciones y las posturas doctrinales que reconocen este rol a la medida y aquellas que la niegan.

Finalmente, en el cuarto capítulo, describiré los fines de la pena en sus teorías principales y los compararé con los fines de la prisión provisional. Explicitaré previamente un análisis de la relación entre las distintas ramas del derecho, de la validez del concepto de principio de legalidad procesal y de la teoría de los equivalentes funcionales de la pena y de ello extraeré las conclusiones que permitan abordar aquel paralelismo.

En el transcurso del trabajo, a la par de sincerar el sentido de la grave medida limitadora de derechos y analizándolo a la luz de los principios que los sustentan, se intentará identificar diversas herramientas como posibles paliativos de un abuso de la decisión sobre la prisión provisional identificando su origen.

Más allá de los objetivos que la naturaleza de una tarea como la que aquí se presenta busca estrictamente -demostrar suficiencia investigadora y aportar un resultado original a la ciencia-, intentaré, mediante el modo en que la presentación se realiza, que el registro de esta investigación pueda llegar no solo a la comunidad científica sino también a los diferentes estamentos jurisdiccionales, así como a cualquier ciudadano que se interese por las materias que se tratan.

CAPÍTULO PRIMERO

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA FRENTE A LA PRISIÓN PROVISIONAL

*“Debo preferir, sin duda, que veinte personas culpables
se libren de la pena de muerte por misericordia
a que un inocente sea injustamente condenado”*

John Fortescue²

I. Introducción

La presunción de inocencia se enmarca en la búsqueda de justicia³ y surgió con el fin de compensar la desigualdad de fuerzas entre el aparato de persecución estatal y el ciudadano que es acusado de un delito⁴.

Este principio se encuentra incluido en la totalidad de ordenamientos constitucionales y convenciones internacionales que reconocen derechos en el sistema continental actual y es el valor que aparece más gravemente vulnerado por la detención preventiva de un acusado que aún no ha sido juzgado ni condenado (junto con la evidente restricción al derecho a la libertad y, en muchos casos, la limitación en el ejercicio del derecho de defensa).

Intentaré definir si este principio, reconocido hoy como derecho fundamental y estudiado como garantía, colisiona con el ingreso de un imputado en prisión antes de una sentencia condenatoria firme o si, en cuanto regla de trato procesal o halo de protección del individuo inocente, cede y tolera la instrumentalización de este para garantizar los fines del proceso penal u otro fin, sirviendo de todos modos a la concreción de límites al uso excesivo de la detención durante el proceso.

Analizaré las distintas dimensiones que actualmente se consideran dentro del ámbito de aplicación de la presunción de inocencia, en especial su desempeño como regla de tratamiento del imputado. Incluiré la discusión sobre la posible dimensión extraprocesal del principio, en particular respecto de la actividad del periodismo y los

² FORTESCUE, J., *De laudibus legus Angliae*, Cap. 27, 1741.

³ Si bien el concepto de *justicia* puede explicitarse desde diversos puntos de vista, podemos partir de la concepción de ULPIANO que la identificaba con la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho, máxima que también fue defendida por TOMÁS DE AQUINO.

⁴ En este sentido, entre otros, OVEJERO PUENTE, A.M., “Protección del derecho a la presunción de inocencia”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 40, 2017, p. 431.

medios de comunicación en el tratamiento de la información en torno a un proceso en curso, y delimitaré la relación de la presunción con la regla *in dubio pro reo* y con otras reglas probatorias dentro del principio acusatorio.

El reconocimiento histórico y el debate sobre su naturaleza y alcance, que aún hoy es objeto de estudio, y la observación del límite permitido de su afectación de cara al encarcelamiento anticipado, otorgan combustible para expresar una discusión entre los autores que se ocupan de su interpretación y del estudio del sistema de aplicación de medidas cautelares de carácter personal, brindando su desarrollo un valioso respaldo estructural para la materia que me propongo desandar y exponer.

Por ello no resulta ocioso el repaso de sus orígenes y su desarrollo, incluyendo los períodos de zozobra a los que la presunción de inocencia ha subsistido, para entender las críticas actuales y arribar a conclusiones respecto de su vigencia y sentido actual, resultando de utilidad para ello también el repaso de su actual estado de consideración en el derecho positivo.

Y ello por cuanto el estudio de la prisión provisional en cualquiera de los aspectos que se aborde resulta muy difícil de ser analizado correctamente sin la consideración de la afectación de esta garantía -y eventualmente el grado en que esta pudiera verse contrariada- que se encuentra unánimemente reconocida en los textos constitucionales mas, tras su genérica formulación, brinda matices en cuanto a su desarrollo y alcance, y muchas más variaciones en cuanto a su efectiva aplicación práctica.

A partir de la presunción de inocencia también se evalúan grados de evidencia, asignación de la carga de la prueba⁵ (pudiendo extraerse de ella la regla *onus probandi*), presunciones a favor y en contra del imputado, reglas probatorias y aspectos técnicos de la aplicación del principio.

Por otra parte, la presunción de inocencia no se limita a definir el territorio de actuación jurídica o el campo epistemológico de la cuestión sino que se adentra en la propia vida cotidiana de la sociedad al intentar instruir a la opinión pública, a través de los medios de comunicación masiva, la información que ilustra la actuación del sistema de justicia penal.

⁵ Vid, entre otros autores, NIEVA FENOLL, J., "La razón de ser de la presunción de inocencia", *InDret*, enero 2016; FERRER BELTRÁN, J./NIEVA FENOLL, J./GIANINNI, L. J., *Contra la carga de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2019.

El principio de inocencia le da también sentido a la actuación del juez y a la garantía de imparcialidad, pudiendo derivarse de ello la aplicación de las aludidas reglas probatorias, estándares, etc., en distintos momentos del proceso previos a la sentencia y constituyendo a los magistrados como sus principales destinatarios en cada una de las etapas del proceso.

Entonces, ¿qué podemos decir sobre la presunción de inocencia que muestre la importancia que reviste esta para el dictado de la prisión provisional sin caer en la simplificación de que mediante esta decisión se está encarcelando a un inocente o se lo está penando anticipadamente vulnerando aquel principio sin más? Esta pregunta será analizada al considerarse la dimensión de la presunción como regla de tratamiento del imputado durante el proceso.

El estudio de su naturaleza jurídica permitirá apreciar su verdadero fundamento, si prevalece ante una presunción de culpabilidad, si tiene sentido la aplicación de la garantía y para quién la tiene (el investigado, el juez, la sociedad, los medios de comunicación, el legislador, etc.) o si es ilegítimamente obviada en algún grupo de supuestos.

La tensión existente entre la prisión provisional y la presunción de inocencia, pese al largo camino recorrido, no ha encontrado aún unívoca respuesta o solución en el ámbito teórico. Para acercarnos a una posible solución debemos expresar qué entendemos hoy por presunción de inocencia a partir de las distintas facetas en que suele observarse.

En primer lugar realizaré dos aproximaciones previas (el desarrollo histórico del principio y su presencia normativa) para poder analizar luego las distintas dimensiones.

II. Orígenes de la presunción de inocencia. Primeras críticas afrontadas

Parece acertado considerar la presunción de inocencia como una de las garantías medulares del proceso penal y con mayor historia. Ya desde los primeros textos jurídicos se estableció que quien acusaba tenía que probar sus dichos, castigándose gravemente, en defensa de la reputación del inocente, a quien lo hiciera en forma falsa,

reflejándose a partir de allí su contenido, el que evolucionaría hasta nuestros días con mutaciones.

El Código de Hammurabi⁶ establecía en su Ley I que “*si un hombre acusa a otro de homicidio y no puede aportar pruebas contra él, el acusador será condenado a muerte*”⁷. También aparecen referencias en el Antiguo Testamento⁸, mientras que otros momentos importantes de su desarrollo se ubican en cada una de las instancias trascendentales de la historia del pensamiento.

ULPIANO -en un rescripto del emperador hispano MARCO ULPIO TRAJANO-, a comienzos del S. III, señaló que es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente⁹. Esta afirmación -que es a menudo citada con variantes incorrectas desde un punto de vista lingüístico¹⁰- constituye el primer texto jurídico latino que se interpreta como regla de que, en aquellos casos en que existen dudas, es conveniente proclamar la inocencia del reo antes que condenarlo. Tendría luego sus versiones a lo largo de los siglos.

Así, sería atribuida a MAIMÓNIDES en el S. XII la aseveración de que es mejor absolver a mil culpables que condenar a muerte a un inocente, siendo luego popularizado el adagio por MATTHEW HALE (s. XVII), entre otros¹¹, recibiendo tal aseveración *a posteriori* el nombre de “fórmula de BLACKSTONE”. Esta máxima reconocía que la condena de un inocente era una grave injusticia y, para historiadores de esta

⁶ Escrito en 1750 a.C. por HAMMURABI, sexto rey de Babilonia, al unificar los códigos existentes en las ciudades del imperio babilónico. Es considerado uno de los conjuntos de leyes más antiguos que se han encontrado.

⁷ Citado, entre otros autores, por VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio”, *InDret*, julio 2017, p. 13; NIEVA FENOLL, “La razón de ser...”, p. 4.

⁸ DANIEL 6, 24-25; *Deuteronomio* XIX, 21; *Levítico* XXIV, 17-19; *Éxodo* XXI, 12 y XXI, 24.

⁹ ULPIANO, *Digesto de Justiniano*, Libro XLVIII: “*Satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”.

¹⁰ Conforme es expuesto por RAMIA, J., “La presunción de inocencia en una inestable sentencia latina”, *Revista de Llengua i Dret*, nº 67, 2017, pp. 294-302.

¹¹ FORTESCUE, J. (1471): “Debo preferir, sin duda, que veinte personas culpables se libren de la pena de muerte por misericordia a que un inocente sea injustamente condenado,”; HALE, M. (1716): “Es mejor que cinco personas culpables escapen del castigo a que una persona (inocente) deba morir”; VOLTAIRE (1746-1767): “Es mucho más prudente absolver a dos personas que sean culpables que dictar una sentencia condenatoria a una persona virtuosa e inocente”; FRANKLIN, B. (1785): “Es mejor que cien personas culpables se libren que una persona inocente sufra”; BLACKSTONE, W. (S. XVIII): “Es mejor que diez personas culpables se libren del castigo a que un inocente lo sufra”.

garantía como STUMER, era también una poderosa expresión de la necesidad de certeza en la prueba de cargo¹².

Se ha ubicado entonces la aparición de la presunción de inocencia en el ámbito jurídico con el Derecho Romano, en base a la información que proporciona el Digesto de JUSTINIANO¹³ -que en un tercio es producto de la obra recopilatoria de ULPIANO-, y también en alguna ley de las Partidas¹⁴. Para NIEVA FENOLL la presunción de inocencia constituyó en el mundo romano una verdadera norma de prueba legal, persistiendo así durante mucho tiempo¹⁵.

Tales antecedentes ayudan asimismo a comprender el alcance y significado de la palabra “presunción”, la cual proviene del latín *praesumptio* que significa “idea anterior a toda experiencia”. Una presunción es un hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado¹⁶. El vocablo “inocencia”, por su parte, procede del latín *innocens*¹⁷.

En este caso se suele ubicar a la presunción de inocencia entre las presunciones *iuris tantum* y se traduciría en la existencia de la certeza de inocencia mientras no exista prueba de la realización pretérita de un hecho que la derrote.

Esta presunción, que se establece hoy en los bloques Constitucionales de los Estados modernos, partiría de la premisa de tenerse por acreditada la inocencia de cualquier individuo¹⁸. Se ha alegado, sin embargo, el carácter de falsa presunción de

¹² STUMER, A., *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos*, Traducción de Reifarth Muñoz, W., Marcial Pons, 2018, pp. 21-23.

¹³ *Digesto* de JUSTINIANO, Libro 48, Título 19, Cláusula 5. *Vid.* también Libro 50, Título 17, Cláusulas 65, 155.2, 192.1.

¹⁴ P.VII, 31, 9.

¹⁵ NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 71. También STUMER, *La presunción...*, p. 22, destaca la importancia que el Derecho romano atribuía a la necesidad de probar.

¹⁶ El Derecho Justiniano establecía dos tipos de presunciones que aún hoy se siguen utilizando en el análisis jurídico: la presunción *iuris tantum*, un hecho que se considera cierto en tanto no se demuestre lo contrario y la presunción *iuris et de iure*, derecho eficaz aunque se demuestre lo contrario. La primera otorga al sujeto el reconocimiento por el sistema de justicia de un hecho de certeza jurídica. Cfr. DÁVILA-COLÓN, V., “La publicidad excesiva como amenaza a la presunción de inocencia y al derecho a un juicio justo e imparcial”, *47 Revista Jurídica U. Inter.*, P.R. 151, 2012, p. 167.

¹⁷ Que significa virtuoso, calidad del alma que no ha cometido pecado, conforme reproduce LOZA ÁVALOS, C., “La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el NCPP”, www.lozavalos.com.pe, Lima, febrero 2013, p. 7.

¹⁸ Cfr. BELDA PÉREZ PEDRERO, E., “La presunción de inocencia”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 5, 2001, p. 181.

este principio¹⁹. Por ello podría haberse reconocido la fórmula como “estado de inocencia”²⁰, o “suposición de inocencia”²¹.

Esta idea en el Derecho Romano descansaba en el reconocimiento, en principio, de que una persona no debía ser condenada en ausencia de una prueba clara²². Si se demostrara la culpabilidad o la autoría de un comportamiento por el que se acusara a un individuo, la inocencia desaparecería exclusivamente respecto de ese acto y no frente a todos los demás actos que realice el sujeto y que no sean objeto de condena. Así, la titularidad nunca se pierde con carácter general, ni se condiciona para los demás actos del sujeto²³.

En cualquier caso, la presunción de inocencia se expresó desde entonces como un principio clave de todo el sistema. Prueba de ello es su mención en vasta literatura jurídica histórica.

En la Edad Media fue reconocida por algunos autores ante la aparición de la expresión *in dubio pro reo*²⁴ y, algunos siglos después, apareció en el derecho angloamericano en la construcción del estándar “*más allá de toda duda razonable*” en el Old Bailey²⁵ (a finales del S. XVIII) en su dimensión de regla probatoria -dirigida, por entonces, a jurados-²⁶. Por ello se afirma que la presunción de inocencia en la faceta

¹⁹ En FERRER BELTRÁN, J., “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, PUCP, Vol. 4, N° 1, 2010, p. 2, se sostiene que ello ha sido asumido de forma general por parte de la doctrina española ya que una norma que establece una presunción tiene la forma “Si está probado A, presúmase B”, pero en la llamada presunción de inocencia no hay ningún hecho base A, a partir de cuya prueba se desencadene la presunción, lo que permitiría dudar de que esta sea una norma presuntiva. La jurisprudencia del TC y del TS, en cambio, ha venido considerando este principio como una verdadera presunción *iuris tantum*. También cuestionan el carácter de presunción NIEVA FENOLL, *La duda...*, pp. 63-64; DEI VECCHI, D., *Peligrosidad judicial y encarcelamiento cautelar*, Ed. Ad-Hoc, 2015, p. 32.

²⁰ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 32, nota n° 60.

²¹ NIEVA FENOLL, *La duda...*, p. 64.

²² Conforme recopila STUMER, *La presunción de inocencia...*, p. 23.

²³ En igual sentido BELDA PÉREZ PEDRERO, “La presunción...”, p. 184.

²⁴ Aunque hoy sea discutida su asimilación con este, como veremos.

²⁵ Nombre con el que aún hoy se conoce al Tribunal Penal Central de Inglaterra y Gales, por la calle en que se encuentra en Londres.

²⁶ Antecedentes privilegiados, entre otros, por NIEVA FENOLL, “La razón de ser...”, p. 4 y por GUERRERO PALOMARES, S., “La presunción de inocencia en la actualidad”, ponencia desarrollada el 12 de mayo de 2017 en San Sebastián en el Curso denominado “Las garantías del proceso penal a la luz de la normativa de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, organizado por el Instituto Vasco de Criminología y el Ararteko (Defensoría del Pueblo Vasco) publicada en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/4_4243_3.pdf, p. 2. En STUMER, A., *La presunción de inocencia...*, p. 24, se ejemplificó: en el juicio en Old Bailey por robo en 1784, el magistrado instruyó al jurado que “Si en conjunto los cargos resultan indiferentes sobre la culpabilidad

de regla de juicio -que luego analizaré- tiene sus raíces en la tradición jurídica anglosajona²⁷.

Ahora bien, interrumpiendo su evolución, la idea expresada en la frase de ULPIANO fue sepultada por las prácticas inquisitivas de la baja Edad Media donde, con algunas proyecciones hasta los tiempos modernos, el imputado era considerado culpable mientras no desvirtuara las conjeturas de culpabilidad demostrando su inocencia²⁸.

Pese a ello, según BELDA PÉREZ PEDRERO, durante el Antiguo Régimen -con notable influencia del derecho canónico- se recomendaba su respeto por parte de los jueces²⁹, lo cual resulta cuestionable si se advierte que la confesión -bajo tormentos- era la prueba más importante -prueba plena fundamental-³⁰. Luego, en el pensamiento del S. XVII, VOLTAIRE fue quién más claramente rechazó la práctica de castigar sin oír al inculpado y sin prueba (planteando el juicio oral y público, la asistencia judicial por abogado y el sistema de íntima convicción del juez en la valoración probatoria)³¹.

A mediados del S. XVIII, al generalizarse la representación legal en los procesos penales, los abogados defensores comenzaron a emplear la noción de la

o la inocencia del prisionero, la presunción será siempre en favor de la inocencia". La instrucción de que toda duda sobre la culpabilidad debía resultar en absolución fue también dada repetidamente por los jueces durante los juicios por traición de Dublín de 1803.

²⁷ Cfr. DÁVILA-COLÓN, "La publicidad excesiva...", p. 180.

²⁸ Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F., "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 20, 1987, pp. 9-34. Antes de ello el Derecho de la Alta Edad Media hizo un pobre uso de las pruebas definitivas de culpabilidad, ya que el procedimiento judicial por ordalías dejaba la declaración final de culpabilidad del acusado en la infalible decisión de Dios. Los juristas canónicos encontraron también en el Derecho Romano una fuente valiosa de principios sobre la prueba y llegaron a la conclusión de que la culpabilidad debía probarse y no presumirse. Por ejemplo, en torno a 1250, Henry DE BRACON, profundamente influido por el Derecho Canónico, escribió en *Laws and Customs of England* que "se presume que todo hombre es bueno hasta que se demuestre lo contrario" (Cfr. STUMER, "La presunción de inocencia...", p. 22).

²⁹ Cfr. BELDA PÉREZ PEDRERO, "La presunción...", pp. 180-181. Sin embargo autores como TOMÁS Y VALIENTE, "In dubio pro reo...", p. 14, destacan que el proceso penal durante el Antiguo Régimen no solo desconocía la presunción de inocencia, sino que partía del presupuesto contrario de presunción de culpabilidad (ya que incluso se podía condenar con dudas). Cfr. también FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*, tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2004, p. 171.

³⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 170.

³¹ Cfr. MAIER, J., *Derecho Procesal Argentino. Fundamentos*, T. I, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 338.

presunción de inocencia para articular la necesidad de una prueba incriminatoria³². Los jueces tardaron tiempo en aceptar este principio, o incluso en reconocer que el acusado debía recibir el beneficio de cualquier duda relativa a su culpabilidad. A algunos jurados se les instruía simplemente de este modo: “*Si se convencen, encuéntrénle culpable, y si no, encuéntrénle no culpable*”³³.

Aunque resulta instructivo aludir a esos antecedentes del principio que nos ocupa, su primera teorización moderna se produce teniendo como marco el pensamiento jurídico de la Ilustración³⁴. Es de referencia obligada el trabajo del Marqués de BECCARIA, de gran influencia en Europa con *De los delitos y las penas*³⁵, en el que criticó la falta de garantías del proceso inquisitivo en que el acusado era tratado como culpable desde el primer momento, debiendo él probar su inocencia³⁶, estableciéndose así la íntima relación entre la máxima estudiada -que solo tiempo después sería llamada *presunción de inocencia*- y el sistema acusatorio que se iría desarrollando a partir de allí en reemplazo del inquisitivo.

La decisiva formulación de BECCARIA “*Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida*” se complementaba con: “*Parece como si las Leyes o el Juez tuvieran interés no en buscar la verdad, sino en probar el delito; como si no hubiera peligro mayor de condenar a un inocente cuando la probabilidad de la inocencia supera a la del delito*”³⁷. Con ello sienta las bases de la “presunción de inocencia” aún sin referirse a ella con tal denominación. También cabe destacar a estos efectos la propuesta de FILANGIERI, de

³² Por ejemplo, en el caso *Murphy* de 1753, el abogado defensor afirmó: “Todo hombre, Señoría, debe por ley ser presumido inocente, hasta que se demuestre su culpabilidad”, en STUMER, *La presunción de inocencia...*, p. 24.

³³ *Ibidem*, p. 24.

³⁴ La Ilustración fue el periodo marcado por el pensamiento de hombres integrantes de un movimiento filosófico, político, literario y científico que se desarrolló en Europa y sus colonias a lo largo del S. XVIII. También fue llamado iluminismo.

³⁵ Quizás, como señala BARATA VILLAR, F., “La devaluación de la presunción de inocencia en el periodismo”, *Anàlisi* 39, 2009, p. 218, aquel texto, que vio la luz en 1764 -y del cual muchos principios que en él leemos continúan estando pendientes de desarrollo en la actualidad- continúa siendo el más universal en la historia del derecho.

³⁶ También estudiado por NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Revista Ius et Praxis*, 11 (1), 2005, p. 225.

³⁷ BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Ed. Folio, Barcelona, 2002 (1764), p. 60.

"tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito"³⁸.

La concepción del principio para estos dos autores -representativos de la matriz continental del mismo- tiene su esencia y novedad en la consideración de la condición procesal del imputado con aquel como fundamento³⁹. Tal es igualmente el sentido con que fuera acogido en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano⁴⁰ que plasmó en el derecho positivo -art. 9- la fórmula que estipula que "*Todo hombre ha de ser tenido por inocente hasta que haya sido declarado culpable, y si se juzga indispensable detenerle, todo rigor que no fuere necesario para asegurarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley*".

Sin embargo, será Francesco CARRARA, el "Padre" de la Escuela Clásica⁴¹ en Italia, quien -como señala FERRAJOLI-, elevó el principio de inocencia a postulado esencial de la ciencia procesal y a presupuesto de todas las demás garantías del proceso⁴² a la par que se desarrollaba el proceso penal como sistema, junto al desarrollo de la dogmática penal y los principios limitadores.

CARRARA sostuvo que la metafísica del derecho penal propiamente dicho está destinada a proteger a los culpables contra los excesos de la autoridad pública; mientras que la metafísica del derecho procesal tiene por misión proteger a los ciudadanos inocentes u honrados contra los abusos y los errores de la autoridad. De la presunción de inocencia hizo derivar la carga acusatoria de la prueba, la oportuna intimación de los cargos, la moderación en la custodia preventiva, y la crítica imparcial en la apreciación de los indicios⁴³.

Por todo cuanto se viene reseñando es que, al igual que circunscribe el profesor DEI VECCHI⁴⁴, es un lugar común entre los procesalistas continentales el de situar a fines del S. XVIII el germen de un cambio de paradigma del sistema de enjuiciamiento

³⁸ FILANGIERI, G., *Ciencia de la legislación* (trad. Ribera, J.), Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, t. III, p. 81.

³⁹ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Presunción de inocencia y prisión sin condena", *Cuadernos de Derecho Judicial* n° 18, 1996, p. 4.

⁴⁰ Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

⁴¹ Corriente que se esmeró en desterrar los hábitos del Antiguo Régimen, con claras diferencias frente a la Escuela Positiva y la Escuela Técnico-Jurídica.

⁴² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 550.

⁴³ Cfr. el análisis de NOGUEIRA ALCALÁ, "Consideraciones sobre el derecho...", p. 224.

⁴⁴ DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 24.

penal que habría dejado atrás al sistema de enjuiciamiento inquisitivo a partir del rechazo de algunos de sus postulados básicos, destacándose en primera línea el derecho de toda persona a ser considerada inocente hasta que una condena recaída en un procedimiento respetuoso del debido proceso establezca lo contrario. Pero no sería sino hasta el S. XIX que este principio deja de ser omitido en los procesos penales por la mayor parte de los sistemas jurídicos.

Conforme explica FERRAJOLI, el mérito más importante del iluminismo, extensible a la Escuela Clásica que desarrolló sus postulados, es el de haber reconocido el nexo entre garantismo, convencionalismo legal y cognoscitivism judicial, es decir: solo con un proceso -y un sistema penal- regulado en la mayor medida posible por normas jurídicas, limitando así la discrecionalidad judicial e imponiendo la necesidad de alcanzar la verdad de acuerdo con dichas normas, es posible respetar las garantías de los ciudadanos sometidos a un proceso penal⁴⁵.

A partir de esta concepción la presunción de inocencia no es solo un principio aplicable en materia probatoria, sino mucho más: es el principio en torno al cual gira el proceso penal. Por ello, de modo semejante a como lo hicieron los ilustrados, la Escuela Clásica adoptó como referencia el modelo acusatorio, en el que las garantías del imputado frente al poder del Estado constituían el eje del proceso, a la vez que lo legitimaban⁴⁶.

Debe destacarse a esta altura que ni la Ilustración ni el liberalismo se propusieron abolir el encarcelamiento preventivo (la prisión durante el desarrollo del procedimiento penal)⁴⁷, pero pueden identificarse distintos momentos históricos en que la legitimación de la prisión provisional se vio reforzada y se valió de los ataques a la presunción de inocencia, enmarcados en la discusión de escuelas que se desarrolló principalmente entre los juristas italianos.

Conforme recopila DEI VECCHI, uno de esos momentos se identifica con el auge de las ideas del positivismo criminológico, cuyos exponentes -con FERRI a la cabeza- rechazaron el principio de presunción de inocencia sobre la base de la visión global que

⁴⁵ Cfr. FERRAJOLI, L., "Il giudizio penale", en NICOSIA, S. (Coord.), *Il giudizio. Filosofia, teologia, diritto, estetica*, Carocci Editore, Roma, 2000, p. 191, traducido en FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 192.

⁴⁶ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 185.

⁴⁷ Lo resalta MAIER, J., *Derecho Procesal Penal: Actos Procesales*, T. III, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 380.

poseían acerca del fenómeno penal que implicaba considerar inocentes a acusados predispuestos biológicamente para el crimen, lo cual resultaba irracional desde todo punto de vista⁴⁸. La prisión provisional era, de tal modo, una medida de protección social.

La Escuela Positiva⁴⁹ entendía con ello que la presunción de inocencia no era más que una exageración del principio *in dubio pro reo*, y que la posición de la Escuela Clásica perjudicaba la lucha contra la delincuencia, debiendo devolverse a la sociedad su derecho a luchar contra el crimen sin inclinarse la balanza hacia el lado del individuo acusado de un delito. Se abogó desde esa posición por un proceso inquisitivo por ser el más adecuado para la defensa social, aunque sin desconocer la importancia de otros de los postulados que suprimieron las aberraciones del Antiguo Régimen.

Otro momento de crisis para la garantía bajo estudio, y que tuvo un consecuente reforzamiento de la prisión provisional, se debió al auge de las ideas de la llamada “Escuela Técnico-Jurídica” cuyos máximos exponentes fueron Alfredo ROCCO y Vincenzo MANZINI. La estrategia argumental de quienes formaban parte de esta escuela, contaminada con alguna clase de positivismo ideológico, consistía en mostrar la incompatibilidad de estos “principios éticos” con ciertos institutos positivamente vigentes, entre ellos, la prisión provisional⁵⁰.

MANZINI es quien señaló que la condición de imputado es un *tertium genus* entre inocencia y culpabilidad; concretamente, que su *status* debe ser el de sospechoso⁵¹. Para concluir que la declaración de inculpabilidad de un acusado nada tenía que ver con su consideración como inocente: declarar la no culpabilidad del acusado no era lo mismo que declarar su inocencia. Esta Escuela pese a mostrar un profundo desprecio por los principios políticos liberales permitió evidenciar las contradicciones entre la presunción de inocencia y la prisión provisional⁵².

⁴⁸ DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 30.

⁴⁹ Estudiada en FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 187.

⁵⁰ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 30, quien explica que las ideas de esta escuela se plasmaron en el Codice di procedura penale italiano de 1930, conocido como “Código Rocco”, y mediante dicho cuerpo normativo llegaron posteriormente a Latinoamérica, especialmente con el CPP de la provincia argentina de Córdoba de 1939, que impulsó una etapa de reformas legislativas dentro de ese país y que se extendió además a muchos códigos latinoamericanos, algunos aún vigentes.

⁵¹ Cfr. DÁVILA-COLÓN, “La publicidad excesiva...”, p. 191 y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 191 con cita de Illuminati.

⁵² Analizado por FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 190.

Asimismo extendió la idea de que los principios jurídicos solo tienen valor en la medida en que encuentran reflejo en las normas del ordenamiento, de tal manera que un principio que no goce de tal reconocimiento -como lo era en aquel momento la presunción de inocencia- no podía impedir la aplicación de normas jurídicas inspiradas en principios contrarios⁵³.

Para la corriente liderada por el citado autor, la imputación constituye una manifestación de lo contrario a la inocencia: una verdadera presunción de culpabilidad, aunque sin poder considerársele aún como penalmente responsable, revistiendo el estatus de sospechoso pero no de inocente del cual se duda por estar sometido a un proceso en curso.

En Italia estas ideas triunfaron en la elaboración del Código Rocco de 1930, para luego verse plasmado un consenso entre las distintas posturas mencionadas en la Constitución de 1947⁵⁴, que no hizo más que avivar una discusión con importante carga ideológica⁵⁵. La Corte Costituzionale señaló que reconocer la inocencia sería contradictorio con las medidas cautelares que limitan la libertad durante el proceso, consagrando en el texto la *presunzione di non colpevolezza* (presunción de no culpabilidad). Sin embargo la mayoría de los procesalistas italianos lo equipararon a la inocencia⁵⁶. Luego con la incorporación del principio a los Tratados internacionales la discusión debió quedar zanjada.

Otras críticas a la presunción de inocencia que se suman a la del positivismo criminológico -Escuela Positiva- y a la del fascismo italiano -representado en la Escuela Técnico Jurídica- fueron visibilizadas por el nacionalsocialismo, el comunismo soviético y sus satélites, y el comunismo chino, las que, según LLOBET RODRÍGUEZ,

⁵³ *Ibidem*, p. 191.

⁵⁴ Cuyo art. 27, párr. 2º refleja una solución de compromiso: *El acusado no será considerado culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme*, no sancionándose abiertamente la presunción de inocencia pero tampoco la presunción de culpabilidad, dando lugar a la presunción de no culpabilidad que pretendía ser una garantía intermedia entre ambas posturas pero que siguió generando polémicas encontrándose más cerca de la postura pretendida por la Escuela Positiva.

⁵⁵ Así, desde 1972 la Corte italiana adoptó la posición de que el acusado no es culpable ni inocente sino imputado. Se limitó a prohibir la asimilación del imputado al culpable pero sin reconocerle el status de inocencia, conforme lo explica FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 193.

⁵⁶ Ciertamente, analizando los términos "inocente" y "culpable", puede llegarse a distintas soluciones sobre este asunto, según se entienda que son términos contrarios (como blanco y negro) o contradictorios (como blanco y no blanco). Si se consideran contrarios, entre las categorías de inocente y culpable podrían encontrarse figuras intermedias, en cuyo caso tendría cabida la figura del no culpable como algo distinto de aquellas, lo que no ocurriría si se los considera términos contradictorios.

correspondieron en todos los casos a la pretensión de librar de ataduras el dictado de la prisión provisional, lo que se justificaba con base en el interés de la colectividad frente al delito, reclamando los críticos que la presunción de inocencia era un exceso del individualismo y de las ideas de la Revolución Francesa⁵⁷.

Finalmente, en el S. XX, aun cuando no se hayan verificado grandes cambios en lo que al enjuiciamiento penal respecta (al menos en comparación con el siglo precedente), tuvo lugar el fenómeno de positivización “universalizada” de los “derechos fundamentales”⁵⁸ conforme veremos en el siguiente título, encontrando al principio de presunción de inocencia expresado en los textos legales, a la par del avance del paradigma acusatorio frente a los cada vez más lejanos -aunque no completamente erradicados- vicios de la inquisición.

Hoy en día, la presunción de inocencia se considera una garantía imprescindible en el proceso penal de cualquier país democrático; en palabras del TC español, es un “*principio cardinal del ius puniendi contemporáneo*”⁵⁹, configurándose así, junto con el derecho de defensa, como el instituto más relevante del sistema de justicia penal⁶⁰. Esto incluye la solución a la comentada discusión acaecida en la doctrina procesalista italiana, ya que al ser ratificados los Tratados Internacionales sobre derechos humanos por parte de los diferentes Estados, se produce un claro reconocimiento de la presunción de inocencia que va más allá de la norma constitucional propia, pasando a formar parte tales textos del ordenamiento jurídico interno de cada país.

Pese a todo, la actual consideración no está exenta de cuestionamientos. Las críticas actuales van de la mano de un interés por la extensión de la prisión provisional, señalándose que los derechos humanos y entre ellos la presunción de inocencia, son protectores de delincuentes y desconsideran los derechos de las víctimas, con lo que se pretende asignarle a la prisión durante el proceso las funciones tanto de prevención general negativa como de prevención especial negativa, imponiéndola como forma de penalización inmediata. Así, en forma demagógica, se ha atribuido el aumento de la

⁵⁷ LLOBET RODRÍGUEZ, J., “Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, N° 1, 2009, p. 161.

⁵⁸ Cfr. DEI VECCHI, D., “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”, *Revista de Derecho*, Vol. XXVI, N° 2, Diciembre 2013, p. 196.

⁵⁹ Conforme lo sostiene el TC desde la STC 133/1995.

⁶⁰ Coincide, entre otros, GUERRERO PALOMARES, “La presunción de inocencia...”, p. 2.

inseguridad ciudadana a la existencia de una legislación con un “exceso de garantismo” en cuanto a, v.gr., la regulación de la prisión provisional, lo que ha provocado, incluso, contrarreformas procesales⁶¹.

Sentado lo dicho, si hoy tenemos claro -pese a las críticas aun existentes- el derecho al debido proceso y a un juicio justo, que respetan el principio acusatorio y superan, aunque no de forma unívoca (atento a los resabios del derecho penal de autor por un lado, y a nuevos estudios de las ciencias de la mente, por otro) cualquier consideración naturalista del ser humano como delincuente con carácter previo a existir a su respecto una sentencia de condena firme, atrás quedarían aquellas consideraciones “contaminadas de positivismo” y aparece la necesidad actual de buscar un nuevo y verdadero sentido a la garantía bajo estudio con las bases de un Estado Democrático de Derecho, en términos de derechos humanitarios desarrollados en décadas más recientes para contrarrestar los avances que contra ella se producen.

III. La presunción de inocencia en el derecho internacional

1. Los instrumentos internacionales

Los derechos humanos (DDHH) presentan un carácter tal que hace que hoy resulte imprescindible acudir a los textos normativos internacionales para su completa identificación.

Teniendo como primer antecedente preceptivo la ya citada Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, al término de la Segunda Guerra Mundial la presunción de inocencia adquirió estatus de derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa....*” (art. 11.1).

La relevancia de este precepto no radica precisamente en la protección efectiva que supone -puesto que la DUDH no ha sido desarrollada posteriormente ni se han

⁶¹ Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, “Prisión preventiva...”, p. 161.

previsto medios concretos para exigir su cumplimiento coactivo a los Estados Parte-, sino en constituir el primer reconocimiento con vocación universal de la presunción de inocencia y, en general, de los DDHH.

La presunción de inocencia sería luego incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁶², a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁶³ y al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) -por el que además se crea el TEDH-⁶⁴.

El Código Penal (CP) tipo para América Latina, en su número XI simplificó: "*La persona sometida a proceso penal se presume inocente en cuanto no sea condenada*"⁶⁵. Por su parte, el art. 6.2 del Convenio de Roma, para la protección de los DDHH y las Libertades Fundamentales⁶⁶ prescribe que "*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.*"

Más recientemente⁶⁷, se aprobó en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE), con la finalidad de reforzar y reafirmar el compromiso de los Estados Europeos con la protección de los derechos fundamentales allí recogidos. El art. 48.1 señala que "*todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*".

De la observancia de estos equivalentes postulados se ha derivado en forma directa que ninguna persona puede ser condenada mientras no exista prueba de su responsabilidad penal, pero también que hasta que eso ocurra debe ser tratada como inocente (regla de tratamiento).

Por ello, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la presunción de inocencia requiere, entre otras cuestiones que cuando los tribunales realizan su

⁶² De 19 de diciembre de 1966, que la incluye en su art. 14.2.

⁶³ También llamada Pacto de San José de Costa Rica, que en su art. 8, inc. 2, párr. 1, determina: "*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en cuanto no se compruebe legalmente su culpabilidad*".

⁶⁴ En su art. 6.2 prescribe que "*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*".

⁶⁵ En la edición elaborada por el Instituto de Ciencias Penales de Chile (Secretariado ejecutivo de la Comisión redactora del Código Penal Tipo), bajo la dirección del Prof. FRANCISCO GRISOLÍA, Santiago de Chile, 1973.

⁶⁶ De 4 de noviembre de 1950.

⁶⁷ El 7 de diciembre de 2000, D.O.C.E. de 18 de diciembre de 2000.

función no partan de la convicción o suposición de que el acusado ha cometido el delito por el que se le acusa⁶⁸.

2. La Directiva Europea 2016/343

Con carácter reciente, la Directiva Europea (Dir.) 2016/343 de 9 de marzo consagra el alcance de la presunción de inocencia en algunas de sus dimensiones actuales. Y también, bajo su alusión, prescribe normas que, aunque no sean de directa aplicación de esta garantía, son consideradas esenciales para un proceso ajustado a derecho y se relacionan con ella.

En su art. 3, en una redacción similar a la del resto de instrumentos internacionales antes referidos, declara que: *“Los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley”*, lo cual define la concepción más actual del principio y la obligación que a los Estados les cabe.

Como señala HERNÁNDEZ GALILEA, *“se trata de una norma encuadrada dentro del progresivo acercamiento y armonización de los ordenamientos procesales de los países miembros”*, destacándose que el derecho procesal ha sido considerado en los últimos tiempos por la normativa europea con habitualidad para la elaboración de reformas, a contrario de cuanto sucedía en el pasado que este ámbito quedaba reducido a la decisión de cada Estado:

*“El fundamento en este caso, como se expone en el preámbulo de la Directiva, son los arts. 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y su finalidad es la homogeneización de determinados aspectos del enjuiciamiento criminal de los países miembros en la línea del programa de Estocolmo. La configuración de unos estándares mínimos se entiende como imprescindible para conseguir la mutua confianza y la eficacia de la colaboración entre los órganos europeos de persecución criminal”*⁶⁹.

⁶⁸ Casos *Barberá, Messeguer y Jabardo v. España* de 16 de octubre de 1986, n° 10590/83 y *Telfner v. Austria* de 20 de marzo de 2001, n° 33501/96.

⁶⁹ HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., “Directiva (ue) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, diciembre 2016, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 179.

La Dir. 2016/343 destaca que el reconocimiento de la presunción de inocencia en Europa cuenta con un amplio bagaje jurisprudencial, el cual aquella viene a blindar y reforzar ya que, como reconoce VILLAMARÍN LÓPEZ, esta garantía está sufriendo serios ataques desde diversos frentes. Pese a ello, desafortunadamente, el legislador europeo no los ha tenido a todos presentes a la hora de elaborar ese texto⁷⁰, incluida la cuestión de las medidas cautelares.

Según la citada autora:

“Se ha ido acorralando a la presunción de inocencia, especialmente en distintos ámbitos, sobre los que guarda silencio la Directiva, entre los que se destaca que en materia de medidas cautelares, cada vez más y con menores garantías se acuerda la prisión provisional, situando a los sujetos acusados o sospechosos en iguales o, incluso, en muchas ocasiones, en peores condiciones que a los condenados”⁷¹.

La Dir. sancionada, si bien se enfoca más hacia el derecho a estar presente en juicio, brinda lineamientos que -aún sin ir más allá de cuanto ya venían defendiendo los tribunales europeos- junto con el análisis de la jurisprudencia internacional, permiten indicar en qué punto nos encontramos hoy con respecto a la presunción de inocencia⁷².

Esta norma trata cuestiones que se vinculan con algunas de las dimensiones que analizaré a continuación. V.gr., en relación con la faceta extraprocesal, se regula el modo en que ha de informarse al conjunto de la sociedad sobre los sospechosos o acusados⁷³ y la forma en que han de presentarse los mismos en público⁷⁴.

Luego, en cuanto regla de juicio, se ocupa esencialmente, en su art. 6, de establecer el criterio básico de distribución de la carga de la prueba que ha de regir todo proceso penal y el criterio *in dubio pro reo*, que ha de operar en caso de duda en la decisión sobre la culpabilidad del acusado. El art. 6.1 bendice estas tradicionales reglas -sobre las que me expediré en el siguiente apartado-, aunque no introduce ningún

⁷⁰ Cfr. VILLAMARÍN LÓPEZ, “La Directiva Europea...”, p. 34.

⁷¹ *Ibidem*, p. 34.

⁷² Conforme investigó VILLAMARÍN LÓPEZ, “La Directiva Europea...”, pp. 6-7: “Entre otros puntos, fue dificultoso en su elaboración el hallazgo de coincidencias en torno al alcance del derecho al silencio, la inclusión de las personas jurídicas en su ámbito de aplicación -que fue excluido-, las reglas de admisibilidad de la prueba y, sobre todo, la prohibición de los supuestos de inversión de carga de la prueba (esto fue suprimido del texto definitivo tras arduas negociaciones entre Comisión, Consejo y Parlamento).”

⁷³ Art. 4: “Referencias públicas a la culpabilidad”.

⁷⁴ Art. 5: “Presentación de los sospechosos y acusados”.

estándar probatorio común, a modo del “*más allá de toda duda razonable*”⁷⁵ anglosajón⁷⁶.

Finalmente, se da una interesante discusión respecto de la interpretación de la norma contenida en el art. 7 en cuanto a la consideración de la presunción de inocencia en torno al derecho a guardar silencio⁷⁷ y a no declarar contra sí mismo. El derecho al silencio también se relaciona con el momento histórico en que dejó de ser fundamental la confesión bajo tortura⁷⁸. Pero, como sostiene GUERRERO PALOMARES, “*si bien se relaciona con la carga de la prueba la norma que consagra al derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, no es presunción de inocencia. Es otro derecho fundamental diferente, con orígenes diferentes, y de axiología y ontología diferentes*”⁷⁹.

3. La presunción de inocencia en la Constitución española

En España la presunción de inocencia solo tuvo la consideración de derecho fundamental a partir de la CE de 1978. El art. 24.2 CE reza: “*..., todos tienen derecho (...) a la presunción de inocencia*”, consagrándola de esa forma junto con otros derechos procesales como el del juez ordinario predeterminado por la ley o la asistencia letrada al detenido, que en conjunto integran el bloque de derechos generadores de un proceso con todas las garantías.

El TC afirmó que así “*pasó a convertirse en un amplio derecho fundamental al constitucionalizarse su existencia en el art. 24.2 de la Ley suprema, haciéndose vinculante para todos los Poderes Públicos..., representando por su contenido una*

⁷⁵ El cual constituye de todas maneras para un sector de la doctrina un estándar subjetivo que por tanto no limita la discrecionalidad judicial del mismo modo que pudiera hacerlo un criterio objetivo.

⁷⁶ Cfr. VILLAMARÍN LÓPEZ, “La Directiva Europea...”, p. 24.

⁷⁷ Según VILLAMARÍN LÓPEZ, “La Directiva Europea...”, p. 22, en relación al derecho al silencio durante estos últimos años el TEDH ha venido sosteniendo una doctrina difícilmente compatible con el principio bajo estudio, ya que, avalando las últimas reformas introducidas por el Reino Unido en esta materia, llegó a defender que podían extraerse inferencias adversas para el acusado de su negativa a declarar, lo que, obviamente, colocaba al individuo en una posición muy embarazosa, puesto que si apostaba por callar, sabía que el tribunal algo podía inferir de su conducta; por tanto, su silencio no valía cero, en contra de lo que se deduce por lógica de la presunción de inocencia.

⁷⁸ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 170.

⁷⁹ GUERRERO PALOMARES, “La presunción de inocencia...”, p. 11.

insoslayable garantía procesal, que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria...»⁸⁰.

Antes de ello, se intentaba ver en la LECrim alguna referencia a la inocencia⁸¹ aunque no se encuentra a lo largo del texto legal directa relación a ella. La Constitución de 1931 pese a crear un completo sistema de garantías individuales, tampoco hacía referencia alguna a este principio.

Los derechos fundamentales⁸² vinculan a todos los poderes públicos, lo que en el caso de la presunción de inocencia atañe de modo especial al Poder Legislativo y al Judicial, siendo su contenido indisponible. De este modo el legislador debe poner especial cuidado en evitar la creación de tipos penales⁸³ y reglas procesales que contravengan tal criterio y el juzgador en aplicarlas con una interpretación constitucional acorde.

Asimismo, los derechos fundamentales son aplicables directa e inmediatamente, lo que permite su invocación en sede jurisdiccional sin necesidad de que exista un desarrollo legislativo de los mismos que, en caso de producirse, debe respetar su contenido esencial. Ello no se opone, sin embargo, a que se considere conveniente que, en el caso de la presunción de inocencia, por tratarse de un derecho de contenido complejo -como veremos-, resulte aconsejable contar con una normativa específica que establezca claramente su alcance⁸⁴.

Asimismo, de conformidad con el art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales deben interpretarse de acuerdo con la DUDH y con los demás Tratados Internacionales sobre estas materias que sean suscritos por España. Por supuesto, ello supone que la interpretación que se haga de ellas no puede implicar una merma de garantías respecto del contenido que se les atribuya en los citados textos.

Finalmente, los derechos fundamentales gozan de vías privilegiadas de tutela, de tal modo que ante la vulneración de la presunción de inocencia en España es posible

⁸⁰ STC 107/1983 de 29 de noviembre.

⁸¹ Posible alusión en la expresión “los fueros de la inocencia” consignada en la Exposición de Motivos.

⁸² En España, de acuerdo con el art. 53.1 CE.

⁸³ V.gr., el art. 509 del antiguo CP pedía prueba de que los elementos que tenía el acusado no eran para un robo, cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p.203.

⁸⁴ En igual sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 204.

invocar su violación ante los tribunales ordinarios con carácter preferente y sumario; una vez agotadas las vías ordinarias se puede recurrir en amparo ante el TC para la reintegración en el disfrute del derecho⁸⁵; y, finalmente, acudir al TEDH en última instancia para declarar la vulneración de la presunción de inocencia con base en el art. 6.2 CEDH.

Por otra parte, pese a ser el proceso penal el campo de juego original y prioritario de la presunción de inocencia, analizaré más adelante también su posible alcance extraprocésal -incluyendo su protección en los procedimientos administrativos sancionadores por la analogía material entre el *ius puniendi* del Estado y la capacidad sancionatoria de la administración-⁸⁶.

Conforme resalta BELDA PÉREZ-PEDRERO, para todos en España queda clara su importancia actual a tenor de la ubicación en el Tít. I, Cap. II, secc. 1ª de la CE y la riqueza y amplitud de su contenido, el cual viene siendo delimitado por el TC en las últimas décadas a través de las numerosas resoluciones en las que la ha tratado⁸⁷.

Sin embargo, tal como destaca OVEJERO PUENTE, el derecho a la presunción de inocencia carece en este país de un texto legislativo de desarrollo específico. Quizás porque nunca se lo consideró necesario. Doctrinalmente se ha entendido que la conexión de aquel con el derecho a un proceso con todas las garantías hace de la regulación contenida en la LECrim. o en la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas⁸⁸ el instrumento idóneo para su tratamiento⁸⁹.

4. Otras constituciones nacionales y la codificación iberoamericana

La consideración de la presunción de inocencia en el derecho positivo⁹⁰ se completa con la mención de las Constituciones nacionales y la legislación de algunos países de habla hispana que se expondrá, a modo de ejemplo.

⁸⁵ Arts. 53.2 y 161.1 b) CE.

⁸⁶ Cfr. BELDA PÉREZ PEDRERO, "La presunción...", p. 182.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 180.

⁸⁸ Para el caso del proceso administrativo sancionador, el art. 137.

⁸⁹ Entre otros autores, cfr. OVEJERO PUENTE, "Protección del derecho...", p. 436.

⁹⁰ En cuanto conjunto de normas jurídicas escritas por una soberanía.

Puede verse así que las Constituciones latinoamericanas también recogen esta garantía variando en cuanto a su exteriorización, tomando en consideración en todos los casos las constituciones políticas que consagran un Estado Democrático de Derecho como forma de organización y desarrollo del poder político y de estructuración de un ordenamiento jurídico en materia penal, constituyendo la presunción de inocencia uno de los elementos fundamentales de todos ellos.

En concordancia con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, que previamente expuse, el derecho a la presunción de inocencia se encuentra regulado en el art. 2º, inciso 24), ap. e) de la Constitución del Perú, que establece: “*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado jurídicamente su responsabilidad*”. De esta manera, el constituyente peruano la ha reconocido como un derecho fundamental, siendo de observancia obligatoria para los jueces, fiscales⁹¹ y órganos policiales, en los casos que son de su conocimiento⁹².

El CPP Peruano de 2004 dispone en su art. II del Tít. Preliminar, que toda persona imputada de un hecho delictivo se considera inocente, y merece ser tratada como tal, hasta que se pruebe lo contrario en sentencia escrita y motivada de condición firme⁹³.

En Chile el principio de presunción de inocencia no se encuentra expresamente plasmado en el texto constitucional. Cierta doctrina lo deduce del art. 19.3, que establece en su inc. 6º que “*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*”⁹⁴. De cualquier manera el principio forma parte del derecho al debido proceso al integrar el bloque constitucional de derechos⁹⁵ en virtud del mandato del art. 5º inc. 2º de la Constitución, incluyéndose en el art. 4º del CPP la prescripción que reza que

⁹¹ También en aquellas investigaciones administrativas realizadas por los Órganos de Control del Poder Judicial y Ministerio Público.

⁹² Conforme lo destaca LOZA ÁVALOS, *La prisión preventiva...*, p. 7.

⁹³ Analizado por, entre otros, BENAVENTE CHORRES, H., en “El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, Nº 1, 2009, p. 76.

⁹⁴ Estudiado por NOGUEIRA ALCALÁ, “Consideraciones sobre el derecho...”, p. 225.

⁹⁵ Entendido como el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario), como asimismo los derechos implícitos que los Estados incorporan por tales modos. También llamado ‘ordenamiento constitucional’ o ‘bloque constitucional’. Cfr. BIDART CAMPOS, G. J., *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, vol. I-A, EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 413.

"Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme".

En Argentina el art. 18 de la CN se limita a señalar que *"nadie será arrestado, sino en virtud de orden escrita de autoridad competente"* existiendo acuerdo en que esa autoridad competente es la judicial. Otras cláusulas aplicables son las que consagran que es *"inviolable la defensa en juicio de la persona, y los derechos"* y que *"ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley."*

Allí se consideran plasmadas las consecuencias de la presunción de inocencia en el texto constitucional argentino incluyéndose luego en la legislación procesal el art. 2 del CPPN que ofrece como criterio general de interpretación que *"(Interpretación restrictiva y analógica:) Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente"*, el cual se encuentra inspirado en el principio aquí estudiado⁹⁶.

El máximo tribunal de justicia argentino (CSJN) ha señalado en reiteradas ocasiones⁹⁷ que el art. 18 CN al disponer *"categóricamente que ningún habitante de la nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada inocente y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme"*. Para ello fueron invocados precedentes que sostuvieron que es *"un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario"*⁹⁸, y el consecuente establecimiento de la *"presunción de inculpabilidad"*⁹⁹.

Similares preceptos se encuentran en las bases constitucionales y legislativas del resto de los países que comparten este sistema. En Colombia la presunción de inocencia se encuentra reconocida en el art. 29, inc. 4° de la Constitución Política, mandato por el

⁹⁶ Pese a ello se ha sostenido que en Argentina las normas sobre encarcelamiento preventivo y, especialmente, las que establecen su plazo máximo de duración, no son interpretadas restrictivamente. En este orden de ideas, la CIDH ha establecido: *"12. El derecho a la presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda el plazo razonable mencionado en el artículo 7.5. De lo contrario, dicha prisión adquiere el carácter de una pena anticipada, y constituye una violación del artículo 8.2 de la Convención Americana, CIDH, Informe 2/97, cuestión sobre la que ahondaré más adelante."*

⁹⁷ Caso *Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.*, n° 284 XXXII, de 22 de diciembre de 1998. Más recientemente, CSJN, causa 367/2018, de 26 de diciembre de 2019.

⁹⁸ Fallos 10:338, del año 1871.

⁹⁹ Fallos 102:219, cons. 5, de 1905. pp.

cual “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*”. También está en el art. 5º, párr. 57, de la Constitución de la República Federativa del Brasil que reza que nadie puede ser considerado culpable hasta quedar firme la sentencia penal condenatoria¹⁰⁰.

En definitiva, en muchos países, la garantía de la presunción de inocencia se cita de forma expresa en la Constitución. En otros, de forma indirecta. Y en todos los ordenamientos jurídicos aparece de forma explícita en la legislación interna cuando las bases del Estado son democráticas¹⁰¹, a lo que se suma la adhesión de estos a los instrumentos internacionales.

Este breve recorrido por los textos internacionales y constitucionales lleva a realizar algunas conclusiones. En primer lugar, que este reconocimiento se produce en la doctrina y jurisprudencia internacional con un carácter bastante más explícito que los utilizados por los constituyentes nacionales. Y que a pesar de ello, el tenor literal de los preceptos señalados no hace referencia a todas y cada una de las funciones que el derecho a la presunción de inocencia cumple en el proceso, imponiéndose la necesidad de acudir a vías complementarias de interpretación de su contenido.

Por ello, deben considerarse al respecto las enseñanzas de NINO¹⁰² quien señaló que la práctica constitucional tiene una textura relativamente poco consistente y densa, lo que constituye la principal fuente de creatividad en su desarrollo. Por tal motivo el juez MARSHALL hizo la célebre afirmación: “...*es una Constitución lo que estamos interpretando... que debe durar por largos años y, por consiguiente, que debe ser adaptada a las diversas crisis de los asuntos humanos*”¹⁰³.

IV. Naturaleza jurídica de la presunción de inocencia

¹⁰⁰ “Nadie será considerado culpable hasta el tránsito en juzgado de la sentencia penal condenatoria”.

“Tránsito en juzgado” significa que todas las instancias judiciales confirmaron la sentencia.

¹⁰¹ Coincide al respecto BARATA VILLAR, *La devaluación de la presunción...*, p. 222.

¹⁰² NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 81.

¹⁰³ *Mc. Culloch v. Maryland*, 17 U.S., 4 Wheaton, 316, año 1819.

Tras el repaso histórico realizado y conforme el examen normativo efectuado que identifica un patrón, puede reconocerse la protección constitucional de la presunción de inocencia que ya era considerada previamente entre los principios configuradores del proceso penal. Luego se la incluye en España entre los derechos fundamentales y obtiene unánime reconocimiento en este momento histórico en los países iberoamericanos dentro de la configuración de los Estados Democráticos de Derecho¹⁰⁴.

Así, estamos hoy ante un derecho constitucional que se aplica principalmente en el proceso penal y que es a su vez una de las más sustanciales garantías procesales. Desde el punto de vista doctrinal, algunos lo clasifican como derecho de autonomía¹⁰⁵. Otros, desde una vertiente constitucionalista, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva como una garantía constitucional del proceso¹⁰⁶.

Por ello esta garantía básica y vertebral del proceso penal, o más aún, como lo ha establecido la CIDH, “*un fundamento de las garantías*” que racionaliza y encausa la persecución penal, constituye un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda disposición que implique una presunción de culpabilidad y establezca la carga al imputado de probar su inocencia¹⁰⁷.

Autores como FERRER BELTRÁN identifican cuatro dimensiones procesales de la presunción de inocencia¹⁰⁸, pudiendo servir como guía su clasificación para el análisis de la naturaleza y alcance normalmente asignados, sin perjuicio de las diferentes posiciones que se puedan adoptar respecto de cada una, pudiendo incluso descartarse su inclusión en algún caso.

Las cuatro dimensiones sobre las que puede estudiarse sistemáticamente la garantía son: a) principio informador del derecho; b) regla probatoria (mínima actividad probatoria y carga de la prueba); c) regla de juicio (*in dubio pro reo* y estándar de

¹⁰⁴ El Estado Social y Democrático de Derecho es aquel en el que el ciudadano tiene garantías que limitan la facultad de sancionar del Estado (*ius poenale*) y en el que dichas garantías no son meros enunciados, sino que son aplicados en la práctica legislativa y judicial. Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal parte general*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.

¹⁰⁵ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., “Estudios sobre derechos fundamentales”, Ed. Debate, Madrid, 1990, p. 132.

¹⁰⁶ Cfr. BELDA PÉREZ PEDRERO, “La presunción...”, p. 180.

¹⁰⁷ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, “Consideraciones sobre el derecho...”, p. 226.

¹⁰⁸ FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 5.

prueba); y d) regla de trato procesal. Asimismo se discute la existencia de una dimensión extraprocesal que también analizaré.

Otros autores que se han ocupado de la problemática, estudian la presunción de inocencia bajo dos únicas consideraciones principales¹⁰⁹: como regla del trato que el imputado deberá recibir durante todo el proceso previo a una sentencia¹¹⁰ y como premisa que resguarda la imposibilidad de aplicarle a un individuo una pena sin una sentencia de condena firme, dictada tras un juicio llevado a cabo con todas las garantías.

Con una apreciación reductiva, NIEVA FENOLL identifica a la presunción de inocencia con un simple principio general orientador de la convicción judicial que trata de alejar al juez del prejuicio social de culpabilidad¹¹¹.

Posturas como la de este autor entienden que este principio no gana protagonismo en materia de valoración de la prueba, o a la hora de dictar la sentencia (reconociendo que en ambos momentos se utiliza su orientación, pero no con carácter específico) sino más bien orienta al juez durante todo el proceso penal, evitando que de principio a fin le influya el prejuicio social de culpabilidad, teniendo en cuenta que lo más natural es que cualquier ser humano parta de este. Para ello sostiene que con la presunción de inocencia se intenta anular dicho prejuicio y, de esa forma, se consigue un juicio neutral en esta importante fase: *“Por mucho que el reo pueda parecer culpable, partimos de la base de que es inocente durante la práctica de cualquier prueba, incluida su declaración”*¹¹².

Con ese inicial cuadro puede decirse ya que la presunción de inocencia, ha sido tratada *“como un derecho multifacético con tendencia a atrofiarse”*¹¹³ y se alude a ella indistintamente como un concepto poliédrico¹¹⁴, como un macroderecho o como un principio plurifinalista¹¹⁵.

¹⁰⁹ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Presunción de inocencia y prisión...”, p. 3, refiere a una doble dimensión útil: como regla probatoria o regla de juicio y, de otro lado, como regla de tratamiento del imputado.

¹¹⁰ O halo de protección del que se derivan reglas técnicas que rigen el proceso.

¹¹¹ NIEVA FENOLL, “La razón de ser...” p. 14.

¹¹² NIEVA FENOLL, “La razón de ser...”, p. 16.

¹¹³ FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 23.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 2.

¹¹⁵ NIEVA FENOLL, *La duda...*, p. 77.

Más allá de ello, la consideración de sus diversas manifestaciones no debe conducir a pensar que estas actúan con absoluta desconexión unas de otras ya que todas vienen guiadas por la idea última de que no se infrinja castigo alguno sobre un ciudadano inocente (veremos más adelante si esta premisa se cumple o se vulnera sistemáticamente durante el proceso).

Por estas razones -de diversificación del campo de aplicación de este principio-, el tenor literal de los Tratados Internacionales referidos *supra* no es suficiente como único instrumento para determinar cuál es el contenido concreto de la máxima estudiada. Mucho menos lo es el texto de las Constituciones mencionadas a modo de ejemplo, debiendo recurrirse, inevitablemente, a la literatura científica y a la jurisprudencia en la materia.

Cabe decir a esta altura que la presunción de inocencia se reconoce también hoy en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En la Dir. 2016/343 fue, pese a la expectativa existente, lamentablemente excluida esta cuestión porque, se dijo, no era el momento de efectuar la distinción precisa con las personas físicas y su distinto alcance¹¹⁶. Pero la jurisprudencia ha ratificado su reconocimiento recientemente en España¹¹⁷.

Antes de analizar cada una de las dimensiones señaladas cabe aclarar que - además de estas o dentro de la regla de juicio o de la regla probatoria- la presunción de inocencia, últimamente, suele ser relacionada también con la valoración probatoria, la formulación de estándares de prueba, y la estimación de la sana crítica y la duda

¹¹⁶ Cfr. la investigación expuesta en VILLAMARÍN LÓPEZ, "La Directiva Europea...", p. 8-10. Allí se expresa que ello no significa que el legislador europeo niegue el reconocimiento de esta garantía a las personas jurídicas, sino que, al menos por ahora, entendió que estas deberán seguir guiándose por lo establecido por el CEDH y por la interpretación que de él hagan el TEDH y el Tribunal de Justicia de la UE. En este sentido, se señala en el Considerando 15º de la Dir. que "*la presunción de inocencia de las personas jurídicas debe ampararse en las garantías legales y jurisprudenciales existentes, cuya evolución determinará la necesidad de una intervención de la Unión*". Además reconoce que, al margen de este derecho, las empresas pueden invocar los derechos fundamentales garantizados por el art. 6 CEDH, incluso en este ámbito del Derecho comunitario de la competencia (Asunto *Orken/Comisión*).

¹¹⁷ Por todas, las recientes SSTs 1470/2019 de 8 de mayo; 234/2019, de 8 de marzo que expresa en su FJ. 5º que "*el principio de inocencia se aplica a la persona jurídica y es autónomo respecto del de la persona física*"; y 154/2016, de 29 de febrero, que desarrolla: "*...que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados..., como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc... ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones.*"

razonable como reglas de valoración de la evidencia -ya sea durante la sentencia o para establecer medidas intermedias de restricción de derechos-¹¹⁸.

A continuación analizaremos cómo se incluye cada una de estas concepciones dentro de las caras del poliedro.

1. La presunción de inocencia como principio del derecho

Resulta claro desde un inicio que, como se desprende de lo hasta aquí expuesto, se le reconoce al principio en modo prácticamente unánime en nuestra cultura, una jerarquía superior a la que poseen las leyes¹¹⁹, lo que implica que sus postulados no pueden ser dejados de lado sino por normas de un orden jerárquico idéntico o superior¹²⁰.

Ello por encontrarse hoy incluido entre los estándares superiores del sistema normativo incorporado en las constituciones de los Estados dentro de los estándares axiológicos a que se alude al hablar de “derechos humanos” y que suelen presentarse como la materialización de una *dimensión moral* del ordenamiento jurídico¹²¹.

Este derecho fundamental asegura que el ciudadano sometido a un proceso penal no sea considerado *a priori* culpable, y que pierda su condición de inocente solo y exclusivamente por una resolución judicial en forma de sentencia, pronunciada por un tribunal independiente, imparcial y establecido por la ley, tras un proceso en el que se hayan respetado los principios limitadores constitucionalmente reconocidos¹²².

ANDRÉS IBÁÑEZ indica que, más allá de la diversa matriz cultural originaria de cada una de las dimensiones a las que aquí se alude, todas ellas aparecen hoy estrechamente implicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal y, en rigor, no es posible concebirlas de forma separada¹²³. De

¹¹⁸ Ello pese a la opinión contraria de autores como NIEVA FENOLL, “La razón de ser...”, p. 11, para quien la presunción de inocencia no es un estándar de prueba, aunque “*sí es algo que condiciona toda la labor judicial de principio a fin, especialmente en el aspecto probatorio*”, NIEVA FENOLL, *La duda...*, pp. 74-75.

¹¹⁹ Así lo enseña NINO, *Fundamentos de derecho constitucional...*, pp. 254-255, respecto de la CN.

¹²⁰ En igual sentido, DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 57.

¹²¹ Por integrar los bloques constitucionales. *Ibidem*, p. 58.

¹²² Como señala pacífica doctrina. Por todos, BELDA PÉREZ PEDRERO, *La presunción...*, p. 180.

¹²³ ANDRÉS IBÁÑEZ, “Presunción de inocencia y prisión...”, p. 3.

esta manera, en distinción a las cuatro facetas identificadas por FERRER BELTRÁN¹²⁴, que la incluye como una de ellas, la consideración de la presunción de inocencia como “principio informador” debe ubicarse en una instancia previa a los demás aspectos. A la vez esta consideración unifica el carácter de regla probatoria -que ahora describiremos- dentro del más genérico de “regla de juicio”¹²⁵.

Claramente, en la actualidad el Estado democrático ha convertido este derecho en uno de los principios cardinales del sistema procesal. Y su positivización como garantía del proceso y derecho fundamental nos lleva a considerarlo desde esta dimensión abarcativa en la triple concepción de principio, garantía y derecho.

En cuanto a su fundamento y su prevalencia por sobre una presunción de culpabilidad sostienen YON RUESTA y SÁNCHEZ-MÁLAGA que debe partirse de su íntima relación con la dignidad humana. Por ello se lo puede definir también como un principio humanitario (“*mirar a la persona como inocente es respetarla como humano que es*”)¹²⁶.

En la misma línea, BOVINO sostiene que desde la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al bloque de constitucionalidad de cada Estado, su aplicación se acogería al principio *pro homine*, como principio informador de aquel, aplicable a la interpretación en cada ordenamiento jurídico interno¹²⁷.

Con todo lo dicho cabe reseñar que en los sistemas estudiados se reconoce y protege constitucionalmente la presunción de inocencia como principio configurador del proceso penal, como garantía procesal y como derecho fundamental, atribuyendo constitucionalmente al ciudadano una posición de ventaja o un halo o “escudo de protección” compensatorio frente a la fuerza del aparato de persecución penal estatal¹²⁸.

Es justamente esa interpretación la que permite que la presunción de inocencia alcance doctrinalmente su valor constitucional innegable como garantía de acceso a la

¹²⁴ FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 5.

¹²⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, “Presunción de inocencia y prisión...”, p. 3.

¹²⁶ YON RUESTA, R./SÁNCHEZ MÁLAGA, A., “Presunción de inocencia y Estado de Derecho”, *Revista Themis*, n° 51, 2005, p. 144.

¹²⁷ BOVINO, A., “Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo”, *Foro: revista de derecho* 8 (II Semestre), 2007, p. 12.

¹²⁸ Cfr. OVEJERO PUENTE, “Protección del derecho...”, p. 431.

justicia, que ya defendiera FERRAJOLI, y esté íntimamente relacionada con la definición de Estado Constitucional de Derecho.

Finalmente, según BOVINO, si es cierto que se trata de un principio estructural del Estado de Derecho y del constitucionalismo, debe regirse, para su interpretación, por los principios que informan las principales libertades individuales garantizadas constitucionalmente, esto es, por una racionalidad protectora de los derechos¹²⁹.

La presunción de inocencia desde la perspectiva de esta primera dimensión, actúa así como directriz que marca el camino a seguir por el proceso penal, conforme emana de los postulados de la Escuela clásica, que la puso de manifiesto como el eje fundamental sobre el que gira el proceso penal, constituyendo un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal.

Sobre su base deberá encontrarse el justo equilibrio entre dos intereses contrapuestos: el del Estado en la represión de la delincuencia y el del individuo en la salvaguardia de su libertad y su dignidad. La presunción de inocencia asume, pues, un papel central desde un punto de vista político, ya que viene a establecer los límites de las relaciones entre el individuo y el poder¹³⁰.

Por ello puede entenderse que en un Estado totalitario -con sus intereses represivos superiores- sería impensable la vigencia del principio, que guarda relación con la concepción garantista del Estado -en la que prevalece la libertad y la dignidad- y en la cual el castigo del culpable no estará por encima de la protección del inocente¹³¹.

Junto con las restantes garantías -interconectadas en sus fines pero autónomas en cuanto a su origen-, esta concepción está orientada a configurar un proceso penal liberal en el que se establece como una de sus finalidades esenciales la protección del imputado frente a la actuación del Estado que cuenta así con limitaciones provenientes del reconocimiento de aquellas.

Sin embargo, y más allá de la fuerza de cuanto se viene sosteniendo, esta es una de las facetas que FERRER BELTRÁN considera superfluas y que, por tanto, podría ser

¹²⁹ BOVINO, *Aporías...*, p. 11.

¹³⁰ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 211.

¹³¹ *Ibidem*, p. 211.

escindida de la presunción de inocencia para disminuir su atrofia¹³² si se considera que los límites que impone como principio informador ya se encontrarían establecidos por las restantes dimensiones y por las reglas que en cada caso ordenan el proceso, con lo que esta dimensión puntualmente solo los abarcaría o se superpondría con ellos.

Tal postura ha llamado la atención sobre el hecho de que, el mayor reconocimiento de la importancia de la presunción de inocencia, se ha llevado a cabo dotándolo de cada vez más facetas, con una innecesaria proliferación de aspectos del proceso que quedarán predeterminados por él¹³³. Esa amplitud suele ser criticada con la aclaración de que una concepción minimalista de la presunción de inocencia no se contradice necesariamente con un fin garantista.

A su vez, NIEVA FENOLL¹³⁴ considera que no podemos quedarnos en que se trate de una simple máxima o de un “principio”: “*Su influencia en el proceso penal es tan intensa que forzosamente tiene que ser algo más*”. Señala este autor que es por ello que cabe concluir que “*con su rótulo jurídicamente incorrecto pero sociológicamente muy ilustrativo*”¹³⁵, se ha convertido en un principio que debe informar todo el proceso penal¹³⁶.

Así, como sucede con todos los principios, se erige en una guía que debe ser ajustada a cada caso concreto. Es una máxima tan general que precisa de adaptación al supuesto específico, y que desde luego ayuda a interpretar con corrección las normas jurídicas implicadas en el proceso penal.

En conclusión, aparte de cuanto cada legislador decida hacer en su propio ordenamiento jurídico, incluyendo el principio en su norma fundamental o en otro tipo de norma, lo que no es posible dudar es que la presunción de inocencia es un principio informador del proceso penal¹³⁷.

¹³² FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 23,

¹³³ *Ibidem*, p. 23.

¹³⁴ NIEVA FENOLL, *La duda...*, p. 68.

¹³⁵ Por la aludida incorrección de llamarla “presunción”.

¹³⁶ De su debido respeto dependen aspectos tan importantes como la imparcialidad judicial, la garantía de no ser condenado indebidamente sin pruebas y, finalmente, el derecho a no ser violentado en la propia persona o bienes como consecuencia de una investigación sin un motivo razonable.

¹³⁷ Cfr. NIEVA FENOLL, *La duda...*, p. 770. Aunque para este autor sería quizás excesivo erigirlo en principio fundamental de todo el ordenamiento jurídico, como podría decirse con la “igualdad” o la “libertad”, porque quizás no posee un ámbito tan generalista, identificando la presunción de inocencia con una

En mi consideración, no se puede desconocer esta característica de la presunción, sin embargo a los fines de su aplicación y protección puntual cabe remitir a los aspectos procesales específicos para que la garantía tenga verdadera función práctica en el mundo jurídico y brinde la protección necesaria al justiciable orientando a los jueces.

2. La presunción de inocencia como regla de prueba

Puede decirse que además de la consideración constitucional que lo ha configurado como un derecho fundamental o una garantía supralegal, cierta práctica judicial y doctrinal define a la presunción de inocencia como una regla de carga de la prueba.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU al comentar el art. 14 PIDCP observó que “*en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación*”.

El TC¹³⁸ exige que la actividad probatoria de cargo sea aportada al proceso por la acusación, ya que la presunción de inocencia es un derecho que se ha catalogado como pasivo, es decir, permite al acusado permanecer inactivo sin que la falta de pruebas de descargo pueda actuar en su perjuicio¹³⁹ (derecho al silencio).

Esta manifestación del principio ha permanecido vigente y ha constituido quizás la piedra angular de los nuevos enfoques en esta materia que imponen la existencia de determinadas reglas que indican cómo debe ser el procedimiento probatorio y las características que debe reunir cada uno de los medios de prueba para que puedan fundamentar posteriormente una eventual sentencia de condena.

Sin embargo, a pesar de las referencias históricas antes expuestas -respecto de, v.gr., la presunción de inocencia en los procesos penales ingleses- no puede concluirse

concreción de un derecho a la tranquilidad privada, que a su vez forma parte inescindible de esa “libertad”.

¹³⁸ Desde la STC 31/1981, de 28 de julio.

¹³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 234.

que en ellos la carga de la prueba correspondiese siempre a la acusación¹⁴⁰. Las reglas allí originadas se relacionan asimismo con la dimensión de regla de juicio que analizaré en el apartado siguiente, ya que se conecta con la necesidad de pruebas incriminatorias y con la orientación de que los jurados no debían condenar a menos de que se convencieran “*más allá de toda duda razonable*”¹⁴¹.

El TC señala que para desvirtuar la presunción de inocencia se exige: 1) que exista una mínima actividad probatoria; 2) que la misma sea de cargo; 3) que la actividad en tal sentido sea suministrada por la acusación (en la mayoría de ocasiones representada exclusivamente por el Ministerio Fiscal) quien tiene a su cargo la labor probatoria de la culpabilidad de la persona contra la que se dirige el procedimiento; 4) que la prueba sea practicada en el juicio oral; y 5) que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales y los derechos fundamentales¹⁴².

Estas exigencias, que se relacionan con la presente faceta y también con la aplicación de la garantía como “regla de juicio” -que tiene su momento de aplicación al momento de la sentencia-, constituyen las reglas que rigen la actividad probatoria durante el proceso.

Sin embargo, no todos los problemas en relación a la prueba y su valoración a la hora de arribar a una sentencia deben incluirse en la protección que brinda la presunción de inocencia y su eventual vulneración, sino que algunos responden a reglas técnicas del proceso y a la valoración probatoria en cada caso dentro del derecho a un juicio con todas las garantías, con lo que las afectaciones que pudiera sufrir el individuo por una mala aplicación de estas normas (falta de motivación, prueba ilegítima, prueba preconstituída, etc.)¹⁴³ ya se encontrarían protegidas por otras reglas, resultando superflua en este punto la alegación de la presunción de inocencia.

Se confunde así a la regla probatoria con la regla de juicio, y a la presunción de inocencia con otros principios. Sin embargo en cuanto a la faceta aquí estudiada debemos referirnos fundamentalmente a la premisa de carga de la prueba. Ello da

¹⁴⁰ Cfr. STUMER, “La presunción de inocencia...”, p. 26.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁴² Por todas, las SSTC 171/2000, de 26 de junio ; 278/2000, de 27 de noviembre; 124/2001, de 4 de junio; 209/2001, de 22 de octubre; 222/2001, de 5 de noviembre; 17/2002, de 28 de enero; 161/2016, de 3 de octubre.

¹⁴³ Que son tratadas por autores como BELDA PÉREZ PEDRERO, “La presunción...”, pp. 191-193.

contenido a la regla *onus probandi*¹⁴⁴ durante el proceso (más allá de la constatación que hacia el final del juicio se hará acerca de su cumplimiento).

LUIGI FERRAJOLI, menciona con claridad que “*la culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa -y no de la inocencia, que se presume desde el principio- la que forma el objeto del juicio*”¹⁴⁵.

Cabe reafirmar entonces que la presunción de inocencia en su aplicación práctica determina -en su rol dentro del sistema acusatorio- que la carga probatoria corresponde a los acusadores (y no a quien se defiende) y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste, con lo cual el derecho a la presunción de inocencia desenvuelve su eficacia cuando observa si las pruebas practicadas respetan estas líneas procesales¹⁴⁶.

Ese emplazamiento de la carga de la prueba en el acusador que no solo ejercita la acción penal, sino que también, conforme al principio acusatorio, se encuentra encargado de conducir la investigación del delito -aunque aún esto no sea de aplicación en todos los ordenamientos nacionales observados¹⁴⁷-, recreando así la secuencia fáctica y brindando al juzgador los hechos probados para efectuar la posterior valoración jurídica e imputación de responsabilidad¹⁴⁸, es una de las derivaciones más importantes de la carga de la prueba en cuanto a sus aspectos técnicos y, por ende, de la presunción de inocencia que la inspira¹⁴⁹.

Conforme analiza GUERRERO PALOMARES de lo que dice la Dir. 2016/343, y también de lo que no dice, se extraen avances muy relevantes respecto a esta faceta. Por un lado se establece el ámbito de aplicación de la carga probatoria, recayendo esta

¹⁴⁴ Expresión del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 549.

¹⁴⁶ En igual sentido YON RUESTA/SÁNCHEZ MÁLAGA, “Presunción de inocencia...”, p. 144.

¹⁴⁷ Destacándose la situación argentina donde pese a encontrarse sancionado un nuevo código que se inclina hacia un paradigma acusatorio, el mismo no es aún de aplicación en todo el territorio, con lo que no existe esta carga del Fiscal de investigar (solo impulsa la acción), permaneciendo en la mayoría de los casos la pesquisa a cargo del mismo juez.

¹⁴⁸ Cfr. YON RUESTA/SÁNCHEZ MÁLAGA, “Presunción de inocencia...”, p. 146.

¹⁴⁹ Para NIEVA FENOLL, *La duda...*, p. 68, sin embargo, hoy la presunción de inocencia no es una regla de carga de la prueba, en principio porque el proceso penal es ajeno al sistema iusprivatista de asignación de cargas, con lo que habría dejado de tener ese contenido antiepidémico originario.

sobre la *culpabilidad*. Esto es relevante por cuanto no siempre ha existido unanimidad doctrinal y jurisprudencial al respecto¹⁵⁰.

De otro lado, la Dir. 2016/343 no establece excepciones al *onus probando*; por lo que, en principio, debemos entender que la Directiva no admite, ni siquiera en supuestos excepcionales, la inversión de la carga de la prueba hacia la defensa que, en determinadas circunstancias se aplica en distintos sistemas y que incluso ha sido refrendada, en determinados supuestos, por el TEDH. Por lo tanto, la valoración que hay que hacer del art. 6.1 de esta Directiva es positiva respecto del reconocimiento de esta dimensión procesal¹⁵¹.

Por todo ello considero que esta es una de las dimensiones principales en que la presunción de inocencia logra su aplicación¹⁵² y tiene incidencia manifiesta durante todo el desarrollo del proceso en la actualidad y se complementa con las restantes facetas.

FERRER BELTRÁN¹⁵³ al sostener que la presunción de inocencia como regla probatoria solo se mantiene en cuanto a la atribución de la carga de la prueba a la acusación, y aun reconociendo que esta distribución puede derivarse ya de la regla general -vigente desde el derecho romano- de que la prueba de un hecho atañe a quien afirma su ocurrencia y no a quien la niega (*ei incumbit probatio qui dicit non qui*

¹⁵⁰ En este sentido, y en una posible respuesta a NIEVA FENOLL, señala GUERRERO PALOMARES, "La presunción de inocencia...", p. 9, que si bien en el proceso penal no existe una distribución de la carga de la prueba en idénticos términos en los que se produce en el proceso civil, es indiscutible que la vigencia de este derecho a favor del acusado la atribuye, tanto de los elementos objetivos como de los subjetivos del delito, a la acusación. Por tanto aunque en principio no pueda hablarse de *distribución*, sí supone una *atribución* en exclusiva de la carga de acreditar todos los extremos del delito a la acusación. También sostiene esto FERRER BELTRÁN, "Una concepción minimalista...", pp. 14-15.

¹⁵¹ Ello, conforme vengo sosteniendo, se relacionará inevitablemente con la premisa de que, además, no procederá condena alguna si no se han practicado en el acto de juicio oral (realizado con todas las garantías establecidas por la ley: inmediación, oralidad, contradicción, publicidad e igualdad de armas) pruebas de cargo susceptibles de enervar la inocencia ("regla de juicio"). Cfr. BALSELLS CID, M., "Diferencias entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*", Barcelona: <http://www.eljurista.eu/2014/11/11/diferencias-entre-el-derecho-a-la-presuncion-de-inocencia-y-el-principio-in-dubio-pro-reo/>

¹⁵² Lo sostenía inicialmente también NIEVA FENOLL, "La razón de ser...", p. 4. Sin embargo, autores como FERRER BELTRÁN, "Una concepción minimalista...", señalan que la vinculación entre presunción de inocencia y carga de la prueba no solo resulta innecesaria sino que también tiende a producir una expansión del ámbito de aplicación de la presunción de inocencia a situaciones en las que nada parece tener que ver la inocencia o culpabilidad de ninguna de las partes, considerándola por ello como una faceta superflua y que podría ser escindida de la presunción de inocencia, disminuyendo la atrofia de esta última.

¹⁵³ FERRER BELTRÁN, "Una concepción minimalista...", pp. 14-15.

negat)¹⁵⁴, señala que el problema radica en que, entendida así, se produce la tendencia a expandir el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia a cualquier supuesto de distribución de la carga¹⁵⁵.

De allí la distinción que realiza FERNÁNDEZ LÓPEZ¹⁵⁶ entre carga de la prueba en sentido estricto, consistente en la existencia de un interés de la parte en la producción de prueba para evitar una resolución desfavorable y el llamado impulso probatorio que no atiende a un interés predeterminado dirigido a acreditar la existencia de un concreto hecho, sino que consiste simplemente en la producción de medios probatorios para contrastar la fiabilidad de otros medios de prueba¹⁵⁷. Sin embargo, la autora confunde el derecho del acusado a la contraprueba, con una responsabilidad o carga¹⁵⁸, con lo que esta posición, a mi criterio, afecta el derecho al silencio y el *nemo tenetur*¹⁵⁹.

A este respecto, cabe tener presente también la posible inclusión en el ordenamiento de normas penales sustantivas que pueden afectar el principio. V.gr., NIEVA FENOLL identifica como un posible ataque a la presunción de inocencia la norma de la *exceptio veritatis* del delito de calumnias (art. 207 del CP español) que exculpa a quien logre probar su alegación¹⁶⁰.

En definitiva la presunción de inocencia como límite a la distribución de la carga de la prueba garantiza que el acusado no asuma carga alguna, sino que es la acusación quien tiene que probar la culpabilidad en todos sus elementos.

¹⁵⁴ Regla que fue recibida en España por el art. 1214 del CC: "Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone".

¹⁵⁵ FERRER BELTRÁN, "Una concepción minimalista...", pp. 14-15 cita el caso del derecho laboral y el de la STC 13/1982 en la que se declara aplicable y violada la presunción de inocencia en un caso en el que una acusación no probada de homosexualidad del marido, en el marco de un proceso de medidas provisionales de separación matrimonial, que habría servido para atribuir la custodia de los hijos a la mujer.

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 411.

¹⁵⁷ El TC lo explicita en las SSTC 188/2000, de 10 de julio y 130/2002, de 3 de junio.

¹⁵⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 380, señala, desde una posición que no comparto, que una vez que la acusación ha planteado pruebas contundentes de la culpabilidad, la defensa asume la responsabilidad de alegar y acreditar los hechos que puedan evitar la condena o supongan una rebaja de la pena. En este sentido, intenta decirse que en el proceso penal se produce una distribución de la carga de la prueba sin que por ello se quiebre o limite el derecho a la presunción de inocencia, cuya principal virtualidad, desde este punto de vista, es la de imponer la iniciativa probatoria a la acusación y exigirle un alto nivel de prueba, de modo que nada prohibiría respecto de la necesidad de que el acusado alegue y pruebe los hechos que pretenda utilizar en su defensa.

¹⁵⁹ "Nadie está obligado a acusarse a sí mismo".

¹⁶⁰ NIEVA FENOLL, *La duda...*, pp. 92-94.

3. La presunción de inocencia como regla de juicio

Resulta, en ocasiones, difícil distinguir la dimensión probatoria de la dimensión como regla de juicio que también abarca la presunción de inocencia. La primera actúa como regla relativa a las condiciones de legitimidad que debe reunir la actividad probatoria y a la carga que recae sobre el acusador -por lo que es un presupuesto de la actividad de valoración previo a la sentencia-, mientras que en su vertiente de regla de juicio la presunción de inocencia opera en oportunidad en que el órgano sentenciador, tras el examen y la valoración de la evidencia reunida, debe decidir sobre esta en su sentido de resultado probatorio.

Por ello, esta expresión de la presunción de inocencia se manifiesta en realidad en un momento posterior y vino, en un principio, a constituir la regla prevista por el ordenamiento jurídico para evitar el *non liquet*¹⁶¹. Así, la configuración de la presunción de inocencia como regla de juicio, obliga a considerar su relación con el principio *in dubio pro reo*¹⁶².

3.1 La presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*

Para quienes unifican estas dos reglas, resulta basal lo considerado por el TEDH¹⁶³ cuando afirma que la presunción de inocencia supone que cualquier duda acerca de la culpabilidad del acusado debe interpretarse a su favor. Este fue entendido históricamente como el sentido de la regla de juicio en el proceso penal.

Se ha sostenido que en los casos en que el Ministerio Público no llega a presentar hechos probados que permitan efectuar la valoración material del proceso

¹⁶¹ Se utiliza la expresión *non liquet* ("no está claro") cuando un órgano jurisdiccional no puede responder a la cuestión controvertida por no encontrar solución para el caso, o bien por no haber norma directamente aplicable.

¹⁶² Locución latina que expresa el principio jurídico de que en caso de duda, se favorecerá al imputado o acusado. Podría traducirse como "ante la duda, a favor del reo".

¹⁶³ Casos *Barberá, Messeguer y Jabardo v. España* de 16 de octubre de 1986, n° 10590/83 y *Telfner v. Austria* de 20 de marzo de 2001, n° 33501/96.

penal, el principio analizado ha de ser el fundamento para la finalización de la actuación estatal, absolviendo¹⁶⁴. Así, a la hora de estudiar la necesidad de una adecuada actividad probatoria dentro del trámite del proceso esto es, para una parte de la doctrina, efecto de la presunción de inocencia de la cual el *in dubio pro reo* formaría parte, en cuanto máxima consistente en el mandato de absolución de un procesado por duda o incertidumbre sobre su responsabilidad¹⁶⁵.

La asimilación del *in dubio pro reo* con la garantía estudiada ya era considerada en los textos históricos que lo expresaban como manifestación de esta, al identificarse los momentos de aparición de las reglas que de él emanan -las que debían regir la duda del juez- con la evolución del principio. De hecho, el propio TC español ha repetido a menudo en su primera jurisprudencia que la presunción de inocencia reconocida en el texto constitucional suponía la constitucionalización del *in dubio pro reo*, tradicionalmente presente en el derecho procesal penal a nivel legislativo¹⁶⁶.

El art. 6.2 de la Dir. 2016/343 establece que “*los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado*” recogiendo la expresión clásica del brocardo. Por ella no solo hay que absolver cuando no haya prueba sino cuando, habiéndola, existan dudas sobre la culpabilidad.

El TC también ha sostenido repetidamente el estatus de regla de juicio de la presunción de inocencia, cuya función supondría además la constitucionalización del estándar de prueba penal. Así, la presunción de inocencia impondría la obligación de absolver si el resultado de la valoración de la prueba no alcanza el estándar de prueba

¹⁶⁴ Cfr. YON RUESTA/SÁNCHEZ MÁLAGA, “Presunción de inocencia...”, p. 146; LOZA ÁVALOS, *La prisión preventiva...*, p. 7.

¹⁶⁵ BACIGALUPO, E., “Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación”, *ADPCP*, 1988, p. 368, al estudiar el recurso de casación en España, forma parte de los autores que se oponen a la distinción entre *in dubio pro reo* y presunción de inocencia, ya que sostiene que el resultado de la jurisprudencia importa una contracción del significado de la garantía a la simple exigencia de que se practique prueba antes del dictado de la sentencia y que tal concepción “minimizada” de la presunción de inocencia a la que se amputa expresamente el principio *in dubio pro reo* que históricamente era considerado como integrante de aquella, difiere sustancialmente no solo de la que el TC había establecido expresamente en la STC 31/1981, sino también de la definición que subyace al art. 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los DDHH y Libertades Fundamentales, en el que se entiende que la culpabilidad del acusado se deberá probar por el acusador y toda duda jugará a su favor.

¹⁶⁶ Cfr. FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 2. Más tarde, como veremos, el propio Tribunal ha modificado su doctrina sobre la relación entre la presunción de inocencia y el principio del *in dubio pro reo*.

indicado¹⁶⁷ mas, como veremos muy pronto, esta es una cuestión que hay que diferenciar.

La mera declaración principialista de que ante la duda hay que absolver, no resuelve el problema que se busca atacar con la construcción del derecho a la presunción de inocencia (la injusticia, la imparcialidad, la atávica tendencia a la condena¹⁶⁸) pues, “*como nos dijo KELSEN, un derecho sin garantías no es un derecho*”¹⁶⁹.

Por ello, para otro sector de la doctrina el alcance de ambas máximas se encuentra delimitado y responde a reglas diferenciadas¹⁷⁰. La jurisprudencia actual del TC aclara las razones por las que se realiza hoy la distinción, pese a haber sostenido primero que la presunción de inocencia venía siendo un mero principio teórico del derecho -en el ámbito de la jurisdicción criminal- a través del axioma *in dubio pro reo*, relacionado con la valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre.

Con la modificación de esa histórica interpretación se reconoce su aplicación como regla de juicio solo en las ocasiones en que no ha existido en el proceso una mínima actividad probatoria que fundamente la posible condena.

Aquí concuerdo con la consideración de CORCOY BIDASOLO¹⁷¹, que reposa sobre un gran respaldo jurisprudencial¹⁷², cuando sostiene que el principio de presunción de inocencia se vulnera siempre que no se hayan acreditado suficientemente los hechos sobre los que debe recaer la posterior valoración jurídica, a través de la

¹⁶⁷ Cfr. FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 18.

¹⁶⁸ NIEVA FENOLL, *La duda...*, pp. 72 ss.

¹⁶⁹ GUERRERO PALOMARES, “La presunción de inocencia...”, pp. 10-11. En este aspecto, más allá de la mera enunciación del brocardo, la Dir. 2016/343 aporta poco.

¹⁷⁰ Un sector de la literatura distingue la presunción de inocencia del *in dubio pro reo* a través de la diferencia entre el momento de establecimiento de la relación causal y el del juicio de imputación, entre ellos la profesora CORCOY BIDASOLO, M., “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 604.

¹⁷¹ CORCOY BIDASOLO, “La distinción...”, p. 597, refiere que la confusión entre relación causal e imputación objetiva adquiere especial relevancia en relación con el principio de presunción de inocencia que solo afecta a la causalidad mas no a la imputación objetiva. Así, la imputación objetiva, en cuanto se concibe como la valoración por el juez de los hechos probados, no resultaría afectada por el principio de presunción de inocencia sino por la exigencia de motivación y congruencia y por el principio *in dubio pro reo*. Por consiguiente, la validez de una ley causal general no puede remitirse a la cuestión de la libre valoración de la prueba, sino que el juez debe decidir si las razones expuestas por los peritos son suficientes para aceptar esa ley causal

¹⁷² Entre muchas otras, las SSTC 175/1985; 229/1988; 94/1990; 244/1994; 49/1998; 180/2002; 284/2006.

actividad probatoria de cargo, pudiendo invocarse la vulneración si el proceso deductivo de la sentencia es arbitrario, irracional o absurdo¹⁷³.

Así, mientras que la presunción de inocencia, como veíamos, requiere que se practiquen todas las pruebas que se estimen pertinentes, el principio *in dubio pro reo* entra en juego posteriormente cuando, una vez practicadas las pruebas pertinentes, para el juez se mantiene la duda sobre cómo, quién o en qué condiciones se produjeron los hechos. Por tanto, este despliega su eficacia en el momento de la valoración de la prueba practicada por parte del órgano juzgador que debe resolver, en el sentido de que si examinados y valorados los hechos mantiene dudas, su resolución siempre ha de ser favorable al acusado (en ocasiones supondrá la absolución pero también puede significar la no aplicación de circunstancias agravantes o de un tipo privilegiado¹⁷⁴).

Por ello asiste razón a NIEVA FENOLL, en cuanto afirma que el principio *in dubio pro reo* está dirigido al juez¹⁷⁵ ya que esta valoración pertenece a las facultades del juzgador de instancia y, por consiguiente, partiendo del principio de libre valoración de la prueba¹⁷⁶ la resolución solo puede ser objeto de recurso por infracción de este principio cuando ella carece de apoyo en todo el conjunto probatorio practicado en el acto del juicio oral o es contraria a las reglas de la lógica.

Ahora bien, CORCOY BIDASOLO se diferencia de NIEVA FENOLL al delimitar, a mi juicio acertadamente, que el principio *in dubio pro reo* es de aplicación únicamente en el juicio sobre la concreta situación que se ha realizado, pero no respecto de la hipotética, con lo que, “*por la falta de prueba fehaciente de esta relación hipotética, no se puede entender infringido este principio, ni conculcados otros principios y garantías político-criminales*”¹⁷⁷.

Con la utilización conceptual de causalidad e imputación objetiva se da una respuesta coherente a la distinta naturaleza de una y otra institución y, sobre todo, se señalan las consecuencias que de estas diferencias se extraen en relación con la teoría del delito y, muy especialmente, su repercusión en el proceso¹⁷⁸. Así, desde esta relación entre la teoría del delito y el proceso penal, que como desarrollaré más

¹⁷³ CORCOY BIDASOLO, “La distinción...”, p. 601.

¹⁷⁴ Cfr. BALSELLS CID, *Diferencias...*, p. 2.

¹⁷⁵ NIEVA FENOLL, “La razón de ser...”, p. 14.

¹⁷⁶ Normativamente: art. 741 LECrim, art. 295 CPPCH y art. 127 del nuevo CPPN argentino, a modo de ejemplo.

¹⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, “La distinción...”, p. 613.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 615.

adelante resulta necesaria para un adecuado estudio y aplicación del sistema de justicia en forma integral¹⁷⁹, se arriba a conclusiones que resultan contundentes en esta discusión¹⁸⁰.

Ya MONTERO AROCA¹⁸¹ reconocía que, “*aunque ha existido alguna confusión doctrinal*”, el principio *in dubio pro reo* no forma parte de la presunción de inocencia, sino que debe ser incardinado en la valoración de la prueba. Por ello este brocardo atiende a aquellos casos en los que, a la vista del resultado de la prueba practicada, el tribunal no alcanza un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el inculpado (de modo que entonces se impone la absolución, o la no concurrencia de la circunstancia agravante).

Ambos principios tienen una historia en común y como punto de contacto el hecho de que no podrá condenarse a nadie de no haberse practicado contra esa persona pruebas que demuestren su culpabilidad¹⁸². Sin embargo hoy se observa claramente que, en cuanto al proceso penal y en términos de análisis probatorio, operan en momentos distintos. La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto y marca la diferencia entre ambos¹⁸³ con una finalidad práctica.

3.2 Distinción práctica y la cuestión casacional

¹⁷⁹ Vinculación sobre la que profundizaré en el Capítulo 4.

¹⁸⁰ Aun así, NIEVA FENOLL, “La razón de ser...”, p. 4, al sostener que ningún autor ha conseguido demostrar que no estén basados en la misma idea de que los reos deben ser considerados inocentes antes de ser condenados señala, al igual que otros autores (NOGUEIRA ALCALÁ, “Consideraciones sobre el derecho...”, p. 237, sostiene que ambos principios se vinculan armónicamente, ya que la prueba insuficiente lleva a una sentencia absolutoria del imputado. TOMÁS Y VALIENTE, “*In dubio pro reo...*”, p. 25, sostiene que la consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental proscribire la condena en la duda porque establece el hecho inicialmente cierto de que todo hombre es inocente. CLEMENTE CASAS, I., *Tres preguntas sobre el derecho a la presunción de inocencia: eficacia antes del juicio, fraudes “carrusel” de IVA e imputación de autoría dentro de organizaciones empresariales*”, Universidad Rey Juan Carlos, 2009, p. 6, también identifica la presunción de inocencia con el *in dubio pro reo*) continúa asimilando conceptualmente ambos principios y descarta por completo la distinción basada en que el *in dubio pro reo* está centrado en el momento en que el juez debe dictar sentencia, por considerar que ningún juez puede aislar su juicio por fases del proceso, sino que se va formando una opinión sobre lo acaecido durante su celebración. NIEVA FENOLL, *La duda...*, p. 62. Este autor, de hecho, (*ibidem*, p. 67) dota de contenido a la garantía bajo estudio sobre la base de que si existen dudas no se puede condenar.

¹⁸¹ MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008, p. 419.

¹⁸² BALSELLS CID, *Diferencias...*, p. 3.

¹⁸³ SSTS 277/2013; 346/2009; 936/2006; 16/2000; 103/1995; 63/1993; 44/1989.

En apoyo a la distinción antes esbozada, el TS¹⁸⁴ complementó la razón de la misma al realizar una clara separación de las fases perfectamente escindibles que tienen lugar dentro del proceso de análisis de las diligencias probatorias:

1º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas: a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas; b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo. 2º Una segunda fase de carácter predominante subjetiva, para la que habría que reservar “stricto sensu”, la denominación usual de “valoración del resultado o contenido integral de la prueba”, ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.”

Una vez considerado esto se deduce que, en la primera fase, operaría la presunción de inocencia y, en la segunda, el principio *in dubio pro reo*. Y ello es así porque la primera se desenvuelve en el marco de la carga probatoria en tanto y cuanto en virtud de esta se debe determinar que existe prueba de cargo obtenida con arreglo a las garantías procesales y que ella tiene contenido incriminador¹⁸⁵.

Una vez superada esta etapa y concretado si existe prueba o no, entrará en juego el *in dubio pro reo* que presupone la previa existencia de pruebas y se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las mismas, debiendo el Tribunal considerar la eficacia demostrativa de ellas, y si no consigue una convicción sobre la verdad de los hechos, deberá absolver al acusado por aplicación de este precepto.

Como ha señalado la jurisprudencia en muchas sentencias, ambos preceptos cuentan con una diferencia *esencial* para su aplicación y radica en el hecho de que el *in dubio pro reo* “*en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial, ni está dotado de la protección del recurso de amparo, ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas*”¹⁸⁶.

Así pues, se podrá invocar vulneración del *in dubio pro reo* cuando el Juez o Tribunal *a quo* haya expresado sus dudas acerca de la culpabilidad de una persona

¹⁸⁴ STS 1218/2004, de 2 de noviembre.

¹⁸⁵ Cfr. BALSSELLS CID, *Diferencias...*, p. 3.

¹⁸⁶ STS 147/2009 de 15 de junio, entre otras.

porque las pruebas no han logrado su convicción y, aun así, procedió a condenarla. El derecho a la presunción de inocencia se podrá invocar, por su parte, cuando las diligencias probatorias no se hayan practicado conforme a la ley o cuando no aporten elementos de incriminación suficiente para ser valorados.

Por ello, y a pesar de la familiar relación que guardan ambos, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico *favor rei*, existe una diferencia sustancial entre ellos, de modo que su alcance no puede ser confundido.

El principio *in dubio pro reo* no constituye base de ningún derecho fundamental, ni puede compararse con el derecho a la presunción de inocencia, ya que se encuentra ínsito en los criterios valorativos que deben seguir los jueces cuando ponderan los elementos del delito, con independencia de que exista prueba válida para condenar y se excluye cuando el órgano judicial no ha expresado dudas sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas¹⁸⁷ o sobre el cumplimiento del estándar de prueba correspondiente¹⁸⁸.

Pese a la referida distinción, el *in dubio pro reo* no deja de ser considerado como un principio del Derecho Penal Constitucional. Teniendo en cuenta siempre que la duda “*afecta a la propia existencia del hecho ilícito, las circunstancias de dicho hecho, la participación del acusado y, en definitiva, cuanto concierne a algún elemento fáctico relevante*”¹⁸⁹, esto tiene efecto a la hora de presentar recursos de casación o de amparo, ocasión en que se tiene que individualizar la garantía conculcada¹⁹⁰.

A su vez, se podría pensar que si el principio *in dubio pro reo* opera en la fase de valoración de la prueba, lo que va hacer el Tribunal *ad quem* será valorar de nuevo la prueba. Sin embargo ello no necesariamente es así porque el principio *in dubio pro reo* tiene una dimensión normativa y una dimensión fáctica. El TS se ha expresado en este sentido¹⁹¹:

¹⁸⁷ Por todas, la STC 137/2005, de 23 de mayo.

¹⁸⁸ FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 23.

¹⁸⁹ SSTs de 29 de noviembre de 2006 y 28 de septiembre de 2004.

¹⁹⁰ No obstante, esta clara distinción entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo* y el momento en que opera cada uno -y por ende el momento en que debe alegarse en fase de recurso- puede suscitar sorpresa ante la realidad de que los tribunales de casación, e incluso los de apelación, no entran a analizar la valoración de prueba que ha hecho el Juez o Tribunal de Instancia ya que a aquellos les falta un requisito esencial del juicio oral, la inmediación. Cabe decir sin embargo que la naturaleza del recurso de casación y la del recurso de amparo requieren un análisis que excede por mucho los límites de esta investigación.

¹⁹¹ ATS de 3 de junio de 2004.

“Respecto a la vulneración del principio “*in dubio pro reo*”, este, tiene dos dimensiones: una dimensión normativa y una dimensión fáctica. Esta última hace referencia al estado individual de duda de los jueces, y por lo tanto debe quedar fuera de la casación, y la dimensión normativa se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo, por lo que en esta dimensión, como norma sustantiva no simple norma interpretativa que el Tribunal debe observar en aplicación de la Ley penal, la infracción del principio “*in dubio pro reo*” sí debe dar lugar a la casación, y en su caso, incluso, al recurso de amparo constitucional art. 24. 2”.

La aclaración de esta confusión es trascendente, teniendo en cuenta el grave peligro que pueden correr los justiciables, al momento de ser representados en un proceso (tanto como víctimas o como sospechados de un ilícito).

Cabe distinguir de acuerdo con esta jurisprudencia ambos aspectos del principio. Así, en cuanto a lo primero, el *in dubio* significa un estado de duda del juzgador que no puede revisarse en casación (la duda existe o no existe, y ello depende de la convicción individual del juez encargado de enjuiciar). Por el contrario en su aspecto normativo el principio significa que acreditada la duda del juzgador es un imperativo para él absolver, y si no lo hace entonces la condena puede ser revisada¹⁹².

3.3 La consideración de los estándares de prueba

Dentro de esta dimensión de regla de juicio, cabe mencionar que para FERRER BELTRÁN pese a que sí debe considerarse el principio de inocencia como *in dubio pro reo* este no es operativo si no se dispone de una regla de valoración probatoria o estándar de prueba claro. Por ello le otorga principal importancia en este aspecto a la elaboración de un estándar de prueba objetivo¹⁹³. Últimamente se está abriendo camino esta opción que considera la presunción de inocencia como un estándar de prueba¹⁹⁴.

¹⁹² Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J. A., “El derecho constitucional a la presunción de inocencia”, en CGPJ – ESCUELA JUDICIAL, *Derechos procesales fundamentales*, 2004, p. 649.

¹⁹³ Así, FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, pp. 3 y 17, pese a sostener que muchas de las caras de la presunción de inocencia que venimos estudiando son absolutamente irrelevantes -por cuanto al estar ya protegidas por otros derechos fundamentales, la situación jurídica del ciudadano no variaría si el diseño de la presunción de inocencia no las abarcara-. Entiende que la operatividad, como

Todo esto, según los autores que dan preponderancia al desarrollo del fundamento epistemológico de la prueba, tiene sus implicaciones también en el tipo de estándares que se establecen para alcanzar la culpabilidad¹⁹⁵ (v.gr., en casos en que solo exista prueba indiciaria que demuestre la culpabilidad de una persona, esta debe estar sustentada en una pluralidad de indicios probados, concomitantes y que tengan una concordancia y conexión, no solo lógica y causal, sino también objetiva¹⁹⁶). También VERA SÁNCHEZ señala que la aplicación del estándar de duda razonable es una manifestación del derecho de presunción de inocencia que, como tal, ha sido reconocido por numerosos tratados internacionales incluido el art. 66 del Estatuto de la CPI¹⁹⁷.

Razona FERRER BELTRÁN que la presunción de inocencia como regla de juicio no será operativa si no se dispone de tal estándar y que si se dispone de él, el espacio para la aplicación de la presunción será el de la duda sobre el cumplimiento de la misma¹⁹⁸. Así, refuerza VERA SÁNCHEZ que la aplicación del estándar puede favorecer o mostrar la operatividad del derecho de presunción de inocencia en el enjuiciamiento como interés compartido por la comunidad y como condición de legitimidad del procedimiento¹⁹⁹.

GUERRERO PALOMARES abona esta postura, señalando que es contenido relevante de la presunción de inocencia la existencia de una regla de valoración probatoria, entendida como el *“razonamiento con el que se evalúa en qué medida los elementos de juicio (los hechos probatorios) avalan la hipótesis que se quiere probar”*.

garantía procesal de esta, exige disponer de un estándar de prueba intersubjetivamente controlable, lo que hoy estamos lejos de tener

¹⁹⁴ Para NIEVA FENOLL, “La razón de ser...”, p. 11, en cambio, la presunción de inocencia no es un estándar de prueba.

¹⁹⁵ Estándares como el “más allá de toda duda razonable” son tildados de ser estándares subjetivos. FERRER BELTRÁN, J., “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* n° 15, 2007, p. 6 señala que solo avanzando en la formulación de estándares de prueba que reúnan características que no los hagan expresión de dudas o certezas subjetivas, podrá dotarse de sentido un derecho a la presunción de inocencia.

¹⁹⁶ YON RUESTA/SÁNCHEZ MÁLAGA, “Presunción de inocencia...”, p. 145, aclaran al respecto, que la aplicación de la prueba indiciaria debe ser limitada y encontrarse parametrada por los elementos mínimos que el rompimiento de la presunción de inocencia nos exige y que son dos: primero, la existencia de un razonamiento fiscal y judicial enfocado en tres pasos determinados: relación causal, imputación objetiva e imputación subjetiva acorde con el principio de culpabilidad; y, segundo, arribar a una respuesta estatal consistente en una resolución predecible, razonada y que pueda ser contradicha por el ciudadano.

¹⁹⁷ VERA SÁNCHEZ, J. S., “¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable?”, *acdi-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018, 11, p. 118.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 23.

¹⁹⁹ VERA SÁNCHEZ, “¿Por qué es importante...”, p. 120.

Si bien resulta complejo de explicar, dado que por fuerza tenemos que pasar de un plano jurídico-positivo a otro epistemológico, se trata de establecer un método racional de valoración de la prueba -en definitiva, un estándar de prueba- que nos permita alcanzar un conocimiento de los hechos tal que, superado, podamos afirmar que la presunción de inocencia no resulta dañada por la condena sin que, obviamente, podamos llegar al extremo de una utópica certeza absoluta sobre los hechos, puesto que los mismos, normalmente, no acceden al proceso en su realidad material, empírica, o histórica²⁰⁰.

NIEVA FENOLL²⁰¹ señala que la presunción de inocencia en los tribunales de recursos se evalúa revisando si la prueba es suficiente, lo que identifica con la existencia de la duda razonable. Sin embargo, este no sería actualmente su sentido.

Se relaciona así también el principio de inocencia con la formulación de estándares de prueba²⁰², y la estimación de la sana crítica y la duda razonable como reglas de valoración de la evidencia -que se utilizan para elaborar la sentencia o para establecer medidas intermedias de afectación de derechos-²⁰³.

3.4 La prueba de los peligros procesales

En el campo de la prisión provisional, también se sostiene, como problema añadido, que la existencia del peligro procesal que legitimaría la imposición de la privación de libertad antes de la pena, descansa en cada caso sobre presupuestos fácticos cuya prueba resulta de compleja realización.

²⁰⁰ GUERRERO PALOMARES, “La presunción de inocencia...”, pp. 14-15, destaca el esfuerzo de FERRER BELTRÁN, analiza la propuesta de este y menciona precedentes jurisprudenciales que también lo tienen en cuenta.

²⁰¹ NIEVA FENOLL, *La duda...*, pp. 69 y 74-75, señala que el estado de inocencia funciona como una suerte de orientación que obliga al juez a absolver en caso de duda, otra vez identificándola con el *in dubio pro reo*. También afirma que es algo que condiciona toda la labor judicial de principio a fin, especialmente en el aspecto probatorio y, al analizar la presunción de inocencia como regla de valoración de la prueba, ubica a esta como norma admonitiva, por la cual desde el ordenamiento se recomienda al juez que se incline a la inocencia en caso de duda, dejando de ser considerada una norma de prueba legal a partir del concepto de “duda razonable” y otras orientaciones racionalistas del derecho anglosajón que dieron luz a la íntima convicción.

²⁰² Hablar de estándares de convicción significa estudiar aquello que indica al juez cuándo está autorizado a tener algo por acreditado, o sea cuándo la relación entre la prueba y las premisas justifica la aceptación de una conclusión como probada para los propósitos pretendidos.

²⁰³ Cfr. NIEVA FENOLL, “La razón de ser...”, pp. 14 ss., entre otros procesalistas o filósofos del derecho.

En este punto deberá considerarse si la elaboración de estándares de prueba, tanto para el elemento material como para la determinación del fundamento procesal específico e individual -en cuanto presupuestos de la prisión provisional- brindan una mejora en dicha carencia a nivel probatorio general ya que para afirmar, en su caso, la existencia de un peligro procesal hay que considerar como probadas determinadas circunstancias que indiquen la eventual ocurrencia de hechos y conductas que podrían tener lugar en el futuro lo que añade la dificultad en predecir comportamientos humanos que aún no ocurrieron -y su imposibilidad de refutación-, agravándose el problema de la legitimidad del encierro carcelario y con ello la inapropiada consideración de los peligros o riesgos como justificativo²⁰⁴.

Podrían establecerse para ello estándares de prueba epistemológicamente formulados con el objeto de definir el elemento material de la prisión provisional (grado de convicción intermedio respecto de la realización del hecho ilícito), sin caer en una automatización de razones que a su vez prevalezcan sobre la efectiva consideración de riesgos procesales sustantivando el análisis de estos, aun cuando también sobre estos se pudieran formular parámetros objetivos e intersubjetivamente controlables para tener en cuenta la presencia de esos peligros contra el proceso que, en definitiva, solo serían “probados” mediante presunciones y no con un verdadero juicio de su existencia.

Sobre este punto ahondaré al momento de analizar en detalle los presupuestos materiales y formales de la decisión sobre la prisión provisional.

3.5 Conclusiones parciales

En síntesis la presunción de inocencia, a diferencia de cómo es entendida en la cultura jurídica anglosajona, no requiere que el Juzgador llegue a un estado de convicción que despeje toda duda razonable acerca de la culpabilidad del acusado²⁰⁵. Basta, conforme lo expuesto, con que se haya aportado en el juicio oral una *mínima actividad probatoria de cargo*. Y el control de constitucionalidad sobre la eventual lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia se detiene en esa mínima

²⁰⁴ En similar sentido, BOVINO, *Aporías...*, p. 18.

²⁰⁵ CHOCLAN MONTALVO, “El derecho constitucional...”, p. 648.

comprobación. Todo lo demás pertenece a la función jurisdiccional de juzgar y forma parte de la valoración de la prueba por parte de los integrantes del poder judicial²⁰⁶.

Y es en este ámbito de la valoración de la prueba donde se afirma el *in dubio pro reo* como un principio general del Derecho dirigido al juzgador como norma de interpretación, conforme al cual, en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, si la prueba hubiere dejado dudas en el ánimo del juzgador sobre la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá dictarse sentencia *pro reo*, absolutoria.

Debe remarcarse tras esta distinción que, a diferencia de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo* no tiene acceso a la casación puesto que en el ámbito valorativo de las pruebas su aplicación se excluye si el órgano juzgador no tiene dudas al formar en conciencia su convicción sobre lo ocurrido.

Su invocación casacional solo es excepcionalmente admisible cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir “*en la medida en lo que está acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda*”²⁰⁷. Solo cuando el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, y no puede descartar con certeza que los hechos hayan ocurrido de manera distinta y más favorable al acusado, pero, a pesar de ello, adopta la versión más perjudicial al mismo, puede decirse que se ha vulnerado el principio *in dubio pro reo*²⁰⁸.

En definitiva, el reconocimiento histórico de la aplicación del *in dubio pro reo*, incluso antes de la inclusión constitucional de la presunción de inocencia en España, a la que le sirvió como antecedente, y el importante arraigo de aquel en nuestra tradición jurídica -cuyo fundamento puede situarse en los principios *nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine culpa*-, que permitió superar, junto con otros, la estructura procesal inquisitiva del Antiguo Régimen, durante el cual sufrió un lago paréntesis, no obsta a considerar ambas premisas por separado en la actualidad -tal como se distingue ya hace tiempo en España²⁰⁹- lo que ayuda a la efectiva aplicación de una y otra en superación de considerarlas meras máximas que aconsejan al juez.

²⁰⁶ Conforme a lo establecido en el art. 117.3 CE y las normas análogas.

²⁰⁷ STS de 1 de diciembre de 1992.

²⁰⁸ STC 30/1981; STS 23 de octubre de 1996.

²⁰⁹ En Italia se asume la identidad entre ambas figuras dentro de su función de regla de juicio, y en Alemania también se identifican, cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 255.

La inclusión de la presunción de inocencia en la CE reavivó el debate, fortaleció a ambos principios y estableció su separación como mejor ámbito de aplicación concreta más allá de su vinculado origen, lo cual desde mi posición es aconsejable para una mejor comprensión y utilidad práctica actual, no ya como mero consejo a los jueces sino como reglas jurídicas de aplicación obligatoria que responden, como vimos, a buenas razones prácticas y también conceptuales para su diferenciación.

Aunque ambos constituyen manifestaciones del principio genérico *favor rei*, cada uno de ellos opera hoy en circunstancias diversas, y esa evolución debe ser considerada un avance de su concepción para un mejor ejercicio de los derechos y un abandono del mero debate académico y conceptual que no aporte más que al plano teórico y al entretenimiento y alimento de los autores.

Así, la presunción de inocencia se corresponde a un criterio objetivo y el *in dubio pro reo* es netamente subjetivo -en el que incluso puede admitirse que el tribunal está llamado a dudar razonablemente en función de las pruebas existentes-, ya que alude a un estado de duda²¹⁰ y se vincula con los sistemas de valoración probatoria. La inclusión del *in dubio pro reo* dentro de la presunción de inocencia para darle anclaje constitucional mas luego dejarlo fuera del control casacional no hace más que empeorar las cosas, impidiendo un desarrollo autónomo de la regla verdaderamente contrastable para su cumplimiento por parte de los tribunales inferiores.

Si bien la distinción responde a una necesidad práctica de los tribunales, no por ello debe menospreciarse las objeciones que a ello se plantean²¹¹. Al contrario, si las posiciones de índole conceptual no han logrado revertir esa distinción, aun viéndose perturbadas en su más pura conciencia, su misión no debiera ser la de confundir más a los aplicadores sino entregar herramientas para que estos puedan cumplir acabadamente la protección del derecho de defensa.

4. La presunción de inocencia como regla de trato procesal

²¹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 259.

²¹¹ A las cuales se suma ANDRÉS IBÁÑEZ, "Presunción de inocencia y prisión...", p. 24, nota 25, para quien las razones pragmáticas que llevaron al TC a establecer filtros en el acceso al recurso de amparo derivan en perturbadoras consecuencias de índole conceptual.

Ahora bien, en su dimensión de regla de tratamiento del imputado, la presunción de inocencia encuentra uno de sus mayores contrapesos dentro del proceso al analizarse sus tensiones con el instituto de la prisión provisional entre otras cuestiones que hoy resultan prioritarias²¹².

La presunción de inocencia, no ya como principio inspirador del proceso, sino como derecho subjetivo, impone a este respecto la obligación de tratar al imputado como si fuera inocente²¹³. Desde esta perspectiva impide la aplicación de medidas judiciales que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que suponga una anticipación de la pena.

Como veremos, además de ser medular para el presente trabajo, esta consideración y su correspondiente tensión con las medidas cautelares de carácter personal reviste no pocos problemas a la hora de ser considerada y aplicada.

Respecto a la extensión temporal de esta regla, si bien para algunos autores ella culmina con la sentencia condenatoria dictada en primera instancia, para otros se extiende hasta que la misma deviene firme²¹⁴, lo cual considero acertado si se tienen en cuenta las previsiones legales procesales y la interpretación que de ellas se realiza, que no asignan las consecuencias de un fallo sino hasta que este adquiere firmeza y ejecutoriedad.

El TEDH en el caso *Tendam c. España* recuerda que la garantía tiene incidencia incluso con posterioridad a la sentencia y no solo en caso de sentencia condenatoria, sino en todo caso que “una decisión judicial concerniente a un procesado refleja el

²¹² La Dir. 343/2016 no especifica nada respecto de esta problemática en su articulado, aunque sí lo menciona en el considerando nº 16, lo cual, obviamente, parece insuficiente, cfr. GUERRERO PALOMARES, “La presunción de inocencia...”, pp. 13-14. VILLAMARÍN LÓPEZ, “La Directiva Europea...”, p. 18, lamenta que no se haya aprovechado tal consagración normativa en el plano internacional para exigir a los Estados que controlen las condiciones en que se adoptan las medidas que restringen la libertad, procurando que solo se acuerden en situaciones excepcionales, que se limiten al máximo posible en sus leyes nacionales los motivos que justifican la prisión provisional, que se controle con rigor que se aplican de forma razonable y proporcionada, incorporando además algunas de las reglas comunes que para este tipo de encarcelados se han previsto ya en diferentes instrumentos europeos entre los que se destacan la Recomendación de 2006 sobre presos preventivos y las Reglas del Consejo de Europa sobre Prisiones de 2006 en las que, por ejemplo, se les garantiza estar en zonas separadas de los condenados, en principio en celdas no compartidas, sin que tengan la obligación de trabajar y con libertad para vestir, si así lo desean, su propia ropa.

²¹³ Para autores como FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 23, la presunción de inocencia como regla de trato procesal tiene perfecto sentido, debiendo -precisamente- resolverse con mayor claridad conceptual su relación con las medidas cautelares en el proceso penal.

²¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 215.

*sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad no haya sido legalmente establecida con anterioridad. Basta, incluso en ausencia de declaración formal, un razonamiento sugiriendo que el juez considere a los interesados como culpables*²¹⁵.

ANDRÉS IBÁÑEZ²¹⁶ sostiene que si el imputado debe ser tratado como si fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia y que es ello por lo que FERRAJOLI ha conceptualizado a la presunción de inocencia como garantía, al mismo tiempo, de libertad y de verdad, encontrándose en estas posturas las más fuertes objeciones al uso y abuso de la prisión durante el proceso.

También para LANDROVE DÍAZ²¹⁷ la justificación de ese “*trabajo sucio o injusticia necesaria*” que implica una institución sustancialmente idéntica a la pena privativa de libertad solo puede intentarse si es utilizada con “*exquisita cautela*” y restringirse su aplicación a los supuestos en que resulte imprescindible para asegurar el sometimiento del acusado al proceso y a la pena que pudiera corresponderle.

Para FERRAJOLI²¹⁸ resulta indiscutible que las finalidades de prevención y defensa social que en muchas ocasiones se aparejan a la prisión provisional son ilegítimas, puesto que parten de considerar la culpabilidad del imputado. Por eso la presunción de inocencia juega en ello un papel esencial.

²¹⁵ Caso *Tendam c. España*, de 13 de julio de 2010, párr. 12. Se ha sostenido que la garantía tiene incidencia con posterioridad a la sentencia absolutoria. El TEDH encontró que se había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del reclamante en una sede posterior al proceso penal, dado que tras haber sido absuelto, la persona había solicitado la indemnización por la prisión provisional padecida y esta se le había negado porque en la causa penal no se había acreditado la inexistencia de los hechos y en consecuencia su inocencia, sino que la decisión se había dado por falta de pruebas. El TEDH consideró que esta decisión implicaba expresar “*sospechas sobre la inocencia*” de la persona tras una absolución, y en consecuencia, se vulneraba efectivamente la presunción de inocencia. A juicio del TEDH, la distinción “*entre una absolución por falta de pruebas y una absolución resultante de la comprobación de la inexistencia de hechos delictivos, ignora la previa absolución del acusado, cuya disposición debe ser respetada por todas las autoridades judiciales, cualquiera que sean las razones dadas por el juez*” (párr. 16). Complementariamente, se apunta que en virtud del principio *in dubio pro reo*, “*no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una liberación por falta de pruebas y una liberación resultante de una constatación de inocencia de la persona que no está en duda*”, dado que “*las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos dictados por el juez*” (párr. 14). Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, E./FONSECA LUJÁN, R.C., “*Jurisprudencia de Estrasburgo sobre el derecho a un proceso equitativo: sentencias contra España de interés para México*”, *Revista de Derecho UNED*, n° 21, 2017, p. 372.

²¹⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, “*Presunción de inocencia y prisión...*”, p. 4.

²¹⁷ LANDROVE DÍAZ, G., “*La reforma de la prisión provisional*”, *La Ley*, n° 5926, enero de 2004, p. 2, donde el autor se refiere a la prisión provisional gráficamente como “*injusticia legalizada*”.

²¹⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, pp. 551-553.

La doctrina mayoritaria entiende que la presunción de inocencia ejerce un influjo decisivo en el régimen de las medidas restrictivas de derechos del inculcado durante el proceso, ya que impone límites cuyo quebrantamiento impide su aplicación. La incompatibilidad se mitigaría así con el establecimiento de los presupuestos para la autorización de la medida. Ya veremos cuáles son estos en cada caso y debatiremos sobre su legitimidad tanto autónoma como sistemática.

Puedo anticipar aquí que, en definitiva, para la mayor parte de la doctrina, la presunción de inocencia en su manifestación de regla de tratamiento del imputado impondría que la finalidad de las medidas cautelares tenga exclusivamente naturaleza cautelar y nunca represiva, preventiva o de impulso de la fase de instrucción²¹⁹.

Sin embargo queda clara la existencia de un inevitable conflicto de intereses y colisión entre un mayor énfasis en la seguridad ciudadana frente a las garantías del imputado. ROXIN refiere que *“la presunción de inocencia debe ser incluida como manifestación específica del principio del Estado de Derecho, en el mandato de un procedimiento llevado a cabo con lealtad. De ella se infiere, ante todo, que la pena no puede ser anticipada, esto es, impuesta antes de que se haya condenado a esa consecuencia jurídica”*²²⁰.

Cabe analizar por ello las distintas posiciones que se han desarrollado respecto de la tensión existente entre la presunción de inocencia y el dictado de medidas cautelares de carácter personal durante el proceso penal. Es aquí donde más problemas encontramos con la práctica judicial habitual.

En este aspecto, tanto la regla de trato procesal como la imposibilidad de imponer una pena antes de una sentencia condenatoria firme se correlacionan toda vez que residen en la inexistencia de una decisión definitiva dictada tras un juicio previo que, eventualmente, modificará el estado de inocente protegido por la garantía que solo se altera al ser declarada la culpabilidad por un hecho ilícito probado.

²¹⁹ Con diferencias en este sentido, RAGUÉS I VALLÉS, R., “Prisión provisional y prevención de delitos. ¿Legítima protección de bienes jurídicos o Derecho penal del enemigo?”, en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, 2006, conforme analizaré.

²²⁰ ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 78.

Pese a ello la ley establece igualmente en determinadas circunstancias la posibilidad que el Estado infrinja una aflicción al individuo muy similar a la pena²²¹.

La regla de tratamiento se deriva de la presunción de inocencia en su consideración de principio basal que define en sí mismo al sistema de enjuiciamiento debido a las circunstancias que acarrea²²². Por ello fue entendida casi desde el primer momento como prohibición de trato al imputado en idéntico modo y con idéntica finalidad que al condenado. Sin embargo ello habilitó de todas formas el encarcelamiento preventivo por cuanto la concepción cautelar de la prisión provisional habría servido así para avalar su amplio uso, ante el “diferente trato” con el que, desde su propia denominación, y sus ‘*a priori*’ diferentes fines, era definida. Tales argumentos han provocado una fuerte crítica al ser considerados como una mera “alteración de concepción” o, en palabras de FERRAJOLI, como un verdadero “fraude de etiqueta”²²³.

4.1 Las objeciones a la prisión provisional

Según ANDRÉS IBÁÑEZ²²⁴ -quien analiza fundamentalmente el punto de vista de FERRAJOLI-, la compatibilidad de la prisión provisional con la presunción de inocencia es un campo “*siempre insatisfactorio frente a una interpretación rigurosa*” de la segunda. Es por eso que esta garantía es la que se advierte en primer lugar afectada. Ello explica que FERRAJOLI sea el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica del instituto, como resultado de una profundización de la inconsistencia lógica y también técnico-jurídica de los argumentos habitualmente empleados para su justificación y del análisis de la forma en que un *statu quo* procesal consolidado de facto en gran medida, según el profesor italiano, “al margen del derecho” se ofrece

²²¹ Sobre ello, a la luz de la teoría de los equivalentes funcionales de la pena, volveré y profundizaré en el Capítulo Cuarto.

²²² Cfr. en igual sentido, DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 26.

²²³ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 552. Vale recordar las palabras de PLATÓN: “*La obra maestra de la injusticia es parecer justo sin serlo*”.

²²⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “El juez y la prisión provisional”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (Coord.): *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003, p. 20.

racionalizado a posteriori a través de un proceso argumental que tiene como sustento una clara petición de principio.

No son pocos los autores que han criticado la concepción clásica de la prisión provisional o defendido incluso su inconstitucionalidad²²⁵. Como señala BOVINO, la presunción de inocencia solo autoriza a imponer una pena cuando se haya demostrado con certeza, luego de una investigación exhaustiva, la efectiva realización de determinado comportamiento acontecido en el pasado y, al mismo tiempo, se afirma que el peligro procesal justifica el encarcelamiento anticipado del inocente²²⁶.

Por eso se cuestiona si es legítimo privar de la libertad a una persona debido a la posible realización de hechos futuros sobre lo cual no se requiere certeza alguna²²⁷, como suele ocurrir ante el peligro de reiteración delictiva, o de fuga, o la posible destrucción de pruebas. Como veremos, no resulta fácil probar los peligros procesales que se alegan y, en general, se prescinde en la práctica de una real actividad probatoria a su respecto.

Si algo puede afirmarse con seguridad es que la prisión provisional no puede ser utilizada como sanción o como medida coercitiva, de seguridad o cumplimiento anticipado de la pena ya que ello vulneraría sin duda el derecho fundamental que viene siendo estudiado²²⁸.

La referencia de FERRAJOLI al “fraude de etiquetas” implicaría, sin embargo, considerar los fines procesales o la función cautelar como “cobertura” para aludir a un verdadero castigo que se hallaría implicado en el dictado de la prisión provisional.

²²⁵ Se expidieron a favor de la inconstitucionalidad de la prisión durante el proceso, entre otros: PÉREZ BARBERÁ, G. E., “Prisión preventiva y excarcelación”, *La Ley*, Córdoba, diciembre de 1992; ZAFFARONI, E. R./SLOKAR, A./ALAGIA, A., *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000; BOVINO, A., “La prisión de presuntos inocentes”, *Revista de la Facultad de Derecho y C. S. de la Universidad Nacional del Comahue*, N° 1, 1993 y “Deslegitimación constitucional de la prisión durante el proceso”, en *Universitas Iuris*, Universidad Nacional de Rosario, año 3, N° 14, julio de 1997; CARRARA, F., “Inmoralità del carcere preventivo”, *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, Il Mulino, Bologna, 2004 [1872], 401-405; VITALE, G., *Encarcelamiento de presuntos inocentes: Hacia la abolición de una barbarie*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007; entre otros.

²²⁶ BOVINO, *Aporías...*, p. 32.

²²⁷ *Ibidem*, p. 32.

²²⁸ Sin embargo puede verse que prestigiosos procesalistas, como NIEVA FENOLL, parecen dar la “batalla” por perdida cuando refieren directamente a la prisión provisional con un “verdadero adelanto de pena”. Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal III. Proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 281.

Así, la fórmula de “los fines procesales” no distingue lo que en el mundo de los sentidos resultaría igual, que es que tanto el encarcelamiento preventivo como la pena son medidas represivas. Para BOVINO -quien usa el término “muletilla” para identificar un encubierto sustancialismo-, el fin que se le asigne a la prisión provisional no podría justificar su pretendida legitimidad ya que las Constituciones democráticas prohíben aplicar medidas represivas a los jurídicamente inocentes, y tales medidas no pueden ser justificadas, si son represivas, por sus pretendidos fines procesales²²⁹.

Por otra parte habrá que analizar si funciones disuasivas pueden ser legítimamente adjudicadas a la medida procesal (y con ello, servirle de fundamento), más allá de que la realidad indique, aun intuitivamente, que la persecución penal durante el proceso pueda alcanzar igual o mayor éxito en ese campo que aquel que consiga lograr la efectiva culminación del juicio y una consecuente ejecución de la sanción punitiva muchas veces tardía.

Según DEI VECCHI²³⁰, la concepción cautelar de la prisión provisional confluyó históricamente como intento de solución frente a la tensión verificada entre la llamada concepción sustantivista de ese instituto, por una parte, y la afirmación de la presunción de inocencia por la otra.

Según la previa concepción sustantivista, hoy pretendidamente superada²³¹, la prisión provisional importaba, y debía importar, una verdadera pena, esto es, un medio de represión o de prevención ya sea general o especial. Tal concepción suponía en rigor de verdad, lisa y llanamente, la negación de la presunción de inocencia durante el proceso penal. La discusión residía no tanto en la legitimidad o no de la prisión provisional sino más bien en la aceptación o rechazo de la presunción de inocencia.

Sin embargo, no por haber sido históricamente utilizado casi sin interrupciones y encontrarse amparado legalmente en las normas procesales, en la totalidad de los códigos de procedimiento modernos -con matices-, el fundamento cautelar de la prisión

²²⁹ BOVINO, *Aporías...*, p. 34, señala así, por ejemplo, no se puede justificar que se trate a una persona como esclava para evitar una sedición, o para realizar el bien común. La CN prohíbe que se atribuya a cualquier persona la calidad de esclava, y la bondad de nuestros fines no puede justificar una medida semejante.

²³⁰ DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 23.

²³¹ Aunque como veremos no solo el sistema guarda resquicios donde se sigue expresando ese sustantivismo en el instituto procesal sino que también nuevas posiciones le asignan un pretendido legítimo uso preventivo especial a la detención provisoria entre otras identificaciones con la pena que serán desarrolladas.

provisional se encuentra unánimemente avalado, persistiendo la tensión normativa y doctrinal entre la prisión sin condena y las garantías procesales.

Sobre las críticas al fin cautelar como base de la decisión que aún se realizan me detendré más adelante, pese a lo cual puedo adelantar con DEI VECCHI que estas se manifiestan principalmente en dos circunstancias. La primera, consiste en la pretendida reconducción a través de la concepción cautelar de algunos ‘motivos sustantivistas’ para disponer la prisión provisional, los cuales se identifican en general con finalidades preventivas -generales o especiales- que se introducen, por caso enmascaradamente, como casos de peligro para los fines del proceso (v.gr., “repercusión social del hecho”, “peligro de daño para terceros”, “evitación de la continuidad en la actividad delictiva”, etc.).

La segunda circunstancia, más general, consiste en la negación de la compatibilidad del encarcelamiento sin condena, aun si concebido cautelarmente y dispuesto por motivos indudablemente cautelares (los considerados genuinos fines del proceso), con la presunción de inocencia.

De aquí el discurso nada novedoso aunque sí crecientemente influyente acerca de la inconstitucionalidad o ilegitimidad del encarcelamiento preventivo en cualquier concepción posible²³². De lo que se trata desde estas posiciones críticas es de impugnar

²³² Mayoritariamente en Argentina, se expidieron en favor de la ilegitimidad de la prisión anterior a la sentencia firme de condena, entre otros, GARCÍA VIZCAÍNO, J., “Libertad bajo fianza”, en *El Derecho*, T. 92, Buenos Aires, 1981; PÉREZ BARBERÁ, “Prisión preventiva...”, pp. 1070 ss.; LEDESMA, G., “Presos sin condena: inocentes condenados”, *Ponencias*, VIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNLP, 1996; ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, *Derecho Penal...*; BRUERA, M., “Cárcel”, *Universitas Iuris*, Publicación de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, año 2, N° 10, 1996, pp. 3 ss. Parece ser esta, también, entre los trabajos argentinos, la posición de BALCARCE, F.I., *Presunción de inocencia -Crítica a la posición vigente*, Lerner, Córdoba, 1996. Esta es también la tesis que expuso BOVINO, “La prisión...”. También lo analizan VITALE, G.L., “Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo a la pena)”, en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011, pp. 1 ss.; GARCÍA, G., “La prisión preventiva es una pena”, en *Abolicionismo...*, pp. 19 ss.; RUSCONI, M., “Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento”, en *Abolicionismo...*, pp. 41 ss.; KEES, J.M., “Observaciones a la tesis procesal de la prisión preventiva”, en *Abolicionismo...*, pp. 69 ss.; BRUERA, M., “La privación de libertad durante el proceso: la banalidad del mal” en *Abolicionismo...*, pp. 129 ss.; GANÓN, G., “El encarcelamiento preventivo o el lento camino hacia el patíbulo de los desclasados bonaerenses”, en *Abolicionismo...*, pp. 147 ss.; CIANO, A., “Es posible y exigible el juzgamiento sin prisión”, en *Abolicionismo...*, pp. 191 ss.; VITALE, G./GARCÍA, G., “El “arresto” del artículo 18 de la Constitución Nacional no legitima la llamada prisión preventiva” en *Abolicionismo...*, pp. 203 ss.; JULIANO, “El fracaso de los esfuerzos reduccionistas y la estrategia abolicionista”, en *Abolicionismo...*, pp. 253 ss.; VITALE, *Encarcelamiento...*, p. 114.

la reglamentación que de las distintas constituciones ha hecho el legislador y/o la interpretación que de aquella y esta efectúan los órganos decisores²³³.

Fundamentalmente, los detractores señalan que si hablamos de que toda persona debe ser tratada como inocente hasta que una sentencia condenatoria firme arribe en su caso, resulta paradójico aceptar cotidianamente la privación de libertad de tantos individuos que aún no han sido condenados, revistiendo la presunción de inocencia un verdadero contrapeso a este respecto, frente a la pretensión de encarcelar a quien no has sido declarado culpable²³⁴.

Pese a ello, conforme rememora DEI VECCHI, la aparente incompatibilidad del encarcelamiento previo a una condena con la regla de trato cual inocente en favor de todo imputado, era desafiada ya por uno de los principales instrumentos legales producto de las ideas ilustradas. Este es, la Declaración de derechos del hombre de 1789, estandarte del cambio de paradigma en favor de las pretensiones libertarias que, en su art. 9, admitía al menos de conformidad con las interpretaciones predominantes, el encarcelamiento previo a condena²³⁵ en casos de *indispensabilidad*, al margen de los cuales habría de considerarse ilegítimo. El propio BECCARIA estimaba legítimo el encarcelamiento previo a condena en ciertos casos.

Luego, aquellos autores que negaban la presunción de inocencia con argumentos de carácter procesal, como el ya aludido MANZINI²³⁶, señalaban que no hay nada "*más tontamente paradójico e irracional*" que la presunción de inocencia, pues "*la imputación... debería constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad*" ya que si se presumiera realmente inocente no se procedería contra él. Preguntaba este autor, provocativamente, "*¿Por qué no abolir la prisión preventiva?*"²³⁷. Una adecuada respuesta no podrá elaborarse sino luego de analizar los distintos fines que se pueden perseguir legítimamente con aquella, conforme los desmembraré en un capítulo posterior.

Sin embargo corresponde aclarar que el gran número de trabajos que exponen la compleja oposición que la prisión provisional tendría con la protección que la

²³³ DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 24.

²³⁴ DEI VECCHI, *Acerca de la justificación...*, p. 193.

²³⁵ DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 25.

²³⁶ MANZINI, V., *Tratado de Derecho procesal penal*, Tomo I, p. 253, traducido y analizado por ANDRÉS IBÁÑEZ, en "Presunción de inocencia y prisión...", p. 4.

²³⁷ *Ibidem*, p. 4.

presunción de inocencia brinda al tratamiento del imputado durante el proceso revela más una reacción contra el mal uso y el abuso de la medida que contra una inconsistencia de su real necesidad dentro del proceso penal. Por ello el análisis del principio no se detendrá aquí y orientará el desarrollo de los capítulos posteriores de este trabajo.

4.2 La presunción de inocencia como límite

Claramente las fuentes internacionales de derechos humanos (normas y jurisprudencia) aceptan la prisión provisional pero con límites. La presunción de inocencia no significaría para la doctrina mayoritaria la prohibición de que se aplique el encarcelamiento durante el proceso, pero sí ejerce influencia sobre la regulación de esta trazando sus fronteras.

Parece ser que actualmente es una posición holgadamente mayoritaria aquella según la cual presunción de inocencia y derecho a la libertad, por una parte, y prisión provisional por la otra, marcan mutua y universalmente sus respectivos límites²³⁸.

Señala NIEVA FENOLL que en la instrucción ya se pone en cuestión la inocencia del investigado, pudiéndose llegar incluso al punto de avanzar la pena contra él a través de la prisión provisional, lo que ya supone una negación directa de aquel estado²³⁹. Sin embargo, añade, la inocencia funciona como guía de las actuaciones²⁴⁰.

La Corte IDH ha sostenido la obligación legal estatal de no restringir la libertad más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo adecuado de la investigación criminal y que no eludirá la acción de la justicia, debiendo constituir siempre la prisión provisional una medida cautelar y no una medida de carácter punitivo²⁴¹.

²³⁸ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 30.

²³⁹ NIEVA FENOLL, *La duda...*, p. 76.

²⁴⁰ Cfr. PASTOR, D., "Las funciones de la prisión preventiva" en *La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, *Revista de Derecho Procesal Penal*, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 119.

²⁴¹ Corte IDH, Caso *Suárez Rosero*, de 12 de noviembre de 1997, Serie C n° 35, párr. 77; Caso *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, Serie C n° 114, párr. 180.

Autores como OVEJERO PUENTE sostienen que la interpretación expansiva de la presunción de inocencia también la define como mandato de libertad, o bien como protección específica de la libertad cuando esta se ve amenazada por el desarrollo del proceso penal. Y que, en ese sentido, actúa como límite de las medidas que, tanto el poder judicial, como el poder ejecutivo, puedan adoptar para garantizar la investigación criminal de manera que no se anticipe un sufrimiento o afectación en los derechos fundamentales del investigado semejante al que se inferiría de la declaración firme de culpabilidad o del que se afligiría como consecuencia de la condena²⁴².

Por ello FERRER BELTRÁN concluye que hablar de límites al ámbito de aplicación de la presunción de inocencia como regla de trato procesal parece una mejor presentación conceptual de la situación que pretender encontrar una compatibilidad entre ser tratado como inocente y contemporáneamente ser ingresado en prisión. Sostiene que así planteado el debate entre abolicionistas (de la prisión provisional²⁴³ o de la presunción de inocencia²⁴⁴) y compatibilistas sería, más bien, un debate acerca de los límites de la presunción de inocencia como regla de trato procesal. Es decir, si puede ser derrotada y, en su caso, bajo qué condiciones²⁴⁵.

Recuerda al respecto DEI VECCHI que, para los “iluministas”, tales límites estaban dados por la finalidad del encarcelamiento sin condena que amparaba el objetivo de neutralizar peligros procesales imposibles de tutelar por otros medios (lo cual marcaría el límite entre la reglamentación de los derechos constitucionales a la libertad durante el proceso y a la presunción de inocencia y su violación)²⁴⁶. Al día de hoy el norte no parece distar mucho de aquellas ideas aunque se haya alterado de diversas maneras el camino para su justificación a lo largo de los últimos siglos.

²⁴² OVEJERO PUENTE, “Protección del derecho...”, p. 433.

²⁴³ Destaca PASTOR, en “Las funciones...”, p. 116, que tal fue la doctrina de los criminólogos positivistas y de los juristas del fascismo y del nacionalsocialismo, quienes la condenaban como vicio del razonamiento y perversión de la razón de las cosas como se ha visto en el repaso histórico antes desarrollado.

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 117 ss., destaca posturas que son consecuencia del abolicionismo penal pero también en algún caso desvinculada de este.

²⁴⁵ FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 11.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 31, quien remarca que así vista la cuestión, las palabras de CARRARA o de BECCARIA antes transcritas bien podrían constituir la premisa normativa de una decisión judicial que dispusiera hoy, y en diversos ordenamientos procesales del mundo, encerrar a un individuo sin condena. Por su parte, la sofisticación del discurso contemporáneo en comparación con la concepción de los “iluministas” radica, en el mejor de los casos, en la utilización de la noción de medida cautelar, importada del derecho procesal civil.

Además, la limitación que sobre estas medidas puedan establecer las leyes ordinarias debe garantizar que no se va a producir un abuso de la decisión por parte del poder judicial, o del poder ejecutivo involucrado en la obtención de las evidencias probatorias, y que estas van a ser siempre adoptadas con el objetivo de garantizar la comprobación de la culpabilidad y no cualquier otra causa²⁴⁷, como puede ser la obtención de confesiones o delaciones²⁴⁸.

4.3 Posturas a favor de la prisión provisional por motivos no cautelares

Para ASECIO MELLADO, *“la prisión preventiva, si bien teóricamente supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no lo es menos que deviene necesaria en la medida en que resulta ineludible para garantizar el proceso penal”*²⁴⁹. Me permitiré debatir sobre tal afirmación cuando deconstruya la concepción cautelar.

Pero la prisión provisional puede también afectar el principio respecto del otro halo de protección importante que reviste la presunción de inocencia, que es la previsión de que nadie sea penado antes de un juicio y una sentencia firme de condena, toda vez que puede verse alterada la misión de este derecho fundamental si se aplica el encarcelamiento preventivo por razones que se identifican con la pena, ya sea retributivas o preventivas.

RAGUÉS I VALLÉS²⁵⁰ evita caer en el engaño nominal aludido más arriba y desarrolla razones para aceptar en algunos casos una función preventiva de la detención ocurrida durante el curso del proceso, aceptando su utilización al reconocer en ella un *“supuesto difícilmente cuestionable de legítima protección de bienes jurídicos”*.

²⁴⁷ Cfr. OVEJERO PUENTE, “Protección del derecho...”, p. 442.

²⁴⁸ Irrazonablemente, el art. 4 de la ley 27304 que regula la figura del “arrepentido” en Argentina sostiene que *“Cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes.”*

²⁴⁹ ASECIO MELLADO, J. M., *La prisión provisional*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 136.

²⁵⁰ RAGUÉS I VALLÉS, “Prisión provisional...”, p. 732.

BERNARDINI acompaña esta posición al sostener que se puede dictar la prisión provisional por el peligro de reiteración delictiva, basándose para ello en razones de seguridad ciudadana o con el fin de asegurar el cumplimiento de la eventual condena²⁵¹.

También es conocida la curiosa postura de FREUND quien señala que, cuando existen abundantes indicios, una decisión inmediata contra la libertad puede coincidir incluso con los intereses legítimos de la persona que formalmente todavía no ha sido declarada culpable. Así, sostiene que “*Cuando la condena final parezca fuera de toda duda, la prisión provisional puede resultar beneficiosa en la medida en que se computa para la pena posterior, el justo castigo no se demora innecesariamente y se alcanza antes el momento final de cumplimiento de la pena de prisión*”²⁵².

Como refiriera al repasar los antecedentes históricos, por diferentes razones, algunos exponentes de la Escuela Positiva en Italia aportaron combustible a la polémica cuestión de la relación entre la prisión provisional y el principio de presunción de inocencia. Paradójicamente, lo hicieron por la vía de prescindir del elemento problemático del asunto: la presunción de inocencia, ya sea poniéndola en discusión o bien propugnando su eliminación por motivos de defensa social²⁵³. Estos motivos son los que se encuentran en las posturas que defienden el uso de la detención preventiva por razones de seguridad ciudadana.

La defensa de la legitimidad de la detención preventiva se ha basado también en la consideración del derecho fundamental a la presunción de inocencia como un derecho relativo y no absoluto²⁵⁴. De ahí que, en la totalidad de los ordenamientos conocidos, se admitan determinadas medidas cautelares personales, sin que ello provoque una masiva denuncia de su afectación, porque tales medidas servirían precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello serían útiles para llevar a

²⁵¹ BERNARDINI, P., “El peligro de reiteración delictiva, ¿puede ser una causal para disponer la prisión preventiva?”, *Actualidad Jurídica* Nº 151 A, 2010, p. 877.

²⁵² FREUND, G., “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal”, en WOLTER, J./FREUND, G. (Eds.), *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2004, pp. 72-73.

²⁵³ Tal la posición de MANZINI ya analizada.

²⁵⁴ Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, “Prisión preventiva...”, p. 171.

cabo un procedimiento penal de un Estado de derecho siempre que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad²⁵⁵.

En cualquier caso, cabe resaltar que, al margen de estos ejemplos, no es la seguridad ciudadana ni la relativización de la presunción de inocencia una estrategia argumental que actualmente se encuentre presente en general -al menos no explícitamente- entre juristas y jueces. Una argumentación tal tiene un costo político claramente mayor que el de defender la concepción cautelar, aun cuando las consecuencias fueren idénticas. De hecho, como se tratará de mostrar en este trabajo, la concepción cautelar se presenta como una estrategia sumamente funcional, tendiente a evitar pagar ese coste, o al menos en vistas a obtener una buena rebaja²⁵⁶.

También intentaré correr el velo de la argumentación tradicional para determinar si existen prácticas espurias tendentes a aplicar la prisión durante el proceso por motivos sancionatorios aunque sin ser reconocido por parte de quienes así deciden, respaldando la grave afectación bajo argumentaciones aparentes o viciadas.

Por lo demás, la posibilidad de aplicar el encarcelamiento preventivo por motivos propios de la pena parece resultar *a priori* ilegítima si se observa el informe 86/2009 de la CIDH que impone “*desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no solo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva... y se viola, así, el principio de inocencia*”.

A este debate dedicaré gran parte del núcleo central de este trabajo.

4.4 Excepcionalidad y proporcionalidad del encarcelamiento preventivo

²⁵⁵ Parte de esta relativización del derecho a la presunción de inocencia se vincularía también con la circunstancia referida *supra* en cuanto a que el mismo incorpora una presunción *iuris tantum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante la actividad probatoria.

²⁵⁶ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 51, nota 122.

A mi entender resulta claro que si, como se ha dicho, la presunción de inocencia es -amén de las restantes dimensiones ya contempladas- una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, ello obliga a reducir al mínimo estrictamente necesario las medidas restrictivas del imputado en el proceso.

Por tales motivos la imposición de cualquier medida de esta naturaleza debe responder a las exigencias de la presunción de inocencia y debe estar justificada por el criterio de necesidad y proporcionalidad (cuando se imponen y cuando se decide sobre su mantenimiento). Solo pueden autorizarse estas medidas, que son excepcionales, cuando sean imprescindibles para el objetivo de garantía del desarrollo del proceso y, además, solo son constitucionalmente viables cuando no puedan ser sustituidas por ninguna otra medida menos gravosa, con la que se consiga el mismo objetivo²⁵⁷. De allí la definición ya citada de FERRAJOLI de considerarla como garantía de verdad y libertad.

En síntesis, resulta bastante claro en este momento de la historia de la prisión provisional, que la detención preventiva y cualquier otro tipo de medida cautelar, debe ser considerada una medida excepcional pues, antes y durante el proceso, el Estado debe dar un trato de inocencia o de no culpabilidad al ciudadano como manifestación específica del principio del Estado de Derecho²⁵⁸.

Destaca ANDRÉS IBÁÑEZ, la postura clarificadora de CARRARA, que supeditara el uso de la prisión durante el proceso a las necesidades de este, debiendo ser brevísima, solo tolerable ante graves delitos, debiendo ser suavizada mediante la libertad bajo fianza²⁵⁹. Más tarde, en un trabajo titulado "Inmoralidad del encarcelamiento preventivo", CARRARA proclamaría la injusticia de la institución, si bien como "una injusticia necesaria".

Por ello, y entre otras razones, la decisión -que será luego más ampliamente desarrollada en sus aspectos legales y teleológicos- debe ser, conforme inveterada doctrina, siempre excepcional.

Una solución posible, según refiere BOVINO, frente a la irresuelta controversia, puede consistir en atribuir verdadero sentido al principio de proporcionalidad con el fin de que resulte adecuado para lograr un respeto efectivo del principio de inocencia y, en

²⁵⁷ Cfr. OVEJERO PUENTE, "Protección del derecho...", p. 433.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 433.

²⁵⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, "Presunción de inocencia y prisión...", p. 4.

consecuencia, para demarcar con precisión las injerencias legítimas que debe soportar el individuo sometido a persecución penal²⁶⁰.

Resulta ilustrativo señalar que en Alemania, a diferencia de cuanto ocurre en Latinoamérica, es muy reducido el espacio que se le dedica a la presunción de inocencia, sin embargo han sido constantes los estudios sobre el principio de proporcionalidad para destacar, entre otros institutos, su relación con la prisión provisional²⁶¹. Ello explica por qué un sector de la doctrina alemana llega a considerar que la presunción de inocencia no es sino una consecuencia del principio de proporcionalidad, siendo frecuente la afirmación de que aquella es una concretización de este, con lo que se tiende a considerar que en definitiva una consecuencia de la presunción de inocencia es la prohibición de una prisión provisional desproporcionada, considerándose según esa concepción a la proporcionalidad como una de las expresiones del principio general que constituye la presunción de inocencia²⁶².

4.5 Conclusiones parciales

Como conclusión puedo afirmar que al menos en principio, es pacíficamente aceptado por la legislación actual, y por las interpretaciones constitucionales que pueden realizarse hoy, que la imposición de cualquier medida que afecte derechos de las personas antes de una sentencia debe responder a las exigencias de la presunción de inocencia y por ello, deben estar justificadas por el criterio de necesidad y proporcionalidad.

²⁶⁰ BOVINO, *Aporías...*, p. 40. Aquí señala que el principio de inocencia no significa que no pueda aplicarse ninguna medida de coerción sobre el imputado para garantizar la realización de los fines del proceso. Y que, de hecho, la protección de esos fines no solo autoriza aplicar medidas de coerción al imputado sino, también, a otras personas que no hayan sido acusadas, pero cuya presencia o intervención resulta necesaria. LLOBET RODRÍGUEZ, "Prisión preventiva...", p. 171, también explica la regulación de la prisión provisional a partir del desarrollo de los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad en base al Código Modelo para Iberoamérica de 1988. Advierte que ambos principios son diversos y podrían incluso colisionar, pero siempre con carácter garantista.

²⁶¹ OVEJERO PUENTE, "Protección del derecho...", p. 434. en su repaso por distintos ordenamientos refleja que en Alemania se entiende que es perfectamente compatible la protección constitucional del principio o garantía con la posibilidad legislativa de imposición de medidas excepcionales como la prisión provisional o la detención preventiva, siempre que sirvan para esclarecer el hecho reprochado y, por lo tanto, siempre que ayuden en la determinación legal de la culpabilidad, y sean imprescindibles para desarrollar un proceso penal conforme el principio de Estado de Derecho.

²⁶² LLOBET RODRÍGUEZ, "Prisión preventiva...", p. 170.

Solo pueden autorizarse estas medidas excepcionales cuando sean imprescindibles para el objetivo de garantía del desarrollo del proceso. Se ha dicho, también, que solo son constitucionalmente viables cuando no puedan ser sustituidas por ninguna otra medida menos gravosa, con la que se consiga el mismo objetivo²⁶³ (principio de excepcionalidad y *ultima ratio* que serán desarrollados).

Sin embargo, en la aplicación práctica del principio se suele acudir a criterios contrarios a la garantía y a la libertad, para darle contenido. Como consecuencia de ello, las soluciones legislativas a las que se arriba son restrictivas de derechos fundamentales, y los resultados de la interpretación son perjudiciales al derecho a permanecer en libertad durante el proceso²⁶⁴.

Por ello, autores como BOVINO resaltan la existencia de problemas normativos, prácticos y discursivos de los requisitos sustantivos del principio de inocencia en relación al encarcelamiento preventivo. Se trata de determinar cuáles son los motivos que permiten que los textos legales ignoren exigencias constitucionales e internacionales, que las prácticas de la justicia penal perviertan el sentido de los principios de garantía, y, además, qué problemas conceptuales presentan los principios sustantivos mencionados que impiden el respeto del principio constitucional estudiado²⁶⁵.

También existen fundamentaciones sustantivas de los riesgos procesales cuya legitimidad debe discutirse. Es necesario destacar que estas prácticas actúan de manera conjunta, se alimentan unas a otras, y son interdependientes, razón por la cual los mecanismos dirigidos hacia ellas individualmente están condenados al fracaso. Aquí también cabe en consideración el estudio sobre la elaboración de estándares de prueba para la adopción de medidas intermedias durante el proceso.

Las prácticas que abusan del dictado de la prisión provisional son parte defectuosa de la estructura del sistema de justicia penal. VERA SÁNCHEZ, relacionando el derecho de presunción de inocencia con este instituto, y aludiendo a la vez a la comparación entre el derecho penal y el derecho procesal penal, sostiene que este

²⁶³ Cfr. OVEJERO PUENTE, "Protección del derecho...", p. 434.

²⁶⁴ Cfr. BOVINO, *Aporías...*, p. 12.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 8.

derecho no puede ser analizado satisfactoriamente si no se trae a la vista su naturaleza de derecho fundamental desde el punto de vista del Derecho constitucional²⁶⁶.

Su naturaleza procesal, como regla de tratamiento, debe influir en que la privación de la libertad generada por la medida cautelar de prisión no constituya una pena en sentido estricto, para evitar enjuiciamientos anticipados con anterioridad al juicio oral. Sin embargo, la privación de libertad generada por esta institución procesal puede ser abonada a la futura condena, lo que conecta los efectos de esta medida procesal con la aplicación de la consecuencia jurídica de la norma penal²⁶⁷, con lo cual el estudio conjunto del derecho penal material, procesal y constitucional no puede eludirse en este punto.

Debe analizarse por qué, y en qué plano, la medida puede ser confundida como una sanción y analizar si las soluciones que brinda la literatura jurídica sobre el tema son válidamente razonadas o resultan una mera utilización del lenguaje para evadir en su caso los problemas que la paradoja plantea.

Cuanto resulta evidente es que la presunción de inocencia convive en permanente tensión con la prisión provisional. Encontrar un punto de coexistencia que habite entre la proscripción advertida de la presunción de inocencia y los abolicionistas de la prisión provisional permitirá defender sus límites y preservar el principio. Los graves problemas que puede traer el develamiento de una masiva violación del mismo no pueden alejarnos de la tarea.

Así, con todo lo dicho hasta aquí quedan sentadas las bases para proseguir con el estudio que me ocupa. Como concluye ANDRÉS IBÁÑEZ, el catálogo de distintas necesidades sobre cuya base se construye el habitual discurso de la prisión provisional como instrumento *-“lamentable pero procesalmente legítimo (al fin, por imprescindible)”-* tiene mucho más que ver genéticamente con el degradado modo de ser actual del proceso, con sus diversas desviaciones del modelo constitucional y con las disfunciones derivadas de la deficiente articulación de los recursos orgánicos y materiales, que con cualquier otra cosa²⁶⁸.

²⁶⁶ VERA SÁNCHEZ, VERA SÁNCHEZ, J. S., “Sobre la relación del Derecho penal con el Derecho procesal penal”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, Nº 3, 2017, p. 844.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 845.

²⁶⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, “El juez y la prisión...”, p. 20.

Como propuesta de mínimos, defenderé por el momento con este autor que tanto la primera decisión que se adopte para privar de su libertad al imputado como las ulteriores tomadas a la hora de revisar si subsisten los motivos que llevaron a su dictado deberán estar suficientemente fundadas, en el sentido de contener una clara referencia a los datos fácticos y una explícita apreciación de su relevancia jurídica²⁶⁹ para cada uno de los presupuestos que corresponde analizar, si lo que se busca es respetar la Constitución.

Ello por cuanto, como se ha explicitado, la presunción de inocencia no es aún derrotada en el momento de decisión de la prisión provisional sino que solo lo es con posterioridad, tras una adecuada valoración de las pruebas, un proceso con todas las garantías y una sentencia de condena motivada.

Hasta entonces solo existirá una valoración de los hechos hasta allí señalados, con las probanzas a ese momento reunidas, para establecer el elemento sustancial como límite de actuación tras el cual se analizará la existencia de los riesgos procesales que constituirán el fundamento real de la privación cautelar.

La estrategia descriptivo-conceptual de acuerdo con la cual la prisión provisional no es pena sino medida cautelar (de modo tal que no afecta al principio de presunción de inocencia siendo compatible con él) no dice nada todavía acerca de por qué está justificado encarcelar cautelarmente. Lo único que de eso se sigue, a lo sumo, es que encarcelar de ese modo *no está prohibido* de acuerdo a una interpretación de la presunción de inocencia, que torna compatibles a la prisión provisional y a dicho postulado²⁷⁰.

Por otra parte, si fuera superada afirmativamente tal formulación, aún queda establecer si los fines son válidos conforme el modelo constitucional que se analiza toda vez que la justificación de la prisión provisional constituye una excepción a otro derecho constitucionalmente reconocido: el de permanecer en libertad durante el proceso penal. Y para ello es necesario pasar del plano descriptivo-conceptual al justificativo, de modo que ese criterio identificativo que explica la distinción, se

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 24.

²⁷⁰ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 55.

muestre además como relevante para la justificación de la privación de la libertad del imputado²⁷¹.

Uno de los principales problemas del principio de presunción de inocencia consistía, según MANZINI, en que en su aplicación práctica recurrimos, para definir su significado y alcance, a principios opuestos a aquellos que deben regir su interpretación. En efecto, el principio de inocencia, si es cierto que se trata de un principio estructural del Estado de derecho y del constitucionalismo, debe regirse, para su interpretación, por los principios que informan las principales libertades individuales garantizadas constitucionalmente, esto es, por una racionalidad protectora de los derechos²⁷², y respetando entre ellos al principio *pro homine*.

V. Acerca de la dimensión extraprocesal del principio

Analizaré ahora, finalmente, si la presunción de inocencia tiene un espacio de aplicación fuera del campo procesal penal. Para ello dividiré en tres supuestos esta posibilidad: a) el alcance de su protección en procesos judiciales no penales; b) su consideración respecto de la actividad policial y de investigación que condiciona la imagen del sospechado y lo muestra como culpable conforme el modo de ser tratado y expuesto públicamente por parte de tales autoridades gubernamentales no judiciales; y c) la presunción de culpabilidad que puede tener lugar fuera del sistema público, a partir de la labor de los medios masivos de comunicación.

1. La presunción de inocencia en los procesos judiciales no penales

La premisa que establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad es a su vez una manifestación del derecho a la libertad personal del que todo ser humano goza, por eso tiene su presencia protagónica en el sistema judicial penal. Sin embargo coincido con autores como VERA

²⁷¹ *Ibidem*, p. 56. Se ha recurrido también a ciertos argumentos tendentes a ubicar la búsqueda de ese fin cautelar en un plano axiológico superior respecto a aquello que el medio en principio vulneraría (tanto la libertad ambulatoria y el derecho a no ser tratado como culpable durante el proceso).

²⁷² *Ibidem*, p. 12.

SÁNCHEZ²⁷³ que resaltan la importancia de determinar si la misma se extiende de igual manera a procedimientos no penales.

Pese a que la Dir. 2016/343 ha circunscrito su protección únicamente a los “procesos penales”²⁷⁴ considero, con apoyo en la jurisprudencia del TEDH, que debe dársele principal ponderación a este principio no solo en el proceso penal, sino en todos aquellos casos de los que pueda resultar una sanción o limitación de derechos, como puede ocurrir, v.gr., en el desarrollo de un procedimiento administrativo²⁷⁵.

La presunción de inocencia fue interpretada por el TC también como un derecho protector de la dignidad personal frente a cualquier acción sancionatoria o limitativa de derechos, impuesta al margen del proceso penal. En España son conocidas las sentencias que deducen la acción extraprocesal de la presunción de inocencia en el ámbito del Derecho administrativo sancionador²⁷⁶ donde se advierte de forma clara su consideración por la similitud con el campo penal²⁷⁷. Más discutida resulta su aplicación ante la jurisdicción laboral, no operando en absoluto en el orden civil²⁷⁸.

Por ello también se ha afirmado que la presunción de inocencia se aplica a procesos militares y, dentro del ámbito administrativo, a temáticas muy variadas²⁷⁹. Se ha dicho que el internamiento cautelar previsto en la ley de extranjería no vulnera la presunción de inocencia sino solo la libertad ambulatoria²⁸⁰ aunque, como vimos, esto también se relaciona con la regla de trato procesal y la detención cautelar.

En el derecho laboral puede tener su incidencia al tratar la cuestión de la carga probatoria²⁸¹. Especialmente por lo que hace al derecho disciplinario del trabajo y, en particular, del despido, ámbito en que tanto el TC como el TS y el extinto Tribunal

²⁷³ VERA SÁNCHEZ, “Sobre la relación...”, p. 844.

²⁷⁴ Dir. 343/2016, Cons. 11º.

²⁷⁵ Conforme los lineamientos expuestos por la STEDH en el caso *Engel*, de 8 de junio de 1976, nº 5370/72.

²⁷⁶ SSTC 18/1981 caso *Gobierno Civil de Barcelona*; 76/1990 caso de la Ley General Tributaria; o 14/1997 caso *Lameiro* y en algún caso más concreto, de la sanción laboral (STC 62/1984 caso *Martínez Arabia*). Cfr. OVEJERO PUENTE, “Protección del derecho...”, p. 432.

²⁷⁷ También coincide NOGUEIRA ALCALÁ, *Consideraciones sobre el derecho...*, p. 238, con que debe aplicarse no solo al ámbito de las conductas eventualmente delictivas, sino también a la adopción de cualquier resolución que se base en conductas de las personas y de cuya apreciación derive para ellas una grave afectación o una sanción ya que estas son manifestaciones del ámbito punitivo estatal.

²⁷⁸ BELDA PÉREZ PEDRERO, “La presunción...”, p. 184.

²⁷⁹ V.gr., procesos relativos a cuestiones de tráfico; a sanciones por actos contra la legislación de seguridad social; a derecho aduanero; etc.

²⁸⁰ Cfr. BELDA PÉREZ PEDRERO, “La presunción...”, p. 186.

²⁸¹ *Ibidem*, pp. 183-184.

Central del Trabajo (TCT) han desarrollado una doctrina fluctuante respecto del alcance del principio.

Por ejemplo, la STC 6/1988 consideró que sería contrario a la presunción de inocencia exigir al trabajador la carga de la prueba de la inexistencia de la causa de despido. Y también la sentencia del TCT de 12 de noviembre de 1985: *“la presunción de inocencia (...) ni se circunscribe a los ámbitos penal y laboral ni, dentro de este, a la imputación de incumplimientos contractuales, sino a todos aquellos hechos que siendo trascendentes para el correcto enjuiciamiento de la cuestión litigiosa están sometidos a las reglas generales que norman la carga de la prueba (...)”*. Aunque en opinión de FERRER BELTRÁN esto es un ejemplo de la confusa expansión de la garantía bajo estudio²⁸².

En síntesis, en España, en su dimensión extraprocesal, la presunción de inocencia supuso, a juicio del TC *“el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”*²⁸³.

2. Las afectaciones al derecho durante la investigación policial

Un segundo aspecto del uso extraprocesal de la fórmula tiene que ver con la actuación estatal no ya a través de sus órganos judiciales sino por la actividad policial y gubernamental que incide y alimenta a los medios masivos de comunicación -en cuanto conducto hacia la formación de la opinión pública- aportando información que afecta la imagen y la intimidad de las personas. Ello desprotege los derechos de los individuos por una actitud deliberada de asimilar al acusado a un culpable con el objetivo de mostrar una imagen de victoria en la política de seguridad ciudadana.

²⁸² FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 15, observa que se discute si la presunción de inocencia sería aplicable entre particulares, es decir, entre empresario y trabajador, o bien si entra en juego únicamente en el momento de la judicialización de las relaciones del trabajo, en un proceso laboral. Las líneas doctrinales y jurisprudenciales no son constantes al respecto, aunque tienden progresivamente a optar por esta última opción.

²⁸³ SSTC 109/1986; 166/1995; 283/1994.

Así, una clara devaluación de la presunción de inocencia que se relaciona con el derecho a la información reside en las situaciones en las cuales los propios funcionarios policiales permiten que se tomen fotografías a los detenidos que se encuentran a la espera de la celebración de un juicio con plenas garantías, de donde se determinará si son o no culpables.

Además de las reglas que preservan el carácter secreto de la investigación penal, por el daño procesal que puede provocarse -conforme analizaré en el capítulo siguiente- también debe preservarse la identidad de la persona acusada atento a que, como vimos, esta debe ser considerada inocente a todos los efectos mientras no recaiga una sentencia condenatoria a su respecto. Por ello no debe enseñarse la imagen de una persona que ha sido detenida, ni facilitar datos de su vida privada ni su identidad hasta que haya sido declarada culpable mientras persista la presunción de inocencia. Si se divulgan antes esos datos se está poniendo en peligro el estatus social de la persona, el cual resulta difícil de recuperar en el caso de que no sea declarada culpable²⁸⁴.

Para ejemplificar esta cuestión, BARATA VILLAR refiere que la práctica de los funcionarios policiales de permitir a los trabajadores de prensa que fotografíen a los detenidos afecta gravemente la presunción de inocencia y pone a los ciudadanos acusados en una posición de indefensión, pues se construye ante la opinión pública una relación directa entre ellos y el cuerpo del delito, en casos en que muchas veces aún ni han pasado a disposición judicial. Ello ocurre cuando, v.gr., se dice a la sociedad que ya fueron detenidos los culpables pese a que jurídicamente queda por demostrar su relación con los hechos²⁸⁵.

A este respecto, contamos hoy con el art. 4 de la Dir. 2016/343 Europea que refiere al tratamiento público de la culpabilidad y está dirigido a las autoridades. Esto incluye el modo en que se presenta a los sospechosos ante los medios (y contiene la necesidad de erradicar el habitual “paseíllo”).

Esa norma conecta tal cuestión con el derecho a la presunción de inocencia de modo que pareciera formar parte de su contenido. Sin embargo ampliar de ese modo el contenido del derecho a la presunción de inocencia no parece muy razonable si la consecuencia es equiparar bajo su protección a infracciones que son muy diferentes.

²⁸⁴ Cfr. VILLANUEVA TURNES, A., “La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho”, *Revista catalana de dret públic*, n° 51, 2015, p. 221.

²⁸⁵ BARATA VILLAR, *La devaluación...*, p. 229.

Por mucho que se consideren relacionados con la presunción de inocencia, no es lo mismo la condena sin una prueba de cargo mínima que la utilización injustificada de grilletes²⁸⁶. Según la jurisprudencia española lo primero daría lugar a la rescisión de la sentencia, pero no así lo segundo, que podría dar lugar a una indemnización u otro tipo de reparación²⁸⁷.

Por ello habrá que distinguir aquí también entre el derecho a la presunción de inocencia que afecta al enjuiciamiento por un lado y el derecho al honor y a la propia imagen por otro. El primero sería parte integrante del derecho a un proceso debido, cuya infracción, por tanto, podría provocar la nulidad del proceso. El segundo, por el contrario, no formaría parte del derecho a un proceso debido y su infracción no tendría consecuencias en el enjuiciamiento aunque sí pudiera tenerlas de otro tipo²⁸⁸. Incluso tales perjuicios podrían considerarse en la determinación judicial de la pena o en el abono del tiempo sufrido en prisión provisional como luego veremos.

Limitar las dimensiones de la presunción de inocencia no implica en tales casos reducir la protección de derechos sino que, al contrario, ampliarla indefinidamente podría diluir su nivel de protección en cuestiones para las cuales el ordenamiento ya brinda otras vías de resguardo y reparación más efectivas sin necesidad de aludir al principio constitucional bajo estudio hasta el punto de difuminarlo.

Pese a ello, esta problemática no resulta menor, tal como lo indica el Informe de la Fundación para el debido proceso sobre la prisión provisional en Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. Al respecto se ha concluido que *“a la hora de combatir la inseguridad ciudadana -tratándose de los países que el estudio ha abarcado-, en la atmósfera en la que jueces y fiscales desarrollan su trabajo, se tiende socialmente a asociar la condición de procesado con la de detenido”*²⁸⁹ y en ello tiene mucho que ver la actitud de los funcionarios intervinientes en la faz investigativa.

²⁸⁶ El Art. 5 de la Dir. insta a los Estados a que se abstengan de presentar a los investigados o acusados como culpables “ante los órganos jurisdiccionales o ante el público, mediante el uso de medios de coerción física”, tales como “esposas, cabinas de cristal, jaulas, grilletes” (cons. 20°).

²⁸⁷ HERNÁNDEZ GALILEA, “Directiva (ue) 2016/343 del Parlamento Europeo...”, p. 179.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 181.

²⁸⁹ DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, <http://www.dplf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>, 4 de septiembre de 2013, pp. 8 ss.

Esto ha devenido -en una importante medida- en que la ciudadanía naturalice el ingreso en prisión como la consecuencia derivada de una aún no comprobada acusación. Esta idea naturalizada es la que lleva a afirmar posteriormente a jefes policiales, formadores de opinión y políticos: “*¿Por qué los jueces lo pusieron en libertad, si había sido detenido por haber cometido un delito?*”.

Integrada esta idea en una mentalidad, no deja espacio para la presunción de inocencia en su utilización más cotidiana ya que en la percepción de determinados sectores, este principio concluye con la detención policial y desemboca en una amplia indignación social cuando la persona recupera su libertad antes de que el procedimiento finalice.

En relación con la prisión provisional, parece resultar suficiente en muchas ocasiones con que la autoridad atribuya al detenido la condición de autor de un ilícito - que los medios aceptan como un hecho fehacientemente probado- para que la negativa judicial a usar la medida cautelar genere rechazo, consternación o dudas sobre el desempeño del órgano judicial. La extendida desconfianza social existente acerca del aparato de justicia no conlleva en estos casos la conjetura de que el señalamiento policial puede ser parte de un montaje que incluso busque favorecer a un tercero verdaderamente responsable del hecho delictuoso o exagerar una respuesta hacia las víctimas o la sociedad.

Determinados factores presentes en la sociedad pueden hacer que el clima grave principalmente sobre ciertos delitos²⁹⁰, acaso en razón de que en la conformación de ese ambiente también intervienen hechos circunstanciales que exacerban la atmósfera general en la que ya predomina una percepción de inseguridad. Los hechos vinculados a una circunstancia reconocible socialmente -v.gr., la aparición de un sospechoso que reincide en varios episodios o el surgimiento de una ola de determinado delito- repercuten, de manera especial y directa, sobre el caso penal concreto derivado de ella y, posiblemente en el futuro, sobre otros casos que sean considerados similares.

²⁹⁰ Cfr. NIEVA FENOLL, *La duda...*, pp. 113 ss., quien identifica entre los “delitos con un impacto sociológico importante” a los delitos de lesa humanidad, los de terrorismo, la corrupción política, la violencia sobre la mujer y los delitos sexuales sobre menores

Esto se acrecienta cuando los protagonistas de la investigación son personalidades públicas -ya conocidos por la ciudadanía por otros motivos- ya sea por ser señalados como partícipes de un supuesto hecho delictivo como cuando su condición es de presunta víctima del mismo.

Por ello no es tan fácil separar la garantía bajo estudio de estas actitudes, en especial cuando interviene un funcionario público. Para mayor confusión, en la sentencia *Lisazo Azconobieta c. España*²⁹¹, el TEDH encontró violación al derecho a la presunción de inocencia porque la persona reclamante, tras su detención, fue presentada en una rueda de prensa al público y medios de comunicación como miembro de una banda terrorista, siendo identificada como responsable de delitos de manera infundada y apresurada, aún antes de haber sido puesto a disposición del Juez.

En este caso, el TEDH revisó su jurisprudencia anterior sobre la presunción de inocencia que, conforme esta nueva doctrina, no se limita a ser una simple garantía del proceso penal. Según recuerda la sentencia, su alcance *“es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal”*²⁹². En consecuencia según esta posición, una violación *“puede emanar no solo de un Juez o de un tribunal sino también de otros agentes del Estado y personalidades públicas”*²⁹³.

Ya en el terreno de la libertad de información, la aparente oposición entre la presunción de inocencia y la información al público de parte de los investigadores, se resuelve cuando dicha información se efectúa *“con toda la discreción y la reserva que impone el principio, de modo que la comunicación que se haga, esté exenta de cualquier apreciación o prejuicio de culpabilidad”*. Para esto, debe hacerse una *“distinción entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona afectada es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha”* (párr. 39). Evidentemente, son las primeras las que vulneran la presunción de inocencia en este

²⁹¹ Demanda n° 28834/08, STEDH de 28 de junio de 2011.

²⁹² La Corte IDH también ha señalado -citando al TEDH - que *“la presunción de inocencia puede ser violada no solo por el juez o una Corte, sino también por otra autoridad pública”* ya que el derecho a la presunción de inocencia *“exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella.”* (Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, de 25 de noviembre de 2004, párr. 160).

²⁹³ Párrs. 37-38 de la sentencia citada.

aspecto. Aquí, aún sin entrar aun en otro tópico problemático, se busca evitar también los llamados “juicios paralelos” o mediáticos²⁹⁴.

La práctica de mostrar públicamente a los detenidos²⁹⁵ continúa siendo muy habitual en países con una escasa cultura de la legalidad, donde se han visto casos en que los imputados son coaccionados por las autoridades policiales para que, al ser mostrados ante la prensa, empuñen las armas supuestamente incautadas o tomen entre sus manos los objetos incriminatorios.

Se les obliga a actuar así en una escenografía acusatoria que se construye con el detenido y los elementos del delito; hecho que es una declaración extrajudicial de culpabilidad, absolutamente contraria a la consideración de inocente y a la imparcialidad que debe regir en las actuaciones penales (atendiendo a que el juzgador también forma parte de la sociedad y, por ende, del público). Este proceder recuerda la antigua labor de la justicia inquisitorial, cuando los acusados eran expuestos en la plaza pública para ser sometidos al escarnio y a la vergüenza ciudadana²⁹⁶.

En resumen, siguiendo al TEDH, el derecho a la presunción de inocencia no se limita a una garantía procesal en materia penal, sino que, además, se exige que ningún representante estatal o autoridad pública declare culpable a una persona antes de que su culpabilidad sea dictaminada por un tribunal.

3. El tratamiento de la inocencia en la esfera pública

Ahora bien, intuitivamente, la relación que existe entre la presunción de inocencia y el modo de informar sobre una persona investigada o acusada o la manera

²⁹⁴ LÓPEZ BETANCOURT/FONSECA LUJÁN, “Jurisprudencia...”, p. 373. Sobre este problema ahondaré en el Capítulo Segundo de este trabajo.

²⁹⁵ En Argentina se destaca el caso del ex Vicepresidente Amado BOUDOU, quien fue expuesto públicamente mediante fotografías y videos del momento de su detención provisional en su domicilio por un proceso que se encontraba en etapa de instrucción.

²⁹⁶ Según BARATA VILLAR, *La devaluación...*, p. 230, en el ámbito español no ocurren ahora esas cosas, pero todavía los medios de comunicación continúan siendo una especie de plaza pública donde se exponen los conflictos penales sin el respeto a las garantías procesales. En este contexto puede ser incluido el “paseillo” que aún hoy se practica en el ingreso de los tribunales. También se exhiben frecuentemente en televisión y periódicos las armas, las drogas o el dinero hallado compartiendo pantalla con una imagen del acusado.

en que es presentada ante los tribunales o en público es evidente²⁹⁷. Pero en el ámbito jurídico se ha venido entendiendo que se trataba de ámbitos protegidos por distintos derechos fundamentales como el derecho al honor o a la propia imagen, reservando para la presunción de inocencia un contenido más técnico, restringido al enjuiciamiento, como se ha desarrollado previamente.

En sentido contrario, NOGUEIRA ALCALÁ sostiene que el principio opera también en situaciones extraprocesales, constituyendo el derecho de las personas a recibir el trato de no participe en hechos delictivos y que no se le puedan aplicar las consecuencias o efectos jurídicos correspondientes a hechos de tal naturaleza, mientras ajuste su conducta al ordenamiento jurídico, todo ello de acuerdo al derecho a la libertad personal y seguridad individual²⁹⁸.

Sin embargo, considero que este razonamiento omite aclarar que la obligación de proteger tales derechos no puede sino estar dirigido a las autoridades públicas, no encontrándose regulado para las relaciones entre privados, donde resulta más discutible su consideración.

Entre los que asignan un rol en esta área a la presunción de inocencia también encontramos a BARATA VILLAR, doctor en ciencias de la comunicación, quien señala que todos los ciudadanos, y en mayor medida los periodistas por la trascendencia social de su trabajo, deberían considerar a los detenidos no condenados como inocentes, pues reservar la garantía solo para el interior del proceso y dentro del ámbito judicial significaría “un retroceso en la historia de los derechos humanos”²⁹⁹. Ello, amén de la incidencia de este accionar externo en la actuación del juez.

Desde luego que en el lenguaje común, se dice habitualmente que todas las personas tienen derecho a la presunción de inocencia, y ello con independencia de que exista un proceso penal en curso. Pero ese no es el sentido que adopta la expresión en el lenguaje jurídico que, como venimos viendo, es una garantía procesal con incidencia en

²⁹⁷ HERNÁNDEZ GALILEA, “Directiva (ue) 2016/343 del Parlamento Europeo...”, p. 179.

²⁹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, “Consideraciones sobre el derecho...”, p. 238.

²⁹⁹ BARATA VILLAR, *La devaluación de la presunción...*, p. 229, quien señala que la sensación de “algo habrá hecho” tras la construcción de la sospecha y la culpabilidad se refuerzan con la publicación de los nombres y las imágenes de personas que la policía relaciona con los hechos, lo cual afecta el derecho a la intimidad y devalúa las garantías procesales.

momentos específicos de la actuación judicial y con eficacia en el ámbito sancionador³⁰⁰.

La aplicabilidad de la presunción de inocencia a ámbitos extraprocesales es uno de los argumentos que se utilizan para negarle el carácter de garantía procesal junto con el carácter constitucional -y no procesal- de este derecho. Esta última objeción, a entender de FERRER BELTRÁN, refleja una clara confusión entre el carácter procesal o sustantivo de una norma y su jerarquía normativa. En este sentido, la ubicación de la norma en la fuente constitucional nada debiera decir acerca de su carácter procesal o sustantivo³⁰¹.

Pese a ello, la discusión respecto de la aplicación en ámbitos extrajudiciales continúa abierta toda vez que el campo de tratamiento periodístico es en el que más ampliamente se ha considerado conmovida la consideración de inocente entre privados. En él, los medios de comunicación tendrían la obligación de tratar a cualquier ciudadano como no autor de un ilícito y la persona objeto de la información el derecho a ser tratada como tal³⁰².

Ahora bien, la aplicación de la presunción de inocencia en estos ámbitos por parte de la jurisprudencia queda más bien en un mero reconocimiento retórico, puesto que la propia CE ofrece protecciones más operativas a través de la aplicación de otros derechos, en especial, del derecho al honor y a la propia imagen, de manera que el añadido de la presunción de inocencia no supone una mayor protección y cae, pues, en la irrelevancia³⁰³.

Así lo ha reconocido posteriormente el propio TC³⁰⁴ cuando declara expresamente que, a pesar del previo reconocimiento jurisprudencial³⁰⁵ de la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, esta “*no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los artículos 10 y 18 de la*

³⁰⁰ En igual sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Presunción de inocencia...*, p. 201. FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 4, FERRER BELTRÁN reconoce que el punto no está exento de discusión, ya que buena parte de la dogmática ha seguido también la doctrina jurisprudencial acerca del alcance extraprocesal de la presunción de inocencia.

³⁰¹ FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 4.

³⁰² Según FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 4, acorde a una primera doctrina del TC, también los medios de comunicación tienen prohibido atribuir a una persona la comisión o participación en un delito (o infracción no penal) hasta que no haya sentencia condenatoria al respecto.

³⁰³ En idéntico sentido se expresa FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 5.

³⁰⁴ STC 166/1995.

³⁰⁵ En la STC 109/1986.

*Constitución, de tal modo que ha de ser la vulneración de estos preceptos, y señaladamente la del artículo 18, lo que sirva de base a su protección a través del recurso de amparo.*³⁰⁶.

En este sentido, la jurisprudencia ha tenido ocasión de matizar su postura en torno a la cuestión pues si bien reconoce la existencia de una dimensión extraprocetal, define que esta no constituye por sí sola un derecho fundamental autónomo³⁰⁷. En resumen, es ya el propio TC quien declara la irrelevancia jurídica de esta consideración extraña al proceso que él mismo construyó³⁰⁸.

Más allá de una u otra consideración es importante cuanto destaca NIEVA FENOLL, entre otros autores, para quien es relevante este aspecto porque los medios de comunicación de masas pueden influir en el juicio de la sentencia con sus apreciaciones, especialmente cuando el juicio es competencia de un jurado. Y su respeto puede acabar teniendo una influencia decisiva en la sentencia que se dicte³⁰⁹.

Ello parece admitir la dimensión extraprocetal de la presunción de inocencia, demandando incluso de los informadores, sobre la base de la ética periodística, un esfuerzo en explicar que un hecho no es delictivo hasta que no es así declarado en juicio, reconociendo una posible vulneración de la garantía aún “*como reflejo amplificado de la falta de interiorización ciudadana*” del principio estudiado³¹⁰.

Pese a ello, puedo concluir aquí que la violación de la presunción de inocencia no puede recaer por parte de actores que van más allá de las autoridades públicas³¹¹.

³⁰⁶ El art. 10 de la CE reconoce el derecho a la dignidad y el art. 18 el derecho al honor y a la propia imagen.

³⁰⁷ STC 166/1995, de 20 de noviembre.

³⁰⁸ Cfr. FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista...”, p. 23. En sentido contrario PASTOR, D., “Juicios paralelos y actores extraprocetales”, *XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Nuevos sistemas de litigación. Ponencias generales y ponencias seleccionadas*, San Juan, septiembre de 2019, p. 456, quien realiza, a mi juicio, una errada interpretación práctica de la STC 166/1995.

³⁰⁹ NIEVA FENOLL, *La duda...*, p. 77.

³¹⁰ *Ibidem*, pp. 105-106. Asimismo destaca NIEVA FENOLL, *La duda...*, p. 113, que existen delitos con respecto a los que, los acusados “*no parecen tener ninguna oportunidad*”, ya que el trauma colectivo causado por determinados hechos delictivos no parece dejar opción alguna al discrepante, es decir, a quien cree inocente del delito al acusado. Entre tales hechos identifica a los delitos de lesa humanidad, los de terrorismo, la corrupción política, la violencia sobre la mujer y los delitos sexuales sobre menores. Esta afirmación sin embargo no parece tener cabida sin caer en una desconfianza absoluta de la necesidad y utilidad de un juicio oral y del proceso penal en general.

³¹¹ El TC desde antaño rechazó la interpretación expansiva del contenido extraprocetal de la presunción de inocencia pues ha dicho que la acción sancionadora o limitativa de derechos frente a la que se reconoce la protección constitucional de este derecho tiene que ser estatal, dados los límites de actuación del recurso de amparo frente al ejercicio del poder público. La presunción de inocencia,

Ello no implica desconocer que hoy en día las más relevantes violaciones de derechos relacionados con la imagen pública de los acusados de un delito vienen de la mano de los fenómenos que conocemos como “juicios paralelos”, que producen daños y lesiones en derechos de los individuos (intimidad, propia imagen, honor, etc.)³¹², a la vez que pueden afectar a los órganos decisores, generando o ampliando sesgos que repercutirán al momento de dictar sentencia.

Por ello todavía se leen opiniones que incluyen estos actos en el campo de protección que debe dar la garantía³¹³. Sin embargo mi posición reposa en la doctrina que considera que solo puede alegarse la garantía frente a representantes del Estado ya que el hecho de considerarla como una garantía exclusiva del imputado o del sometido a un procedimiento que pueda derivar en la aplicación de una sanción o en la restricción de derechos subjetivos se sostiene en que actúa únicamente en un contexto procesal y es allí donde puede recibir protección en el marco jurisdiccional.

Y ello por varias razones, además de la de tratarse de una garantía. En primer lugar, porque la inocencia o la culpabilidad de una persona solo se ponen en juego en el marco de un proceso, puesto que solo el Estado, a través de este mecanismo, puede declarar la culpabilidad de un ciudadano. Y, en segundo lugar, porque la violación de la presunción de inocencia como regla probatoria, como regla de juicio y como regla de tratamiento solo puede producirse por actuaciones procesales (que presupongan la culpabilidad del imputado).

Así, los pretendidos “ataques” a la presunción de inocencia provenientes de otros ámbitos se persiguen a través de otras vías legales pero no constituyen quiebras de este derecho, que nace y se extingue con el proceso.

VÁZQUEZ SOTELO expresa claramente: *“Es (...) una pura extravagancia la invocación de la presunción de inocencia que con alguna frecuencia hacen los*

conforme la STC 13/1982, preside la adopción de “cualquier resolución tanto administrativa como jurisdiccional que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos” lo que puede interpretarse como la exclusión de su aplicación frente a la acción de terceros particulares y por lo tanto limita la capacidad de interpretación aplicable a estos supuestos.

³¹² Como lo resalta OVEJERO PUENTE, “Protección del derecho...”, p. 434.

³¹³ Como la de OVEJERO PUENTE, “Protección del derecho...”, p. 433, quien entiende que una interpretación plena de la presunción de inocencia como derecho frente a todos, protege la libertad individual y los derechos fundamentales de la persona no solo frente a los poderes del Estado, sino también frente a terceros particulares; especialmente frente a los medios de comunicación y frente a la sociedad cuando éstos actúan generando juicios paralelos

*políticos ante cualquier crítica o sospecha que reciban. Mientras no existan actuaciones jurisdiccionales o administrativas concretas no puede técnicamente y con propiedad invocarse la presunción constitucional de inocencia*³¹⁴.

Ello no obsta a considerar que, como explicaré en el capítulo siguiente, la forma de transmitir las noticias va en la actualidad mucho más allá de la necesaria transparencia que debiera guiar la comunicación de los actos de administración de justicia, pues puede afectar la imparcialidad del proceso y los derechos individuales de las personas involucradas. Coincido con BARATA VILLAR en cuanto a que ello refleja una visibilidad que se ajusta más a la lógica del espectáculo que al interés público por la comprensión de los hechos³¹⁵.

En esa inteligencia, al ser la garantía estudiada una conquista de la civilización, los medios de comunicación, además de respetarla, debieran contribuir a su difusión social. Para superar tales deficiencias, en algunos casos, sería suficiente con introducir pequeños cambios en el lenguaje, en otros, se necesita de la formación de los profesionales para cambiar determinadas doctrinas³¹⁶. Mejoras en estas prácticas también colaborarán en que la presión sobre el juez no se desborde.

Finalmente, y más allá de cuanto desarrollaré al respecto a continuación, cabe mencionar que el respeto por la libertad de expresión suele prevalecer respecto de cualquier medida que quiera tomarse desde el plano legal. Nos encontramos, una vez más con intereses en pugna. Pero un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, consagrada en los textos constitucionales, no prevalece cuando altera maliciosamente información secreta, que por un lado puede perjudicar al investigado pero también al éxito de la propia pesquisa, mientras se afectan derechos como la intimidad de adultos, menores e incluso de las propias víctimas de un delito.

³¹⁴ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "La presunción de inocencia", en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1992, nº V, p. 123.

³¹⁵ BARATA VILLAR, *La devaluación...*, p. 230.

³¹⁶ *Ibidem*, pp. 230-231, quien sostiene que, en cualquier caso, la defensa de tales derechos nos protege contra la impunidad y las tentaciones de prácticas policiales y judiciales contrarias a la legalidad. Sin embargo se sabe que en el lenguaje, las alternativas al uso incorrecto de la presunción son muchas, las personas detenidas por la policía pueden ser catalogadas de acusadas, imputadas, indiciadas, supuestos autores de, "*detenidas en relación con...*", etc., además, los periodistas deberían abstenerse de construir la sospecha o la culpabilidad de los acusados mediante las declaraciones de la policía o de otros ciudadanos.

En relación con el derecho a la información³¹⁷ cierto es que en todo Estado democrático y civilizado debe encontrarse desarrollada esta libertad³¹⁸ que es necesaria para que todos los ciudadanos estén informados de los principales acontecimientos y de los actos de gobierno. Sin embargo, y a pesar de que el art. 20.2 CE prohíbe cualquier tipo de censura previa, esta libertad de información no puede entenderse sin límites. Estos límites los encontramos en el interés público y en la veracidad de la información que se da, de tal manera que será necesario llevar un proceso de indagación para contrastar la información que se tiene. No obstante, al igual que en el proceso, aquí tampoco debe confundirse la veracidad con la verdad.

La presunción de culpabilidad que observaba MANZINI sería el prejuicio natural de la sociedad ante situaciones que aparecen “evidentes” a sus ojos sin que aún se haya expedido el órgano judicial y que, por ello, debe verse contrarrestado por la protección que otorga la presunción de inocencia en el proceso propiamente dicho para que el juez comience de cero en su análisis probatorio y solo actúe conforme a las constancias documentadas del caso y los pasos procesales reglados.

Para ello desarrollaré en el siguiente Capítulo los aspectos relacionados con la publicidad de las decisiones durante el proceso, los intereses principales en pugna y sus consecuencias en el plano jurídico en relación con las medidas que afectan derechos de los individuos sospechosos de haber cometido un ilícito penal.

³¹⁷ VILLANUEVA TURNES, “La presunción...”, p. 221, es otro de los autores que reconoce que la presunción de inocencia puede verse afectada por información periodística, a contrario de lo que aquí postulo.

³¹⁸ Que en España viene recogida en el art. 20 CE.

CAPÍTULO SEGUNDO

PROCESO PENAL Y COMUNICACIÓN

I. Los medios masivos y el proceso

1. Introducción

Así como el derecho atraviesa la vida humana en un amplio universo de cuestiones de diverso calibre regulando prácticamente toda actividad social, también la comunicación posee esa cualidad ya que en la actualidad cualquier práctica puede ser analizada bajo la mirada de las ciencias que la abarcan³¹⁹.

Para poder observar de forma crítica y aportar nuevas soluciones al conflictivo modo en que el proceso penal y la publicación masiva de noticias se relacionan debemos delimitar un marco teórico de referencia³²⁰.

Con ese norte, si bien el análisis de cuestiones dentro del terreno de la comunicación social parece alejarse *ab initio* de aquellas que puedan afectar al núcleo del Derecho penal o al sistema judicial *stricto sensu*, no pierde rigor científico y efectos dogmáticos la búsqueda de conclusiones en dicho campo.

Ello así, al advertirse -en principio, intuitivamente- que, a la par de la vigencia y actualidad que la discusión sobre tal tensión posee, las actividades que se desarrollan en el ámbito comunicacional pueden repercutir directamente en una decisión judicial, afectar las funciones propias de la actividad penal estatal y vulnerar derechos de los individuos involucrados.

³¹⁹ Es por ello que, como señala ERCOLINI, J., "Algunos apuntes sobre justicia y medios de comunicación", en *Justicia argentina online. La mirada de los jueces*, CIJ, p. 59, puede afirmarse que tanto el derecho como la comunicación son ciencias sociales transversales en el sentido de que con cualquiera de ambas podemos atravesar toda actividad social.

³²⁰ En igual sentido, KINDHÄUSER, U., "Sobre la posible afectación de procesos penales por los medios de comunicación" en VAN WEEZEL, A. (Dir.), SCHLACK, A. (Trad.), *Humanizar y renovar el derecho penal - estudios en memoria de Enrique Cury*, 2013, p. 1119, aborda posibles respuestas científicas a la pregunta relativa a si las investigaciones y procedimientos judiciales pueden ser afectados de un modo penalmente relevante por tales publicaciones.

La labor de los medios de comunicación trasciende el marco de cada disciplina a la que presta su atención, a la vez que incorpora ideas y hechos en el mundo social extrayéndolas del cerrado círculo de especialistas y de las partes involucradas en cada caso en concreto para darle un lugar en el universo de las ideas, discusiones y demás efectos sociales con consecuencias tanto particulares como generales.

Si ello no ocurriera, los hechos públicos que se realizan en el ámbito jurídico solo serían conocidos por aquellos que son parte en un caso o por quienes pertenecen a la correspondiente comunidad científica o burocrática, a quienes se encontraría reservado su conocimiento, con lo que su actuación cumple también una importante función en las sociedades democráticas.

De tal forma, la “exposición” masiva introduce nuevas realidades en la sociedad y consecuencias también en el campo científico y en la *praxis* ampliando el limitado campo técnico de una ciencia determinada para ser analizadas -aún con un alcance limitado- por cualquier persona que tome conocimiento de ellas, lo cual puede incluso modificar las consecuencias de la realidad fáctica de que se trate, afectar de manera importante sus efectos y, sin duda, amplificarlos.

Particularmente, en relación con la etapa investigativa del proceso penal y más específicamente con la utilización del instituto de la prisión provisional, resulta de gran utilidad estudiar, desde la observación de los elementos del campo comunicacional, la posible percepción social -e incluso doctrinal- de que la decisión que dispone el encarcelamiento de una persona durante un proceso funciona como una verdadera pena anticipada o que, al menos, lleva a apreciar análogas consecuencias en sus distintos planos de análisis.

Debe tomarse en cuenta el modo específico en que se adopta la decisión sobre la prisión provisional en tanto manifestación fenomenológica que impacta con gran protagonismo en la relación comunicativa existente entre el Estado y el ciudadano.

La actividad mediática tiene, además, un rol preventivo general en cuanto a la cuestión criminal, involucrándose en la actuación del Derecho penal, en las funciones del proceso y en alguna de las finalidades que la prisión provisional hoy legalmente autoriza como fundamento de su dictado.

En la función comunicativa que tiene el proceso, su publicidad externa -la que trasciende a las partes- cumple un rol ineludible y explica esta relación entre las distintas ciencias humanas mencionadas³²¹. Para ello el Poder Judicial necesita de la comunicación pública de sus decisiones.

Más allá de las diferencias existentes en el tratamiento de hechos en uno y otro ámbito, en ambos subyace el discurso sobre la verdad. El sistema penal -que es parte de la cultura social y jurídica³²²- y la actividad periodística son dos realizaciones indispensables e irremplazables para la salud de los Estados Democráticos³²³. Pero pese a sus diferencias, la eliminación completa de la tensión entre ellos resulta ingenua y peligrosa, con lo que el estudio pormenorizado de sus puntos de contacto reviste utilidad para establecer las normas de convivencia que garanticen el respeto por los fines constitucionales que en ambos se encuentran.

Para ello abordaré marcos de referencia tales como el rol histórico y actual de los medios de comunicación, su función social en la construcción de realidades y de legitimidad; el papel del Derecho penal y la prisión como parte de dicha actividad mediática y del establecimiento de agenda; el populismo punitivo y la creación de emergencia como fenómenos que se generan (o se reproducen) en este sentido; la incidencia de la actividad periodística sobre el proceso y, particularmente, sobre la decisión que dispone la prisión provisional.

Evaluaré, finalmente, algunas reformas legislativas sancionadas como consecuencia de estos fenómenos, los fundamentos del principio de publicidad del proceso y los derechos afectados por su ejercicio, los juicios paralelos, la libertad de expresión y sus límites frente a la presunción de inocencia, y la tensión con otros derechos personalísimos y procesales.

³²¹ En especial, en lo que algunos autores han reconocido como una función estabilizadora del proceso penal. V.gr., SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*, Vol. 47, n° 127, Medellín, Colombia, julio - diciembre 2017, p. 502, para quien esta "se mueve en la misma dimensión expresiva-comunicativa que la propia pena".

³²² Y, con ello, de la manera en que la sociedad concibe, crea, interpreta y aplica el derecho y el concepto de justicia en un momento histórico determinado. Cfr. PARRA, W., "El sistema penal acusatorio como comunicación universal y como parte del proceso de construcción de una cultura jurídica en Colombia, basada en el respeto de los derechos humanos", en *Criterios - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, Vol. 2. N.º 2, julio-diciembre de 2009, p. 107.

³²³ En similar sentido, ERCOLINI, "Algunos apuntes...", p. 64.

2. El rol de los medios de comunicación en la sociedad

2.1 Breve repaso histórico de la labor mediática

Los avances tecnológicos de las últimas décadas³²⁴ modificaron la cultura de las sociedades modernas y multiplicaron exponencialmente la importancia de la comunicación, la cual alcanzó masividad. Esta expansión puede compararse -en términos relativos- con la ocurrida ante la aparición de la imprenta que, a mediados del S. XV, modificó el modo en que la información era transmitida entre individuos.

La humanidad, sin embargo, vivió desde siempre en un mundo edificado por las historias que cuenta, las cuales eran transmitidas de *boca en boca* para luego introducirse en una industria, la de la información, apareciendo -a nivel urbano- la mediatización.

En el periodo abarcado desde los años veinte del siglo pasado hasta la actualidad nuestro sistema de comunicación experimentó el mayor y más intenso proceso de transformación, lo cual supuso la aparición de los primeros medios de transmisión moderna, popular y de consumo masivo³²⁵.

A su vez, se ha ido produciendo la privatización de las empresas de medios que, en cuanto transmisores de noticias, incluyeron la información pública como una mercancía más, productora de beneficios, encuadrando la actividad en el mundo capitalista que rigió la época.

Los cambios ocurridos a finales del S. XX ofrecieron, con la inclusión de los medios electrónicos y la aparición de internet, la creación de nuevas formas de acción e interacción en las que el entorno mediático se convirtió definitivamente en la fuente

³²⁴ La irrupción de la tecnología informática sumó Internet a los medios audiovisuales desarrollados en el S. XX y con ello las redes sociales, proliferando diversas aplicaciones que pueden ser consultadas en forma inmediata en terminales de bolsillo (teléfonos móviles) como principales fuentes de información actuales.

³²⁵ SAPERAS, E., *Comunicación mediática y sociedad: manual de teorías de la comunicación*, Ed. OMM, Madrid, 2012, p. 17. En efecto, en las primeras décadas del S. XX aparece la prensa, la radiodifusión, la cultura audiovisual, la industria discográfica, la publicidad moderna y la industria cinematográfica lográndose importantes cambios en el desarrollo de las comunicaciones. En los años treinta del siglo pasado, con la aparición de la televisión, culmina ese proceso de cambio radical teniendo a esta última como la base del sistema comunicativo hasta casi el final del siglo cuando comienza la era de internet.

primaria del conocimiento y sentido comunitario en la mayor parte de la vida social universal.

El dominio de este campo por parte de internet ha motivado incluso un proceso de adhesión de los otros medios a este, permitiendo la integración total de la información en un solo soporte -con la digitalización de libros, periódicos o revistas, difusión de realizaciones audiovisuales o creación de nuevos formatos de contenidos, que son transmitidos por este medio-.

Con este cambio ya podemos hablar de sociedades que -en un porcentaje muy alto del mundo global que estudiamos³²⁶- se encuentran totalmente mediatizadas, toda vez que esos avances posibilitaron la transmisión de información a grandes masas de audiencia exponencialmente mayores a las que los medios individualmente lograban llegar.

En razón de este fenómeno, los *mass media* si bien constituyen, por un lado, una fuente principal de noticias, información y distracción; por el otro, como consecuencia de haber revolucionado las comunicaciones influyendo profundamente en los individuos, las familias y demás instituciones, modelan hoy también las actitudes, el entretenimiento y los prototipos de comportamiento de la sociedad³²⁷.

2.2 La comunicación mediática

THOMPSON hace referencia a que la comunicación permite la transmisión de cultura, lo que se hace posible a través de tres componentes: un medio técnico de transmisión, un aparato institucional de transmisión y un distanciamiento espacio-temporal. Estos componentes formarían, en nuestra concepción de sociedad moderna

³²⁶ Sin perjuicio de la existencia aún de comunidades que podrían reconocerse excluidas por diferentes cuestiones culturales, económicas, geográficas, etc., cuya delimitación y análisis excede el presente trabajo. Sin embargo, según TORO, M. C., *La pena de prisión en busca de sentido. El fin de la pena privativa de libertad en los albores del siglo XXI*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2013, p. 58, en el mundo de hoy existen pocas sociedades que no hayan sido alcanzadas por las instituciones y mecanismos de la comunicación masiva, y en consecuencia, que no estén abiertas a la circulación de las formas simbólicas manejadas por los medios masivos.

³²⁷ En referencia a la televisión, resaltó estas consecuencias WOJTYLA, K., "La potencia de los medios de comunicación", *Revista Id y Evangelizad*, Ciudad del Vaticano, 24 de enero de 1994.

los “medios” que garantizan la “comunicación”³²⁸ y ayudan entonces a la comprensión del sentido moderno del concepto.

Por “comunicación” debemos entender al proceso de transmisión de información³²⁹ o a las interacciones en las que existe por lo menos una persona que es la fuente de información y, al menos, otra que la recoge y opera con ella³³⁰. Los “medios” para la comunicación, por su parte, están comprendidos por aquellos canales que permiten dicha transmisión, siendo el “canal” el medio físico por el que circula aquella³³¹.

Con los avances técnicos señalados, el papel de los medios y sus implicancias en la formación de imaginarios en la audiencia pasó a ocupar un lugar preponderante en el modo en que construimos nuestra visión sobre el mundo -cosmovisión- ya que por cuenta de aquellos podemos conocer de forma casi inmediata los acontecimientos presentes en una determinada actividad social; es decir, aproximarnos al mundo que está más allá de nuestro círculo familiar o inmediato³³².

Los medios de comunicación e internet se configuran así como escenario significativo de la vida global, influyendo en la consideración de lo que vemos, leemos u oímos, y sobre lo que luego conversaremos y razonaremos, teniendo por ello evidentes consecuencias en nuestras acciones y decisiones, así como en las de las instituciones.

³²⁸ THOMPSON, J. B., *Los media y la modernidad. Una teoría de los medios de comunicación*, Ed. Paidós, Barcelona, 2010, pp. 244-246.

³²⁹ Por todos, DE MIGUEL PASCUAL, R., *Teoría de la comunicación social*, CEF, Madrid, 2013, pp. 56 ss.

³³⁰ MARTÍN SERRANO, M., *Teoría de la comunicación. La comunicación, la vida y la sociedad*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 2007, pp. 39-40.

³³¹ CAMARENA ALIAGA, G. W., *Medios de comunicación y Poder Judicial, Tratamiento procesal y penal frente a los juicios paralelos*, tesis doctoral, Madrid, 2017, p. 3, quien menciona -a modo de ejemplo- que la lengua hablada y la lengua escrita se diferencian, entre otras cosas, por el “medio” empleado para comunicar, el primero usa el aire y el segundo el papel u otro similar. En similares términos, con especial referencia a los medios de comunicación audiovisuales, DE AGUILERA GAMONEDA, J., “Perfil de los medios audiovisuales”, en BENITO, Á., (Coord.), *Comunicación y sociedad. Homenaje a Juan Beneyto*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 108-109.

³³² Cfr. BONILLA RAMÍREZ, K. J., *La presunción de inocencia en cuestión*, tesis de máster, UAB, Bellaterra, 2018, p. 35. Además Cfr. GOMIS, L., *Teoría del periodismo: Cómo se forma el presente*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001, p. 14, explica que “Gracias a los medios percibimos una realidad... como algo que es posible percibir y comentar... Son los medios los que mantienen la permanencia de una constelación de hechos que no se desvanecen al difundirlos, sino que impresionan a la audiencia, dan qué pensar, suscitan comentarios y siguen presentes en la conversación.”

2.3 Función social de los medios y desarrollo cultural

Hoy en día los medios de comunicación dejan de ser vistos como meros instrumentos de transmisión de información pese a que conceptualmente lo son, puesto que han adquirido una indiscutible institucionalidad social³³³. Ello en razón de que, al permitir la comunicación, han promovido a lo largo de la historia -y lo continúan haciendo- el desarrollo cultural de las sociedades hasta concebirlas como “sociedades modernas”, también denominadas hoy “sociedades de la información”³³⁴.

Cuando hablamos de transmisión de *cultura* tratamos con un término polisémico que ha sido dotado de múltiples sentidos a través de los años. Por tanto (dejando de lado aquellas acepciones que emparentan a la cultura solo con la “alta cultura”³³⁵), desde un punto de vista antropológico³³⁶, utilizo el término para denominar un modo específico de vida que expresa determinados significados y valores no solo en el arte y la enseñanza, sino también en las instituciones y el comportamiento cotidiano.

Analizar la cultura consiste, según esta mirada, en dilucidar los significados y valores implícitos y explícitos en un modo de vida concreto (una cultura concreta). En ese marco, los medios de comunicación tienen gran importancia como espejo de un momento histórico determinado.

También debe tomarse en cuenta que, desde una posición neomarxista³³⁷, los seres humanos hacen la historia en unas condiciones dadas, bajo circunstancias que no

³³³ SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: Especial referencia a la libertad vigilada*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 35, explica que, “aunque los medios de comunicación parezcan ser solo un medio de transmisión de la información que se estima de interés por la generalidad de la sociedad y, por tanto, a priori, transmisores de los acontecimientos que se producen en un momento determinado, la verdad es que no son solo esto”.

³³⁴ CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 4, destaca que, sin embargo, esto no siempre fue así. La aparición de los actuales medios de comunicación ha supuesto la evolución de un largo proceso de invención o creación de medios técnicos de comunicación para, luego, encumbrarse en su institucionalización social.

³³⁵ Es decir, como expresión de la forma estética clásica.

³³⁶ Que toma HEBDIGE, D., *Subcultura. El significado del estilo*, Ed. Paidós, Barcelona, 2004, p. 19.

³³⁷ Cfr. GIMÉNEZ, G., “La concepción simbólica de la cultura”, en *Teoría y análisis de la cultura*, Conaculta, México, 2005, pp. 67-87.

eligieron, y que la cultura es jerárquica, existiendo culturas dominantes y culturas dominadas³³⁸.

Los medios de comunicación, como medios de construcción simbólica, ocupan un papel importante en este proceso pues, a través de una elección cuidadosa de las imágenes y símbolos que utilizan, construyen una realidad del mundo que se condice con los intereses de la clase dominante³³⁹.

En resumen, los medios ejercen de nexos, muchas veces monopolícos, entre el público y la realidad. De esta forma, la realidad es, en gran medida, la que nos dicen los medios y nuestros marcos cognitivos están fuertemente condicionados por sus mensajes.

A este rol conformador de sentido común, los medios le agregan la característica de ser una parte ineludible de la esfera pública contemporánea. Por ello son escenario de las luchas de poder sobre la asignación de sentido o, en otras palabras, son el espacio en el que se dan la mayoría de las interacciones sociales que llevan a la conformación de las representaciones vigentes. Como señala THURY CORNEJO, estas son creencias y, como tales, forman parte de la cultura³⁴⁰.

Además como actores culturales que son, los medios no son solo transmisores sino que son productores de significados, símbolos y mensajes y, en este sentido, su influencia se da por la formación de una red de significados, una trama cultural que el público -y los actores políticos- usan en su actividad cotidiana. Los significados que la prensa transmite, subliminalmente en su “reflejo” de la realidad y más explícitamente en sus opiniones directas, contribuyen a formar la base sobre la cual se construyen los marcos de entendimiento de la política y se edifican las acciones posteriores³⁴¹.

La actividad mediática tiene por tanto una doble dimensión temporal: en el corto plazo, la prensa funciona como amplificador de las noticias que provienen de distintos

³³⁸ Las culturas dominantes, en tanto tienen el control de los medios de producción material, consiguen controlar los medios de producción simbólica e intentan presentarse así como la única cultura legítima.

³³⁹ Sin embargo, este intento de dominación nunca llega a lograr el control social total, sino que este debe ser continuamente ganado, pues los grupos subordinados ofrecen, en la medida de sus posibilidades, cierta resistencia.

³⁴⁰ THURY CORNEJO, V., “Políticas comunicacionales, representaciones mediáticas y legitimidad judicial. Un estudio de caso sobre la Corte Suprema de la República Argentina”, *Doxa comunicación* nº 10, 2010, p. 83.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 98.

ámbitos y de sus repercusiones, y construye el escenario para el debate público; en el mediano o largo plazo, las imágenes que transmite contribuyen a formar representaciones sociales estables y duraderas en la audiencia. Esa difusión y su amplificación no se dan de un modo neutro sino que reflejan una lógica específica, que transforma los sucesos de la realidad en sucesos mediáticos³⁴².

2.4 La masividad del mensaje y las *fake news*

El concepto de medios de comunicación masivos, de masas o -en su terminología en inglés- *mass media* abarca, conforme la definición que aporta LUHMANN, a “*todas aquellas disposiciones de la sociedad que se sirven, para propagar la comunicación, de medios técnicos de reproducción... en la medida en que su producción sea en gran número y esté dirigida a receptores desconocidos*”³⁴³.

Por ello, al referirnos a medios masivos de información o comunicación hablamos de los instrumentos de los que el emisor se vale para enviar sus mensajes, pudiendo incluir -conforme los avances técnicos en la historia- a los libros, los periódicos y revistas, las fotografías y videos, la radio, la televisión, los ordenadores y los teléfonos inteligentes, entre los canales más usados.

El carácter masivo viene dado por el gran número de receptores³⁴⁴ y también por la extensión geográfica del lugar donde estos se encuentren, el anonimato entre los individuos del grupo de público y su diversidad (distinta identificación sexual, etaria, nivel educativo, actividad principal, intereses, ideología, etc.).

Hoy en día los medios deben ser entendidos como instituciones sociales cuyo objeto es la comunicación y cuya principal característica es la difusión masiva de la información. Es este elemento social el que permite concebir a los *mass media* como actores políticos, económicos y jurídicos dentro de la sociedad.

³⁴² *Ibidem*, p. 98.

³⁴³ LUHMANN, N., *La realidad de los medios de masas*, (Trad. Torres Nafarrete, J.), Ed. Anthropos, Barcelona, 2000, pp. 2 ss.

³⁴⁴ En contraposición con los medios de comunicación particular o interpersonal, que permiten la comunicación dentro de la esfera de lo privado y a un grupo muy reducido de personas normalmente identificables (correo electrónico, aplicaciones del móvil, etc.).

De ahí que se diga que el desarrollo de la sociedad también depende de la actividad mediática, que se legitima a través del reconocimiento de los derechos a la libertad de información y de expresión³⁴⁵.

Por el enorme poder de difusión de información que representan y las funciones que desempeñan dentro de la vida social, los medios son considerados un tipo de institución social que cumple de forma extraordinariamente dominante y hegemónica ciertas labores decisivas para la sociedad: información, entretenimiento, educación, persuasión, discusión política, creación y difusión de cultura, entre otras³⁴⁶.

Los medios son un instrumento de gran efectividad que alcanza a todo el tejido social formando opinión pública, y funcionan como un constante recordatorio de las presiones culturales soportadas por la persona desde su niñez adoptando muchas veces un papel manipulativo³⁴⁷.

De allí el peligro que conlleva la manipulación mediática, la que no puede ser circunscripta en esta época solo a medios televisivos, radiales o prensa escrita. La proliferación de las redes sociales, su utilización por parte de la prensa, los *influencers* y cualquier uso que de ellas se dé para dar a conocer hechos al público deben ser incluidos en esta categoría. No solo por su utilización por aquellos mismos medios o multimedios a través de sus cuentas oficiales sino también a través de su uso por

³⁴⁵ No obstante, en contrapartida a dichos derechos, los medios de comunicación se encuentran sometidos a ciertos deberes frente a la sociedad y el Estado. Cfr. CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 6.

³⁴⁶ Cfr. SAPERAS, *Comunicación mediática...*, p. 15. Desde otro punto de vista, y enfatizando en el carácter mercantilista, los medios de comunicación también pueden ser definidos como organizaciones empresariales que elaboran todo un tipo de contenidos destinados a ser distribuidos comercial y masivamente para su consumo por parte de los ciudadanos que forman su audiencia. Destaca GRANJA, M.C., "La Publicidad Procesal, camino hacia la legitimidad social", *Revista Argumentos* n° 1, diciembre 2015, p. 91, que la "opinión pública" es un término conceptualizado dentro del fenómeno de "la espiral del silencio" según el cual quienes se sienten portadores de opiniones discrepantes de las mayorías tenderán, por la presión social del miedo, a sentirse aislados o en choque con lo mayoritariamente bien visto, y por ende procurarán silenciar sus verdaderas opiniones, favoreciendo así la impresión de los que opinan en conjunto, cuya preponderancia social es incluso más extensa de la existente en realidad. A la inversa, los minoritarios se sentirán más aislados de lo que verdaderamente están, lo que irá creando un proceso en espiral y conformando finalmente dicha opinión pública. Por ello, la venta del producto mediático no resulta ser difícil, pues normalmente se cuenta con una audiencia dispuesta más al consumismo que a la crítica del mismo.

³⁴⁷ Manipulan opiniones, son tendenciosos, pero no generan cambios sino que refuerzan ideas, transmiten valores, moral, etc. Cfr. TORO, *La pena de prisión...*, pp. 57-58, quien añade que los tiempos de ocio, comunicación o información, son altamente determinantes sobre la postura y los valores que se van formando.

personas que intentan alcanzar popularidad, o incluso anónimos que intentan viralizar contenido con un interés propio sin identificar su procedencia.

Uno de los mayores problemas viene de la proliferación de las *fake news*. Esta denominación se utiliza para las noticias falsas que consisten en un contenido pseudo-periodístico difundido a través de portales de noticias, prensa escrita, radio, televisión y redes sociales y cuyo objetivo es la desinformación. Se emiten con la intención deliberada de engañar, inducir a error, manipular decisiones personales, desprestigiar o enaltecer a una institución, entidad o persona u obtener ganancias económicas o rédito político.

2.5 Las construcciones simbólicas y los discursos sociales

Las representaciones sociales son construcciones simbólicas individuales o colectivas a las que los sujetos apelan o crean para interpretar el mundo, para reflexionar sobre su propia situación y la de los demás y para determinar el alcance y la posibilidad de su acción histórica. Son a su vez el resultado de procesos intersubjetivos que se dan en la práctica y que involucran aspectos cognitivos y emocionales³⁴⁸.

Estas representaciones o discursos se alejan de una mera idea individual para constituirse en el pensamiento que nutre a un grupo social³⁴⁹. Son de construcción comunitaria, se sitúan a nivel supraindividual y exceden el marco de la mera cognición. Es a través del proceso social de narración que estas son creadas y recreadas y es esta característica la que las conecta directamente con los medios de comunicación³⁵⁰.

³⁴⁸ THURY CORNEJO, "Políticas comunicacionales...", p. 82.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 82, se refiere a este entramado de significaciones como "discurso de la sociedad civil", describiéndolo como un terreno de conciencia estructural y socialmente establecida, una red de entendimientos que crea estructuras de sentimientos que permean la vida social y que corren justo por debajo de la superficie de instituciones estratégicas y élites autoconcientes.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 103.

Otro concepto importante para comprender este escenario es el de discurso social. Para abordar este término parto de la noción de semiosis social entendida como “la dimensión significante de los fenómenos sociales”³⁵¹.

Desde esta perspectiva podremos tomar a la divulgación de noticias judiciales como discursos sociales y por consiguiente como procesos de producción de sentido. Esta teoría se basa en dos hipótesis que consisten en que toda producción de sentido es necesariamente social y en que todo fenómeno social es, en una de sus dimensiones constitutivas, un proceso de producción de sentido.

Al respecto VERÓN se refiere a un doble anclaje, del sentido en lo social y de lo social en el sentido, que solo se puede desvelar cuando se considera la producción de sentido como discursiva³⁵².

Para poder analizar un discurso se le debe poner en relación con algo que no está en él. En sí mismo, un objeto significante tiene una multiplicidad de análisis y solo deviene legible en relación con las condiciones productivas del mismo (ya sean de producción o de reconocimiento)³⁵³.

Conforme enseña VERÓN, los “objetos” que interesan al análisis de los discursos no están, en resumen, “en” los discursos: tampoco están “fuera” de ellos, en alguna parte de la “realidad social objetiva”. Son sistemas de relaciones que todo producto significante mantiene con sus condiciones de generación por una parte, y con sus efectos por otra³⁵⁴.

2.6 La construcción de realidad por parte de las empresas de medios y el concepto de hegemonía en los campos político y jurídico

³⁵¹ VERÓN, E., *La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*, Ed. Gedisa, Buenos Aires, 1998, p. 125.

³⁵² *Ibidem*, p. 126. En la teoría de este autor se manifiesta la existencia de un proceso de producción en el cual intervienen condiciones de producción y de reconocimiento. Entre estas dos condiciones circulan los discursos sociales. Por lo que no se puede analizar un conjunto discursivo en sí mismo. “*El análisis de los discursos no es otra cosa que la descripción de las huellas de la condiciones productivas en los discursos, ya sean las de su generación o las que dan cuenta de sus ‘efectos’.*”

³⁵³ Cfr. JOURDAN, C./GIL, P., “Feliz domingo” vs. “El último pasajero”, *Qué imagen de juventud construye la televisión argentina (1980-2014)*, 2014, tesis de grado, UBA, Facultad de Ciencias Sociales, p. 139.

³⁵⁴ VERÓN, *La semiosis social...*, p. 128.

En el contexto de las “sociedades de información” conformadas por la trascendental influencia que los medios tienen en la construcción social, las noticias sobre decisiones políticas o judiciales son presentadas como un show atractivo para captar la atención de los espectadores.

Como los medios además revisten las características de un negocio, y como tales se rigen por las reglas del mercado, precisan audiencia para seducir a sponsors que publiciten sus productos en ellos, o para responder a los intereses de los dueños de la empresa quienes obtendrán sus beneficios como consecuencia directa o indirecta de ese caudal de espectadores. Para ello se adaptan y actualizan en la búsqueda de los modos de entretener y atraer al público de modo que permanezca “sintonizado a su pantalla”³⁵⁵.

Como destaca ANDRÉS IBÁÑEZ, “*lo que registra la realidad social en acto es la presencia de todo un poder de información y formación de la opinión pública, movido por una lógica político-empresarial difícilmente contrastable... ya que está muy concentrado, en manos de potentísimos grupos económicos con fuerte proyección política*”³⁵⁶.

Los medios de comunicación masivos juegan, en definitiva, un papel de fundamental trascendencia en la construcción social de la realidad en lo que ha sido llamado por SAPERAS *construcción mediática de la realidad*³⁵⁷ que se identifica con el concepto de “formas simbólicas”³⁵⁸.

Y, tal como lo observa QUILES, esta realidad ha evolucionado de tal forma que la actual comunicación masiva ya no es una proyección tergiversada de un fenómeno primigenio, sino que,

³⁵⁵ Los conglomerados de medios también reciben pauta publicitaria de instituciones públicas y órganos del Estado. Allí la sospecha sobre la línea editorial será mayor. Distinto es el abordaje de las redes sociales ya que, en principio, pueden no ser empresas las que trascienden una noticia que luego se convertirá en *viral* (término que se popularizó y refleja la capacidad de una unidad de información de reproducirse de forma exponencial), pero la búsqueda del beneficio igual se considera presente en todos los casos.

³⁵⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Medios de comunicación masiva y proceso penal”, *Jueces para la Democracia* n.º 94, Madrid, 2019, p. 133.

³⁵⁷ SAPERAS, E., *Los efectos cognitivos de la comunicación de masas*, Ed. Ariel, Barcelona, 2004, p. 46.

³⁵⁸ TORO, *La pena de prisión...*, p. 58, explica que “*El mundo que habitamos actualmente presenta una amplia circulación de formas simbólicas. La naturaleza y el alcance de esta clase de circulación, ha adquirido una apariencia cualitativamente diferente debido al desarrollo de recursos técnicos. Los avances en la codificación y la transmisión de las formas simbólicas, nos ha dado la diversidad de telecomunicaciones electrónicas características de fines del siglo XX.*”

“apropiándose con perversidad de aquellas partes del fenómeno que son de su interés, y reciclando el resto para ofrecerlo como un nuevo producto amoldado a las necesidades propias del sistema sociocultural, en parte construido por los medios, se ha convertido en una realidad en sí misma, con la suficiente entidad propia como para considerarse ya una manifestación independiente que ha superado sus antecedentes de virtualidad”³⁵⁹.

Este autor distingue dos tipos de realidad creada por los *mass media*: la flotante y la oculta. La primera tiene que ver con lo que los medios piensan que debe ser la información que ha de llegar al público general, a la masa social, que es diferente de lo que el destinatario debería y/o necesita recibir y que destaca premeditadamente los aspectos más espectaculares, extraordinarios y anómalos de la existencia, buscando conmover al espectador con estímulos que alteren sus emociones y sentimientos de todo tipo para *engancharlo* a la pantalla del televisor, el sonido de la radio o la página del periódico e incrementar así los índices de audiencia-difusión de cada cadena-diario³⁶⁰.

En otro nivel menos aparente, encontramos la información oculta, que no circula con fluidez debido al interés de sus poseedores en que esto no ocurra, pero que precisamente por ello es muy codiciada por los medios para seguir alimentando la avidez de noticias de impacto de una sociedad cuyas demandas informativas están netamente modeladas por ellos mismos. Se trata de información privativa que constituye una parte de la existencia no pública, y que estos guardan celosamente³⁶¹.

Sin duda esta transmisión de significados se hace de una manera selectiva, a través del filtro de prejuicios e intereses de quien toma las decisiones acerca de los contenidos últimos de la noticia y de cómo estos serán dados a conocer, por lo que, inevitablemente, lo que se transmite por el medio estará también impregnado de esos prejuicios³⁶².

La relación entre legitimación, procesos socio-culturales y medios de comunicación es similar en la mayoría de los países hispanoamericanos. En concreto, y yendo al campo que nos ocupa, los medios actúan sobre las representaciones sociales

³⁵⁹ Cfr. QUILES, O. L., *Fundamentos y retos de educación social informal desde el análisis crítico de los medios de comunicación*, Ed. Universidad de Granada, 2004, p. 6.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² En igual sentido, TORO, *La pena de prisión...*, p. 61.

acerca de la actuación del sistema de justicia penal y esta dinámica tiene implicancias en los procesos de legitimación del Poder Judicial.

En este punto es necesario incorporar el concepto de hegemonía, que sirve para explicar la aludida relación entre las culturas dominantes y las dominadas, pues como menciona HALL, esta idea hace referencia a “*una situación en la que una alianza provisional de determinados grupos sociales puede ejercer una ‘autoridad social total’ sobre otros grupos subordinados, no solo por coerción o imposición directa de las ideas dominantes, sino ganándose y configurando la aceptación de manera tal que el poder de las clases dominantes parezca a la vez legítimo y natural*”³⁶³.

La hegemonía solo se mantendrá en tanto las clases dominantes consigan poner de su lado todas las definiciones opositoras, con lo que todos los grupos subordinados estarán, si no controlados, sí por lo menos contenidos dentro de un espacio ideológico que no parecerá en absoluto ‘ideológico’ y que, en cambio, se mostrará como permanente y ‘natural’, externo a la historia, como si estuviera más allá de los intereses concretos”³⁶⁴.

Esta hegemonía es negociada en el terreno de lo simbólico y supone un constante movimiento. En palabras de GRAMSCI, se trata de un “equilibrio móvil” que debe ser ganado y no de un “universal dado”³⁶⁵. Con el conocimiento de estos conceptos pueden de a poco intuirse los diversos roles que la actividad comunicativa de masas tendrá a la hora de expresar la actividad del sistema judicial penal en concreto.

En este contexto, en cuanto a la actividad de los poderes estatales, el papel de los medios de comunicación se vuelve trascendente en la medida en que se desarrolla bajo el principio de publicidad, que es un pilar de la concepción democrática, estableciéndose como medio de control sobre el ejercicio del poder público en sus diferentes escenarios³⁶⁶. Con relación a la institución judicial, ese rol se desempeña mediante la construcción de su imagen que se reflejará a su vez en su legitimidad de actuación (más allá de su indiscutido origen democrático).

³⁶³ Cfr. HEBDIGE, *Subcultura. El significado...*, p. 31.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 31.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 33.

³⁶⁶ BERNAL CASTRO, C.A./MOYA VARGAS, M.F., *Libertad de expresión y proceso penal*, Colección Jus Penal, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 21.

2.7 El concepto de legitimidad

La legitimidad es una cualidad que posee una autoridad, una norma, o una institución que conduce a los demás a sentirse obligados a obedecer sus decisiones y directivas³⁶⁷.

Resulta fácil a esta altura advertir la gran importancia que tienen los medios de comunicación en los procesos de legitimación, ya que al actuar sobre las creencias compartidas y modelar las representaciones sociales, contribuyen a formar la base sobre la que se van a emitir los juicios -explícitos o implícitos- de legitimidad³⁶⁸.

La legitimidad del poder es un concepto complejo, con múltiples dimensiones, analizado desde distintas disciplinas (el derecho, la filosofía, la sociología, la política y la psicología, entre otras)³⁶⁹.

Podemos definirla como una percepción o suposición generalizada de que las acciones de una entidad son deseables, correctas o apropiadas dentro de un sistema socialmente construido de normas, creencias y definiciones³⁷⁰. Desde el planteamiento de la psicología social, se afirma que la legitimidad es la creencia de que las autoridades, las instituciones y las convenciones sociales poseen tales atributos. Estas cualidades resultan importantes, porque cuando es reconocida por las personas que integran las sociedades conduce a que se sientan personalmente vinculados con dichas autoridades, instituciones, y convenciones³⁷¹.

La legitimidad va a depender fuertemente de las concepciones sociales acerca del papel que debe cumplir cada organización, ya que ello va a determinar el patrón de

³⁶⁷ Entre otros, LLORENTE I FERRERES, A., *Una concepción dinámica de la legitimidad del Poder Judicial en España: la igualdad ante la Justicia*, tesis de máster, Universitat Jaume I, 2013, p. 51.

³⁶⁸ THURY CORNEJO, "Políticas comunicacionales...", p. 83.

³⁶⁹ La legitimidad del poder es un concepto que se ha definido de muchas formas, como el derecho a gobernar siguiendo unas normas justificables y el reconocimiento de dicho derecho por parte de los gobernados. LLORENTE I FERRERES, *Una concepción...*, p. 48. Ello más allá de los tres modelos de legitimidad popularizados por WEBER (tradicional, carismática y legal).

³⁷⁰ THURY CORNEJO, "Políticas comunicacionales...", p. 80, afirma que de este modo la legitimidad es una percepción o suposición en el sentido en que representa una reacción de los observadores a la organización como ellos la ven; por lo tanto, la legitimidad es poseída objetivamente, pero creada subjetivamente. La legitimidad es socialmente construida en el sentido de que refleja una coherencia entre las conductas de la entidad legitimada y las creencias compartidas (o presumiblemente compartidas) de algún grupo social.

³⁷¹ LLORENTE I FERRERES, *Una concepción...*, p. 48.

medida de su conducta y la consiguiente creencia en su adecuación. La actuación de un ente se confronta con las expectativas sobre su conducta, con la idea sobre lo que aquel tiene que hacer y de allí surge la convicción acerca de su legitimidad o ilegitimidad³⁷².

No debe soslayarse de todos modos que existe una distancia objetiva entre la toma de decisiones y el espectador pasivo, para quien el espacio institucional, legal o político puede aparecer como un conjunto de imágenes mentales generadas tras la recepción de las noticias habitualmente alejadas de su verdadero espacio de decisión y sin contacto directo.

Esa visión, construida a partir de símbolos³⁷³, se basa en cuestiones emocionales más que en conocimiento o experiencias concretas de la actividad de una persona, órgano o institución, lo cual favorece muchas veces la prevalencia de una imagen mítica³⁷⁴.

La importancia de la legitimidad radica pues, en términos generales, en que esta aparece como una condición sociológica de la permanencia institucional ya que el orden político es más probable que persista cuando el régimen puede establecer su autoridad “adentro” del individuo, en lugar de “externamente”, a través de la amenaza del uso de la fuerza o los incentivos para la recompensa material³⁷⁵.

Recordemos que para WEBER³⁷⁶ la legitimidad de las instituciones denotaba la aprobación o el reconocimiento de una norma, del derecho o de una costumbre social. Desde el punto de vista de las personas sometidas a una norma, esta es legítima cuando se considera que el sistema jurídico (y sus autoridades) proporciona una pauta apropiada de comportamiento: la norma se cumple no solo porque existe una sanción

³⁷² THURY CORNEJO, “Políticas comunicacionales...”, p. 81.

³⁷³ La actividad de los medios genera, justamente por su carácter distanciado de la realidad concreta, una tendencia a la legitimación basada en la imagen más que en la evaluación detallada y concreta de las actividades públicas. La expresión superlativa de este fenómeno está constituida por la llamada “sociedad del espectáculo”. Cfr. THURY CORNEJO, “Políticas comunicacionales...”, p. 83: el término “sociedad del espectáculo” fue acuñado por Guy DEBORD y su escuela situacionista, que le dio una particular impronta ideológica, sin perjuicio de lo cual puede extraerse de ella y utilizarse en términos generales a los efectos referidos.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 83.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 80.

³⁷⁶ WEBER, M., *Economía y sociedad*, Ed. FCE, México, 1981, p. 251.

externa sino porque es vista como la pauta adecuada. Hay, por tanto, un proceso de “interiorización” y “aceptación” de la norma³⁷⁷.

También la teoría de la justicia procedimental se enmarca dentro de las teorías de la “obediencia”, es decir, que su objetivo es que los ciudadanos acaten las normas establecidas, no por coacción sino porque confían en las virtudes de hacerlo. Y tiene en cuenta la calidad en la toma de decisiones y la calidad en el trato interpersonal. Para tal propósito la legitimidad de los órganos debe ser alta³⁷⁸.

Si la legitimidad está relacionada con la aceptación de las decisiones que toman las personas que ejercen el poder por parte de aquellas que deben obedecerlas, la aceptación y legitimidad del Poder Judicial en particular se vinculan con la confianza que sentimos los ciudadanos hacia las personas que tienen asignada la labor jurisdiccional o hacia la institución misma³⁷⁹.

En el caso del Derecho y las instituciones jurídicas, las creencias construidas asumen una forma pasiva y receptiva que tiende a generar obediencia. Por ello, las expectativas que se tienen a su respecto suelen estar directamente relacionadas con una legitimidad de tipo cognitivo, ello es en la aceptación que una conducta o institución tiene como necesaria o inevitable basada en un sustrato cultural que se da por supuesto³⁸⁰.

Con ello debe aclararse que la legitimidad del sistema judicial penal, que se basa en la verdad procesal -inevitablemente relativa- y en la garantía de los derechos -inevitablemente imperfecta³⁸¹ - es siempre tendencial y aproximativa y no depende del

³⁷⁷ LLORENTE I FERRERES, *Una concepción...*, p. 51, señala que BEETHAM, no obstante, criticó duramente la concepción weberiana de legitimidad tanto en su definición como en su clasificación. Más concretamente, consideró que las ciencias sociales deberían librarse por completo del legado weberiano en cuanto a la legitimidad, que ha actuado como chaqueta de fuerza en la que se intenta encuadrar cada ejemplo de poder legítimo. Para WEBER cualquier forma de dominación (poder) es legítima siempre y cuando las personas sometidas a la misma crean en su legitimidad, malinterpretando la relación entre la legitimidad y las creencias que proporcionan una base justificativa para dichas normas de poder. En cuanto a la triple clasificación de formas de autoridad legítima, BEETHAM considera que el problema en la concepción de WEBER es que eleva a cada tipo diferente de legitimidad a un tipo autosuficiente y diferenciado sin desarrollar plenamente las dimensiones necesariamente interactivas del concepto de legitimidad.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 51.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 47.

³⁸⁰ THURY CORNEJO, “Políticas comunicacionales...”, p. 81.

³⁸¹ FERRAJOLI, L., “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 177.

consenso de los ciudadanos sino de su confianza, la cual se funda en el nexo entre libertad y seguridad³⁸².

Cuatro implicaciones, según FERRAJOLI, de carácter teórico y a la vez deontológico, configuran el parámetro y el banco de pruebas del grado de legitimidad de la jurisdicción: 1) la imparcialidad del juez como ausencia de interés personal en el conflicto (confianza de las partes en ella), con respeto por las partes (ante la asimetría) y no juzgar sobre el sujeto sino sobre el hecho; 2) el conocimiento de las fuentes de su propia legitimidad política y constitucional (y por tanto su independencia); 3) la actitud de los jueces en el ejercicio de sus funciones (conciencia de la relatividad y de la imperfección de su propia legitimidad, por el carácter siempre opinable de la verdad jurídica y probabilístico de la verdad fáctica, y que por tanto en su trabajo es siempre posible el error); y 4) el rechazo de la búsqueda del consenso a través de la exhibición en público, más allá de la sede del proceso, de la propia actividad judicial (el populismo judicial es grave ya que compromete la imparcialidad del juez y produce la desconfianza y el miedo de los ciudadanos que son partes en el juicio).

Según FERRAJOLI³⁸³ el grado de legitimidad de la jurisdicción y su independencia dependen del grado de efectividad de las garantías predisuestas para su ejercicio. En el caso de la jurisdicción penal, ese espacio incluye las garantías sustantivas (taxatividad, materialidad y lesividad de las figuras delictivas) y procesales (la carga acusatoria de la prueba, el principio de contradicción y los derechos de defensa en juicio, entre otras)³⁸⁴.

También existe un vínculo biunívoco entre independencia y legitimidad. Por esto, cada vez que un magistrado comete un abuso o viola la ley mina la legitimidad de su funciones y atenta contra el fundamento mismo de su independencia. Como señala el filósofo y jurista italiano “*solo si los ciudadanos reconocen a sus jueces como garantes de sus derechos, reconocerán también su independencia como una garantía propia*”³⁸⁵.

³⁸² *Ibidem*, p. 178.

³⁸³ *Ibidem*, p. 179.

³⁸⁴ Por el contrario, la reducción o la ineffectividad de las garantías se resuelve siempre en una reducción de la legitimidad del Poder Judicial. FERRAJOLI, “Las fuentes...”, p. 179.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 179.

BEETHAM afirmaba que las personas se relacionan con quienes ostentan el poder como agentes morales al tiempo que como actores con intereses propios; cooperan y obedecen por fundamentos de legitimidad así como por otras razones de prudencia y ventaja. Esta consideración resulta importante porque hace referencia a los valores morales que deben compartir las personas que obedecen y las instituciones de justicia. Debe haber por tanto, unos “valores compartidos” por ambos tipos de actores³⁸⁶.

En definitiva, para poder decir que los órganos judiciales son legítimos es necesario que la sociedad -más allá de las opiniones individuales- perciba una obligación positiva de obedecer las decisiones, que se sienta emparentada con los valores morales de la institución -además del seguimiento de las pautas de actuación basadas en la igualdad de trato y en el respeto- y con el objetivo que debe perseguir el servicio de justicia; y que los funcionarios actúen conforme a la ley (creada por los representantes de la comunidad)³⁸⁷.

Puesto que el acceso de los jueces a su cargo en nuestro sistema no es por elección popular ni el ejercicio judicial está sometido a los mecanismos políticos de rendición de cuentas; la legitimación democrática del juez es necesariamente indirecta³⁸⁸. Por este motivo ella es una legitimación “de ejercicio”, no propiamente de origen. Así se entiende también que esta se consigue con la sumisión del juez al imperio de la ley³⁸⁹ y con el correcto ejercicio de la función judicial dentro de los parámetros constitucionales³⁹⁰.

Una buena manera de determinar esa confianza, que deviene en legitimidad por parte del público, puede provenir del análisis de la opinión de los individuos que han

³⁸⁶ LLORENTE I FERRERES, *Una concepción...*, p. 52, señala que para BEETHAM la clave para entender el concepto de legitimidad del poder pasa por el reconocimiento de su carácter multidimensional, que engloba tres elementos o niveles cualitativamente distintos el uno del otro. Estos tres niveles no son alternativos, ya que todos ellos contribuyen a la legitimidad, y son: 1. Que el poder se ajuste a normas establecidas. 2. Que las normas puedan justificarse en función de las creencias compartidas por dominantes y subordinados. 3. Que exista evidencia del consentimiento por parte del subordinado a la relación de poder concreta.

³⁸⁷ Cfr. LLORENTE I FERRERES, *Una concepción...*, p. 69.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 57. No obstante, también se han hecho constar ciertas “dificultades de legitimidad” en este sentido recordando que “desde una perspectiva democrática, el Derecho judicial presenta una legitimidad indirecta, mediatizada y, en definitiva, débil”.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 57. De tal manera los jueces gozan de legitimidad democrática, aunque no hayan sido elegidos por el pueblo o el Parlamento, precisamente porque así lo ha querido el propio pueblo al redactar libremente su Constitución, que asume el mecanismo de selección (legitimación formal) y establece la sumisión del juez a la ley en el ejercicio de su función (legitimación material).

³⁹⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Democracia con jueces”, *Claves de razón práctica*, nº 128, 2002, p. 9. Aunque también incluye el modo de selección de los Magistrados.

tenido contacto en el sistema penal o han sido parte en un proceso³⁹¹. Aunque, toda vez que ella conforma una porción limitada de la población, es mayoritariamente a través de la actividad mediática que la percepción comunitaria obtiene su perspectiva de la institución y se establece esa legitimidad o se debilita.

También existe la posición que sostiene que la legitimidad institucional del Poder Judicial puede definirse en términos de mito, que remite a una fuente de legitimidad que no debe ser explicada, argumentada, ni puede ser evaluada, al menos en términos racionales³⁹². Pero coincido con la visión que da preponderancia en su construcción al modo de ejercicio de la jurisdicción aun cuando no pueda negarse que en las oportunidades en que la “Justicia”, el Poder Judicial, o “los jueces” (en general), son puestos en tela de juicio por los medios de comunicación a partir de una o algunas decisiones puntuales, su legitimidad se ve socavada y afecta al conjunto³⁹³.

Por ello los medios de comunicación son actores fundamentales en la creación de esos marcos de referencia. Y dentro de las instituciones, la utilización de herramientas procesales como la prisión provisional, y sus condiciones de legitimación realizan también una función justificante en la sociedad que atiende a la información que recibe al respecto.

No puede obviarse que, en este marco, el Derecho procesal penal tiene dos funciones básicas a satisfacer: la de trasladar la satisfacción de las necesidades psicológico-colectivas de la sociedad a una fase decisiva, cual es la aplicación concreta

³⁹¹ FERRAJOLI, “Las fuentes...”, p. 179, sostiene que pese a que ningún magistrado podrá recordar todas las personas que fueron parte de un caso ante él, cada una de ellas sí recordará ese encuentro como una experiencia existencial inolvidable y juzgará a su juez, sobre todo, si le ha dado miedo o le ha generado confianza. Solo en este segundo caso se advertirá y se defenderá la independencia como una garantía propia, es decir, como una garantía de sus derechos como ciudadano. De otra manera advertirá esa independencia como el privilegio de un poder odioso y terrible.

³⁹² THURY CORNEJO, “Políticas comunicacionales...”, pp. 81-82.

³⁹³ Cfr. Due Process of Law Foundation (DPLF), *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, <http://www.dplf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>, 4 de septiembre de 2013, pp. 21 ss.: “Las debilidades institucionales afectan individualmente al funcionario, exponiéndolo a cuestionamientos a veces injustificados y eventualmente malintencionados. Pero los resultados comprometen a la institución misma. Cuando el proceder de un fiscal o un juez es objeto de sospecha o de impugnación que en definitiva no resultan claramente despejadas, es el aparato de justicia quien resulta el principal perdedor. El sujeto zarandeado -con buenas o malas razones- probablemente sufra e incluso puede que resulte afectado por la pérdida del cargo. Pero esa pérdida es relativamente menor si se la compara con la merma en la credibilidad de la institución que permaneció indiferente ante la circunstancia comprometida por la que hubo de transitar uno de sus miembros.”

del Derecho, y la de garantizar el funcionamiento de esta fase por medio de la satisfacción en ella de ciertas necesidades instintivas de los aplicadores del Derecho³⁹⁴.

3. El interés de las noticias en el sistema penal

3.1 El proceso penal y la prisión como símbolos ante la opinión pública

Sentadas las bases acerca del marco de actuación en que se desenvuelven los medios de comunicación en general y su rol y efectos en la construcción social y en la legitimidad de las instituciones, cabe adentrarse con mayor especificidad en la relación entre esa transmisión de información -y sus modos- y la actividad coercitiva penal estatal.

Ello tiene como objeto el posterior análisis respecto de los problemas y las consecuencias jurídicas que este fenómeno masivo puede tener en el sistema penal, en los actores que participan del mismo y en la sociedad que observa como espectadora el tratamiento estatal ante determinados hechos que son judicializados.

KINDHÄUSER³⁹⁵ ha alertado que los medios y el proceso penal nunca han coexistido de un modo armónico. Por ello es importante desentrañar qué ha ocurrido para que hoy se hable de la “noticia judicial” como una categoría autónoma de la información diaria³⁹⁶.

Un elemento a tener en cuenta es que los códigos culturales se integran habitualmente de forma binaria y definen los motivos, las relaciones sociales y las instituciones en términos de cualidades altamente simplificadas que separan lo bueno de lo malo, lo puro de lo impuro³⁹⁷. Por eso el poder sancionatorio monopolizado por el Estado aparece como un elemento ideal para ser compartido mediáticamente con diversas finalidades.

³⁹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 187. Para quien -basado en investigaciones- incluso la tendencia a ser juez, resulta fomentada por la presencia de un carácter autoritario “que precisa de intensas descargas de pulsiones”.

³⁹⁵ KINDHÄUSER, “Sobre la posible...”, p. 1120.

³⁹⁶ ERCOLINI, “Algunos apuntes...”, p. 60.

³⁹⁷ THURY CORNEJO, *Políticas comunicacionales...*, p. 87. De ese modo se explica, v.gr., que la construcción social de la guerra requiera una narrativa que ponga a la vida y la civilización en peligro mortal.

Tampoco dentro de este contexto los medios de comunicación agotan su tarea en la simple transmisión. Como se dijo, crean realidades, de ahí también la importancia que han adquirido para la comprensión del fenómeno criminal, ya que no solo transmiten noticias sobre hechos concretos, sino que también configuran imágenes, símbolos y prejuicios sobre la criminalidad³⁹⁸ y sobre la actuación estatal frente ella.

El imaginario colectivo respecto de la delincuencia, al igual que de otros tantos temas, es creado en gran medida por la prensa. La consagración del “credo mediático” permite en este marco que desfilen por el escenario público pseudo-especialistas en temas penales, personalidades fácilmente reconocibles en la pantalla que participan opinando sobre la cuestión criminal y punitiva. Ello constituye una de las operaciones básicas de identificación imaginaria.

Los íconos son locutores, verdaderos actores y actrices que, como analiza BATISTA, “*se valen teatralmente de su propia máscara, para un juego sutil de muecas y gestos inductores de aprobación o reproche, tanto a los hechos como a los personajes acerca de los cuales informan*”³⁹⁹. El mensaje transmitido suele diferir sobremanera de las conclusiones de los verdaderos especialistas.

El tema criminal o carcelario se ofrece así a las narraciones y personajes socialmente autorizados para administrar su análisis. Sin embargo, la primera plana nunca resulta del todo un buen lugar para pensar.

3.2 La evolución del atractivo social por la actividad punitiva

El castigo desde hace mucho tiempo viene creando fascinación en el público. Esa atracción o fenómeno era referido por FOUCAULT cuando aludía a que “*En las*

³⁹⁸ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L, “Política criminal y prevención del delito: el deplorable restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción social del delincuente/enemigo”, *Centro de Estudios de Derecho Penitenciario, Revista Electrónica*, Universidad San Martín de Porres, año 1, nº 1, 2011, p. 22.

³⁹⁹ BATISTA, N., “Medios de comunicación y sistema penal en el capitalismo tardío”, *CDJP*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 87.

*plazas la muchedumbre se agolpaba atraída y repugnada por el espectáculo del suplicio. Se reunía para disfrutar de la fiesta punitiva*⁴⁰⁰.

A finales del S. XVIII comenzó a perderse el contacto directo con el espectáculo punitivo que se presentaba en las plazas públicas y que era motivo de atracción de las masas sociales⁴⁰¹.

La publicidad de los juicios penales como principio tiene raigambre iluminista⁴⁰². Luego, en el S. XX los medios de comunicación asumieron el papel de verificadores directos del juicio y comenzaron a realizar el cubrimiento de noticias judiciales con el propósito de transmitir el proceso penal a la sociedad.

Los fenómenos que antes se observaban en las plazas se presentaron así en los medios⁴⁰³. Hoy puede afirmarse que los *mass media* y las redes sociales cumplen un papel fundamental en la elaboración de la construcción social de la pena de prisión reemplazando viejos simbolismos pero reflejando “el retorno al espectáculo, al suplicio público”⁴⁰⁴.

El importante rol mediático se verifica desde el inicio de la investigación de un delito, máxime en los casos en que se produce el encarcelamiento de un sospechoso durante el desarrollo del proceso, percibiéndose que en el receptor (público masivo) las diferencias entre la detención cautelar de un sospechoso y la pena que se impone a un condenado pueden diluirse con facilidad por el simbolismo equivalente de ambas y la transmisión poco instruida respecto del marco legal y teleológico de una y otra razón de confinamiento.

Resulta claro en la actualidad que si bien el principio de publicidad nació como una garantía para el sujeto juzgado con el fin de evitar un procedimiento secreto y clandestino, hoy responde mayormente a la máxima democrática de exponer los actos de gobierno ante la ciudadanía. Además, el fin de prevención general positiva de la

⁴⁰⁰ FOUCAULT, M., “*Vigilar y Castigar*”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, p. 16.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 17.

⁴⁰² Cfr. GUZMÁN DALBORA, J. L., “El iluminismo penal en la obra de Manuel de Rivacoba”, *Revista de Derecho* (Valparaíso), vol. 1, núm. XXVI, 2005, pp. 60 y 63; GUARDA, L., “Ficción y realidad del principio de publicidad del juicio (la imaginación al derrumbe de la verdad)”, *Lecciones y Ensayos* n° 83, Buenos Aires, 2007, pp. 116-117.

⁴⁰³ RUBINOVICH, D., “Capítulo XIX: Justicia, publicidad y medios de comunicación masivos”, en PASTOR, D. (Dir.), *Un juez para la democracia. Debates acerca de jurisdicción y Estado constitucional en la obra «Tercero en discordia» de Perfecto Andrés Ibáñez*, 2016, pp. 239 ss.

⁴⁰⁴ Cfr. TORO, *La pena de prisión...*, p. 63.

pena conlleva que exista información acerca de los procesos penales que debe difundirse sobre todo en los medios de comunicación de masas. Que los medios se ocupen del proceso penal resulta, en consecuencia, en interés de la institución del Derecho penal⁴⁰⁵ pero debe observarse con qué reglas se realiza y qué problemas conlleva.

Lo primero que debe observarse es que la presunción de inocencia aparece aquí habitualmente olvidada, tanto en su función de protección garantista (en el interior del proceso) como en su faz educadora y social (extraprocesal).

Desde un primer momento, cuando una acusación se torna pública, la actividad comunicativa no es absolutamente neutra ni puramente descriptiva: *“La acusación viene servida con sus ingredientes ya demarcados por una mirada moralizante y maniqueísta; el campo del mal diferenciado del campo del bien, ángeles y demonios, inconfundibles desde su primera aparición”*⁴⁰⁶.

Una denuncia masivamente difundida o la destacada atención periodística ante un incidente carcelario reinstalan a la prisión en el comentario social. Pero, en rigor, no son las prisiones las que son objeto de observación y valoración sino su doble mediático: el tema carcelario. No se trata estrictamente de una moda, aunque algo de la lógica de la moda se cuele siempre en el juego mediático⁴⁰⁷.

Inclusive en determinadas temporadas se observa la superposición en la pantalla audiovisual de series y películas -tanto de ficción como documentales- que ponen el foco en el tema punitivo o carcelario. Al aparecer estas representaciones como reveladoras de aristas habitualmente reservadas (secretas) en su faceta real para el público ajeno a los hechos, captan de inmediato el interés social que de otra forma no tiene acceso a ese ámbito, a la vez que se multiplica la temática en distintos formatos y canales de transmisión para sacar el máximo provecho de su éxito en cuanto al caudal de espectadores y el rendimiento empresarial.

BARATA VILLAR destaca la influencia de determinados programas televisivos en el temor de los ciudadanos a ser víctimas de algún delito que, por sus características y las repercusiones sobre la audiencia, pueden ser considerados como verdaderos

⁴⁰⁵ KINDHÄUSER, “Sobre la posible...”, p. 1135.

⁴⁰⁶ BATISTA, “Medios de comunicación...”, p. 87.

⁴⁰⁷ En tal sentido, TORO, *La pena de prisión...*, p. 60.

portavoces policiales donde, además, se convierte la investigación criminal en una especie de entretenimiento⁴⁰⁸.

Ello se relaciona con la idea de que, cuando se crea una imagen delincencial tanto en ficción como en la forma de mostrar hechos de la realidad, ella se trasluce en una suerte de elaboración redentora de los males sociales. Se produce entonces, como lo ha referido BARATTA, una alusión a un mecanismo de proyección similar al que se generaba en la mentalidad primitiva y que lleva a la representación de las fuerzas hostiles en las cuales quedan transferidas las propias agresiones de la sociedad hacia el sujeto delincente una vez efectuada la separación -entre el bien y el mal-⁴⁰⁹.

Así, se realiza una transferencia al exterior, a otros individuos, por medio del mecanismo de proyección el cual es suscitado por la representación de los crímenes a través de los *mass media* (que también se realiza a través de la literatura y las producciones audiovisuales sobre criminalidad) y que, por intermedio de la fantasía, lleva a los miembros de la sociedad a proyectar las propias tendencias asociales en figuras de delincuentes particularmente temibles o en arquetipos de sujetos desviados⁴¹⁰.

Conocer las noticias o, meramente, seguir los titulares destacados en la pantalla del móvil podría, incluso, hacer sentir al ciudadano que cumplió una función social en la comunidad a la vez que ayudó a extirpar el mal o la “enfermedad”⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Cfr. BARATA VILLAR, F., “Los *mass media* y el pensamiento criminológico”, en *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Buenos Aires, 2003, p. 500, ilustra que la constante aparición de policías en dichos programas les confiere a estos un carácter oficial que intensifica en la audiencia la idea de que hay mucho delito y que el trabajo de la Policía es el más importante para afrontar los ilegalismos, pero se incluye un componente de violencia en cada caso muy superior al que la mayoría de los oficiales de policía es incluso sometido a lo largo de toda su carrera. En Argentina, el caso de la persecución de “los hermanos Lanatta”, prófugos a comienzos de 2016, fue otro ejemplo de esta representación.

⁴⁰⁹ Cfr. BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, p. 51. TORO, *La pena de prisión...*, p. 64, rememora que encontramos los antecedentes de esta visión del criminal a principios del S. XIX cuando cambió sustancialmente el concepto de crimen. El crimen ya no fue algo que tuviera que ver con la falta moral o religiosa -la falta hasta entonces era una infracción a la ley natural-; por el contrario el crimen o la infracción penal tuvo su ruptura con la ley civil en el sentido de ley explícitamente establecida en el seno de la sociedad por el lado legislativo del poder político, creando, por consiguiente, una nueva definición del criminal: aquel que daña, perturba a la sociedad.

⁴¹⁰ BARATTA, *Criminología Crítica...*, p. 51.

⁴¹¹ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, *Política...*, p. 24, sostiene que el delincente en las sociedades posmodernas ha adquirido la capacidad de absorber los males de la sociedad, despertar todas las ansiedades de los ciudadanos, focalizar todos los riesgos del mundo. Cuando el delincente es el mal absoluto, es fácil colegir la inocuidad como respuesta. Y recuerda que una amenaza no es un objeto externo, sino una

3.3 La construcción del relato periodístico

Si caracterizamos al periodismo como una actividad discursiva y, por tanto, condicionada por un proceso intencional de quien la redacta o narra, debemos tener en cuenta también que este estará influido por una multiplicidad de factores que determinan tanto su forma de ver el mundo, como de interpretarlo y transmitirlo.

De ello se deriva que el conocimiento que se ofrece masivamente no es necesariamente científico, sino producto de excitaciones nerviosas e incluye la expresión de opiniones sobre experiencias, lo cual quiere decir que, aun si el proceso de selección de acontecimientos noticiables se realiza con las mejores intenciones de acercar situaciones trascendentes a la consideración ciudadana, la noticia nunca es un hecho y ni siquiera la traducción en palabras de una realidad fáctica pretérita, sino la transustanciación⁴¹² en palabras de la experiencia que el emisor de la comunicación ha vivido⁴¹³.

Sobre ello, como nos dice VIDAL CASTELL en el escenario mediático nos encontramos ante un relato que ordena el mundo en categorías, personajes y escenarios. Y que la narración supone una ineludible valoración y un redimensionamiento de la realidad fáctica objetiva y material a la que se apela⁴¹⁴.

En relación con el proceso penal, entre estas representaciones⁴¹⁵ encontramos la asimilación pública de una persona vinculada pasivamente a una investigación como

realidad humanamente elaborada. Es artificial en el exacto sentido del término. Es la elaboración colectiva de una realidad que ha sido percibida y bien señalada como amenaza. Por tanto, poco importa que sea real, lo importante es que tiene la capacidad psicológica de calmar la ansiedad colectiva.

⁴¹² Ya que el acto lingüístico avanza a través de diversas sustancias: de materia a excitación nerviosa, y de excitación nerviosa en sonidos y en signos.

⁴¹³ Cfr. VIDAL CASTELL, D., "La transformació de la teoria del periodisme: una crisi de paradigma?", *Anàlisi* 28, p. 37. Según BONILLA RAMÍREZ, *La presunción de inocencia...*, pp. 37-38, ello nos ubica en un contexto que desvirtúa la idea de objetividad en el periodismo en la que se basaban los postulados positivistas, pues como hemos visto, es el resultado de un proceso de interpretación de la realidad y, por tanto, de un conjunto de decisiones del transmisor. Por ello, la necesidad de entender al periodista desde una mirada que lo reconoce como un individuo cargado de sentido, definido por un contexto y que interpreta una realidad en función de su subjetividad o la de su director de noticias.

⁴¹⁴ Cfr. VIDAL CASTELL, "La transformació...", p. 46; BONILLA RAMÍREZ, *La presunción de inocencia...*, p. 38, analiza que es de ahí que ese relato y las jerarquizaciones, así como decisiones de denominar o referirse a la realidad de determinada manera en una pieza noticiosa se consoliden como elementos clave para comprender las representaciones que se elaboran en los medios de comunicación.

⁴¹⁵ Conforme BONILLA RAMÍREZ, *La presunción de inocencia...*, p. 39, toda noticia constituye un relato y por tanto es producto de un conjunto de acciones deliberativas e intencionales de un intérprete, entendido

culpable. Y a la de un hecho aún no probado como delito, a través de narraciones y conclusiones alejadas de fundamentos científicos y basadas solo en la mera intuición del emisor del mensaje.

Por ello, respecto de las realidades construidas y transmitidas por los medios en este campo debe recuperar terreno, a la hora de adentrarnos en temas que involucren la posible participación criminal de una persona, la función pedagógica de la presunción de inocencia no debiendo perderse de vista que el individuo sospechoso aún no perdió la consideración de inocente frente a la justicia (y quizás nunca la pierda).

En cualquiera de los países del contexto iberoamericano abundan los ejemplos sobre ello, convirtiendo un tema jurídico penal inclusive en asunto de interés nacional, con independencia de la importancia intrínseca de dicho tema⁴¹⁶. De esta forma, aclara VARONA GÓMEZ, los medios no pueden considerarse un mero reflejo de la realidad, pues en el mismo proceso de selección de las noticias está ya implícito el poder de destacar (y por tanto también de relegar al olvido) determinados sucesos⁴¹⁷.

La lógica corporativa de los *mass media* es consciente de que tiene la capacidad de dar al consumidor un producto acabado o cerrado⁴¹⁸. Y, en los hechos, sobre ese poder no existen posibilidades de control de la ciudadanía⁴¹⁹. De allí la siguiente paradoja: la libertad de expresión, que es concebida como un contrapeso contra el ámbito secreto del poder, ha derivado en un nuevo poder de difícil fiscalización y frente

como un “operador semántico” que, dentro de un conjunto de posibilidades, escoge determinados elementos, los procesa, clasifica y presenta a la audiencia tras un proceso de manipulación lingüística en un modo también escogido posteriormente. Según GOMIS, *Teoría del periodismo...*, p. 42: “Al definir el hecho en términos verbales, con palabras, la interpretación de la realidad es ya forzosamente selectiva. Califica de algo a alguien, describe con un verbo y no con otro la acción de un individuo. No hay otra manera humana de hacerlo que sirviéndose del lenguaje. Y el lenguaje no puede dar cuenta de la realidad sin caracterizarla, sin escoger unos aspectos y olvidar otros, sin definir la realidad en términos excluyentes.”

⁴¹⁶ Y es que, según CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 57-58, los medios de comunicación social, por sus propias reglas e intereses, no construyen la noticia de todos los acontecimientos que pueden suceder en la realidad; de hecho, hay diversos factores que favorecen que un acontecimiento sea noticiable, tales como el umbral de intensidad, la relevancia del acontecimiento, la continuidad en el relato de sucesos similares.

⁴¹⁷ VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, p. 4, menciona el curioso fenómeno en España del correo de la defensora del lector del diario El País en que se advirtió que lo que no se publica origina casi tantas quejas como lo que se publica. Dicho de otro modo, cada vez hay más lectores que escriben para protestar, no por los contenidos de lo publicado, sino por no haber encontrado en el diario información de algo que consideran importante, o porque no se le ha dado la relevancia necesaria.

⁴¹⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia, Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Ed. Trotta, Madrid, 2015, p. 522.

⁴¹⁹ RUBINOVICH, “Capítulo XIX: Justicia...”, pp. 239 ss.

al cual el ciudadano está desamparado⁴²⁰. Ahondaré sobre ello y sus posibles límites al final de este Capítulo.

3.4 La mediatización del Derecho penal

El análisis del producto mediático debe ser entendido dentro del contexto de las sociedades de control, en las que todo pasa por el ojo atomizado de la vigilancia, expresado en la imagen no solo como soporte y representación, sino como sustitución de la realidad, como instante puro o presente puro⁴²¹.

El Derecho penal al ser una de las expresiones máximas del poder estatal es también una de las cuestiones más importantes que conforman el pacto social. Es por ello que la prisión cobra protagonismo ante aquel ojo visor. Se trata de la imagen como espectáculo de lo real⁴²² y la vigilancia a través de esa retina que todo lo percibe pretende dar legitimidad al ejercicio del poder y es como mejor se simboliza la actuación penal del Estado⁴²³.

Por ello, la búsqueda de legitimación se da habitualmente por medio del uso mediático de la política criminal al perseguir determinados delitos que conmueven a la opinión pública aunque no necesariamente al orden social. Así, en el imaginario de los ciudadanos vulnerables, el Estado de manera más simbólica que real, los protege al perseguir a “la delincuencia”⁴²⁴.

⁴²⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia...*, p. 522.

⁴²¹ Tal como lo afirma BAÑUELOS, J., “Videovigilancia en la sociedad panóptica contemporánea”, *Razón y palabra*, nº 31, la sociedad tiende a establecer una vigilancia visual sobre muerte, sexo, identidad, cuerpo, memoria, comunicación, verdad y poder (la vigilancia como seguridad, la muerte como crimen, el sexo como pornografía, la identidad como ficción-montaje, el cuerpo como objeto, la memoria como herramienta, la comunicación como progreso, la verdad como discurso y el poder como información).

⁴²² BERNAL CASTRO/MOYA VARGAS, *Libertad de expresión...*, p. 9. Los juicios se convirtieron en telenovelas reales que pasan los noticieros de radio y televisión, en crónicas rojas que alimentan el morbo social, en escarnio público fuera del estrado judicial y por otro lado, en programas de opinión que recrean las escenas del crimen alterando el juicio de valoración de los medios de prueba que deben hacer los sujetos procesales en su hábitat natural.

⁴²³ TORO, *La pena de prisión...*, p. 65.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 65, añade a ello que, tal como lo ha afirmado GARLAND, si bien la fuerza es el elemento constitutivo del poder, las condiciones de su legitimidad y por lo tanto su reproducción debe estar articulada con el discurso del orden y con el imaginario social.

Ello debe ser analizado con una mirada crítica, conforme veremos al analizar el fenómeno de los juicios paralelos, resultando inaceptable el reemplazo de los pronunciamientos judiciales por veredictos previos, concomitantes o posteriores que intenten preformarlo o substituirlo, negándolo⁴²⁵.

Lo que resulta claro es que lo criminal es mediático por su propia naturaleza⁴²⁶ y, como sostiene BARATA VILLAR, los medios de comunicación social se aprovechan de esta demanda y llenan los canales de comunicación e internet con relatos violentos y transgresores⁴²⁷.

Debe reconocerse, sin embargo, que el sensacionalismo⁴²⁸ no solo aparece en casos que reflejan conductas criminales, investigaciones penales o actuaciones policiales, sino en cualquier información que, a la luz de la industria, pueda generar morbo, entretenimiento, show, o atractivos⁴²⁹.

El tránsito de un modelo público o semipúblico de la transmisión de noticias a uno cada vez más privatizado en el ámbito de la información jugó un importante rol en la adopción en este ámbito de una dinámica propia del desarrollo del sistema de mercado capitalista y globalizador⁴³⁰.

⁴²⁵ Cfr. RUBINOVICH, "Capítulo XIX: Justicia...", p. 246.

⁴²⁶ Según VARONA GÓMEZ, D., "Medios de comunicación y punitivismo", *InDret*, 1/2011, p. 16, desde que existen medios de comunicación ha existido atracción por este fenómeno, tanto por su intrínseco interés social (no es un hecho neutro), como por el gran potencial que el mismo tiene para los medios, en el sentido de poder presentar narrativas y discursos de todo tipo (analíticos, dramáticos, trágicos), que atraigan a la potencial audiencia. Por tanto, que los medios den un tratamiento destacado a la delincuencia no es sorprendente, lo cual no puede predicarse de otras temáticas, pues por ejemplo la información sobre la economía o la política de un país es mucho más difícil de presentar en clave de entretenimiento o emotiva.

⁴²⁷ BARATA VILLAR, F., "De Ripper al pederasta: un recorrido por las noticias y los pánicos morales", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n° 4, Barcelona, 1999, pp. 45-57.

⁴²⁸ También llamado "amarillismo" en cuanto supone un modo de contar noticias o de utilizar la información que tiene el objetivo de impresionar, angustiar, de modo de obtener un caudal de público más importante. Sostuvo VARGAS LLOSA, M., durante un discurso ante los miembros de la Sociedad Interamericana de Prensa, recuperado de <https://www.semana.com/noticias/articulo/vargas-llosa-critica-proliferacion-prensa-ligera/95960-3>, 4 de octubre de 2019: "La frontera entre el periodismo serio y el sensacionalista es cada vez menos nítida ya que el mundo occidental vive inmerso en una civilización del espectáculo."

⁴²⁹ De aquí se desprende también el fenómeno de las *fake news* antes explicitado.

⁴³⁰ Cfr. VARONA GÓMEZ, "Medios de comunicación...", p. 16. Según este autor, la evolución económica de los medios puede explicar el mayor énfasis actual en las noticias sobre la delincuencia porque, además de las razones antes dadas, la información sobre delincuencia es muy barata, fácilmente accesible (pues normalmente la noticia proviene de una fuente oficial) y muy versátil, por lo que tiene un público asegurado, y ello, en un contexto mediático cada vez más determinado por los beneficios económicos determina que se recurra con más frecuencia a ella.

Este proceso de mercantilización de la información ha conllevado, según VARONA GÓMEZ, a que el objetivo principal de los medios de comunicación no sea ya la formación de una opinión pública crítica sobre los asuntos de importancia sino, ante todo, como cualquier otra empresa, la rentabilidad del negocio. De allí, la necesidad de convertir el producto (la información) en un asunto más entretenido y de reducir sus costos⁴³¹, originándose así el fenómeno del info-entretenimiento.

Por otra parte, la inteligencia artificial, la *big data* y los algoritmos, que son utilizados para escoger los temas sobre los que cada uno de los internautas será bombardeado por noticias, publicidades o tendencias, también colaboran en este fenómeno al obtener mecánicamente el orden de prioridades temáticas sobre las que recae el interés de determinado perfil de usuario o consumidor, con el fin de multiplicar la oferta de noticias sobre tópicos que encabezarán el consumo, relacionándolo fundamentalmente con fines publicitarios. Por este motivo la criminalidad no resulta exenta de esta “marketinización”.

Es en tal contexto que las decisiones jurisdiccionales emanadas del sistema penal impactan fuertemente en los escenarios públicos, con efectos estigmatizadores y arrasadores sobre los implicados, siendo atravesado por el morbo que el tema criminal provoca en la sociedad.

Como consecuencia de ello, y como alerta la magistrada argentina Ángela LEDESMA “*a veces da la impresión de que vende más el encarcelamiento que la libertad y esto es grave en términos de Estado de Derecho*”⁴³².

3.5. La omisión de reflexionar sobre las verdaderas causas del delito

Los fenómenos mediáticos con sus particulares características no solo se dan respecto a la Administración de justicia penal ante delitos graves y la privación de la libertad de los acusados sino también respecto al tratamiento de la criminalidad y a la concepción del delito en general.

⁴³¹ Conforme concluye VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, p. 16.

⁴³² LEDESMA, Á., “Justicia penal, medios de comunicación y acceso a la información: ¿una tensa relación?”, en *Justicia argentina online. La mirada de los jueces*, CIJ, p. 34.

Suelen encomendarse encuestas para conocer el reflejo de la “voz popular”, pero habitualmente bajo la forma de una pregunta o modo de preguntar que tiende a ahondar la cuestión binaria y que de manera tendenciosa intenta mostrar una opinión mayoritaria del público buscada de antemano⁴³³.

Al respecto FUENTES OSORIO sostiene que los medios de comunicación tienden a dar una visión simplista de las manifestaciones delictivas, al tiempo que eluden dar el tratamiento de “problema social” a la delincuencia. Se observa una escasa elaboración de las noticias (control de fuentes, análisis de las circunstancias del acontecimiento concreto), una falta de estudio de las causas y factores del suceso, y una descontextualización de los acontecimientos del entorno social en que se integran⁴³⁴.

Se descuidan cuestiones adyacentes a las conductas delictivas (pobreza, analfabetismo, desempleo, cotidianidad y aceptación social de la conducta, sociedad patriarcal, industrialización salvaje, etc.) y con ello resulta que muchas veces los conflictos estructurales son explicados periodísticamente como si fueran meros conflictos coyunturales⁴³⁵.

Ello sin descartar la proliferación de argumentos *ad hominem*⁴³⁶ tanto al descalificar a presuntos sospechosos de un ilícito, como a los jueces y fiscales encargados de investigar y dirigir la pesquisa sobre el crimen⁴³⁷ (o incluso a las presuntas víctimas). También se advierte que algunas formas de delincuencia son sobredimensionadas y otras escondidas (v.gr., delitos contra los trabajadores o contra el orden económico)⁴³⁸.

⁴³³ Ello es puesto de resalto en el reciente trabajo de GÓMEZ-BELLVÍS, A. B./FALCES-DELGADO, C. E., “Los efectos del contexto en la expresión de las actitudes punitivas: el caso del apoyo ciudadano a la prisión permanente revisable”, *REC*, 01-01, 2019, pp. 1-14, según sea emparentada la persona encuestada con la posición de la víctima o del acusado.

⁴³⁴ FUENTES OSORIO, J.L., “Los medios de comunicación y el derecho penal”, *RECPC*, 2005, n° 07-16, p. 11.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁴³⁶ Que es un tipo de falacia (argumento que, por su forma o contenido, no está capacitado para sostener una tesis) que consiste en dar por sentada la falsedad de una afirmación tomando como argumento quién es el emisor de esta. Para utilizar esta falacia se intenta *desacreditar* a la persona que defiende una postura señalando una característica o creencia impopular de esa persona.

⁴³⁷ Una posible solución sería la propuesta de PASTOR, “Juicios paralelos...”, pp. 460 ss., de evitar informar los nombres de los jueces que tienen a su conocimiento procesos de relevancia pública, entre otras, sobre las que luego ampliaré.

⁴³⁸ Cfr. FUENTES OSORIO, “Los medios...”, p. 16, quien estudió con profundidad el accionar de los medios de noticias.

La cuestión reside en que no se comunica con el objetivo de plasmar la evolución real de un conflicto, sino de aumentar la audiencia sin molestar a ciertos sectores de la comunidad ni a los intereses socio-económico-institucionales que representa cada medio⁴³⁹. No se explican las causas del delito y mucho menos los fines y modos legítimos de la actuación procesal penal. Solo se buscan titulares que logren un consenso ante su impacto y simplicidad. Verdades expresadas de un modo que nadie las negaría y que, a partir de allí, producen la catalogación de situaciones e ideas bajo lemas o eslóganes fácilmente incorporables al lenguaje cotidiano.

La situación que se viene relatando fue expuesta en España, a principios de este siglo, cuando investigadores de las Ciencias Jurídicas y de la Criminología comenzaron a depositar su atención en los efectos de los medios de comunicación tanto en la creación del miedo al delito como en la inducción de procesos de reformas en la legislación penal⁴⁴⁰.

3.6. El fenómeno de la “agenda-setting”

Junto con el preponderante rol de los medios en la comunicación debe explicarse el proceso de fijación de la agenda mediática⁴⁴¹. Ello permitirá establecer su

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁴⁰ En España ello se debió fundamentalmente a las sucesivas reformas penales impulsadas por el Gobierno español, entre 2000 y 2004. En este contexto se enmarcaron los trabajos, v.gr., de MAQUEDA ABREU (2003), DÍEZ RIPOLLÉS (2004) y FUENTES OSORIO (2005). Fue con la tesis doctoral de BARATA VILLAR (2002) que se inauguró una nueva línea de investigación verdaderamente interdisciplinar entre la criminología y las ciencias de la comunicación. También distintos autores posteriores destacan la obra colectiva *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Entre ellos PERES-NETO, L., *Criminología y ciencias de la comunicación* http://www.portalcomunicacion.com/monograficos_txt.asp?id=165&txt=115.

⁴⁴¹ La teoría de la *agenda-setting* o “tematización de agenda” se atribuye, conforme los trabajos de VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, p. 3; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 23, entre otros, a Maxwell MCCOMBS y Donald SHAW en su estudio de 1972 sobre el papel que los medios de comunicación tuvieron en la campaña presidencial de 1968 en Chapel Hill (Carolina del Norte, USA). En su trabajo los investigadores norteamericanos comprobaron que los asuntos que los votantes consideraban prioritarios eran justamente aquellos que los medios de comunicación habían previamente seleccionado y sobre los que habían volcado su actividad informadora. De allí surge este concepto que sostiene que los medios ostentan la potestad de establecer los temas principales en una comunidad. Sostiene VARONA GÓMEZ, que los creadores de esta teoría resaltan que en la mayoría de ocasiones el periodismo no tiene éxito a la hora de indicarle a la gente cómo pensar, pero es sorprendentemente eficaz señalándole sobre qué pensar. También analizan este fenómeno GARCÍA ARÁN, M./PERES-NETO, L., “Discursos Mediáticos y reformas penales de 2003”, en

posible relación con la evolución del fenómeno denominado punitivismo o populismo punitivo, así como otras consecuencias derivadas de la actividad de los medios y sus incidencias políticas.

Se entiende por *agenda-setting* el proceso por el que los medios (con la selección, presentación e incidencia de sus noticias) determinan los temas acerca de los cuales el público va a hablar. En rasgos macrosociológicos, los medios imponen los temas más discutidos en la sociedad fijando el calendario de los hechos sociales, seleccionando lo que es y lo que no es importante en un momento determinado implicando una transferencia de relevancia de los temas presentados en los medios hacia la agenda pública y política⁴⁴².

MCCOMBS -cocreador de esta teoría junto con Donald SHAW- plantea que los medios no solo pueden decirnos sobre qué pensar, pues dirigen nuestra atención e influyen en nuestra percepción de cuáles son los temas más importantes del día, sino que también pueden incidir en cómo pensamos acerca de esa información que ha sido puesta en un escenario visible⁴⁴³.

Sin embargo, cabe matizar que esta preponderancia a la hora de formar la opinión pública y construir discursos sobre la realidad y, en particular, sobre la realidad criminal no significa atribuir una exclusiva responsabilidad sobre ello a los medios de comunicación.

Ni los medios tienen un imperio absoluto al respecto ni los espectadores son meras figuras cuya mente es inundada por aquellos. Pero el estudio del fenómeno de la *agenda-setting* sin duda es acertado en su asignación a los medios informativos de un papel central en el origen del catálogo de temas públicos⁴⁴⁴.

GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dir.), *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, 2008, p. 24.

⁴⁴² GARCÍA ARÁN/PERES-NETO, "Discursos Mediáticos...", pp. 25-28; POZUELO PÉREZ, *La política...*, pp. 23 ss.

⁴⁴³ MCCOMBS, M., *Estableciendo la agenda (el impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006, pp. 25-26: "Los medios informativos pueden establecer la agenda del debate y del pensamiento público. Y a veces, hacen más que eso". Tienen, pues, una repercusión en nuestra opinión, y por extensión, en algunos casos, en lo que hacemos. Según GARCÍA ARÁN/PERES-NETO, "Discursos Mediáticos...", p. 24, fijar la agenda de los medios es fijar el calendario de los hechos sociales. Seleccionar lo que es y lo que no es importante.

⁴⁴⁴ En similar sentido, MCCOMBS, *Estableciendo la agenda...*, p. 31. Para este autor el proceso de establecimiento de agenda es resumido diferenciando dos niveles. El objeto se ubica en el primer nivel de la agenda y hace referencia a la cosa hacia la que dirigimos nuestra atención o la cosa sobre la que tenemos una actitud o una opinión (incluye la transmisión de la relevancia de un objeto). En el segundo

Por ello se reconoce que en la elaboración de la agenda no participa directamente la ciudadanía, sino que es diseñada por los propios medios de comunicación y es, por tanto, impuesta⁴⁴⁵. Así, a la vez que repercute en las representaciones de la realidad que es construida, la selección de los temas que se ponen en la escena pública, así como el modo en que estos se presentan⁴⁴⁶ implican una responsabilidad ética para los periodistas.

La labor mediática crea una imagen de la realidad desde una limitada porción de sucesos que han sido considerados noticia por cumplir ciertos criterios -que incluyen razones mercantilistas, políticas, etc.-. De tal manera ejerce su poder de dominio sobre lo que será conocido por la sociedad⁴⁴⁷ determinando los acontecimientos que llegarán a ser noticia y los que no⁴⁴⁸ y a los que va a otorgar relevancia la audiencia y, con ello, la opinión pública⁴⁴⁹.

De tal modo, los asuntos que revisten interés social y generan discusión entre los ciudadanos son aquellos que han sido mediatizados lo cual refleja también el poder de dirección, control y formación de colectivos sociales por parte de los medios⁴⁵⁰, delimitando las fronteras y el contenido de lo que el público conoce⁴⁵¹.

nivel se encuentran los atributos: aquellas características que le otorgamos a esos objetos (es la transmisión de la relevancia del atributo).

⁴⁴⁵ CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 57.

⁴⁴⁶ Cfr. BONILLA RAMÍREZ, *La presunción de inocencia...*, p. 3. A esto puede remitir la técnica del "framing" o encuadre. Según VARONA GÓMEZ, "Medios de comunicación...", p. 21, el concepto "framing", utilizado en psicología, sociología y en teoría de la comunicación, hace referencia a la importancia decisiva que tiene, a la hora de interpretar un hecho, el contexto o marco de referencia en que dicho suceso es encuadrado (de ahí la palabra *frame* que significa literalmente marco o encuadre). Enseña que el término suele atribuirse al trabajo de ERVING GOFFMAN, en el que este autor emplea el concepto de *frame*, para referirse a los esquemas de interpretación que permiten a los individuos o grupos percibir, identificar y etiquetar hechos, atribuyéndoles significado y guiando así las acciones de las personas.

⁴⁴⁷ En igual sentido CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 57; POZUELO PÉREZ, *La política...*, p. 24. Esta capacidad de selección de la noticia es la que determina la agenda de la sociedad. Ello es denominado *agenda-setting*.

⁴⁴⁸ Desde el momento en que se admite que vivimos -al menos en el mundo capitalista, occidental, que analizamos- en una sociedad mediática y que por tanto lo que no tiene trascendencia mediática es prácticamente invisible, esto se torna, según VARONA GÓMEZ, ciertamente problemático toda vez que se podría decir que el fenómeno de la *agenda-setting* implica precisamente que es importante lo que los medios deciden que es importante (es decir, no se puede hablar de importancia intrínseca de un determinado asunto). Sin embargo, aunque ello no deja de ser cierto, lo que cabría decir es que los medios a la hora de decidir qué temas deben formar parte de las prioridades de un país siguen claves propias que no tienen por qué reflejar criterios de importancia en términos de realidad social, VARONA GÓMEZ, "Medios de comunicación...", p. 3.

⁴⁴⁹ POZUELO PÉREZ, *La política...*, p. 24.

⁴⁵⁰ CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 58, sostiene que el criterio determinante para esta selección viene vinculado a lo que inicialmente hemos destacado como el carácter mercantilista de la

3.7. El poder detrás de la decisión

Los investigadores aluden al señorío de los medios para determinar los asuntos prioritarios de interés pero no arriban a una conclusión determinante a la hora de identificar qué grupo de poder está realmente detrás de ese dominio⁴⁵².

Ello refleja la polémica frecuente en la literatura respecto a quién tiene el protagonismo básico dentro de la trilogía compuesta por opinión pública (ciudadanía), poder político y medios de comunicación, y por tanto quién determina los asuntos de interés de acuerdo al juego de injerencias entre estos actores. Además debe observarse si los medios son solo el escenario donde se dirimen las luchas de intereses, si son el motor del fenómeno⁴⁵³, o ambas cosas.

Una de las posibilidades sería que algunas autoridades públicas estén detrás de la presencia excesiva de la delincuencia en las noticias, facilitando la información a los periodistas, presionando a sus responsables y, de algún modo, influyendo en el contenido de las construcciones mediáticas, con el objetivo de extender la preocupación social y legitimar medidas de corte represivo⁴⁵⁴.

Pero, como señala VARONA GÓMEZ, no parece posible captar la extraordinaria complejidad que rodea el entramado de relaciones existentes entre los medios, el público y los políticos, a los que habría que añadir un sector difuso compuesto por

noticia. En efecto, como “empresa” de comunicación social, todo producto debe encontrar respaldo en cierto nivel de audiencia (*rating*), con la finalidad de hacer rentable su actividad comunicativa a través de la publicidad. Aquí prima inexplicablemente la búsqueda de emotividades en la población, que es el desarrollo de su sentido crítico. De ahí que, aun cuando el programa mediático sea informativo, se busque siempre destacar lo morboso, lo sensacional o escandaloso; de otro modo, la noticia no venderá y no será rentable, pese a que el asunto puede ser de verdadero interés social. Detrás de esta explicación pueden esconderse también los intereses de los grupos de poder económico y político que determinan realmente lo que es “publicable”, siempre y cuando este asunto no contravenga su posición hegemónica.

⁴⁵¹ POZUELO PÉREZ, *La política...*, p. 25.

⁴⁵² VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, pp. 7 ss.; POZUELO PÉREZ, *La política...*, pp. 42 ss.

⁴⁵³ VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, p. 8.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 8.

variados grupos de interés (asociaciones de diverso tipo) que también pugnan por elevar los asuntos que le interesan a la agenda pública⁴⁵⁵.

Por ello los investigadores que se han acercado a este tema son cautos a la hora de establecer hipótesis o reglas generales y más bien se limitan a destacar las intrincadas interacciones que existen entre los diversos actores las que resultan dinámicas en la producción de sentido⁴⁵⁶.

En todo caso, puede concluirse que los medios no controlan de forma totalmente autónoma el poder de fijar la agenda, ya que forman parte de un complejo entramado de fuerzas (económicas, políticas, mediáticas, civiles), cada una de las cuales tiene interés en instalar sus temas y con ello el elenco de prioridades (y, por exclusión, invisibilidades) públicas⁴⁵⁷.

Los medios además del grado de control que consigan desplegar sobre ese contenido actúan en todos los casos al mismo tiempo como escenario donde esas fuerzas se debaten.

La relación entre los medios de comunicación -que transmiten información- y el poder político -que interviene en el campo propio de la determinación de la consecuencia ante el crimen- se retroalimenta difuminándose los límites descifrables sobre la determinación de la instancia en que se inicia cada debate, siendo muchas veces los propios sectores políticos los que utilizan la influencia mediática para inclinar la opinión de la ciudadanía hacia sus propias preocupaciones y posturas y, en otras, los conglomerados de medios los que obligan a aquellos a ocuparse de determinado tema que han ayudado a transformar en problema prioritario para la sociedad (sin soslayar los casos en que unos y otros responden en realidad al mismo interés o, al menos, representan el mismo objetivo final).

En definitiva, no es posible atribuir uniformemente la decisión de situar la problemática criminal en primer plano público en un determinado momento a un

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁵⁶ En definitiva, una vez alcanzada la masividad del mensaje, como decía MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 173: "los hombres, en general, juzgan más con los ojos que con las manos, porque todos pueden ver, pero pocos tocar. Todos ven lo que parecen ser, mas pocos saben lo que eres; y estos pocos no se atreven a oponerse a la opinión de la mayoría, que se escuda detrás de la majestad del Estado."

⁴⁵⁷ VARONA GÓMEZ, "Medios de comunicación...", p. 9.

protagonista puntual, sino que en función del caso particular es posible señalar a uno o varios de ellos como actores principales, tratándose, conforme lo explica VARONA GÓMEZ, de un “caso por caso” en el que cada situación puede deberse a intereses diversos, debiendo desentrañarse en cada supuesto las razones por las que interesa iluminar el fenómeno de la delincuencia en general, o determinado tipo de actividad delictiva⁴⁵⁸.

Su determinación debe tener en cuenta, al margen de la particularidad del caso, algunos factores como, por ejemplo, la circunstancia de que hablar en general de poder político es simplista pues no estamos ante bloques homogéneos de poder⁴⁵⁹. Siendo inexacto también hablar de poder mediático como un conjunto cohesionado de intereses, pues existen diferentes grupos de medios en cada país, que naturalmente pueden o no converger en el tratamiento de los temas informativos. Y, evidentemente, tampoco la sociedad civil puede considerarse un conglomerado homogéneo⁴⁶⁰.

Por todo ello, discernir qué parte hay en este proceso de mera correa de transmisión por parte de los medios de otros intereses (en los casos en que estos son solo el escenario donde otros grupos de poder están tratando de imponer los suyos) y qué parte hay de propio interés es particularmente complejo pero crucial⁴⁶¹.

3.8 La influencia en las acciones individuales, sociales e institucionales respecto a la criminalidad

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 9: esto es lo más relevante del estudio de la *agenda-setting* (la causa) y no por tanto el resultado final, que es la emergencia de la delincuencia en un momento determinado (el efecto). Cfr. también, POZUELO PÉREZ, *La política...*, pp. 42 ss.

⁴⁵⁹ Obviamente cuando nos referimos al poder político hemos de tener en cuenta que dentro de él hay, a su vez, facciones de poder definidas en principio por una ideología política diversa.

⁴⁶⁰ Cfr. VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, p. 10. Otro aspecto a tener en cuenta es que los diversos sectores de poder además de ser heterogéneos no son estáticos, sino dinámicos, pues se encuentran en continuo proceso de evolución y redefinición. Los procesos de redefinición ideológica de los partidos políticos son buena muestra de ello, pero también en el ámbito mediático la propia dinámica de la lógica empresarial en la que se insertan los medios (fusiones, cambios de accionariado, aparición de nuevos competidores, etc.) puede conllevar cambios en las líneas editoriales y en el tratamiento de los temas informativos. La sociedad civil obviamente también evoluciona con el transcurso del tiempo.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 11. Su situación es así privilegiada, pero particularmente compleja de analizar, porque, por un lado, son la arena donde los diferentes sectores de interés que existen en una sociedad pugnan por definir las prioridades públicas y por relegar al olvido los asuntos que podrían perjudicarles y, por otro lado, son parte integrante de esos grupos de poder.

El poder extraordinario de los medios -aunque no omnipotente- tiene inevitable influencia en las decisiones sobre políticas públicas, incluida la política criminal. Estos, como se ha señalado, pueden decidir en un momento dado situar a un determinado tipo de delincuencia en el centro de la discusión pública. Ello redundará en una importante presión en las autoridades para que actúen de determinada manera⁴⁶².

Con gran impacto, el sensacionalismo “maniqueísta y moralizante”⁴⁶³ y el bombardeo mediático provocan, ante determinados hechos de violencia, la necesidad de ver incrementadas las medidas punitivas del Estado acentuando la percepción de que más prisión es la solución⁴⁶⁴.

Las políticas criminales terminan reduciéndose, en gran medida, al ámbito punitivo. La verificación empírica del fenómeno de la *agenda-setting* en España a partir de diversas investigaciones ha podido demostrar con datos la correlación cuasi-exacta entre la atención mediática de la delincuencia y la preocupación de los ciudadanos por la inseguridad ciudadana⁴⁶⁵, avalando la teoría.

Los trabajos de SOTO NAVARRO⁴⁶⁶ y de POZUELO PÉREZ⁴⁶⁷, entre otros, llegan a la conclusión de que la atención mediática a la delincuencia es lo que explica la preocupación ciudadana por la misma y no -como cabría suponer si los medios fueran un mero reflejo de la realidad- la propia realidad delictiva.

Ha podido demostrarse además que la causa del aumento de la preocupación social por el delito no debe ser buscada en su razón natural (el aumento de la delincuencia en un momento determinado), sino en la decisión de los medios de

⁴⁶² En similar sentido VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, p. 4; POZUELO PÉREZ, *La política...*, pp. 23 ss.

⁴⁶³ BATISTA, “Medios de comunicación...”, p. 87.

⁴⁶⁴ TORO, *La pena de prisión...*, p. 396.

⁴⁶⁵ Ilustra VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, p. 4, que ya en 2004 las investigadoras RECHEA/FERNÁNDEZ/BENÍTEZ concluían un estudio empírico pionero dedicado a esta cuestión destacando que: “...aunque no puede afirmarse que haya más delincuencia, por el contrario sí puede decirse que el interés por la misma ha aumentado a juzgar por la evolución del número de noticias sobre este tema que han aparecido en esta última década (...) puede comprobarse la relación que existe entre las preocupaciones de los españoles y el contenido de las noticias aparecidas en los medios”.

⁴⁶⁶ SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, *RECPC*, 07-09, 2005, p. 13, concluyó que en el año 2001 la delincuencia (más grave) subió y sin embargo la atención mediática a dicho fenómeno cayó. En el año siguiente se produjo sin embargo el efecto inverso.

⁴⁶⁷ POZUELO PÉREZ, *La política...*, pp. 23 ss.

comunicación de ubicar en el centro de atención tales premisas, con la consiguiente repercusión en la opinión ciudadana⁴⁶⁸.

La comunicación de los medios masivos es mayoritariamente unidireccional, sin posibilidades para los espectadores de responder al mensaje emitido y, aunque esto se ha modificado parcialmente al surgir la interacción entre programas televisivos y redes sociales⁴⁶⁹, lejos está de revertirse con efectividad ese desequilibrio.

La escasa capacidad de interacción deviene en una muy limitada posibilidad de contradecir el relato transmitido. Este problema se acentúa ante las *fake news*. Y ese modo condicionado en que los ciudadanos crecen ante este tipo de comunicación puede significar una relación cercana al sometimiento inobjetable de la oferta mediática⁴⁷⁰.

Como explica FREIDENBERG, en el escenario mediático los ciudadanos se comportan de la manera descrita por PLATÓN en el mito de las cavernas, respecto a los habitantes de “La República” como “*meros espectadores de las imágenes que se proyectan en la pared, con muy pocas posibilidades de ser actores de esas imágenes*”⁴⁷¹.

Efectivamente, el mito de las cavernas aplicado a nuestra actual sociedad mediática describiría perfectamente la manera en la que los medios de comunicación y las opiniones hegemónicas moldean nuestros puntos de vista respecto a la criminalidad y nuestra manera de pensar sin que, muchas veces, nos demos cuenta de ello⁴⁷².

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 23. También refiere VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, p. 4., que todo ello no debería causar mucha sorpresa pues la percepción ciudadana sobre la delincuencia no proviene normalmente de la propia experiencia, sino de la información recibida sobre el tema. Por ello, los datos españoles analizados coinciden con la experiencia comparada. Así, en la literatura criminológica anglosajona, ya se ha destacado que la opinión pública o la preocupación ciudadana no suele ser el factor primario que explica la atención mediática o la acción política dedicada a un tema (en nuestro caso la delincuencia), sino más bien a la inversa: cuando se pregunta a las personas por los problemas del país, no se contesta a partir del reducido espectro de experiencias personales, sino sobre la base de lo que los ciudadanos han visto u oído en los medios de comunicación y de sus líderes políticos. Esto no implica decir que los políticos puedan generar preocupación ciudadana respecto de cualquier cuestión, ni que la preocupación por el delito no sea genuina, pero no son los ciudadanos la fuerza motriz que mueve la acción política y la atención mediática en esos temas.

⁴⁶⁹ Mediante el uso de *hashtags* o, en los propios comentarios de lectores de los portales de noticias o en redes sociales, que amplifican en buena medida la posibilidad vetusta de escribir exclusivamente cartas de lectores a los periódicos.

⁴⁷⁰ Cfr. CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 60.

⁴⁷¹ FREIDENBERG, F., *Los medios de comunicación de masas ¿también son actores?*, http://works.bepress.com/flavia_freidenberg/72/. p. 1.

⁴⁷² Cfr. CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 56.

El espectador no ve las cosas ni las situaciones reales sino imágenes que se proyectan y que han sido seleccionadas para él. Pese a ello las personas observan “*los dibujos en la pared*” y creen en esas representaciones, pero a diferencia de los cautivos de la caverna pueden decidir ir más allá o, sencillamente, no mirar hacia la pared⁴⁷³.

Otro factor que se discute y se achaca a los medios con la teoría de la *agenda-setting* es que, en un momento dado, ciertos hechos tengan un impacto mediático tan brutal que pueda considerarse incluso desproporcionado en atención a la gravedad del problema. En el contexto de este fenómeno hablamos por tanto en términos de sobredimensión de un problema más que de manipulación o invención, aunque esta última no pueda descartarse⁴⁷⁴.

4. Acerca de la relación entre la labor comunicativa y el punitivismo

4.1 El aumento del punitivismo a partir de la actividad comunicacional

Dentro del desarrollo expuesto puede develarse a esta altura en gran medida el importante rol de los medios, la utilización de la comunicación mediática en la cuestión penal, la selección de temas noticiables y su encuadre en un modo previamente seleccionado que tienen como efecto la conformación de representaciones sociales acerca de determinado hecho, persona o institución.

Resulta interesante observar la relación de este fenómeno con la evolución del populismo punitivo⁴⁷⁵ que puede intuirse a partir de la realidad que muestran los comunicadores masivos con la instalación pública de temas noticiables.

Aquí cobra protagonismo el fenómeno denominado “Derecho penal simbólico”, que suele definirse como aquel que responde a una supuesta demanda de seguridad por

⁴⁷³ FREIDENBERG, *Los medios...*, p. 1.

⁴⁷⁴ En este sentido, VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, pp. 7-8.

⁴⁷⁵ ANTÓN MELLÓN, J. A./ÁLVAREZ JIMÉNEZ, G./PÉREZ ROTHSTEIN, P. A., “Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n° 9, 2015, p. 5, reseñan que el término populismo punitivo fue acuñado por BOTTOMS en 1995 para conceptualizar el uso del Derecho penal que realizan los gobernantes con el fin de obtener ganancias electorales, asumiendo política y acríticamente que el agravamiento e incremento de las penas reducirán el delito y salvaguardarán el consenso moral existente en la sociedad.

parte de la ciudadanía⁴⁷⁶. Este se da en formas muy diversas, pero suele orientarse a efectos políticos más amplios que la protección de bienes jurídicos, como la satisfacción de una "necesidad de acción" y se orienta a las consecuencias. Su mayor problema radica en la gradual conversión del Derecho penal en un instrumento que amplía los tipos penales y se aviene a las imágenes de una "inseguridad global" y de una "sociedad de riesgo". Pero a poco que se aleja de los principios limitadores que rigen la actuación coercitiva estatal incumple la tarea de una política criminal eficaz a la vez que mina la confianza de la población en la administración de justicia⁴⁷⁷.

Así, si tenemos presente que la percepción social de la prisión es que afianza el sentimiento de seguridad, el bombardeo mediático ante determinados hechos de violencia y acerca de la necesidad de incrementar las medidas punitivas, acrecienta el clamor social y la percepción de que más cárcel es la solución, cumpliendo el papel de rito de solución de conflictos, en el que el fundamento legitimante suele importar poco.

A tales problemas los legisladores parecen abocarse prioritariamente con una consecuente proliferación de conductas penadas (tipificación de nuevos delitos), ampliación de penas para delitos ya considerados por la ley vigente (mediante el aumento de escalas penales, disminución de beneficios carcelarios, etc.)⁴⁷⁸ o, incluso, modificación de las condiciones para el dictado de modalidades de ejecución penal o de medidas cautelares, incluyendo su duración y modo en que se aplican⁴⁷⁹.

Por el elemento morboso y el componente de espectáculo que posee el tema en la dinámica mercantil antes explicada, un discurso justificante de la prisión es habitualmente bien aceptado y -por su alto impacto- incorporado a la masa

⁴⁷⁶ POZUELO PÉREZ, *La política...*, p. 86.

⁴⁷⁷ HASSEMER, W., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", *Pena y Estado: [función simbólica de la pena]*, n° 1, 1991, p. 30.

⁴⁷⁸ ÁNTON MELLÓN, J./ÁLVAREZ JIMÉNEZ, G./PÉREZ ROTHSTEIN, P. A., "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas", *RECP*, n° 43, 2015, p. 5, señalan que una de las consecuencias de la adopción de determinadas políticas punitivas nacen del intento de solucionar problemas sociales a través de la aplicación de la ley penal ("gobernar a través del delito") ocultando las razones estructurales.

⁴⁷⁹ Así, el orden y la estructura se repiten en todos los casos: a través de los medios se transmite un pedido de penas más graves y luego se anuncian cambios en la legislación y recae una presión mediática sobre jueces y fiscales. O, directamente, el legislador les traslada a estos el problema con la modificación de sanciones, creación de tipos penales, supresión de garantías procesales o cambios en la faz de ejecución de la pena, muchas veces de dudosa constitucionalidad.

argumentativa de las ediciones y las crónicas, constituyéndose así en una especie de venganza pública mediáticamente legalizada⁴⁸⁰.

Expresiones populares arraigadas como “los delincuentes entran por una puerta (de la prisión) y salen por la otra” denotan que el imaginario colectivo percibe al encarcelamiento de una manera fugaz, producto -en esa creencia- de la ineficacia de los aparatos de seguridad, de justicia y legislativa⁴⁸¹, y alimentan la sensación de ineficacia punitiva.

En esa demanda las primeras críticas recaen sobre los jueces, cuya actuación debe responder a la legislación vigente y a los derechos protegidos en las constituciones democráticas, que aun cuando fueren respetados son objeto del supuesto disconformismo social.

Podemos radicar aquí un primer aspecto negativo de la adjudicación a la prisión provisional del mismo sentido simbólico que el de la pena de prisión ya que el fomento de tal confusión perjudica la finalidad de prevención de esta última. Ello se da así toda vez que en el caso de la prisión provisional (con un proceso penal en curso), donde esa estadía en prisión puede ser más corta y orientada a necesidades procesales puntuales, en contadas ocasiones se explica que su mantenimiento y duración poco tienen que ver (o poco debieran, como prioridad) con las características del delito investigado en cada caso y que por ello difiere de la pena.

Esta cuestión es relevante. Destacados penalistas como KINDHÄUSER sostienen que es evidente que la difusión pública de los hechos relacionados con el diálogo entre el delito y la pena de prisión puede resultar beneficiosa en cuanto sirve a la consecución de los fines de esta, pero puede también ser extremadamente perjudicial en la medida en que dificulte o incluso impida alcanzar las finalidades perseguidas con la imposición de la sanción⁴⁸².

⁴⁸⁰ En igual sentido, TORO, *La pena de prisión...*, p. 62.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 63. La alusión a la prisión se trata, sin duda, de un simbolismo con una carga muy importante: el retorno al espectáculo público, al suplicio público, esa categoría expresada por FOUCAULT, *Vigilar...*, p. 11, con el suplicio de Damians como manifestación del poder del rey, que mostraba su potencia en el arte de la crueldad pública, remozada ahora en los comienzos del S. XXI.

⁴⁸² KINDHÄUSER, “Sobre la posible...”, pp. 1119-1120.

Análogo razonamiento corresponde a los fundamentos de la medida de prisión provisional cuando se alteran sus condiciones de legitimidad al ser comunicada públicamente, confundiendo y perjudicando sus verdaderos fines.

4.2 La construcción de la emergencia y la reacción habitual

En el marco del Derecho penal y de la política criminal, nace la noción de emergencia cuando la sociedad insegura y asustada, debido a la sobreexposición de los delitos y la creación de una sensación de impunidad por los medios de comunicación, empieza a exigir la penalización de ciertos actos y una inmediata y excesiva retribución del Estado frente a ciertos crímenes, en la creencia de que la aplicación del Derecho penal por intermedio de los órganos administradores de justicia puede resolver los problemas relacionados con la delincuencia.

Ante esta situación, el Estado, a partir de un éxtasis de la colectividad, puede intentar proporcionar respuestas a los deseos inmediatos y actuar de acuerdo con las presiones sociales⁴⁸³, flexibilizando garantías consagradas y reemplazando el lejano momento del juicio y la sentencia con medidas efectistas y rápidas⁴⁸⁴.

Frente a la sensación de aumento delictivo, como lo señala HASSEMER⁴⁸⁵ entre otra literatura, el legislador (sin detenerse a evaluar si la política adoptada es eficaz) hace notar su supuesto interés por los problemas de la sociedad y reacciona de manera inmediata a ellos⁴⁸⁶. Es en este momento cuando podemos ver cómo la opinión pública

⁴⁸³ Cfr. JIMÉNEZ RODRIGO, M. L./DOS SANTOS, R. A., "Derecho Penal de emergencia: Medios de comunicación y adopción de medidas penales excepcionales", *Revista Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n° 67, jul./dic. 2015, p. 486, trabajo donde se citan diferentes casos en los que tal situación se verificaría tanto en España como en Brasil.

⁴⁸⁴ Denuncian JIMÉNEZ RODRIGO/DOS SANTOS, "Derecho Penal de emergencia...", p. 503, que el Derecho penal debe, en verdad, servir como un instrumento de reducción tanto de los abusos de los particulares como de la arbitrariedad del poder estatal, mientras que en general, se puede concluir que las medidas de emergencia, de manera inadecuada y atendiendo a protestas sociales de dudoso origen estarían provocando el aumento de la retribución estatal para ciertos delitos burlando toda la evolución sistemática de los principios del Derecho penal y los fundamentos legítimos de la pena para satisfacer la presión, olvidando las bases democráticas que sostienen el sistema.

⁴⁸⁵ HASSEMER, W., *Três temas de Direito Penal*, Ed. Esmp, Porto Alegre, 1993, p. 86.

⁴⁸⁶ Pese a que, como sostienen JIMÉNEZ RODRIGO/DOS SANTOS, "Derecho Penal de emergencia...", p. 503, muchas de las reformas punitivas no tienen verificada su eficacia para disminuir la delincuencia y solo poseen el efecto de tranquilizar, por cierto tiempo, a los individuos, hasta que un nuevo crimen de gran

conformada del modo en que se viene explicando pasa a tener una cierta importancia política⁴⁸⁷.

Los medios de comunicación, gracias al poder y las herramientas con las que cuentan, pueden causar en las personas una sensación de que la delincuencia es el mayor problema de la sociedad, y con ello pasar a creer que la represión va a ser eficaz para contener la propagación del delito⁴⁸⁸. La creación de nuevas y más estrictas normas penales que son desarrolladas en el clamor de la opinión pública, después de la ocurrencia de delitos muy publicitados en los medios de comunicación, se configura en muchas ocasiones a los ojos de la sociedad como única respuesta para mantener su seguridad⁴⁸⁹.

La prisión provisional puede cumplir un rol excepcional y momentáneo en estas circunstancias, pero ello resulta sumamente peligroso en la medida en que tergiversa sus finalidades y fundamentos constitucionales, en aras de una política de seguridad que debiera ser abordada por el Estado con otros medios.

Tal excesivo uso de la medida cautelar se trata de fundamentar en la posibilidad de que no se vea afectada la vigencia del sistema y la confianza de la sociedad en la justicia, pero mal podría sostenerse que la afectación de garantías consagradas universalmente deba ser el costo a pagar ya que ello violenta de igual forma esa vigencia del sistema constitucional que debe ser preservado.

Esto ocurre cuando (tomándose el enfoque del Derecho penal simbólico ya mentado), se responde a una supuesta demanda de seguridad con el endurecimiento de las penas y se relajan garantías, con el fin de calmar los ánimos de la opinión pública⁴⁹⁰.

Sin embargo esta reacción del Estado es puramente simbólica porque la realidad y las estadísticas muestran que las medidas excepcionales adoptadas no suelen ser

publicidad y alarmismo social ocurra, creando en el público una falsa ilusión de seguridad y un falso sentimiento de confianza en el sistema jurídico y en sus instituciones.

⁴⁸⁷ Cfr. también ANTÓN MELLÓN/ÁLVAREZ JIMÉNEZ/PÉREZ ROTHSTEIN, "Medios...", pp. 32-61.

⁴⁸⁸ CASTELLS, M., "Comunicación, poder y contrapoder en la sociedad real. Los medios y la política", *TELOS: Cuadernos de comunicación e innovación*, Madrid, 2008, n. 74, pp. 13-24.

⁴⁸⁹ JIMÉNEZ RODRIGO/DOS SANTOS, "Derecho Penal de emergencia...", p. 489.

⁴⁹⁰ ANTÓN MELLÓN/ÁLVAREZ JIMÉNEZ/PÉREZ ROTHSTEIN, "Medios de comunicación...", p. 51.

capaces de reducir el crimen, ya que las verdaderas causas que llevan al posible aumento de la delincuencia no son investigadas ni atendidas con profundidad⁴⁹¹.

Con ello se ha advertido que el populismo punitivo ha sido uno de los instrumentos utilizados como punto de inserción entre los cambios socioeconómicos estructurales, la hegemonía ideológica neoliberal, el derecho y las políticas públicas⁴⁹². En su ámbito tiene una especial importancia también el papel de las víctimas de delitos violentos⁴⁹³.

En muchas oportunidades las cúpulas de las instituciones del sistema de justicia también participan activamente en la generación y el mantenimiento de ese clima. Declaraciones rimbombantes procedentes de los presidentes de los tribunales supremos, el fiscal general o sus voceros, se incorporan en ocasiones a la perspectiva del llamado “populismo punitivo”, que muchos políticos abrazan haciéndose eco de los reclamos de una “aplicación estricta” de la ley.

La difusión pública y repetida de estas expresiones hace parecer como innecesaria la emisión institucional de reglamentos internos o instrucciones generales respecto de cómo deben actuar sus funcionarios⁴⁹⁴. A estos les es suficiente leer los diarios o ver los noticieros de televisión para quedar notificados acerca de qué es lo que las cabezas jerárquicas esperan de su desempeño.

4.3 La relativa influencia constatada

⁴⁹¹ Cfr. JIMÉNEZ RODRIGO/DOS SANTOS, “Derecho Penal de emergencia...”, p. 494. En ese sentido, el Informe de la Fundación para el debido proceso sobre la prisión provisional en Argentina, Colombia, Ecuador y Perú: DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, pp. 9 ss., refleja que los políticos -de gobierno y de oposición- han instalado en su discurso el tema de la inseguridad y la necesidad de combatirla mediante una mayor represión del delito, al tiempo que rehúyen afrontar la cuestión de las políticas de Estado que podrían contrarrestar eficazmente la generación social de la delincuencia.

⁴⁹¹ ANTÓN MELLÓN/ÁLVAREZ JIMÉNEZ/PÉREZ ROTHSTEIN, “Medios de comunicación...”, p. 7.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 7.

⁴⁹³ POZUELO PÉREZ, *La política...*, p. 87.

⁴⁹⁴ Aun así, como indica el informe DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, p. 9, sobre Argentina, la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires encontró preciso dictar la resolución 752/2000 que dispone que los fiscales y agentes fiscales agoten los recursos legales “respecto de las resoluciones judiciales que concedan el beneficio de la excarcelación, aún en aquellos casos que se fundamente en la declaración de inconstitucionalidad de alguno de los preceptos que la rigen”.

Los medios de comunicación instrumentalizan el Derecho penal, transmitiendo imágenes sesgadas de la realidad, incluso informando acerca de discutidas “olas de criminalidad” que no coinciden con el escenario delictivo reflejado en las estadísticas criminales o en las investigaciones de las ciencias sociales⁴⁹⁵.

SOTO NAVARRO, en sus estudios respecto de la influencia de los medios de comunicación en la percepción social de la delincuencia y de la prisión⁴⁹⁶, logró determinar que los medios de comunicación transmiten una imagen de la delincuencia muy distinta de la real. Además distintas investigaciones comprobaron la estrecha relación entre el crecimiento de la percepción social del delito tanto en las sensaciones de preocupación y miedo, con el incremento de noticias relacionadas con la delincuencia y el fenómeno criminal, y con el correspondiente anuncio del gobierno de medidas contra la pequeña delincuencia⁴⁹⁷.

Pese a ello, debe aclararse que los medios son un factor más que puede contribuir al desarrollo de actitudes de miedo y preocupación social ante el delito, pero no son la única causa de ambas inquietudes.

Otras circunstancias que pueden tener mayor incidencia son la experiencia personal previa con el crimen (directa o indirecta); las características personales (edad, género, nivel de estudios e ingresos, ideología política y esquemas pre-existentes, estilo de vida); las condiciones ambientales (lugar de residencia, tamaño de la comunidad,

⁴⁹⁵ Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *El Nuevo Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 63; POZUELO PÉREZ, *La política...*, p. 93.

⁴⁹⁶ SOTO NAVARRO, “La influencia...”, p. 13, tras los estudios realizados, concluye que no existe una relación de adecuación entre los índices de delincuencia y la cantidad de información sobre delincuencia en los medios. La tasa de delincuencia española es muy inferior a la media europea conforme los datos estadísticos oficiales sobre delitos, sin perjuicio de lo cual la tasa de población penitenciaria y hacinamiento carcelario es ostensiblemente superior a los porcentajes europeos, superando los cien internos por cien mil habitantes. Se constató que la mayor cobertura periodística correspondía a homicidios o asesinatos (30,57% del total de noticias mensuales sobre delincuencia), coberturas realizadas con un entonado sensacionalismo, seguidos de desórdenes públicos y delitos contra la libertad sexual, encontrándose los robos y las lesiones violentas en el último puesto, lo cual que no condice con las estadísticas oficiales, puesto que el primer puesto en incidencia real corresponde a los ataques contra el patrimonio. También se verificó que las publicaciones remarcan la nacionalidad y proveniencia de los presuntos autores de hechos delictivos, haciendo hincapié en el incremento de detenidos extranjeros. Ver, asimismo, el análisis realizado por TORO, M. C., *La pena de prisión...*, p. 61.

⁴⁹⁷ Cfr. ANTÓN MELLÓN/ÁLVAREZ JIMÉNEZ/PÉREZ ROTHSTEIN, “Populismo punitivo...”, p. 13.

contexto comunitario, etc.); el grado de confianza en las instituciones de seguridad; etc.⁴⁹⁸.

Por ello, como sostienen GÓMEZ BELLVÍS y FALCES DELGADO -quienes realizaron un estudio empírico sobre la variación de la respuesta del encuestado en función del modo en que es realizada la pregunta-, no puede darse por sentada la postura punitivista de la opinión pública en general a causa del sesgo que se produce en la elaboración de juicios complejos, dependiendo de la perspectiva con que se presente la información⁴⁹⁹. O, como resume POZUELO PÉREZ⁵⁰⁰, todo depende de cómo se planteen la pregunta y del grado de información con el que cuente quien ha de responder.

Ello no resulta extraño, si se observa que el populismo así visto refiere a la idea de que la deriva punitiva de la política criminal se debe tanto a las demandas de penas más severas por parte de la ciudadanía a los políticos, como a la manipulación de esos mismos ciudadanos por parte de estos para la creación de percepciones de inseguridad para poder ofrecer una respuesta dura contra el crimen con fines electorales⁵⁰¹.

Por ello debe interpelarse la idea recurrente de que la ciudadanía es punitivista casi por naturaleza y responsable de que el legislador aumente la coacción estatal. Ello suele omitir la observación del modo en que la opinión es recabada y la creación de la espuriamente utilizada “demanda social”⁵⁰². Al decir de VARONA GÓMEZ⁵⁰³ la ciudadanía, más que severidad penal, exige eficacia en el sistema de justicia penal. Ello debiera incluir respeto por los derechos fundamentales de todos.

Así, el proceso de *agenda-setting* si bien le reconoce un gran poder a los medios no debe ser magnificado. La posibilidad que estos poseen de exponer un tema en

⁴⁹⁸ Cfr. FUENTES OSORIO, “Los medios de comunicación...”, p. 15.

⁴⁹⁹ GÓMEZ-BELLVÍS/FALCES-DELGADO, “Los efectos...”, p. 1. La presentación de la información suele darse en un contexto que obliga a los encuestados a centrarse exclusivamente en la víctima y en la condena del daño causado. Con ello puede que se esté facilitando la representación del problema en términos de intuiciones retributivas y dificultando la toma en consideración de otros principios y garantías que forman parte de la maquinaria penal, cuando la lógica del funcionamiento del sistema de justicia penal es más fácilmente comprensible desde la perspectiva del que es acusado de un delito primero, y condenado después.

⁵⁰⁰ POZUELO PÉREZ, *La política...*, p. 88.

⁵⁰¹ GÓMEZ-BELLVÍS/FALCES-DELGADO, “Los efectos...”, p. 4.

⁵⁰² Cfr. *Ibidem*, p. 4; POZUELO PÉREZ, *La política...*, p. 90, refieren que resulta esencial el grado de formación e información con el que cuenten las personas encuestadas, concluyendo que cuanto más información tenga el encuestado, menos punitivas son sus respuestas. A partir de ello se marca la diferencia entre la opinión pública simple (más volátil) y la opinión pública meditada (más consistente y estable).

⁵⁰³ VARONA GÓMEZ, D., “¿Somos los españoles punitivos?”, *InDret*, 1/2009, p. 9.

concreto en primera plana con independencia de la realidad del conflicto no implica que se elaboren problemas de la nada o que la preocupación sea ilusoria⁵⁰⁴.

Son diversas las características del fenómeno identificadas por VARONA GÓMEZ (heterogeneidad, dinamismo, interacción, diferentes motivaciones y doble rol de los medios⁵⁰⁵) que impiden establecer una relación precisa entre los medios, la opinión pública y los sectores del poder político. A ello debe sumarse el sesgo que poseen las encuestas de opinión pública⁵⁰⁶ y la consideración del “mito del punitivismo”⁵⁰⁷, todo lo cual aconseja el predominio de la cautela para reconocer en la opinión pública el origen de las relaciones que afectan la toma de decisiones legislativas sobre la criminalidad.

Reconociéndose la relación de los diversos poderes de una sociedad como una dialéctica compleja debe aceptarse, sin embargo, que las estructuras con mayor dominio en la época tienen mayor acceso a lo mediático y a las redes sociales y una predominante posibilidad de establecer la agenda⁵⁰⁸.

Por ello, pese a esta compleja interrelación entre los factores que explican la relevancia mediática que un tópico determinado adquiere en un momento dado y su influencia relativa, resulta claro que la exaltación de un determinado tipo de delincuencia puede contribuir de un modo apreciable a la elaboración de una política criminal punitiva que influya en todo el sistema de justicia penal, incluyendo -además del aumento de las escalas penales para determinados delitos y la creación de nuevos

⁵⁰⁴ POZUELO PÉREZ, *La política...*, p. 43, explica que en el caso del aumento de la expansión que tuvieron las noticias sobre criminalidad en España entre 2001 y 2003 la “ola de criminalidad” no fue creada de la nada ya que existía un cierto repunte estadístico respecto de determinados delitos aunque este no fue especialmente relevante. En VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, p. 7: “la situación es más compleja porque obviamente los medios no son ingenuos, como lo sería creer que sistemáticamente la ciudadanía puede ser objeto de burdas manipulaciones.” Una ulterior complejidad que ha de tenerse en cuenta viene del hecho de que un mismo actor puede perseguir finalidades diversas a la hora de tratar de tematizar la agenda. Así por ejemplo, en el ámbito de la delincuencia, al situar esta en primer término un mismo actor podría perseguir una redefinición ideológica o simplemente desviar la atención de un problema particularmente grave que le acosa mediáticamente.

⁵⁰⁵ Aunque para CASTELLS, “Comunicación, poder...”, pp. 13-24, los medios solo conforman el espacio en el que se ejerce el poder, no la fuente que lo sostiene.

⁵⁰⁶ GÓMEZ-BELLVÍS/FALCES-DELGADO, “Los efectos del contexto...”, pp. 1 ss.

⁵⁰⁷ Cfr. POZUELO PÉREZ, *La política criminal...*, p. 90.

⁵⁰⁸ VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación...”, p. 12, por tanto si tuviera que hablarse de una tendencia o línea general esta sería sin duda que los actores con más poder (el sector mediático, económico y político) son los que normalmente determinan la agenda pública, resultando bastante más difícil que los movimientos sociales o determinados grupos consigan tematizar la agenda, a no ser claro está, que sus intereses coincidan con los de los más poderosos.

tipos penales- la regulación y aumento en la utilización de medidas cautelares en el proceso.

4.4 Los ejemplos en España y en Argentina de reformas penales como respuesta a la supuesta demanda social de mayor seguridad

Un caso claro de emergencia construida pudo observarse en Argentina, cuando en el año 2004, luego de una manifestación pública de más de cien mil personas realizada en la ciudad de Buenos Aires en reclamo por “mayor seguridad” fue sancionada una serie de reformas legislativas en materia penal. Ello se originó en solidaridad con Juan Carlos BLUMBERG, un empresario cuyo hijo apareció muerto luego de ser víctima de un secuestro extorsivo.

Como el petitorio fue acompañado con la firma de decenas de miles de ciudadanos, se interpretó que las reformas solicitadas eran un reclamo de la sociedad en su conjunto, sancionándose tras ello nuevas leyes en materia penal con una velocidad inédita para los tiempos parlamentarios habituales⁵⁰⁹.

Ante tal coyuntura, en la Exposición de Motivos de la Ley 25886⁵¹⁰, el Poder Ejecutivo Nacional expuso que el notable incremento de los delitos en contra de la propiedad y de las personas mediante el uso de armas de fuego de creciente poder ofensivo, así como la efectiva ocurrencia de acciones terroristas mediante el empleo de sustancias explosivas de un poder devastador antes nunca visto, motivaba a instar la sanción de reformas, tendentes a prevenir y controlar tal tipo de fenómenos, debiendo cubrirse todas aquellas acciones que se presentaban, anticipándose su punibilidad por el peligro que comportaban⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Las modificaciones implicaron, entre otras cosas, el reemplazo del art. 189 bis CP que se ocupa de tipificar las conductas relacionadas con la tenencia, portación y acopio de armas.

⁵¹⁰ Que es una de las normas sancionadas dentro de este conjunto de reformas.

⁵¹¹ Y se añadía que *“De las investigaciones practicadas en los sumarios judiciales se ha establecido que es por demás frecuente que los delincuentes alquilen las armas para la comisión de los delitos, modalidad que crece día a día. Tal verificación no solo implica la posibilidad que se multipliquen los delitos, sino también la dificultad para el secuestro de las armas, producida la detención del autor. De ahí la conveniencia del refuerzo de la sanción.”* Finalmente, se introdujeron en el proyecto tipos penales acerca de la adulteración del marcado de las armas, señalándose que dada la importancia que ello revestía a los fines de la debida identificación de aquellas, se sugería ampliar tal previsión para hacerla

En tal sentido, muchos analistas sociales ubicaron a estas reformas legislativas en materia penal en el marco de un proceso más amplio de generalización de los reclamos sociales de seguridad que implicaban la demanda de “defender la sociedad” y un auge del populismo punitivo.

La cuestión del delito como un problema público fue así ubicada, en el debate dual seguridad-inseguridad, que cobrara preponderancia dentro de la discusión de política nacional. A partir de la campaña electoral siguiente la cuestión de la inseguridad tuvo niveles altos de politización y se consolidaron los discursos denominados de “mano dura” llevados adelante como eje de campaña. Algunos legisladores de la época reconocían este proceso de modificaciones sistemáticas al CP y resaltaban su fracaso como política de seguridad⁵¹².

Los ejes discursivos del debate parlamentario se centraron en: “sentir la inseguridad como propia”, “mano duristas vs. garantistas”; “sacar de circulación y castigar a los antisociales” y “más poder a las policías”, entre otros eslóganes usados en el recinto legislativo y que se reiteran en numerosos casos como el comentado en todos los países que comparten la misma cultura⁵¹³.

En España, como ejemplos paradigmáticos de la interrelación entre crímenes mediáticos, respuestas políticas y reformas legislativas, cabe destacar los casos de Sandra PALO⁵¹⁴, Mari Luz CORTÉS⁵¹⁵ y Marta del CASTILLO⁵¹⁶.

A modo de ejemplo, el caso de Sandra PALO, que implicó la condena de tres menores de edad por un delito de detenciones ilegales, tres de agresiones sexuales y un

extensiva a los supuestos de fabricación de armas sin signos de identificación y para que se incluya tanto el número como el grabado. Tales fueron las líneas fundamentales sobre las que reposó la reforma propuesta (y luego sancionada por ambas Cámaras del Congreso) que contribuiría a “dotar al Estado de una mayor eficacia en la acción contra el delito”.

⁵¹² Este caso es analizado, entre otros, por GUTIERREZ, M., *Punitivismo y eficientismo en el proceso de inflación penal argentino*, V Jornadas de Sociología de la UNLP, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Departamento de Sociología, La Plata, Argentina; MUÑOZ TEJADA, J. A., “Populismo punitivo y una “verdad” construida”, Enero-Junio 2009, *Nuevo Foro Penal*, n° 72, p. 25.

⁵¹³ JIMÉNEZ RODRIGO/DOS SANTOS, “Derecho Penal de emergencia...”, p. 495, evaluaron en Brasil casos que movilizaban la intensa actuación de los medios de comunicación al tratarse de personas muy conocidas públicamente y que también llevaron a una intensa reacción de la sociedad que exigía una respuesta rápida y dura del legislador penal acerca de la criminalidad con efectos similares al estudiado.

⁵¹⁴ Vid. POZUELO PÉREZ, *La política...*, pp. 82 ss.

⁵¹⁵ Vid. ANTÓN MELLÓN/ÁLVAREZ JIMÉNEZ/PÉREZ ROTHSTEIN, “Populismo punitivo...”, p. 12.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 13.

delito de asesinato -lo que lo categorizó como un suceso excepcionalmente cruento- provocó un proceso mediático masivo.

Este caso originó una serie de peticiones por parte de los familiares de la víctima que, acompañados por una gran cobertura periodística realizaron serios cuestionamientos a la Ley penal del menor y efectuaron un mandato al Gobierno para que impulse una reforma legal del sistema⁵¹⁷. Ello derivó en una posterior modificación legal mediante la LO 8/2006 que endureció con respecto a los niños, niñas y adolescentes la respuesta estatal en materia punitiva y penitenciaria, hasta hacerla cada vez más parecida a la Ley penal aplicable a los adultos sin considerar las distintas consecuencias que la prisión tiene en aquellos.

Este proceso reveló también una correlación entre un suceso extraordinario particular, el predominio del mismo en la agenda pública, su paso al debate legislativo y la reforma legal que se realizó omitiendo la atención debida y razonada de los problemas del sistema de enjuiciamiento de menores⁵¹⁸.

En este punto cabe recordar las alertas expuestas por GÓMEZ BELLVIS y FALCES DELGADO respecto de la manera en que los resultados de los estudios sobre la opinión de la ciudadanía son recabados⁵¹⁹. Muchas veces se realizan relevamientos sin analizar el modo en que esa opinión fue encuestada y, en un caso como el explicado, el punto de vista al que la sociedad fue acercada para identificar esa común “opinión”, apareciendo el caso “BLUMBERG” en Argentina y los de Sandra PALO, Mari Luz CORTÉS y Marta DEL CASTILLO en España, como claros ejemplos del acercamiento del tercero encuestado a la posición de la víctima, generando su empatía con ella, y alejándolo del sujeto pasivo de la persecución penal pese a que las reformas impulsadas colocan a todos los integrantes de la sociedad en la posición de sufrir las mismas penas aumentadas que están reclamando y el relajamiento de las garantías a su respecto.

Para tratar una enfermedad es necesario, en primer lugar, diagnosticar sus causas para combatirlas. Sin embargo, el acercamiento hacia un Derecho penal máximo

⁵¹⁷ El cual sería introducido mediante la Disposición Adicional Sexta de la LO 15/2003.

⁵¹⁸ Cfr. POZUELO PÉREZ, *La política...*, pp. 129 ss.

⁵¹⁹ GÓMEZ-BELLVÍS/FALCES-DELGADO, “Los efectos del contexto...”, p. 5, comprueban que la presentación de la información suele darse en un contexto que obliga a los encuestados a centrarse exclusivamente en la víctima y en la condena del daño causado.

ignora esta necesidad, simplemente desprecia los motivos y prescribe medios curativos de forma aleatoria.

Como resultado de estos fenómenos lograron ser identificadas, por ejemplo, las siguientes situaciones que tienden a enfrentar las garantías clásicas del Estado Democrático de Derecho ya conquistadas⁵²⁰: aumento de las penas de delitos ya existentes; creación de nuevos tipos penales; disminución de los presupuestos de la punibilidad de los agentes; relativización de las garantías procesales para facilitar la condena de los acusados; expansión de la interferencia de la policía; flexibilización de las reglas de imputación; aumento de las medidas cautelares; y fortalecimiento de la represión sobre las libertades ciudadanas.

Por lo tanto en tales casos se evidenció una expansión del Derecho penal normativamente establecido, justificada en el discurso de “mayor seguridad” y más control que tuvo su correlato en un relajamiento de la protección de las libertades individuales y las garantías procesales y legales (afectación del principio de legalidad por falta de ley *stricta*, adelantamiento de la punibilidad en el tipo penal, etc.) reflejando una clara manifestación del modelo político criminal de populismo punitivo que ha avanzado en Iberoamérica en las últimas décadas, modificando los fines del Derecho penal en pos de políticas de securización de la sociedad y teorías de la “seguridad ciudadana”⁵²¹ y como una clara consecuencia de un reclamo social relativamente masivo.

Como vemos, entre las demandas y consecuencias no se diferencian cuestiones de legalidad y actuación penales y procesales, incluyéndose la afectación de garantías y principios informadores tanto del derecho sustantivo como del procedimiento y defensa en juicio. Sobre esta relación simbiótica entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal ahondaré en el Capítulo cuarto.

⁵²⁰ Cfr. BARATA VILLAR, F., *Alarmismos sociales y medios de comunicación. Perspectivas y enfoques sobre percepción de seguridad ciudadana - artículos especializados*, Cámara de Comercio de Bogotá, 2011, p.17.

⁵²¹ La perspectiva instrumental y utilitarista sobre las que estas reformas reposan muestra la ausencia de respeto a la orientación constitucionalmente exigible de que las penas se dirijan a finalidades de reinserción. En esta línea debería analizarse también si la pena prevista en estos nuevos tipos delictivos es proporcional, así como destacarse que el ordenamiento jurídico no solo debe preocuparse de establecer las consecuencias penales para aquellas personas que vulneran bienes jurídicos preciados para la sociedad, sino también de establecer los límites al empleo de la potestad punitiva del Estado, en busca de que el justiciable no quede desprotegido ante probables abusos estatales (policiales, judiciales, penitenciarios, etc.).

Aunque la resocialización del delincuente reposa sobre un soporte constitucional, tal finalidad ha dejado de tener un amplio respaldo social fruto de la nueva visión del delincuente y de la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana. La preocupación, en general, sobre la delincuencia y el miedo a ser víctima de un delito, han convertido a la criminalidad en uno de los temas estrella en la agenda social y se observa cómo, reiteradamente, las víctimas son escuchadas políticamente, a la par que se amplifica el pedido de “mano dura” con los victimarios.

En la dinámica política se suele utilizar la inseguridad como arma para desgastar al partido político rival, traduciéndose en votos en las siguientes elecciones o como mecanismo para aplicar medidas contra dicha situación y así hacer notar a la sociedad que el Gobierno de turno responde a sus demandas⁵²².

Sin embargo, los legisladores debieran tomar en cuenta que los ciudadanos no siempre tienen la mejor información para formar su opinión sobre un tema, especialmente cuando se sancionan normas que afectan a sectores vulnerables de la sociedad (como, por ejemplo, menores⁵²³, mujeres⁵²⁴ o inmigrantes).

Según el paradigma del populismo punitivo, la pena es concebida como una venganza social lo que la asemeja a su concepción retributiva en el sentido clásico que luego desandaremos. Los casos mediáticos no suelen reflejar las tendencias criminales mayoritarias en una sociedad, sino casos particulares e inusuales.

Con el fin de garantizar la seguridad y calmar a la opinión pública consternada con casos de elevada crueldad, los decisores políticos responden mediante el aumento intensivo y extensivo de las penas, sin analizar profundamente la diversidad delictiva de la sociedad y optando por una homogeneidad que elude la pluralidad causal de los delitos⁵²⁵.

⁵²² ÁNTON MELLÓN/ÁLVAREZ JIMÉNEZ/PÉREZ ROTHSTEIN, “Populismo punitivo...”, p. 9.

⁵²³ V.gr., conforme refiere COLÁS TURÉGANO, A., “La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del juzgado de menores de Sevilla, núm. 1. Sentencia de 24 marzo 2011”, *Revista boliviana de derecho* nº 19, enero 2015, p. 733, expone cómo en Bolivia, a pesar de todas las críticas doctrinales, el legislador, movido por la supuesta alarma social ante “graves hechos” protagonizados por menores, reformó la ley en reiteradas ocasiones, siempre con la finalidad de agravar la respuesta.

⁵²⁴ Cfr. ANITUA, G. I./PICCO, V. A., “Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’”, en *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2012, pp. 219 ss.

⁵²⁵ ÁNTON MELLÓN/ÁLVAREZ JIMÉNEZ/PÉREZ ROTHSTEIN, “Populismo punitivo...”, p. 21.

4.5 La función de la prisión provisional dentro del contexto punitivista

La existencia de un supuesto respaldo popular a las políticas de “mano dura” incluye el extendido uso de la prisión provisional que es promovido desde diversos ámbitos sociales y políticos, y propagado por los medios de comunicación sin mayores resistencias por parte de los operadores del sistema. Pero tal uso “*recibe un gran respaldo popular debido a que resulta consistente con algunas intuiciones muy elementales compartidas por la mayoría de los ciudadanos*”⁵²⁶. Sin ese respaldo, que proviene de la cultura jurídica o cívica instalada en la mayoría de la población -y que las circunstancias de inseguridad solo exacerbaban-, sería difícil que la prisión provisional se utilizara del modo en que se utiliza⁵²⁷.

Ante tal cuadro, sesgado deliberadamente, la aplicación de la prisión provisional ha merecido especial atención y “*mientras los políticos de oposición, como apunta el informe sobre Argentina, buscan aparecer como portavoces de sentimientos populares generados por la inseguridad, las autoridades de gobierno a menudo pretenden descargar en el sistema de justicia la responsabilidad que les corresponde directamente en el combate de las raíces del fenómeno delictivo*”⁵²⁸.

La prisión provisional es mostrada como una posible solución en la emergencia construida, importando poco, a estos efectos, que no sea una manifestación del Derecho penal *stricto sensu* (castigo del delincuente) y despreciándose la presunción de inocencia en su consideración de regla de tratamiento.

Revistiendo un papel preponderante en el sistema de justicia, la medida cautelar de carácter personal representa el poder coercitivo del Estado de una forma mucho más inmediata, simbólica y directa que la incierta pena, no necesitando motivarse en los fundamentos y previsiones que gobiernan esta y relajándose para su dictado las exigencias del juicio justo en el que se respetan todos los principios constitucionales

⁵²⁶ RIEGO, C., “Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina”, en *Sistemas Judiciales*, año 7, nº 14, 2010, p. 8.

⁵²⁷ Cfr. DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, pp. 19-20.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 20.

(menor exigencia probatoria, restricciones a la contradicción entre las partes⁵²⁹, límites recursivos, ambigüedad en la descripción del hecho en que se funda, insuficiencia de corroboración empírica sobre las circunstancias que se aluden, etc.).

La detención de quien aún se presume inocente alcanza así muchas veces mayores consecuencias que la propia pena tanto para el involucrado como para la sociedad, cumpliendo con creces lo necesario para comunicar una respuesta firme mediante una imagen impactante y expedita en los tiempos que el negocio mediático demanda, trasladando a la sociedad esa sensación de respuesta urgente, a la vez que exige menos requisitos que la sentencia de condena.

Debemos reflexionar que los medios de comunicación son, en todo caso, notorios por definición (ya que son conocidos por un público masivo al que se dirigen buscando atraer). Por eso el tratamiento de la cuestión penal tanto en la faz legislativa como en la aplicación por parte de tribunales, a poco que se contamina del mundo de la información pública asume riesgos de tornarse “populista” como en el caso en que aparece este tipo de respuestas que responden al fenómeno del punitivismo, debiendo diferenciarse los valores que en todo caso caracterizan hoy un sistema democrático concebido como el mejor de los posibles, pero sin caer en la simplicidad que emana de su propia definición ya que consistiendo en el gobierno del pueblo (a través de sus representantes), no necesariamente significa que en la adopción de cualquier política pública -incluyendo la política criminal- deba establecerse lo que una mayoría considere acertado sin mayor debate o análisis racional sobre sus causas y efectos.

II. Los derechos afectados por la publicidad del proceso

1. Acerca de la publicidad del proceso

Una de las finalidades que amerita el estudio de los problemas que se da entre la actividad de los medios y la reacción estatal coercitiva, es la de garantizar aquellos

⁵²⁹ Incluso en países como Argentina no se requiere aún siquiera que el pedido provenga de la parte acusadora.

derechos que la publicidad de los actos de poder persigue y limitar la afectación de aquellos que pueda ser provocada por el mismo fenómeno comunicacional.

Reconocemos dos valores democráticos a defender en torno de la publicidad: el derecho del justiciable a un juicio público y el derecho de la ciudadanía a estar informada.

Se debe prevenir y, eventualmente, sancionar la afectación de derechos personalísimos de las personas involucradas en un caso -como son principalmente el derecho a la intimidad, derecho al honor, derechos de la personalidad y derecho a la imagen- y, por otra parte, confrontar las tensiones que la divulgación de información genera para el desarrollo de las investigaciones y que en determinados momentos puede frustrar la misión última del proceso.

La existencia de principios jurídicos reflejados en la legislación y las constituciones que regulan la publicidad tiene un fin preventivo de tales lesiones y atiende a cuestiones tan disímiles como la violación del secreto de sumario, la revelación de la identidad de una víctima o de un menor, el respeto por la libertad de expresión, el cuidado de la imagen, intimidad y honor de las partes procesales y la preservación de la labor judicial, entre otras.

Sin embargo, a poco que se observan las distintas legislaciones podemos decir que en esta materia encontramos una escasa incorporación de tales cuestiones en el ordenamiento procesal penal vigente, en un nivel de atención muy por debajo de las necesidades del problema que presentan los principios en juego. Incluso es limitado en el orden reglamentario intrainstitucional el modo en que los órganos judiciales regulan la comunicación de sus decisiones a la ciudadanía.

1.1 Los fundamentos de la publicidad del proceso

En sus comienzos la publicidad se manifestaba únicamente como un atributo de poder, donde la pena tenía en sí misma una finalidad ejemplificadora a nivel social (por ejemplo, se colgaban individuos en la plaza pública). Tales decisiones y su ejecución

solo podían ser conocidas por la población cuando eran dadas públicamente en un espacio apto para que la fuerza de las imágenes superara a la razón⁵³⁰.

Con posterioridad, desde un punto de vista histórico y político, la publicidad fue considerada un logro del pensamiento ilustrado frente al sistema inquisitivo⁵³¹ (que se caracterizaba por seguir un modelo de enjuiciamiento secreto, sin control, arbitrario, discriminatorio y desconocedor de la libertad)⁵³².

Desde el utilitarismo (BENTHAM) se entendió al principio de publicidad como la necesidad de tener en el juicio penal un escenario público en el que se estableciera un control de las pasiones en las que podrían caer tanto los jueces como los testigos al momento de materializar sus actuaciones⁵³³.

El aspecto comunicativo de la actuación penal continuó desarrollándose para aludir, desde otro plano de análisis, a los cimientos del sistema penal propiamente dicho⁵³⁴ respecto a la capacidad de la pena de expresar ante toda la sociedad su mensaje⁵³⁵ cumpliéndose con ello una función preventivo comunicativa general.

⁵³⁰ Así lo explica, GRANJA, "La Publicidad Procesal...", pp. 89-101.

⁵³¹ Como describe PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal: Principios del proceso penal*, T. I, Ed. Colex, Madrid, 2000, p. 266.

⁵³² Conforme reseña CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 146, BECCARIA, al reconocer la importancia de esta característica para concebir la idea de un proceso justo, decía "que sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del reato (o delito), para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la Sociedad, imponga un freno a la fuerza, y a las pasiones; para que el pueblo diga: Nosotros no somos esclavos, sino defendidos". En esa misma línea, BENTHAM defendió la publicidad como la más eficaz de todas las salvaguardias o garantías del testimonio, y de las decisiones que dependen de él: "es el alma de la justicia: debe extenderse a todas las partes que concurren a la formación de la causa, y a toda especie de causa".

⁵³³ Cfr. BERNAL CASTRO/MOYA VARGAS, *Libertad de expresión...*, p. 8.

⁵³⁴ PUPPE, I., *El derecho penal como ciencia*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2014, pp. 118 ss, dedica un análisis del "derecho como comunicación", generando un nuevo interés de los dogmáticos del Derecho penal por arribar a definiciones al respecto. Así, proliferó en los últimos tiempos la visión de la actuación penal como acto comunicativo. Se estudia la función de la pena a partir de ideas de la filosofía del lenguaje, de la teoría de sistemas de LUHMANN y de la concepción del delito como acto comunicativo del individuo que contraría al derecho y la pena como comunicación del Estado para desaprobado esa contravención y garantizar la vigencia de las normas.

⁵³⁵ Como señalaron RUSCHE, G./KIRCHEIMER, O., *Pena y Estructura social*, Ed. Temis, Bogotá, 1984, p. 254: "El sistema penal de una sociedad determinada no constituye un fenómeno aislado sujeto solamente a sus regulaciones normativas, sino que es parte integral de la totalidad del sistema social con el que comparte sus aspiraciones y defectos." Y en este sentido, una base cultural determinada le imprime a la sanción, a través de la publicidad, la proyección comunicativa, la resonancia simbólica de expresión de cierto sentido de la penalidad."

Con las convenciones internacionales y pactos de derechos humanos del S. XX⁵³⁶, la publicidad se transformó en un principio y garantía judicial básica para el justiciable que se complementa con el derecho ciudadano a percibir y conocer la actuación de los tribunales de justicia⁵³⁷. Con su consolidación como principio del proceso, el de publicidad tuvo por objeto principal limitar la irrefrenable tendencia del poder a actuar en la oscuridad⁵³⁸.

Pero en nuestros días la publicidad del juicio penal posee un significado diferente al que tuvo cuando fue legalmente establecida, habiéndose transformado la etapa de enjuiciamiento penal en una representación escénica hoy favorecida por los cambios tecnológicos y el protagonismo de los medios masivos de comunicación y las redes sociales -cada uno de ellos con sus particulares y diferentes modos-⁵³⁹.

Cabe decir que la difusión del proceso puede repercutir no solo en los sometidos a juicio y en las garantías constitucionales que el Derecho debe tutelar, sino también en el juez⁵⁴⁰, en los jurados, en las víctimas, en el entorno familiar y social de las partes involucradas, en los testigos y en la vida en sociedad, pues en innumerables oportunidades esa publicidad amplificadora por la prensa contribuye a formar la aludida percepción social binaria (“el bien vs. el mal”), traducida luego en opinión pública (habitualmente negativa) acerca del funcionamiento de la administración de justicia.

Pese a ello, al decir de NINO, el proceso judicial, como todo acto de un gobierno republicano, debe ser público o sea, sus diferentes pasos deben estar abiertos al conocimiento directo o inmediato de la población en general⁵⁴¹. Además de las finalidades que logra la coerción estatal al ser comunicada, también la confianza ciudadana hacia el sistema de justicia se logra abriéndose el juicio a la sociedad, informando e instruyendo al ciudadano, comunicándose con él, permitiéndole

⁵³⁶ Así, los arts. 11.1 DUDH, art. 14.1 PIDCP y 6.1 CEDH consagran el derecho de toda persona a un juicio público y con todas las garantías para su defensa, salvo ciertas excepciones cuando, frente a determinados escenarios, primen otros intereses. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone en su art. 6 que “toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública”. En igual sentido se expresa el PSJCR (art., 8 inc.5: “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”).

⁵³⁷ Cfr. CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 146.

⁵³⁸ En palabras de ANITÚA, G., *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 330, cualquier interpretación, aseveración jurídica o valoración mediática, se hará aprehensible al conjunto de los actores solo si es visible

⁵³⁹ GRANJA, “La publicidad procesal...”, p. 91.

⁵⁴⁰ Cfr. PASTOR, “Juicios paralelos...”, p. 460.

⁵⁴¹ NINO, *Fundamentos...*, p. 451.

apropiarse de las cuestiones que le afectan -o pueden eventualmente hacerlo- en la esfera judicial, política y social⁵⁴².

Por otra parte, se considera que la libertad de expresión es la piedra angular de la democracia, pues con ella se permite el desarrollo de la tolerancia, el pluralismo, pero también la supervisión y el control sobre aspectos trascendentes de la vida pública (v.gr., políticos, electorales, procesos judiciales de trascendencia, política exterior en juicios de extradición). El efectivo ejercicio de la libertad de expresión sirve para fomentar la responsabilidad de los funcionarios públicos⁵⁴³ y la transparencia de su gestión.

La doctrina mayoritaria sostiene que la excepción a que el proceso judicial sea público (es decir, abierto al conocimiento directo e indirecto de la población en general) solo encuentra lugar cuando pueda afectarse el resguardo de bienes personales o sociales o una finalidad procesal concreta.

También el constitucionalista argentino BIDART CAMPOS sostenía que los actos procesales que se van cumpliendo y sucediendo en una causa pendiente de tramitación ante un tribunal necesitan tomar estado público, porque son actos de poder. Y que la simple publicidad no interfiere dañinamente en los derechos de los justiciables que están comprometidos en un proceso siempre que quien difunde la información no añada a lo que es simplemente noticia sus propios comentarios en desmedro del deber periodístico de información, o en violación a los derechos ajenos⁵⁴⁴.

En palabras de FERRAJOLI, el principio de publicidad del juicio se presenta “como garantía de garantías”⁵⁴⁵. Pese al principismo que rige dicho análisis, acuerdo con GRANJA en que la realidad nos indica que hoy en día existe una demanda social de protagonismo judicial para que la administración de justicia juegue un papel esencial en la vida institucional de nuestros países. Por ello la evolución y resolución de un proceso judicial debería considerarse un espacio de encuentro con el ciudadano; una posibilidad para dirigirse a él, para expresarle cuáles son sus derechos y obligaciones generados por

⁵⁴² Cfr. GRANJA, “La publicidad procesal...”, p. 97.

⁵⁴³ Cfr. BERNAL CASTRO/MOYA VARGAS, *Libertad de expresión...*, p. 28.

⁵⁴⁴ BIDART CAMPOS, G., “Presunción de inocencia, derecho al honor, derecho a la información y libertad de prensa”, *El Derecho*, t. 165, p. 302.

⁵⁴⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 616.

la vida en sociedad⁵⁴⁶, pero siempre custodiando que ello no implique lesionar derechos de las personas inmersas -imputados, víctimas, testigos, familiares o jueces- en un proceso judicial, porque en tal caso se estaría permitiendo que bajo el amparo de un supuesto “interés general”, un proceso penal pueda convertirse en un espectáculo público⁵⁴⁷, que inevitablemente lesione derechos personalísimos y garantías constitucionales.

El Presidente de la CSJN argentina escribió: “*Una sociedad democrática con fortalecimiento institucional no se construye con edificios oscuros y opacos, sino con cristales transparentes donde todos podamos ver con claridad lo que sucede y nos hagamos responsables*”⁵⁴⁸.

1.2 Las nuevas tecnologías y su consideración ante el principio de publicidad del juicio

En las últimas décadas, el concepto mismo de publicidad comenzó a ser redefinido como consecuencia de las transformaciones sociales y tecnológicas. Al momento de redactarse muchos de los actuales códigos de procedimiento penal, la publicidad era satisfecha con el grupo de asistentes a las salas donde se realizaban las

⁵⁴⁶ GRANJA, “La publicidad procesal...”, p. 99, explica que la circunstancia de que la información sea pública no la convierte necesariamente en accesible. La población debe contar con instrumentos viables para comprender las razones por las cuales se arribó a una resolución y advertir su significado real; para lo cual deben las fundamentaciones expresarse en términos comprensibles, que no sean simples generalidades, sino razonamientos fácilmente entendibles por el común de la gente. Para ello, como primera medida, se necesita de dos emisores esenciales que deben informar y comunicar a la población acerca de la actividad judicial: por una parte, los medios masivos de comunicación (con la debida aclaración de que la tarea periodística nunca deberá obstaculizar de modo alguno el funcionamiento de los engranajes tribunalicios) y, por otra parte, la propia institución judicial (no dejándolo así librado solo a la difusión por parte de los primeros). No debe esperarse neutralidad en la emisión de la información por parte de los medios masivos, puesto que su principal tarea consiste en seleccionar los aspectos relevantes de la realidad social y transmitirlos sintéticamente, guiados por los llamados “criterios de noticiabilidad”; pero no es menos cierto que el conflicto también es redefinido dentro del mismo proceso judicial, acorde a las exigencias de las reglas jurídicas, y a veces extrajurídicas. Si consideramos que el interés periodístico suele centrarse en las noticias que genera la materia de índole penal, resulta básico distinguir entre las dos etapas de este proceso de instancia única: la de instrucción y la de juicio, para establecer diferenciadamente qué tipo de vínculo debe mantener la Justicia con los medios en cada una de ellas, para no entorpecer la tarea investigativa y luego resolutive.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, “La publicidad procesal...”, p. 100.

⁵⁴⁸ LORENZETTI, R., “Prólogo”, en *Justicia argentina online. La mirada de los jueces*, CIJ, p. 11. Esta obra fue publicada con motivo de la presentación del Centro de Información Judicial, portal online de jurisprudencia y noticias judiciales argentino bajo la órbita de la CSJN.

audiencias. Esa concepción debió ser cuestionada por la evolución de los medios de comunicación.

Por ello surgió el concepto de “publicidad inmediata”, que se satisface en el recinto de debate del tribunal con la presencia del número de personas que permita su capacidad, y de “publicidad mediata”, que implica el conocimiento de la sociedad en general por medio de la prensa. Esta última requiere para su realización el libre acceso de los comunicadores al recinto de debates⁵⁴⁹.

A esta altura de la evolución de las tecnologías de comunicación y empoderamiento de la sociedad frente a los temas que le aquejan y sobre los que necesita estar informada, sería necesario desarrollar una nueva normativa procesal, capaz de regular los aspectos que generan mayor controversia en la relación entre la actuación judicial y el periodismo, sin dejar librada esta problemática a la labor de la jurisprudencia en cada caso concreto⁵⁵⁰ o a decisiones administrativas o reglamentos intrainstitucionales que no guardan los requisitos de legalidad acorde a la calidad de derechos en juego.

El espíritu reformista en el ámbito del proceso penal que ha recorrido gran parte de América Latina ha llevado a adoptar sistemas de enjuiciamiento penal modernos, con instituciones novedosas y necesarias que colocan a estas reformas en una posición privilegiada, sin embargo, casi ninguno de estos códigos procesales se ha ocupado de prever la relación específica con los medios de comunicación⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ MONTALVO ABIOL, J. C., “Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿Anomalía democrática o mal necesario?”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 16, julio 2012, p. 120.

⁵⁵⁰ GRANJA, “La publicidad procesal...”, p. 94. V.gr., en Argentina la CSJN ha considerado especialmente esta acuciante problemática (Acuerdo n° 15 del 21 de mayo del año 2013) y estableció que todas las cámaras federales o nacionales así como los tribunales orales publicarán todas las sentencias, acordadas y resoluciones administrativas que suscriban a través del Centro de Información Judicial; siempre resguardando los derechos personalísimos de quienes pudieran resultar afectados por la difusión de ciertos datos. Es más, la misma Corte (Asociación Derechos Civiles c/PAMI (dto. 1172/03) s/amparo ley 16.986) subrayó la importancia del derecho de acceso a la información pública en una sociedad democrática, advirtiendo que la transparencia y publicidad de la gestión de gobierno deben ser sus pilares fundamentales; y reconoció que el fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona a conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, expresando que “El principio de publicidad de los actos de gobierno es inherente al sistema republicano establecido en la Constitución Nacional, por lo que su cumplimiento es una exigencia ineludible para las autoridades públicas”.

⁵⁵¹ Según GRANJA, “La publicidad procesal...”, p. 93, entre los diversos fines que pretende satisfacer el sistema de enjuiciamiento oral, se halla, sin dudas, el de la publicidad de los actos del proceso penal. Publicidad que se hace más necesaria debido al desprestigio en el imaginario social de las instituciones públicas en general y de la Justicia en particular. Y aquí es donde el Poder Judicial debe revertir su

Parecería que, en general, al Poder Judicial -a diferencia de los demás poderes estatales cuyos representantes son erigidos a través del voto popular- no le ha interesado demasiado construir una base de consenso social sobre su actuación que a su vez lo ayude a legitimarse.

La creencia de que es suficiente cumplir la ley sustantiva y aplicarla debidamente para lograr legitimación social con base en el principio de legalidad se construye sobre un estereotipo de ciudadano que no es el que habita estas sociedades cada vez más interconectadas, tecnologizadas y con individuos más atentos y perceptivos a los mensajes comunicativos que emiten las instituciones llamadas a protegerlo. De allí que muchas veces no se perciba al Poder Judicial como una institución cercana, sino más bien como un laberinto en el que es complicado hallar una rápida salida o, incluso, acceder al mismo⁵⁵².

La legitimidad de la Justicia no solo proviene del acto formal de nombramiento de sus administradores, por el cual se los inviste para el cumplimiento funcional, ni exclusivamente de su idoneidad técnica para comprender el ordenamiento jurídico que han de interpretar y aplicar. En estas sociedades globalizadas e interconectadas una dimensión esencial del poder punitivo radica sin duda en su significado comunicativo⁵⁵³.

1.3 Las distintas etapas del proceso y el secreto de sumario

Suelen diferenciarse la publicidad interna de la externa. La publicidad interna hace referencia a las partes procesales, afecta sobre todo al derecho de defensa y en

histórica tendencia al silencio -cuando no, al secretismo-, sumado al irrestricto ingreso de elementos de prueba a través de su incorporación por lectura, y a la especificidad de un vocabulario percibido como deformación del lenguaje e incomprensible al ciudadano común que solo es capaz de observar inmensos "Palacios" judiciales, laberínticos a veces, con formas y rituales estereotipados, que apenas pronuncian palabras a través de lo que los medios desean hablar o pueden decir acerca de aquellos.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 96.

⁵⁵³ También para GRANJA, "La publicidad procesal...", p. 97, debemos pensar acerca de las posibilidades que se introducen en este aspecto cuando al instituirse los juicios con jurados, donde el ciudadano participa en la decisión final de procesos penales que constituyen de algún modo el bálsamo de las heridas sociales más profundas.

materia penal puede tener excepciones (como la implantación del secreto durante la etapa de instrucción)⁵⁵⁴.

La denominada “publicidad externa”, es la que se viene analizando aquí y se proclama de terceros que no son parte en el proceso, es decir, la sociedad en general, con lo que se reconoce que cualquier persona ajena al expediente puede conocer las alternativas de un juicio⁵⁵⁵.

Según el art. 6.1 CEDH, tal y como ha sido interpretado por el TEDH, la publicidad completa solo es exigible en la fase de juicio oral y en el pronunciamiento de la sentencia⁵⁵⁶. Por su parte, el contenido del expediente judicial en la etapa de investigación penal, que en algunos ordenamientos aún permanece escrita, suele estar gobernado por reglas que lo declaran secreto para cualquier persona ajena al mismo.

Pese a ello, respecto al diferente tratamiento en las distintas etapas del proceso, dadas las consecuencias que supone el respeto de la publicidad de los actos procesales (v.gr. garantizar la independencia judicial, controlar el funcionamiento de las instituciones republicanas, etc.), predomina cada vez más la postura que sostiene que este principio debe aplicarse en todas ellas. La realización de audiencias orales para la adopción de distintas decisiones procesales intermedias favorece esta divulgación.

LEDESMA predica que:

⁵⁵⁴ Para la etapa de juicio oral el PIDCP, en su art. 14, inc.1, especifica que “La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”

⁵⁵⁵ DEL MORAL GARCÍA, A., “Derecho a un juicio público, libertad de información y derechos al honor y a la vida privada: relaciones, conflictos, interferencias”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 2008/59, p. 255, diferencia el concepto de publicidad externa como a una fórmula que posibilita el control de la colectividad sobre el quehacer jurisdiccional (sentido político), mientras que el conocimiento de las actuaciones judiciales por las partes procesales estaría reconocido en España por el art. 24.2 CE, considerándose que “*el titular de ese derecho a un proceso público no son los terceros, sino las partes*”, mientras que “*de los terceros no existe un derecho fundamental, sino un principio general no establecido en sede de derechos fundamentales*” (art. 120.1 CE), resultando de mucha relevancia para distinguir, por un lado, la “publicidad procesal” de, por el otro, las consecuencias de las “libertades informativas”, relación a la que dedicaré un apartado posterior; también PRAT WESTERLINDH, C., *Relaciones entre poder judicial y los medios de comunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 250; GARCÍA-PERROTE FORN, M. E., *Proceso penal y juicios paralelos*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, noviembre 2015, p. 42, aluden a los diferentes niveles de publicidad.

⁵⁵⁶ Como puntualizara el TC, el derecho constitucional a un proceso público se refiere solo a la fase de oralidad. Cfr. SSTC 95/2019, 83/2019; 174/2001; 176/1988.

“El secreto que hoy prevalece antes del juicio constituye un escollo para que se conozca la información sobre las decisiones de los jueces, esto impide el debido control de los actos y constituye una de las explicaciones de la crisis de legitimidad que sufre el modelo. En tal contexto, la implementación de la oralidad en todas las fases del proceso penal aparece como una herramienta que permitirá dar mayor transparencia a las decisiones y que favorecerá su legitimidad frente a la sociedad. La ventaja de la oralidad, en comparación con la rigidez propia de la instrucción escrita, lejos de ser un mero tecnicismo legal, constituye una verdadera propuesta de cambio que repercute concretamente en la cultura judicial”⁵⁵⁷.

De todos modos, en prácticamente todos los ordenamientos procesales, existe una norma acerca de la excepción que -más allá de las normas generales que regulan la publicidad de las actuaciones y habilitan el conocimiento de las decisiones y medidas judiciales para las partes constituidas en el proceso y para quienes acrediten interés-⁵⁵⁸ permite declarar el secreto de las actuaciones por un período limitado y por razones que buscan garantizar el éxito de la investigación en sus inicios o el de la realización de una medida de prueba determinada, preservando su conocimiento incluso para las partes.

Por ello, es pacífico el reconocimiento respecto a la existencia de ciertos valores vinculados a la eficacia del *ius puniendi* que posibilitan la admisión de excepciones tanto a la regla de la “publicidad externa” (frente a la sociedad) como a la “interna” (en relación a las partes), fundamentalmente durante la etapa de investigación.

Se trata de medidas previas (a modo cautelar) tendentes a asegurar que el proceso se desarrolle, si bien en ausencia de publicidad, con todas las garantías exigibles de imparcialidad para el órgano jurisdiccional. Dicha excepción opera como limitación al conocimiento de las actuaciones judiciales tanto para las partes (que por un tiempo limitado no podrán conocer la realización de medidas que, de otro modo, no obtendrían resultados tendentes a la averiguación de la verdad procesal) como respecto a terceros ajenos al proceso y, por ende, a los medios de comunicación.

En este punto, coincido con el constitucionalista argentino BIDART CAMPOS quien concluye contundentemente que *"La sociedad debe conocer las instancias de todo proceso penal del modo más objetivo y veraz que resulte posible, y el secreto solo*

⁵⁵⁷ LEDESMA, “Justicia penal...”, p. 32. La oralidad de las audiencias para resolver la prisión provisional favorece una buena comunicación de esta decisión a la sociedad.

⁵⁵⁸ V.gr., art. 131 CPPN.

*reviste razonabilidad cuando ocurren circunstancias sumamente excepcionales, o en una etapa sumarial primeriza y muy breve*⁵⁵⁹.

Junto con ello cabe señalar que la violación del secreto de sumario se encuentra penada en España⁵⁶⁰, pero la interpretación que ha hecho el TC de este precepto es discutida⁵⁶¹, ya que no excluye la información que de los hechos puede obtenerse más allá del sumario. Es decir que, v.gr., un testigo puede hacer público lo que sabe del hecho porque eso lo obtuvo por sus propios sentidos y no a través del sumario, más allá de que sea lo mismo que ha declarado en él⁵⁶².

A partir de allí es que algunos autores distinguen entre publicidad y publicabilidad⁵⁶³, ya que no basta con que la ley o el juez declaren secretas las actuaciones sumariales, esto es, que eliminen su carácter público, sino que es necesario que además se prohíba su publicación⁵⁶⁴.

Por su parte, como ya se ha dicho, en la etapa de juicio oral y público, tanto la literatura como la práctica coinciden en que la publicidad es la regla y principio. Este momento procesal encuentra menos restricciones a la publicidad externa.

Existen sin embargo allí también razones atendibles a favor de la prohibición de transmitir por medios audiovisuales en vivo y en directo las audiencias del juicio que involucra el acceso a lo que allí sucede a los propios acusados, los testigos, los privados de libertad y los menores.

En tal dirección, el art. 6.1 CEDH justifica la restricción de la publicidad en la fase oral del proceso en los casos en que ella “pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

En el proceso español el art. 301 bis autoriza al Juez a acordar, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la víctima, la adopción de cualquiera de las

⁵⁵⁹ BIDART CAMPOS, “Presunción de inocencia...”, p. 302.

⁵⁶⁰ El art. 466 CP español sanciona la revelación de actuaciones judiciales secretas. En este caso, la conducta típica estriba en revelar actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial.

⁵⁶¹ Por, entre otros autores, BARRERO ORTEGA, A., “Juicios paralelos y Constitución: su relación con el Periodismo”, *Ámbitos*, n° 6, enero-junio, 2001, p. 176.

⁵⁶² STC 13/1985.

⁵⁶³ Así ocurre, v.gr., en Italia, donde el art. 114.1 CPP excluye la publicación del contenido de los actos cubiertos por el secreto durante la fase de indagación preliminar.

⁵⁶⁴ BARRERO ORTEGA, “Juicios paralelos...”, p. 177.

prohibiciones a que se refiere el ap. 2 del art. 681 LECrim⁵⁶⁵ cuando resulte necesario para proteger la intimidad de la víctima o el respeto debido a la misma o a su familia.

En tal sentido el Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas, el respeto debido a la misma o a su familia, o la necesidad de evitar perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso⁵⁶⁶.

1.4 Derechos fundamentales comprometidos de naturaleza procesal y sustantiva

Si bien los cuerpos normativos nacionales pueden presentar diferencias en cuanto a la forma de la proclamación de los derechos procesales, lo más relevante es que se preocupan por destacar una serie de elementos comunes que definen la esencia de los derechos fundamentales de naturaleza procesal (ser oído públicamente y con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal independiente e imparcial y establecido con anterioridad por ley, entre otros).

Asimismo ha podido considerarse que los derechos procesales tienen también importancia fuera del proceso (eficacia externa o extraprocesal). Incluso, como vimos, un sector de la doctrina aun afirma que la presunción de inocencia tiene proyección

⁵⁶⁵ “Art. 681.2: ... a) Prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección. b) Prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares. 3. Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.”

⁵⁶⁶ Cfr. art. 682 LECrim. A estos efectos, podrá: a) Prohibir que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas, o determinar qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas. b) Prohibir que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan. c) Prohibir que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio.

fuera de los estrados judiciales y puede ser afectada por terceros (como los medios de prensa)⁵⁶⁷.

Sin embargo, considero que estos derechos, justamente por su naturaleza procesal, limitan la proyección de sus efectos únicamente al contexto judicial, es decir que los derechos procesales solo podrían ser menoscabados por las autoridades públicas que dirigen el proceso (los jueces y tribunales), en razón de que son estas las que ostentan la potestad de afectar formal y legítimamente el estatus individual en la esfera jurídico-procesal⁵⁶⁸ y son los órganos llamados a hacer operativas las garantías. Visto así, una persona ajena al proceso no puede causar lesión alguna a los derechos procesales, cuyos efectos se limitan al propio contexto procesal⁵⁶⁹, aunque sí pueden afectar otros derechos de la personalidad.

Los sujetos que participan en el proceso adquieren un determinado estatus procesal (como investigado, abogado, juez, fiscal, etc.), sin embargo, no poseerán el mismo fuera del escenario jurisdiccional donde asumen su otro rol, el de ciudadanos y, por tanto, se encuentran expuestos a las formas de relación social comunes a sus propios entornos⁵⁷⁰.

ROXIN recomienda impedir que el Tribunal, mediante la creación de un ambiente determinado o a través de la discusión anticipada en los medios de comunicación, se vea afectado en su imparcialidad e, influido por los medios de comunicación, dicte una sentencia injusta. Visto en sentido inverso, una falta de protección en el proceso puede afectar también al acusado de una manera indirecta si, bajo la presión de la opinión pública, creada por los medios de comunicación, es enjuiciado injustamente o condenado a una pena desproporcionada, siendo necesario, por lo tanto, conseguir una protección autónoma del proceso⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 139.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 139.

⁵⁶⁹ De modo que un tercero ajeno al proceso, como puede ser un periodista, no podría lesionar propiamente los derechos de naturaleza procesal, en razón de que no ostentan potestad alguna para limitar dichas esferas jurídico-procesales. Entre otros, PRAT WESTERLINDH, *Relaciones entre el Poder Judicial...*, p. 215 ss., considera que en España “en principio, ante los medios de comunicación social no se puede alegar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni los derechos fundamentales que relaciona el art. 24.2 de la Constitución. (...) Ante la difusión de una noticia judicial falsa una persona puede verse indefensa, pero ello no significa que jurídicamente lo esté. Para que efectivamente esté indefensa es necesario un proceso y la intervención [arbitraria] de los Tribunales.”

⁵⁷⁰ CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 143.

⁵⁷¹ ROXIN, C., “El proceso penal y los medios de comunicación”, *Revista del Poder Judicial*, 1999/III, p. 77.

Como vemos, la responsabilidad del respeto y garantía del usufructo de los derechos continúa siendo de los jueces y, así como se deben tutelar los derechos de los sujetos que participan en un proceso, es imprescindible garantizar la protección del proceso mismo. Sin la garantía del proceso no habrá garantía de tutela de los derechos de los participantes.

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental “continente”, denominado así, debido a que de su concepto se desprenden otros derechos procesales⁵⁷². Como es de observar, el contenido de estos, así como su aplicación y exigencia se sitúa en el plano normativo, concretamente el procesal, y corresponde a los órganos encargados de hacer cumplir las normas⁵⁷³.

La publicidad como derecho individual es de naturaleza procesal lo que conlleva a comprender que toda persona que es imputada de la comisión de un delito, tiene derecho a un “juicio” que debe ser “público”. Es de observar, pues, que lo “público” se ha de proyectar únicamente sobre el proceso o el juicio, por eso las connotaciones son naturalmente en esencia “procesales”,⁵⁷⁴.

Pero por otro lado, como vimos, la publicidad social, colectiva, o externa es, en realidad, una expresión de los derechos o libertades informativas. Este es un derecho sustantivo, no procesal. Efectivamente, en base a este derecho de información y expresión, los medios de comunicación pueden “informar” sobre los asuntos judiciales de interés público (vertiente activa) y, como contraparte, la sociedad tiene el derecho de “recibir información” de estas connotaciones con la finalidad de formar la opinión

⁵⁷² Según CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 141, ella abarca, por un lado, el derecho de acceso a la justicia y, por el otro, el debido proceso (o proceso justo) que a su vez es continente de otros derechos como el derecho a tener un juicio público, a la presunción de inocencia, a ser juzgado por un tribunal independiente, imparcialmente y predeterminado por ley, a la defensa, a no declarar contra sí mismos, entre otros. Es, pues, este conglomerado de derechos que aseguran que la tutela judicial sea realmente efectiva. Es tal la amplitud e importancia de este derecho que ha sido recogido normativamente en tratados internacionales (arts. 10 DUDH, 14 PIDCP, 6 CEDH) y la propia CE (art. 24).

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 142.

⁵⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 148. Para BARRERO ORTEGA, “Juicios paralelos...”, p. 179, el derecho al proceso público del art. 24.2 CE, como garantía del justiciable, solo es de aplicación, además de en la sentencia, al proceso en sentido estricto, en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y de control de la justicia por la comunidad.

pública de manera libre y garantizar así el pluralismo político (vertiente pasiva), con lo que, a su vez, se efectiviza el control social de la actividad jurisdiccional⁵⁷⁵.

En el concreto marco de un proceso penal, donde también juega la necesidad de garantizar el éxito de la investigación, el equilibrio entre los valores en pugna resulta de compleja solución. Como sostiene PRIETO SANCHÍS, constitucionalmente no se puede romper privilegiando de un modo absoluto y *a priori* bien el secreto, bien la publicidad o bien los derechos personalísimos afectados por la propagación de la información⁵⁷⁶.

Por ello me inclino por una posición compatibilista. Estos principios, junto con las razones que les acompañan, siguen estando llamados a la ponderación en el caso concreto. Solo cabe superar esa ponderación de manera muy cautelosa y circunspecta: primero, concediendo al juez la facultad, que ya tiene, de declarar secreto el sumario en aras de la investigación, decisión que, por cierto, podría ser luego revisada y ponderada a la luz del derecho a la defensa y a un proceso público; y segundo, mediante reglas precisas dirigidas no tanto a limitar la publicidad de los hechos relevantes, sino a impedir la difusión de aspectos que pueden ser lesivos para el honor o la intimidad de las personas, o para la garantía de un juicio justo⁵⁷⁷.

2. Prisión provisional y medios de comunicación

2.1 El prejuicio social de culpabilidad

Sostiene NIEVA FENOLL que siempre que aparece una noticia periodística sobre un sospechoso o acerca de una simple detención policial, el ciudadano tiende sistemáticamente a dar por cierta la información, y a tenerlo a aquel como culpable. Esta posición resalta que ello no sucede solamente con imputaciones penales sino que el ser humano tiende a creer cualquier rumor negativo sobre una persona ofreciendo un

⁵⁷⁵ CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 148.

⁵⁷⁶ PRIETO SANCHÍS, L., "Prisión provisional y medios de comunicación", en BARBERO SANTOS, M., *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Ed. de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 1997, p. 245.

⁵⁷⁷ En similar sentido, PRIETO SANCHÍS, "Prisión provisional...", p. 245.

espacio pequeño a la supuesta fiabilidad de una sospecha y uno aún menor a la presunción de inocencia⁵⁷⁸.

Más allá de las causas de que ello ocurra de tal modo -que deben ser analizadas desde la sociología o la psicología- según el autor citado⁵⁷⁹ la constatación inicial de lo anterior conduce a pensar que existe en la sociedad un muy acusado prejuicio social de culpabilidad y que la detención de un sospechoso acrecienta en gran medida la creencia de culpabilidad para el caso concreto.

Esta posición es difícilmente contrastable y para darla por cierta debemos tener en cuenta las mismas cuestiones señaladas tanto por POZUELO PÉREZ como por GÓMEZ-BELLVÍS y FALCES-DELGADO en cuanto a que la opinión ciudadana suele depender del modo en que el tema es mostrado a la sociedad y la forma en que son situados e interrogados los encuestados⁵⁸⁰.

Resulta razonable sostener que dado el desarrollo histórico de la presunción de inocencia sus primeras manifestaciones hayan observado tal prejuicio de culpabilidad y su reflejo en la actividad jurisdiccional de la época y a partir de ello se insistiera en el desarrollo del principio. Su confirmación nos indicaría que la primera formulación de la presunción de inocencia no estaría sino dada por la previa aparición de este fenómeno de enjuiciamiento paralelo.

Cuando la actuación de jueces y fiscales ha venido precedida de una acción policial como una detención y se hacen eco de ello los medios de comunicación el prejuicio social de culpabilidad parece amplificarse aún más atento a la fuerza de la imagen. Por mucho que después se aclare acerca de actuaciones policiales erróneas o de decisiones judiciales modificadas por vía de apelación, difícilmente la tendencia social

⁵⁷⁸ NIEVA FENOLL, "La razón de ser...", p. 6. En todo caso, siempre que se dice que alguien ha actuado mal en un trabajo, o ha ejecutado una acción de manera incorrecta, o simplemente que ha cometido una infidelidad o ha realizado una actuación tenida en el concepto público como vergonzosa o ridícula, el primer impulso conduce a creer esa información.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 6, quien resalta que para ello no hay otro remedio que dejar de lado por un momento el Derecho y entrar en el examen de la psicología y de la sociología, que influye muy decididamente en aquello que el Derecho acaba regulando.

⁵⁸⁰ POZUELO PÉREZ, *La política...*, pp. 1-4.

varíe. Usualmente el sospechoso es visto como culpable⁵⁸¹, el detenido aún más, y a ello colabora la actividad mediática.

2.2 El tratamiento terminológico de los hechos judiciales

Una conclusión práctica que puede extraerse y que aplica para todo lo trabajado hasta aquí es que es totalmente incorrecta la utilización del término “presunto autor” o “presunto implicado”. En el lenguaje jurídico, siempre detrás del “presunto” debe ir el “inocente”. Todos los ciudadanos, y en mayor medida los periodistas por la trascendencia social de su trabajo, deberían considerar a los detenidos como inocentes, en consonancia con la historia de los derechos humanos⁵⁸².

En el lenguaje, las alternativas al uso incorrecto de la presunción son muchas, las personas detenidas por la policía podrían ser válidamente catalogadas de acusadas, imputadas, indiciadas, “detenidas en relación con...”. Además, los periodistas deberían abstenerse de construir la sospecha o la culpabilidad de los acusados mediante las declaraciones de la policía o de los ciudadanos. Y nunca deberían reproducir la imagen de los detenidos hasta que estos fueran considerados culpables, como tampoco facilitar su identidad ni divulgar datos relativos a su vida privada⁵⁸³.

En los últimos años se ha avanzado en la protección de los derechos de las presuntas víctimas de delitos, incluyendo su imagen. Si ello ha costado tanto esfuerzo - que aún incluye graves episodios de revictimización a través de los medios-, pensar en la protección de la imagen de los acusados no proyecta un panorama muy alentador.

De todos modos, en cuanto al tratamiento de la información judicial un punto básico pero que merece ser destacado es la necesidad de que en la noticia se incluya la versión de las distintas voces de la contienda jurídica y se exprese con claridad quién es

⁵⁸¹ NIEVA FENOLL, “La razón de ser...”, p. 6, explica que cuando alguien lanza un rumor negativo sobre otra persona, se produce lo que se ha denominado efecto *bandwagon* o comportamiento gregario. El ser humano, como norma básica de convivencia, suele hacer lo mismo que ve que los demás hacen. Además, la persistente suposición de culpabilidad en el inconsciente colectivo tiene por base la propia noción de peligrosidad. El ser humano se aleja de aquello que le produce miedo, por un simple instinto de supervivencia.

⁵⁸² Cfr. BARATA VILLAR, “La devaluación...”, p. 226.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 231.

el emisor de cada postura. La exteriorización de los argumentos tanto de la acusación como de la defensa hacen a una buena comunicación objetiva y esta simple regla cambiaría en mucho los efectos negativos que se observan.

Como sostiene BARATA VILLAR conseguir que se respeten los derechos de aquellos que son despreciados por la sociedad es la mejor forma de fortalecer los valores democráticos, transparentar el funcionamiento de la justicia y evitar caer en prácticas contrarias al proceso de civilización que tantos años ha costado construir. Así, los medios deben hacer efectivo el principio de publicidad, transparentar la justicia ante la ciudadanía, pero hacerlo desde una posición de respeto a los derechos de todos⁵⁸⁴.

2.3 La comunicación masiva de las medidas cautelares en el proceso penal

Como ya fue señalado, la presión sobre el poder político es muchas veces trasladada por este hacia los jueces. En la constitución del clima social la lectura que de los hechos se propone, por parte de determinados actores cobra en muchos casos mayor importancia que los hechos mismos.

Según muestran estudios realizados en Latinoamérica⁵⁸⁵, las autoridades policiales, funcionarios del área de seguridad y los medios insisten en destacar la magnitud de los delitos y de la inseguridad, con referencias específicas a la prisión provisional, cuya imposición se busca generalizar. Al respecto se ha alertado que *“Las demandas de endurecimiento de los sistemas penales y los consiguientes mensajes de aplicación extendida de la prisión preventiva impactan en muchos casos sobre la independencia de jueces y fiscales que deben decidir bajo una intensa presión social y política”*⁵⁸⁶.

Las declaraciones de las autoridades públicas, incluidas muchas veces las de aquellos que ocupan los cargos máximos del sistema judicial penal, en muchas

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 231.

⁵⁸⁵ DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, pp. 9 ss.

⁵⁸⁶ ADC, CELS, DPLF, Dejusticia, IDL y otros, *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* Washington, DC, 1 de noviembre de 2012, p. 20.

ocasiones, demuestran que parecería no haber lugar para otra medida cautelar que no sea la imposición de la prisión provisional⁵⁸⁷.

Resulta claro por otra parte que por fuera del proceso penal, donde las exigencias procesales se relajan completamente, el encierro preventivo de un individuo acusado de un ilícito penal puede alcanzar en la sociedad como acto perlocutivo consecuencias muy similares a las que se obtienen al administrar una sanción penal propiamente dicha.

Al decir de FERRAJOLI⁵⁸⁸, si se suprimiera la prisión provisional y solo se limitara la libertad personal -tal su postura- para ser interrogado el acusado en una audiencia preliminar -única instancia en que justifica su privación ambulatoria-, esto tendría menor resonancia pública y no produciría, o al menos reduciría, “*los efectos infamantes y difamatorios de la acción penal*” que, para el jurista italiano, constituyen hoy uno de los aspectos más humillantes y aflictivos de todo el sistema punitivo, destacando que la alarma social producida por la idea de que un delincuente aún no juzgado no sea castigado de forma inmediata es un argumento del que se valen muchos defensores de la prisión provisional⁵⁸⁹.

Para ANDRÉS IBÁÑEZ la relación entre los medios y la justicia es fuertemente interactiva y con un desequilibrio en perjuicio de la justicia, vulnerable ante el nuevo poder⁵⁹⁰. Este autor plantea que los medios pasan a constituirse en una atípica parte procesal e, incluso, en un juez virtual⁵⁹¹ y ello se advierte palmariamente en la aplicación desmedida de la prisión provisional.

⁵⁸⁷ DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, p. 9, v.gr. en el caso de Perú, un órgano del Poder Judicial, la Oficina de Control Interno de la Magistratura (OCMA), encabezado por un miembro de la Corte Suprema, se ha encargado de efectuar una notoria contribución al clima con respecto a este asunto. Sus constantes anuncios públicos de apertura de procesos disciplinarios, en contra de jueces que no han adoptado la prisión provisional o que han concedido liberaciones condicionales, hacen parte de la atmósfera vigente en el medio judicial peruano. Para un ejemplo, véase, Perú.21.pe. *Investigan a la jueza del caso Cacho*. En: <http://peru21.pe/noticia/660655/investigaran-jueza-caso-cacho>, 28 de octubre de 2010.

⁵⁸⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 557.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 560.

⁵⁹⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia...*, p. 523.

⁵⁹¹ *Ibidem*, pp. 524-527, también nos habla del “banquillo de plasma”. Así, “*En muchas ocasiones, la publicidad de la notitia criminis es para el afectado bastante más gravosa que la eventual sentencia condenatoria*”. Citando a Carnelutti indica que el sistema punitivo hace sufrir a los imputados en general “*para saber si son culpables o inocentes*” y ello vio incrementada su gravedad con la publicidad de las causas.

También FERRAJOLI advierte sobre “*la acción de los medios de comunicación, que ha conferido a los procesos, sobre todo a los seguidos por delitos de particular interés social, una resonancia pública que a veces tiene para el reo un carácter aflictivo y punitivo bastante más temible que las penas*”⁵⁹².

Por su parte, del vínculo de intercambio policial-mediático⁵⁹³ ha nacido también la referencia a la llamada “*puerta giratoria*”, esto es, “*la policía los detiene y los jueces los ponen en libertad*”, expresión que, reiterada por los medios, sugiere negligencia o corrupción en el aparato judicial y aumenta así tanto la presión sobre jueces y fiscales, para que generalicen la aplicación de la prisión provisional, como la desconfianza ciudadana sobre el funcionamiento del aparato de justicia⁵⁹⁴.

Las estrategias de las partes muchas veces van más en consonancia con la proyección informativa de la causa que con las exigencias procesales o jurídicas de la misma. Muchos planteos que los profesionales harían en procesos con trascendencia pública pueden resultar silenciados por el eventual pronunciamiento de los medios al respecto. Ello se traduce en una violación directa de la defensa en juicio que nunca sale a la luz⁵⁹⁵.

Cabría indagar también acerca de la ‘complacencia social’ en relación a la prisión provisional, dado que no parece del todo inteligible la idea que la sociedad, en general, tenga en lo que concierne al discurso acerca de ‘la excarcelación’, ‘los delitos excarcelables’ y ‘el encarcelamiento cautelar’. Muy probablemente esta ‘confusión’ se deba al, deliberado o no, discurso mediático⁵⁹⁶.

Numerosos artículos periodísticos dan cuenta ya no de noticias sobre la prisión provisional en sí, sino también del estudio de la comunicación de esta medida procesal penal⁵⁹⁷, lo cual expresa que el tema ha sido observado en los últimos años con mayor detenimiento desde distintos campos de conocimiento y estudio.

⁵⁹² FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 410-411.

⁵⁹³ Que incluso, en algún caso, puede verse estimulado en ocasiones por pagos a cambio de “primicias” o “exclusividades”.

⁵⁹⁴ Cfr. DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, pp. 11 ss.

⁵⁹⁵ RUBINOVICH, “Capítulo XIX: Justicia...”, pp. 239 ss.

⁵⁹⁶ DEI VECCHI, *Peligrosidad judicial...*, p. 47, nota 113.

⁵⁹⁷ Ejemplos de ello podemos recuperar en España en: https://elpais.com/diario/1984/02/27/sociedad/446684401_850215.html; <https://www.elindependiente.com/politica/2016/10/10/relumbron-mediatico-preventiva/>;

KOSTENWEIN desde la sociología indagó sobre la incidencia mediática en el uso de la medida cautelar de carácter personal en base a entrevistas realizadas a magistrados en Argentina. En el análisis sobre las respuestas dadas, señala que los medios de comunicación no aparecen con claridad como componentes centrales en la conformación del problema de la prisión provisional sino que, por el contrario, son utilizados en muchas oportunidades con el fin de que la propia incapacidad o la mayor vulnerabilidad de los representantes del Estado queden postergadas o invisibilizadas⁵⁹⁸.

Así, de los modelos descritos por este autor se observa que la influencia que los actores judiciales le adjudican a los medios de comunicación es diversa. La importancia de presentar dichas variantes estriba en que permite apreciar las particularidades del problema de la prensa y complejizarlo, concluyendo que si bien puede afirmarse que existe una influencia creciente de los medios de comunicación en el Poder Judicial, el mismo debe postularse siempre que se ofrezcan comprobaciones al respecto⁵⁹⁹.

De lo que no hay dudas es que, desde el punto de vista sustancial, la prisión provisional desempeña algunos efectos sobre todo psicológicos y sociales de la pena, revigoriza y potencia los efectos de intimidación y ejemplaridad de ella. Esta función de inmediatez de la reacción social a la comisión del delito es su más importante función desde el punto de vista de la política criminal y la verdadera razón de que el instituto no sea suprimido⁶⁰⁰.

2.4 La información sobre la prisión provisional y las reglas de publicidad del proceso

<https://www.abogacia.es/2018/03/22/la-indecete-prision-provisional/>;
https://www.eldiario.es/andalucia/APDHA/prision-provisional-amedrentar-protesta_6_769283077.html;
https://elpais.com/elpais/2018/10/19/opinion/1539968617_725440.html;
<https://www.andersentaxlegal.es/es/blog/una-revision-de-la-prision-preventiva.html>;
https://www.vozpopuli.com/espana/Presos-mediaticos-prision-preventiva-paralelo-presion-social_0_1084392609.html; <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/juicio-mediatico-gonzalo-rio-276924>.

⁵⁹⁸ KOSTENWEIN, E., "Prisión preventiva: entre los medios de comunicación y las autoridades política", *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 06, N° 11, 2015, p. 62.

⁵⁹⁹ Para brindar estas comprobaciones las escalas de los actores que se presentan resultan imprescindibles ya que si se descuidan las mismas se puede caer en desconexiones interpretativas o sobreinterpretaciones por insuficiencia de los materiales que sirven de apoyo que nos concedan postular livianamente el influjo de los medios sin la necesidad de demostrarlo. Cfr. LAHIRE, B. *El espíritu sociológico*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2006, p. 45.

⁶⁰⁰ SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 262.

Como explica KINDHÄUSER, por una parte las publicaciones pueden influir negativamente en los intervinientes del proceso mediante intimidación y presiones. Pero, por otra, pueden también intervenir en el correcto desarrollo del procedimiento⁶⁰¹.

Hablando en términos de regulación, no parece que el hecho de dictarse la prisión provisional deba alterar el régimen de publicidad ni tampoco la posibilidad excepcional de instaurar temporariamente el secreto en la fase sumarial.

Pensar en una regla que, por ejemplo, prohibiese difundir que determinada persona ha ingresado en prisión provisional sería, según PRIETO SANCHÍS⁶⁰², una medida desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Sin embargo, no cabe duda de que la prisión sitúa al sujeto que la padece en una situación particular que, a los ojos de la opinión pública, lesiona su reputación y honor, algo que no puede dejar de ser valorado en un eventual proceso en defensa de ese derecho o incluso en un ulterior recurso por violación de la garantía a un juicio justo.

En especial, es en estas ocasiones cuando resultan más nocivos los llamados juicios paralelos, dado que el imputado que está detenido se encuentra de hecho en una mayor indefensión, agravada si además se encuentra incomunicado, y una atribución de culpabilidad por parte del medio periodístico parece contar a los ojos de la sociedad con el respaldo o confirmación del auto judicial de prisión (aunque esta sea provisional y motivada por riesgos procesales)⁶⁰³.

Por tanto, de nuevo, este es un problema que no puede quedar resuelto mediante una regla específica que abarque a todos los casos, sino que reclama una ponderación especialmente cuidadosa que tome en consideración la particular situación del sujeto sometido a encarcelamiento preventivo. La cuestión no es, pues, optar entre la publicidad o el secreto, sino atender al tratamiento de la información y la diligencia del periodista para cerciorarse de la veracidad de la misma⁶⁰⁴ y sus motivadas razones.

⁶⁰¹ KINDHÄUSER, "Sobre la posible...", p. 1124.

⁶⁰² PRIETO SANCHÍS, "Prisión provisional...", p. 244.

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 244.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 245. En este sentido señala una sentencia del TC que no basta con invocar rumores obtenidos de medios policiales o de sectores cercanos a E.T.A., tampoco es relevante que el sujeto se halle procesado o condenado por otro hecho similar; si la imputación es objetivamente falsa y carece de un esfuerzo de comprobación razonable, si la publicación "no se limitó a desvelar la existencia de

La naturaleza del delito investigado no es el único elemento a tener en cuenta para acordar el ingreso en prisión provisional del imputado, si es que acaso tiene algún peso en la valoración de su fundamento más allá de establecer su presupuesto material y limitar la medida a los casos más graves. La singularidad de algunos casos paradigmáticos radica en la connotación que los distintos operadores jurídicos y sociales hacen de su lectura. Por eso, son tan importantes, el estilo, la terminología y la medida que utilicen los medios para transmitir a la opinión pública el contenido de las resoluciones judiciales⁶⁰⁵.

El sostén popular al uso extenso de la prisión provisional corresponde al hecho de que tampoco entre la ciudadanía la presunción de inocencia se halla firmemente instalada, al tiempo que el respeto a los derechos humanos no recibe prioridad cuando de enfrentar al delito se trata. Además, en la percepción social el sistema de justicia está bajo sospecha; se sabe que los juicios son largos y tanto su duración como su resultado, incierto⁶⁰⁶.

Es en esas condiciones que la prisión provisional es vista como una pena aplicada a cuenta; ante el riesgo de que finalmente no se condene a nadie, parece encontrarse algún consuelo en que por lo menos alguien recibió ese adelanto de sanción⁶⁰⁷.

El hecho de que el acusado pueda no ser culpable no constituye un argumento que socialmente sea demasiado convincente para el espectador⁶⁰⁸, con lo que se desprecia la presunción de inocencia y aflora el prejuicio social de culpabilidad.

2.5 Las malas prácticas de los funcionarios

una investigación en curso”, sino que hizo suya “una versión de los hechos en la que se parte de que el afectado ha sido intermediario en el referido secuestro, anticipando así peligrosas y graves conclusiones” bien puede considerarse conculcado el derecho al honor (STC 6/1996).

⁶⁰⁵ Cfr. CATALINA BENAVENTE, M. Á./OUBIÑA BARBOLLA, S., “Prisión provisional: ¿Una solución a los malos tratos?”, *InDret*, 4/2005, p. 12.

⁶⁰⁶ DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, p. 20.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁶⁰⁸ En igual sentido, DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, pp. 11 ss.

La práctica de los funcionarios policiales de permitir a los periodistas que fotografíen a los detenidos devalúa gravemente sus derechos fundamentales y pone a los ciudadanos acusados en una posición difícilmente reversible atento a la desigualdad de fuerzas en ese campo.

Se construye ante la opinión pública una relación directa entre los sospechosos y el cuerpo del delito, incluso cuando todavía no han pasado a disposición judicial. Se dice a la sociedad que ya fueron detenidos los culpables cuando jurídicamente queda por demostrar su relación con los hechos⁶⁰⁹.

Esa práctica de mostrar a los aprehendidos continúa siendo muy habitual en países con una escasa cultura de la legalidad, donde los imputados pueden ser coaccionados por las autoridades policiales para que, al ser mostrados ante la prensa, empuñen las armas supuestamente incautadas o tomen entre sus manos los objetos incriminatorios. Se les obliga a actuar en una escenografía acusatoria que se construye con el detenido y los elementos del delito.

Ello representa una declaración extrajudicial de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia y a la imparcialidad que debe regir en las actuaciones penales desde su inicio. Este proceder recuerda, una vez más, la labor inquisitorial que exponía en la plaza pública a los acusados y los sometía al escarnio y a la vergüenza ante la ciudadanía⁶¹⁰.

El derecho fundamental que tiene toda persona a la presunción de inocencia y a las garantías procesales es una conquista de la civilización. Los medios, además de respetarlos, deberían contribuir a su difusión social. La defensa de tales derechos y su publicidad nos protegen contra la impunidad y las prácticas policiales y judiciales

⁶⁰⁹ BARATA VILLAR, "La devaluación...", p. 229; ARÉVALO, R., *Presunción de inocencia y libertad de expresión: el cumplimiento de ambos derechos en las noticias de los medios de comunicación escritos en Guatemala*, tesis de grado, Universidad Rafael Landívar, 2016, realiza un análisis minucioso sobre el derecho a la presunción de inocencia y la libertad de expresión, mencionando que toda persona imputada de un delito no puede ser presentada de oficio por las autoridades policiales ante los medios de comunicación sin antes haber pasado por los tribunales de justicia, de esta forma se está protegiendo la garantía de presunción de inocencia del imputado y además están en la obligación de protegerlo hasta la culminación del proceso penal las autoridades correspondientes, tales como, la policía, los fiscales, los jueces y los medios de comunicación; también JIMÉNEZ SORIANO, R. A., *La presunción de inocencia y el derecho a la libertad de expresión en los medios de comunicación*, tesis de grado, Universidad César Vallejo, 2016, p. 3.

⁶¹⁰ BARATA VILLAR, "La devaluación ...", p. 230, si bien refiere que en el ámbito español no ocurren ahora esas cosas, pero todavía los medios de comunicación continúan siendo una especie de plaza pública donde se exponen los conflictos penales sin el respeto a las garantías procesales.

contrarias a la legalidad. Para superar tales deficiencias en algunos casos será suficiente con introducir pequeños cambios en el lenguaje usual, en otros, se necesita de la formación de los profesionales en orden al respeto de los derechos fundamentales y su transmisión conforme a su verdadera naturaleza⁶¹¹.

3. La incidencia negativa de los juicios paralelos

3.1 Los juicios mediáticos

El concepto de “juicios paralelos” o “juicios mediáticos” posee amplio uso en el lenguaje periodístico y también en el jurídico. El debate a su respecto se ha extendido con la evolución de los medios de prensa y la revolución tecnológica que acompañaron el creciente interés de las noticias masivas sobre asuntos criminales y judiciales.

Si bien el contexto parece evidente no existe consenso sobre la definición del fenómeno ya que su referencia abarca diversas situaciones. Una primera formulación lo vincula con el seguimiento realizado por la prensa de un hecho presuntamente delictivo.

Esa primera aproximación no describe necesariamente una actividad nociva, pues en esos términos no se devela una actividad negativa *per se*, pudiendo corresponder a un correcto ejercicio de la actividad periodística que es realizado bajo el amparo de la libertad de información, sobre procesos judiciales devenidos en asuntos de interés público, cubriéndose de esa manera la exigencia democrática de publicidad.

En tal sentido podría sostenerse que los juicios paralelos describen una realidad ineludible en las sociedades democráticas, configurando así una situación necesaria, deseable y valiosa, toda vez que el lugar que la difusión de asuntos oficiales posee en el orden constitucional es innegable⁶¹².

La información sobre hechos de trascendencia que provienen de la actividad judicial se enmarca dentro del principio de publicidad del proceso y se halla

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 230.

⁶¹² LETURIA, F. J., “La problemática de los juicios paralelos en la jurisprudencia y doctrina española”, *Revista Ius et Praxis*, Año 23, Nº 2, 2017, pp. 24 ss.

resguardado por la libertad de expresión y la de información, cumpliendo un papel importante en la vida democrática y también dentro del plexo de derechos que conforman el debido proceso.

Una concepción de tal modo aséptica define entonces a los juicios paralelos como la exteriorización que se realiza públicamente sobre un determinado asunto judicializado.

Sin embargo, el hecho de que se realice una valoración, proyección y perspectiva acerca de un pleito, por fuera del escenario legal y, en consecuencia, sin las previsiones y protecciones que el exclusivo y excluyente poder jurisdiccional estatal contempla, conlleva, desde otro punto de vista, a observar los juicios mediáticos como una adulterada consecuencia del ejercicio de las libertades de prensa⁶¹³.

Su valoración negativa por parte de la doctrina mayoritaria se vincula con la afectación injustificada de numerosos derechos entre los que se incluye el honor, la intimidad, la privacidad, la presunción de inocencia, la independencia e imparcialidad del órgano judicial, y la credibilidad y el prestigio de los tribunales⁶¹⁴.

Suele destacarse que el conjunto de informaciones se realiza a lo largo de un período de tiempo, pero también es atendida la opinión de PRIETO SANCHÍS en orden a que ese “proceso” alternativo puede efectuarse incluso en una sola información y consiste básicamente en “adelantar” un pronunciamiento de culpabilidad a partir de una presentación sesgada de un caudal probatorio parcial⁶¹⁵.

Cierto es que el veredicto paralelo también puede optar por la inocencia y que muchas veces el enjuiciamiento público pone el ojo en la víctima, cuestionándola. Aun así el enjuiciado mediático que suele ser muchas veces cuestionado con fiereza es el propio juez⁶¹⁶. El poder actual de los medios parece incluir un permiso de juzgar a los juzgadores⁶¹⁷.

Si bien en materia de comunicación el efecto obtenido no siempre es producto de la voluntad del emisor del mensaje, sino que depende en buena medida del receptor

⁶¹³ OVEJERO PUENTE, “Protección del derecho...”, p. 435.

⁶¹⁴ LETURIA, “La problemática...”, p. 24.

⁶¹⁵ PRIETO SANCHÍS, “Prisión provisional...”, p. 244, como deduce de la STC 6/1996.

⁶¹⁶ En igual sentido PASTOR, “Juicios paralelos...”, p. 460.

⁶¹⁷ Lo cual, como sostiene RUBINOVICH, “Capítulo XIX: Justicia...”, pp. 239 ss., resulta inaceptable.

y de un conjunto de factores ambientales⁶¹⁸, en el caso de los juicios paralelos, el modo en que son masivamente presentadas las noticias y las pruebas⁶¹⁹ ocupa un papel central tanto en la realización del fenómeno como en las consecuencias del mismo por la difícil posibilidad de reacción o respuesta ante el mensaje transmitido.

Una definición actual abarcadora del fenómeno que puede aportar comprensión con efectos jurídicos y a la vez circunscribir la actividad mediática a este respecto a los casos en que resultan afectados los procesos penales, debe remitir hoy a *la actividad que se realiza a través de los medios de comunicación y de las redes sociales en torno a un asunto penal judicializado con el fin de crear un estado de opinión concreto en la sociedad, anticipándose al resultado del juicio.*

La doctrina es dispar entre las finalidades que caracterizan esa actividad y los efectos sobre los que debe reposar ese anticipo⁶²⁰, entre los que se incluyen: la desacreditación del proceso con el fin de influir en la decisión del tribunal⁶²¹, la perturbación o alteración de la imparcialidad de este⁶²², el inadecuado ejercicio de la libertad de expresión y de información⁶²³, o incluso motivos económicos⁶²⁴. Además se clasifican por el modo en que se realiza (“campañas sistemáticas”⁶²⁵ o un solo acto) y la intencionalidad o no⁶²⁶ en la búsqueda de efectos determinados.

3.2 Derivaciones de los juicios paralelos

⁶¹⁸ LETURIA, “La problemática...”, p. 28.

⁶¹⁹ Que se vincula con la técnica de “framing” ya descrita en este capítulo.

⁶²⁰ Cfr., entre otros, LATORRE LATORRE, V., *Función jurisdiccional y juicios paralelos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002; JUANES PECES, Á., “Independencia judicial y medios de comunicación”, en *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*, La Ley, Madrid, 2012, p. 103; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La verdad y las verdades en el proceso penal: ¿hacia una justicia ‘dependiente’ de los medios de comunicación?”, *Diario La Ley* Nº 5585, 2002; ORENES RUIZ, J. C., *Libertad de información y proceso penal. Los límites*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008.

⁶²¹ LATORRE LATORRE, *Función jurisdiccional...*, p. 105.

⁶²² RODRÍGUEZ RAMOS, “La verdad...”, p. 2.

⁶²³ ORENES RUIZ, *Libertad de información...*, p. 129.

⁶²⁴ DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, p. 11.

⁶²⁵ JUANES PECES, Á., “Los juicios paralelos”, *Revista del Poder Judicial (PJ)* (Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas), 1999.

⁶²⁶ ORENES RUIZ, *Libertad de información...*, p. 265.

Pese a que es una construcción relativamente novedosa, y su desarrollo más intenso vino de la mano de la evolución de las empresas de medios y -más recientemente- de los avances tecnológicos que incidieron en el modo público de comunicar, se reconocen los intentos de realización alternativa de investigaciones y juicios sobre hechos criminales trascendentes desde, por lo menos, los finales del S. XIX⁶²⁷.

Si bien he sostenido que la protección que brinda la presunción de inocencia no cuenta con un verdadero alcance extraprocesal, ya que los efectos jurídicos de su afectación solo pueden provenir de las autoridades llamadas a protegerla, la falta de consideración pedagógica de este derecho fundamental tiene aquí una de sus consecuencias más importantes.

La observación de este fenómeno permite estudiar si el proceso penal en general y la decisión sobre la prisión provisional, en particular, pueden verse afectados en su desarrollo y finalidad por las áreas de comunicación analizadas que muestran especial interés por el fenómeno criminal y por la actuación punitiva estatal⁶²⁸.

Tal como señala ANDRÉS IBÁÑEZ la publicidad, prevista inicialmente como garantía de la democracia, se estaría transformando en un mecanismo para vulnerar derechos del imputado (entre ellos, la garantía de imparcialidad del juez), constituyéndose en elemento determinante de la decisión⁶²⁹.

Los efectos sociales de estas formas de expresión mediática son además observados como una suerte de pena anticipada o extralegal al margen del resultado

⁶²⁷ LETURIA, "La problemática...", p. 21, nota 1, en España una Circular del 2 de enero de 1899 del entonces Fiscal Jefe del TS señaló: "Existe una determinada prensa interesada en instruir un segundo sumario, ya con datos que la infidelidad de algún funcionario proporciona, ya con rumores recogidos donde la suerte les repara si las noticias son verdaderas, se burlan las previsiones y desvelos de la justicia, y si son falsas se extravía a la opinión el menoscabo de la moral y el posible prestigio de los tribunales".

⁶²⁸ Según BARRERO ORTEGA, "Juicios paralelos...", p. 183, la publicidad del proceso, que es recogida constitucionalmente como una garantía democrática para el procesado y para la acusación, en cuanto procura la máxima justicia al evitar las corruptelas que podrían ampararse en el secreto de las actuaciones, puede convertirse en uno de los enemigos más terribles de la justicia democrática, en cuanto unos poderes privados, los que dominan los medios de comunicación, pueden estorbar la obtención de esa máxima justicia al perturbar la objetividad de jueces y tribunales.

⁶²⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero...*, p. 517.

final del juicio⁶³⁰, incluso aunque el presunto autor del hecho investigado no padezca la privación anticipada de su libertad⁶³¹.

Se reconoce que los juicios paralelos, además de lesionar derechos de las personas sometidas a un proceso judicial en curso⁶³², también pueden afectar la imparcialidad de los jueces cuando en la cobertura informativa se sobrepasa la función de velar por la legitimidad democrática de las funciones estatales y su sujeción a la ley⁶³³ y, en su lugar, se emiten juicios que corresponden exclusivamente al órgano judicial⁶³⁴ o se adelantan los mismos.

Una de las prácticas más habituales incluye la utilización de testigos, peritos, documentos, videos y audios (producto de escuchas telefónicas)⁶³⁵, obtenidos al margen de la ley procesal vigente. Su empleo genera efectos como la desconfianza en la administración de justicia, ante el peligro del dictado de resoluciones sin las debidas condiciones de imparcialidad, o bien, aunque la resolución sea justa, es posible que parte de la sociedad la vea y considere como injusta⁶³⁶, máxime cuando el juicio

⁶³⁰ LETURIA, "La problemática...", p. 22.

⁶³¹ En España, el TS ha rechazado la posibilidad de apreciación de una atenuante analógica que aproxime el caso a los supuestos de dilaciones indebidas del proceso, por sufrir el acusado una pena anticipada derivada del tratamiento mediático de la investigación (En la STS 1349/2009 de 25 de enero, se sostuvo que *"El tratamiento informativo que convierte anticipadamente en culpable al que hasta ese momento solo es imputado, se origina fuera del proceso, sin capacidad de control, por tanto, sin posibilidad de reparación por el órgano jurisdiccional que investiga o enjuicia... La petición de que sea (reparada) ahora, en el proceso penal, mediante la individualización de la pena, carece de respaldo en el estado actual de nuestra jurisprudencia"*).

⁶³² Cfr. también BARRERO ORTEGA, "Juicios paralelos...", p. 171.

⁶³³ Como sostiene BARRERO ORTEGA, "Juicios paralelos...", p. 183, si uno de los derechos fundamentales es ser juzgado por un tribunal imparcial e independiente hay que reconocer que esa imparcialidad e independencia pueden verse en algunos casos enturbiadas por campañas mediáticas, orientadas unas veces a defender determinadas posturas de los medios y otras simplemente a defender un interés empresarial a través de la publicación de noticias especialmente atractivas para el público. Señala LETURIA, "La problemática...", p. 43, que las motivaciones que hay detrás de un juicio paralelo pueden ser muchas y no siempre obedecerán a un dolo o voluntad, debido a la multiplicidad de actores involucrados y de circunstancias. Pueden ir desde el ánimo expreso de influir en magistrados, hasta anticipar una condena por vía extrajurisdiccional, o simplemente, captar la atención de la opinión pública con el objeto de aumentar las ventas e ingresos de la empresa periodística, mediante la utilización de un insumo de bajo costo, de alta carga dramática y protegido intensamente por la Constitución.

⁶³⁴ BONILLA RAMÍREZ, *La presunción de inocencia...*, p. 31.

⁶³⁵ En Argentina la proliferación de la divulgación en programas de televisión de audios correspondientes a personas detenidas, que incluían conversaciones con sus abogados, provocó la reacción de asociaciones de abogados, generando incluso que la CSJN, bajo cuya órbita funciona la dirección encargada de administrar las medidas de intervenciones telefónicas, estableciera pautas para el manejo de tal prueba (Ac. 17/2019).

⁶³⁶ PRAT WESTERLINDH, C., "Los juicios paralelos y la imparcialidad judicial", *Revista Doctrina y Jurisprudencia* (Nº 36), 2001, p. 5.

anticipado por los medios no coincide luego con la decisión jurisdiccional⁶³⁷, afectando la legitimidad del órgano en términos negativos⁶³⁸.

Las formas de estigmatización que se derivan de las locuciones propagadas con carácter binario, convierte a la representación social que el imaginario social tiene del proceso penal en una realidad alterada sin posibilidades de defensa equitativa para los afectados.

NIEVA FENOLL relaciona la cuestión de los juicios paralelos con la presunción de inocencia ya que, como se ha dicho antes, al margen de su posición en el proceso, que hace del acusado la persona más visible del mismo, lo cierto es que el simple hecho de señalar a una persona como sospechosa, genera automáticamente un recelo social ante ese individuo y dificulta la posibilidad de que alguien le tenga por inocente⁶³⁹.

Las consecuencias derivadas de esta actividad paralela -en superposición con la judicial- son graves, en tanto en ella no se tienen en cuenta las garantías que la Constitución y el proceso penal sí otorgan en un Estado de Derecho.

Ello no implica concluir determinantemente que en todos los casos la actividad mediática es dañina, ya que existen ocasiones en que una intensa campaña de investigación periodística y de denuncia abre camino a procesos empantanados⁶⁴⁰.

Otro matiz que debe señalarse aquí es que los miembros de la sociedad que han tenido contacto directo con el sistema judicial, si bien son parte necesaria de ese público masivo que conoce el funcionamiento estatal por la construcción mediática, no parecen constituir un grupo prevaleciente a la hora de conformar la legitimidad social, atento a la pequeña porción que representan en el total, por lo que siguen siendo los medios el modo que la mayor parte de la sociedad tiene para conocer la actividad de los servidores públicos.

⁶³⁷ DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, p. 12, analiza que los comunicadores, que suelen tener presente una sensación de insatisfacción social habitual con la justicia, fomentan una suerte de sospecha generalizada sobre su funcionamiento y se alimentan para ello de aquellos casos en que la decisión judicial no coincide con el proceso paralelo. En ese contexto, entre dos "sentencias" contradictorias, suele confiarse más en la mediática.

⁶³⁸ Como lo indican BERNAL/MOYA, *Libertad de expresión...*, p. 31.

⁶³⁹ NIEVA FENOLL, "La razón de ser...", p. 5.

⁶⁴⁰ DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, p. 11.

A todo ello se suma que los maltratos mediáticos⁶⁴¹ normalmente no pueden ser reparados tras la absolución, con lo que la afectación puede continuar incluso con posterioridad a la sentencia. Y en el caso de que la misma sea condenatoria, como destaca PRIETO SANCHÍS, la declaración de culpabilidad asociada a una sanción penal tiene un efecto estigmatizador sobre el honor de la persona que no suele estar considerado dentro de la pena legalmente establecida⁶⁴².

3.3 Tratamiento jurídico de las afectaciones producidas por los juicios paralelos

La jurisprudencia constitucional abrió una vía al declarar que solo es lícita la información “que efectivamente es amparada por el Ordenamiento”⁶⁴³. De suerte que si la afectación al derecho al honor queda cerrada por el recurso a la veracidad de la información, queda por explorar la lesión de la revelación al derecho de defensa en sentido estricto y/o a la presunción de inocencia, esto es, vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Cabe aclarar que los anticipos de inocencia realizados por la prensa constituyen una situación completamente distinta, aun cuando son realizados con sesgo, pues ello no sería más que el respeto activo de un derecho fundamental como lo es la presunción de inocencia⁶⁴⁴.

ANDRÉS IBÁÑEZ se apoya en las enseñanzas de CARNELUTTI acerca de las partes del proceso en sentido sustancial, e identifica a los medios de comunicación como “partes procesales atípicas” esto es, sujetos que, sin ser partes en sentido formal, a menudo desempeñan “una acción decisiva sobre la suerte del proceso” y por ello son protagonistas del enjuiciamiento al exteriorizar su pretensión para el pleito. Les otorga

⁶⁴¹ RODRÍGUEZ RAMOS, “La verdad...”, p. 2, utiliza la expresión “maltrato mediático” y señala que los medios tienen cierta impunidad y se permiten maltratar por “la generosa interpretación del derecho al deber de información en esta materia” y por el temor reverencial de todos los poderes, incluyendo el judicial, a resultar “estigmatizados por los medios de comunicación”, pese a que estos no siempre cuentan con los conocimientos jurídicos y procesales adecuados.

⁶⁴² PRIETO SANCHÍS, “Prisión provisional...”, p. 231.

⁶⁴³ Puesto que la CE brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación (STC 136/1999, de 20 de julio).

⁶⁴⁴ LATORRE LATORRE, *Función jurisdiccional...*, p. 105.

la condición de parte “por la consideración de efectivamente interesados y por su capacidad de influir en el curso de las vicisitudes procesales”⁶⁴⁵.

Resulta también trascendental, tal como lo analiza KINDHÄUSER, observar en qué medida los partícipes del proceso a quienes incumbe la consecución del fin de la pena, esto es, tribunales y funcionarios encargados de la persecución penal, pueden ser afectados en el ejercicio de su función mediante publicaciones en medios de comunicación⁶⁴⁶ y qué mecanismos jurídicos se encuentran a disposición para repeler posibles interferencias⁶⁴⁷.

Entre estos últimos debemos contemplar, por supuesto, la posibilidad de interposición de una demanda civil de protección del derecho al honor⁶⁴⁸.

En el campo penal el art. 417 CP amenaza con pena de prisión la revelación del secreto sumarial externo cometida por un funcionario público⁶⁴⁹.

Nuevamente hay que subrayar que las diligencias sumariales siempre están reservadas frente al conocimiento de terceros ajenos al proceso. Y que las declaradas secretas están protegidas penalmente frente a revelaciones realizadas por funcionarios públicos, y en ciertos casos también por las cometidas por abogados y procuradores y en todo caso constituyen delitos públicos perseguibles de oficio. Por ello puede decirse que el derecho punitivo vigente ofrece ya una tutela, aunque parcial, del derecho a un proceso con todas las garantías.

⁶⁴⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, “Medios de comunicación...”, p. 134.

⁶⁴⁶ KINDHÄUSER, “Sobre la posible...”, p. 1120.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 1124, los tipos penales ofrecen protección a través del castigo del delito de injuria y la violación de secretos.

⁶⁴⁸ El art. 7.4 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, consideró como una intromisión ilegítima en el honor, la intimidad o la propia imagen “la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”. Ciertamente el texto legal comprimió mucho, por razón de su específico objeto, la posible reparación en sede jurisdiccional civil de las indiscreciones relacionadas con el secreto interno. Pero el párr. 7mo. del mismo art. refirió a la “divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”.

⁶⁴⁹ El abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, será corregido con multa de 500 a 10.000 euros. En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta. Nada impide aquí apreciar un concurso ideal de delitos entre la revelación de secreto sumarial del art. 466 y 416 y un delito de descubrimiento de secretos de los arts. 197 o 199 CP. En supuestos de revelación de materias reservadas del art. 301 LECrim habría que acudir a imponer la multa correccional conjuntamente con las penas previstas en estos dos preceptos del CP. Esta solución se explica por la diferencia de bienes protegidos, el secreto sumarial y de otra el derecho a la intimidad. Si la revelación procede de un funcionario hay que aplicar uno de los dos apartados del art. 417 CP.

Si se produce una filtración de las actuaciones por parte de periodistas, atendiendo a los hechos, y a la especificidad de las informaciones publicadas, dicho conocimiento solo puede darlo el tener los autos en su poder, y estos parecen obtenidos de quien tenía conocimiento de los mismos por razón de su cargo, y que por su naturaleza debía mantener el sigilo, haciendo con su conducta, voluntariamente asumida, que la acción realizada atacara el bien jurídico protegido por la norma penal del delito de revelación de información previsto y penado en el art. 417 CP, que no es otro que el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y su credibilidad⁶⁵⁰.

Por tanto, los periodistas que hayan publicado las actuaciones judiciales podrían ser considerados como partícipes del delito porque si bien carecen de la condición personal necesaria para la comisión del delito especial a título de autores materiales, contribuyen efectivamente con sus actos al hecho criminal y a la acción nuclear del tipo penal consistente en la revelación, resultando su actividad imprescindible para la consumación del propósito delictivo proyectado, asumido en el contexto de un concierto previo⁶⁵¹.

Es doctrina reiterada del TC la no prohibición de la publicación de noticias relacionadas con investigaciones judiciales siempre que el periodista las haya obtenido en fuentes ajenas al caso. Pero si de la documentación aportada es perfectamente verificable que los periodistas poseen copia de las actuaciones, siendo esa obtención ilícita del sumario su única fuente, no la han obtenido de fuentes ajenas al proceso.

Por ello la raíz de este mal no se encuentra solo en la prensa sino también en la política de información de los órganos encargados de la persecución penal y de los tribunales⁶⁵².

En cualquier caso cabe denunciar esas situaciones y enfrentar la jurisprudencia que ampara el derecho a la libre información cuando choque con el derecho de defensa

⁶⁵⁰ Tal y como señala la STS 471/2013 de 27 de enero, el obstaculizar y entorpecer la instrucción de una causa penal, conlleva la consiguiente pérdida de credibilidad de las instituciones públicas

⁶⁵¹ Es preciso recordar como el TC en la ya lejana STC Sala 2ª de 31 de enero de 1985 reconocía la limitación del derecho a informar cuando la información procede de una revelación indebida. Existen precedentes sobre la comisión de un delito de revelación de secretos por parte de periodistas que hayan publicado parte del sumario, habiendo obtenido dicha información de una fuente ilícita como surge del Auto de fecha 24 de septiembre de 2015 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid en sus Diligencias Previas nº 4588/2014, en orden a la publicación del 11 de julio de 2014 en el diario ABC de un artículo firmado por P. M. y C. M. titulado "Bárceñas, un capo de la Camorra".

⁶⁵² KINDHÄUSER, "Sobre la posible...", p. 1129.

o con otros intereses legítimos penalmente tutelados ya que, vista la masividad del fenómeno apuntado en los anteriores epígrafes (juicios paralelos) puede sostenerse que a este respecto no se aplica habitualmente la ley vigente toda vez que los casos que son judicializados son ínfimos en relación a la proliferación de la práctica. Ello sin perjuicio de señalarse que, una vez más, no parece la actuación penal como la más adecuada para aportar soluciones decisivas a este respecto.

Con independencia de ello, debe tenerse en cuenta que resulta enteramente ilusorio pretender mantener aséptica la aplicación del Derecho, protegerla de toda contaminación de la vida diaria extrajurídica. Todo juez llega necesariamente al punto en que debe tomar una decisión acompañado de un entendimiento previo de la cuestión, configurado por múltiples fuentes provenientes tanto de la vida cotidiana como de la profesión, y un influjo esencial en la visión de mundo de quien en concreto se encuentra llamado a aplicar el Derecho es la opinión pública constituida a través de los medios de comunicación.

Además resulta ingenuo pensar que la influencia de los medios sobre la aplicación del Derecho se hace presente recién con el reporte periodístico sobre el proceso penal en particular⁶⁵³ ya que, como dije antes, los medios construyen nuestra cultura desde la niñez.

Es cierto que una cooperación muy estrecha entre los medios y los funcionarios de la Justicia podría provocar dudas acerca de su independencia, autonomía e imparcialidad pero, de acuerdo con KINDHÄUSER, resultan siempre legítimas las investigaciones de la prensa por sí misma o a iniciativa de la defensa. Ello, por cuanto ocuparse de la criminalidad es de interés público y es genuina tarea de los órganos dedicados a la difusión de información siendo tales investigaciones, además, enteramente compatibles con el fin de prevención general positiva de la pena⁶⁵⁴.

Sin embargo, es exclusivamente la calidad de la prueba la que debe determinar si un proceso tiene lugar o no, y si este tendrá por resultado una absolución o una condena⁶⁵⁵. Los órganos de persecución penal y los tribunales siempre disponen de

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 1126.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 1130.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 1127.

suficientes medios para conducir un proceso penal ordenadamente, pese al “fuego mediático”⁶⁵⁶.

Otra solución -aunque también parcial y tardía- proviene desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena donde se propone atenuar la pena para los casos en que el juicio paralelo haya generado ya una aflicción comparable con la sanción. Sobre estas conceptualizaciones y posible tratamiento jurídico penal del fenómeno ahondaré en el Capítulo 4.

3.4 La doctrina del TEDH y la jurisprudencia española

Las formas en que las acciones informativas pueden afectar la imparcialidad del juzgador son múltiples, y pueden alcanzar tanto la imparcialidad material u objetiva del juez, como la confianza colectiva que debe existir sobre él en cuanto a su capacidad para comportarse de acuerdo a las exigencias de su rol (imparcialidad subjetiva)⁶⁵⁷.

Por ello tanto el TC como el TS han sido categóricos al señalar que las expectativas generadas en la opinión pública mediante informaciones relativas a un caso pendiente “*pueden llegar a menoscabar, según sea su tenor, finalidad y contexto, la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de los Jueces y Tribunales*”, reconociendo que lo publicado puede influir en la decisión de los jueces⁶⁵⁸.

Una de las primeras oportunidades en que el TEDH se refirió a esta problemática fue en el caso *Sunday Times*⁶⁵⁹, donde señaló que la CEDH no había establecido una prohibición de los juicios mediáticos debido al interés subyacente en la información.

Por otro lado, aunque tanto el TS como el TC se refieren al fenómeno, no lo hacen con la misma extensión. Ambos destacan su impacto sobre la imparcialidad y

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 1130.

⁶⁵⁷ SSTC 155/2002; 69/2001; 151/2000; 162/1999.

⁶⁵⁸ STC 136/1999.

⁶⁵⁹ STEDH de 23 de abril de 1979.

reputación de los Tribunales, pero solo el TS considera su capacidad de ataque frente al honor y a la presunción de inocencia⁶⁶⁰.

Los tribunales españoles han hecho referencia expresa a los juicios paralelos en algunas sentencias, desarrollando una doctrina que en lo sustancial parece uniforme refiriéndose en especial a la capacidad de las acciones mediáticas para afectar la imparcialidad de los tribunales, tanto en forma estricta como en cuanto a la idea que de ella conviene que tenga la ciudadanía (autoridad, respeto, confianza).

Al respecto, se ha dicho que cuando las informaciones alcanzan este nivel de afectación, se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, bastando para probar lo anterior "*la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar*"⁶⁶¹.

El TC ha sostenido que "*la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación*". Ello es así, en primer lugar, por "*el riesgo de que la regular Administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto y de que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de Sentencia, o si las partes sufrieran un pseudojuicio en los medios de comunicación*"⁶⁶².

Por ello, la protección frente a declaraciones en los medios de comunicación acerca de procesos en curso y frente a juicios paralelos se debe a que estos no solo pueden influir en el prestigio de los Tribunales, sino muy especialmente, a que pueden llegar a menoscabar, según sea su tenor, finalidad y contexto, la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de los jueces, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo puede influir en la decisión que debe adoptarse en sede judicial, al tiempo que puede hacer llegar al proceso informaciones sobre los hechos que no están amparadas por las garantías que aquel ofrece. Recordemos que la imparcialidad judicial es una garantía de los justiciables.

Sin embargo, y aunque los jueces son los órganos competentes para dictar sentencia respecto de una acusación, ello no significa que los asuntos no puedan dar

⁶⁶⁰ STS de 9 de febrero de 2004.

⁶⁶¹ La STC 136/1999, de 18 de agosto, ha señalado que cuando ello ocurre, se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, y "*dada la naturaleza de los valores implicados*", ni siquiera sería necesario probar que "*la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa*".

⁶⁶² ATC 195/1991. En el mismo sentido, STC 69/2001; SSTEDH *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979 y *Worm*, de 29 de agosto de 1997.

lugar a debates públicos. Las informaciones sobre procesos judiciales, incluidos los comentarios al respecto, contribuyen a darles conocimiento y son perfectamente compatibles con las exigencias de publicidad procesal que emanan de los arts. 6.1 CEDH y 24.2 C.E. A esta función de los medios se añade el derecho, para el público, de recibirlas (especialmente cuando el proceso concierne a personas reconocidas públicamente)⁶⁶³.

El TC ha sostenido que la CE brinda protección frente a los juicios paralelos pero a la vez "*se encuentra contrapesada (...), externamente, por las libertades de expresión e información que reconoce el art. 20 C.E. (...); internamente (...), encuentra límites dentro del propio art. 24 C.E., porque la publicidad no solo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental (inciso 5º del art. 24.2 C.E.)*"⁶⁶⁴.

En cualquier caso es importante tener presente que, para pronunciarse en un caso concreto sobre la existencia de una razón que permita sospechar un defecto de imparcialidad, lo determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden ser considerados como objetivamente justificados⁶⁶⁵.

El TS por su parte ha señalado que:

*"es evidente que la publicidad es un elemento esencial de todo proceso, y por otra parte el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz abarca e incluye al derecho a informar sobre las actuaciones judiciales, y cuando estas tienen por objetivo un hecho tan noticiable, en sí mismo, ... supone un plus de interés para los medios de comunicación. Es evidente que la publicación de hipótesis y suposiciones en los medios de comunicación es una simple consecuencia de la libertad de prensa que constituye una divisa de toda sociedad democrática"*⁶⁶⁶.

La necesaria ponderación no siempre es sencilla. Pero la importantísima función que en una democracia corresponde a los medios de comunicación, en orden a la formación de una opinión pública informada, libre y plural, no les exime de tener en

⁶⁶³ Por todas, STC 46/1998; SSTEDH de 26 de abril de 1979 (caso *Sunday Times*), 24 de febrero de 1997 (*De Haes y Gijssels*) y de 29 de agosto de 1997 (*Worm*).

⁶⁶⁴ ATC 195/1991.

⁶⁶⁵ SSTEDH de 22 de abril de 1994 (asunto *Saraiva de Carvalho*), 22 de febrero de 1996 (*Bulut*), 23 de abril de 1996 (*Remli*), 10 de junio de 1996 (*Pullar y Thomann*), 25 de febrero de 1997 (*Findlay y Gregory*) y 20 de mayo de 1998 (*Gautrin y otros*).

⁶⁶⁶ STS 2355/2019.

cuenta, de un lado, los derechos de las personas sobre las que se informa, cuando aún no han sido condenadas por ningún tribunal de justicia; y, de otro, que la declaración de culpabilidad en una democracia, no es emitida por el pueblo o por una parte del pueblo, aunque la Justicia emane del mismo, sino por los órganos jurisdiccionales a los que la Constitución, con carácter exclusivo, ha hecho responsables del enjuiciamiento.

Partiendo de tales premisas resulta trascendente determinar si de la resolución judicial en concreto puede desprenderse que esté condicionada por las informaciones publicadas en los medios o si, sea o no coincidente con algunas o con todas ellas, se basa en las pruebas practicadas en el juicio oral y se apoya en argumentaciones que puedan ser consideradas suficientemente razonables.

Lo que lesionaría el derecho de los acusados a un juicio justo sería que el sentido del fallo no viniera determinado por las pruebas disponibles, racionalmente valoradas, y por una recta y también racional aplicación del Derecho vigente, sino por las informaciones publicadas. Sin perjuicio de que los hechos despierten el interés público y social, teniendo su reflejo en los medios de comunicación, si la decisión judicial reposa, tanto en los aspectos fácticos como en los jurídicos, en las pruebas practicadas con todas las garantías exigidas por el derecho a un proceso equitativo, y en razonamientos jurídicos expresados de forma razonable, no existe afectación al debido proceso.

Se ha concluido que tampoco puede decirse que se haya vulnerado el derecho a un proceso justo cuando el órgano judicial interviniente, sin perjuicio del interés suscitado por los hechos y del tratamiento mediático del que fueron objeto, no solo se ha movido dentro de los márgenes impuestos por el resultado de las pruebas practicadas y por una interpretación razonada del Derecho aplicable, sino que, además, con esa forma de proceder, ha excluido incluso la "probabilidad fundada"⁶⁶⁷ de que su decisión haya estado influenciada por la opinión publicada.

El TC ha sostenido también que el contenido del art. 20.1 d) CE no es otro que la información veraz. A este respecto matiza que la veracidad de la información no es sinónimo de la verdad objetiva e incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto. De este modo, la veracidad de lo que se

⁶⁶⁷ STC 136/1999.

informa no va dirigida a la exigencia de una rigurosa y total exactitud del contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos, transmiten como hechos verdaderos bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones, sin desplegar la diligencia exigible a un buen profesional⁶⁶⁸.

Con el mismo propósito de aumentar el respeto general sobre la presunción de inocencia, se han establecido algunas medidas adicionales como, por ejemplo, el deber de reserva que afecta a los jueces y que los limita significativamente en su ejercicio de la libertad de expresión⁶⁶⁹.

3.5 La mirada pública sobre el órgano judicial en Latinoamérica

En Latinoamérica se ha comprobado el fenómeno de los juicios mediáticos⁶⁷⁰ y se han verificado a su vez bajos niveles de aprobación del sistema judicial por parte de la ciudadanía en general⁶⁷¹, lo cual refleja otro modo de medir la legitimidad del poder judicial.

⁶⁶⁸ STC 6/1996.

⁶⁶⁹ STC 162/1999.

⁶⁷⁰ De acuerdo al informe DPLF, *Independencia judicial...*, p. 13, en Perú los medios otorgan cobertura destacada a la postura de anunciar estruendosamente el inicio de procesos internos y la adopción de sanciones disciplinarias. En ese mismo país se observó que la intervención de los medios de comunicación echa mano al recurso del periodismo de investigación para analizar el caso judicial en paralelo y producir sus propias conclusiones que entonces constituyen una plataforma de exigencia sobre el desempeño judicial. En el caso colombiano, los medios se apoyan en las redes sociales para amplificar la demanda de prisión provisional para “presuntos responsables” en casos de repercusión. En Colombia, un informante calificado fue suficientemente explícito, respecto a la utilización de los medios de comunicación por los abogados, al asegurar que “Lo que no se logra en juicio con argumentos jurídicos, se consigue con indignación y críticas a los jueces a través de los medios”.

⁶⁷¹ Encuestas realizadas en Colombia indicaron que solo uno de cada cuatro entrevistados respondió “favorable” a la pregunta *¿Tiene Ud. una opinión favorable o desfavorable del sistema judicial colombiano?* (Efectuada por la empresa Gallup Colombia en diciembre de 2012). En Perú, una encuesta de Ipsos Apoyo encontró, en diciembre de 2012, un nivel de aprobación del Poder Judicial de 19 %, porcentaje que corresponde a una tendencia estable en la opinión pública del país. La empresa encuestadora Market detectó en febrero de 2012 que solo 21% de los entrevistados creía que la justicia ecuatoriana actúa con independencia. En mayo de 2012 la encuestadora Ipsos Mora y Araujo preguntó en Argentina *¿los jueces contribuyen mucho, algo, no contribuyen o son perjudiciales para el país?* Si se suman las respuestas “No contribuyen” (39%) y “Son perjudiciales” (12%) superan la mitad de los encuestados. (DPLF, *Independencia judicial...*, p. 9).

Si se recurre a la información proporcionada por LATINOBARÓMETRO, que pregunta cada año por cuánta confianza tiene el poder judicial en los países de la región, desde 2014 en que alcanzó 30% ha disminuido seis puntos porcentuales llegando a 24% en 2018. Mientras que desde su punto más alto en 2006 ha disminuido 12 puntos porcentuales.

Hay quince países de la región donde el poder judicial no alcanza a tener la confianza ni de un tercio de la población. Los países que menos confían son, El Salvador 14%, Nicaragua 15%, Perú 16% y Venezuela con 18%⁶⁷².

En similar estudio realizado en 2018⁶⁷³, el total para América Latina arroja un 24 % de confianza en el poder judicial. En tal guarismo se encuentra Argentina. Colombia y Ecuador llegaban a 23 %, mientras que en Chile alcanzaba un 26 % y Perú ofrecía apenas un 16 %. Puede resaltarse que desde 1996 la media regional de respuestas favorables nunca pasó de 36%. En términos más simples puede decirse que, cuando menos, dos de cada tres ciudadanos latinoamericanos no tienen confianza alguna en la justicia de su país.

Si bien en este tipo de estudio debe analizarse la metodología empleada y la complejidad de la encuesta, como resaltan los trabajos de GÓMEZ-BELLVIS y FALCES-DELGADO⁶⁷⁴ y de POZUELO PÉREZ⁶⁷⁵ respecto del tratamiento de los resultados empíricos en las ciencias sociales y -en especial- sobre la posición supuestamente criminalizadora de la ciudadanía, no deja de ser importante la constante de insatisfacción en estos guarismos.

También debe considerarse que el nivel de desconocimiento del público sobre el sistema legal y judicial de sus países es sorprendentemente alto⁶⁷⁶.

En la base de estos resultados puede encontrarse el discurso que reclama mayor represión. Siendo así que en los países señalados existen, con diferencias correspondientes a cada caso, niveles importantes de inquietud social en torno al desempeño del aparato de justicia -que los sondeos de opinión comprueban

⁶⁷² Los países que más confían en el Poder Judicial según este estudio son Costa Rica 49%, Uruguay 39% y Brasil 33%.

⁶⁷³ Datos obtenidos del informe anual, recuperados en www.latinbarómetro.org.

⁶⁷⁴ GÓMEZ-BELLVÍS/FALCES-DELGADO, "Los efectos del contexto...", pp. 1-4.

⁶⁷⁵ POZUELO PÉREZ, *La política...*, p. 88.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 91, en base a estudios realizados en Estados Unidos y Canadá.

periódicamente-, por lo que no es de sorprender que las autoridades de sus instituciones tiendan a ensayar gestos que, en razón de hacerlos aparecer identificados con sentimientos populares, pudieran procurar al sistema una mayor aceptación y legitimidad en la sociedad⁶⁷⁷.

3.6 La actitud de los jueces

Desde el punto de vista del juez no resulta posible determinar con certeza la implicancia que en su fuero íntimo puede tener la presión mediática (pasada, presente o proyectada) a la hora de tomar una determinación privativa de libertad de un imputado⁶⁷⁸.

En el conjunto de la sociedad la incidencia de las noticias que informan sobre la decisión de la prisión provisional, en especial respecto de casos resonantes o en los cuales se encuentran involucradas personas públicamente reconocidas, tiene sin dudas algún tipo de efecto por la situación de privación de derechos y el morbo que ello implica.

Aquí juega un importante rol el sesgo confirmatorio⁶⁷⁹, concepto que surge de la psicología cognitiva a partir del trabajo de KANEMANN y TVERSKY⁶⁸⁰. Según dicha consideración el juez ya tendría tomada una decisión, además influida por su actuación anterior en el caso y por la incidencia de la sociedad de la cual forma parte, y las decisiones que tome vendrán a solidificar dicho prejuicio.

Aún a falta de material empírico específico sobre la consideración de casos en que se dicta la prisión provisional resulta claro, en primer lugar, que esa decisión incide

⁶⁷⁷ Según DPLF, *Independencia judicial...*, pp. 19-20, de verificarse tal actitud -y siendo improbable que el objetivo buscado pueda ser alcanzado-, el efecto secundario -que es clave para el propio sistema de justicia- redundaría en la transmisión interna de un mensaje contrario a aquello que las normas y los principios del derecho imponen a los órganos judiciales.

⁶⁷⁸ Sin embargo, estudios que como el de KOSTENWEIN, E., "Prisión preventiva...", pp. 54-79, han intentado en Argentina reflejar mediante entrevistas a operadores del sistema judicial la repercusión de la actuación de los medios de comunicación ante el dictado de la prisión preventiva.

⁶⁷⁹ En cuanto tendencia de una persona a favorecer la información que confirma sus suposiciones, ideas preconcebidas o hipótesis, independientemente de que estas sean verdaderas o no.

⁶⁸⁰ Cfr., entre otros, PASCALE, R./PASCALE, G., *Toma de Decisiones Económicas: El Aporte Cognitivo en la Ruta de SIMON, ALLAIS y TVERSKY Y KAHNEMAN*, Ciencias Psicológicas [en línea], 2007, I (2), p. 160 ss. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=459545424004>.

no solo en la opinión que a partir de allí podrá percibirse respecto del sujeto que es encarcelado sino también en el propio juez y en la percepción que la ciudadanía tendrá respecto del desenvolvimiento de los órganos administradores de justicia y, en particular, de la utilidad del instituto cautelar.

El fenómeno de los juicios paralelos, respecto de casos aún no resueltos judicialmente, es solo el reflejo de aquello que en la mente de un espectador o grupo social se ofrece como representación y que es evaluado con los limitados elementos que se suministran al público en general. En estos casos, poco parece importar la cantidad de prueba analizada o las condiciones de legitimidad de la medida cautelar (v.gr., la concreta existencia de riesgos procesales que justifiquen el encarcelamiento durante el proceso).

La incidencia que tienen los medios masivos como generadores de consensos o instaladores de ideas respecto de una determinada problemática y una consecuente necesidad de aplicación de la ley penal genera un incremento de la ansiedad o expectativa respecto del resultado de los casos emblemáticos y las consecuencias que ello pudiera tener para el futuro social fundamentalmente en materia de seguridad advirtiéndose que, a esos fines, la demanda de mayor utilización o modificación de las condiciones de las medidas cautelares cuyos fundamentos no son transmitidos con la misma enjundia, provoca la confusión de los fundamentos que sostienen los distintos modos de prisionalización.

En este último contexto el ingreso de un acusado en prisión provisional funciona como un bálsamo ante determinada demanda social (genuina o construida) y como un indicador de justicia inmediata ante un proceso que no se resolverá con carácter definitivo por mucho tiempo.

La respuesta judicial, cuya base de legitimidad no posee ningún elemento de consideración hacia una expectativa social determinada (más allá de la inclusión vetusta de los motivos de “alarma social” dentro de las finalidades que justificaran la prisión provisional en algunos ordenamientos), debe encontrarse prevenida del modo en que la visión de la ciudadanía reflejada en la actividad mediática puede afectar a la decisión del propio juez (y su imparcialidad en cuanto garantía de un juicio justo) y siempre reconocer la protección de la presunción de inocencia en su análisis.

En definitiva, la opinión pública funciona como un elemento de presión -al igual que otros tales como los grupos de poder político o económico- ante los jueces y como una herramienta de construcción de realidad y conocimiento (parcial y sesgado) ante la sociedad. Esta situación debe ser incluida en el análisis sobre las consecuencias de vincular en diferentes planos la prisión provisional con la pena.

Tampoco puede soslayarse el fenómeno de los jueces proactivos al espacio mediático (o “juez estelar”⁶⁸¹). Estos al percibir que la gente ve a los medios o las redes sociales como una alternativa de la justicia se sirven en ocasiones de ellos para logros propios o fines de otro tipo tales como ascensos o trascendencia pública en general.

Pueden intuirse algunas de las razones que llevan a algunos jueces a proporcionar información “off the record” a periodistas⁶⁸². Entre otras, pueden reconocerse las de mejorar el modo en que son considerados por los medios, enviar mensajes a las partes o a otros poderes del Estado, posicionarse de cara a ascensos, defenderse frente a acusaciones administrativas o juicios políticos, y verse respaldados en investigaciones frente a personalidades poderosas o figuras públicas.

Respecto a los fundamentos de legitimidad de la jurisdicción -que difieren de los del poder legislativo y del administrador- debe decirse, junto con FERRAJOLI, que los jueces deben, según una fórmula clásica, *sine spe et sine metu*, es decir, no alimentar ni esperanzas ni temores por el mérito de sus decisiones. La fuente de legitimidad de la jurisdicción se revela por el riguroso respeto de las garantías penales y procesales, más allá de -y, si es necesario, contra- la voluntad o el consenso de cualquiera, incluyendo a la mayoría⁶⁸³. Y, amén de las formas de responsabilidad jurídica, existe la que el profesor italiano llama “responsabilidad social” como principal garantía de control sobre el funcionamiento de la justicia, que se expresa en la más amplia sujeción de las resoluciones judiciales a la crítica de la opinión pública⁶⁸⁴.

Sin embargo, los jueces son investigadores exclusivos y solitarios de la verdad procesal: esta es una convención necesaria, requerida por las garantías de certeza y

⁶⁸¹ PASTOR, “Juicios paralelos...”, p. 456.

⁶⁸² *Ibidem*.

⁶⁸³ FERRAJOLI, “Las fuentes...”, p. 177.

⁶⁸⁴ Con base en las ideas de BENTHAM, entre otros, la crítica pública de las actividades judiciales concretamente publicitadas y conocida, dirigida a los jueces en particular y a sus concretas resoluciones -no la genérica de los males de la justicia- expresa el punto de vista de los ciudadanos y posee un eficaz rol en la elaboración de nuevos fundamentos a la deontología judicial.

preconstitución natural del magistrado, por la necesidad de asegurar veredictos no contradictorios y también por el valor de la separación entre funciones represivas y ciudadanos. Pero esto no elimina la relatividad de sus juicios y de su verdad. De aquí se deriva no solo el carácter esencial de la crítica pública, sino también la necesidad de que el juez se exponga a ella constantemente, asumiendo también él el punto de vista externo de los ciudadanos carentes de poder, que es el fundamento de su independencia política y cultural frente a otros poderes y de la legitimidad misma de sus funciones⁶⁸⁵.

El juez no debe ni puede actuar solitariamente, pero sí ha de estar, de alguna forma, amparado frente a la opinión pública para que esta no limite su independencia o, lo que es lo mismo, su sometimiento exclusivo a la Constitución y al resto del ordenamiento⁶⁸⁶.

Aquí descansa precisamente la legitimidad democrática del juez constitucional. La propia CE exige que los titulares de la potestad jurisdiccional sean jueces y magistrados “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1). En idéntico sentido se pronuncian los arts. 14.1 PIDCP y 6.1 CEDH cuando reconocen el derecho de todos a ser juzgados por un “tribunal independiente e imparcial”⁶⁸⁷, principios que también encontramos en el resto de las constituciones democráticas.

Ahora bien, conforma un área de endeblez institucional que compromete el funcionamiento de la prisión provisional, la soledad en la que fiscales y jueces deben desempeñarse. Este hecho opera en contra del servidor judicial cuando debe enfrentar situaciones especialmente complicadas, sea por la naturaleza del proceso a su cargo, sea por las presiones y reacciones sociales generadas en torno a él⁶⁸⁸.

El asunto se torna especialmente arduo cuando el servidor judicial debe encarar una respuesta contraria a cuanto los medios de comunicación pregonan. La institución usualmente le deja que enfrente la marea por sus propios medios. Una manera de

⁶⁸⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 603.

⁶⁸⁶ Cfr. BARRERO ORTEGA, “Juicios paralelos...”, p. 183.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, pp. 183-184.

⁶⁸⁸ Cfr. DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*, pp. 24.

enfrentar ello radica en fortalecer los proyectos de formación y capacitación que, generalmente, no abordan estos temas⁶⁸⁹.

El fiscal y el juez que se ven en medio de un caso públicamente controvertido pueden ser buenos -o muy malos- comunicadores, a la hora de explicar la posición que han adoptado. Pueden tener o no las habilidades necesarias para defender la decisión que tomaron, cuando esta resulta agresivamente cuestionada. En esa circunstancia, que puede llegar a ser muy difícil, cada quien depende de sí mismo, pero los resultados comprometen a la institución misma por lo que la creación y el fortalecimiento de oficinas de prensa que colaboren con la tarea en esta área aparece como aconsejable.

4. Los derechos fundamentales en pugna

4.1 La libertad de expresión y de información

La libertad de expresión es una de las piedras fundamentales de la sociedad. Es indispensable para la formación de opinión pública, a la que le permite estar suficientemente informada.

El TEDH ha hecho referencia constante en su jurisprudencia a que la libertad de expresión, entendida en el CEDH en sentido amplio, esto es, que comprende también la libertad de información, constituye uno de los elementos fundamentales de la democracia. Así, por ejemplo, se afirmó que *“la libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para que esta progrese y para el pleno desarrollo individual”*⁶⁹⁰.

El concepto nuclear para entender las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo político y de la democracia es el de la opinión pública. Visto ello así, las libertades informativas asumen un papel único y fundamental dentro la sociedad, en la medida en que contribuyen decisivamente a la formación de aquella, lo que, por un lado, constituye el juicio de valor que efectúa el público sobre temas de interés y, por el otro, supone -como consecuencia de lo anterior- contar con ciudadanos

⁶⁸⁹ *Ibidem*, pp. 24.

⁶⁹⁰ Ver, por todas, STEDH de 27 de febrero de 2001, caso *Jerusalem*.

bien informados sobre los asuntos que atañen a la vida social y política que les permitirá la participación reflexiva y ponderada en los asuntos de incumbencia general y, señaladamente, la elección más acertada de sus dirigentes⁶⁹¹ y representantes.

Este derecho tiene dos formas de ser abarcado, conforme un concepto amplio o uno restringido de la libertad de expresión. El primero la entiende como el derecho que tiene todo ciudadano de comunicarse en libertad por cualquier medio sin ser impedido u obstaculizado para ello⁶⁹².

En sentido estricto -que es el que interesa a este estudio- la doctrina⁶⁹³ define a la libertad de expresión como el derecho a emitir y difundir juicios personales y subjetivos, pensamientos, creencias, ideas y opiniones.

Este derecho debe ser diferenciado con el de libertad de información, pese a que muchas veces parecen ser lo mismo. Sin embargo, suele también hablarse de un solo derecho fundamental que contiene ambas libertades⁶⁹⁴.

La libertad de información es entendida como el derecho a comunicar y recibir información (meros datos, hechos o noticias) y no incluye la transmisión de pensamientos ni valoraciones⁶⁹⁵ que la libertad de expresión sí contempla.

Así, la libertad de expresión encuentra uno de sus límites en la libertad de información, pese a la habitual confusión entre ambas, sin perjuicio de que puede dárseles jurídicamente el mismo tratamiento.

En definitiva, se reconocen dos caras de esta protección: los ciudadanos tienen el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento y, de otro lado, el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda clase.

Por todo ello, la restricción de estas libertades, no viola únicamente el derecho del que se expresa (o quiere expresarse) sino también el derecho colectivo a recibir informaciones o ideas.

⁶⁹¹ MONTILLA MARTOS, J. A., "La libertad de expresión", en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional*, t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, p. 204.

⁶⁹² Por todos, MONTILLA MARTOS, "La libertad...", p. 202.

⁶⁹³ Por todos, CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 103.

⁶⁹⁴ JIMÉNEZ SORIANO, *La presunción de inocencia...*, p. 18.

⁶⁹⁵ JAIRA I MANZANO, J./BARCELÓ I SERRAMALLERA, M., "Los derechos de la persona en sociedad", en APARICIO PÉREZ, M.A. (Dir.), *Manual de Derecho constitucional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 727.

4.2 Normativa

El art. 19 DUDH prescribió respecto a la libertad de expresión que: *“Todo sujeto goza del derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho implica el de no ser perturbado a causa de sus opiniones, el de indagar y obtener informaciones y opiniones y el de divulgarlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de comunicación”*.

La OC 5 de 1985 de la Corte IDH, refiriéndose al art. 13 CADH, ha señalado que la libertad de pensamiento y expresión *“comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”*, de donde resulta que este derecho tiene un alcance y carácter especiales.

La Corte IDH, ha hecho alusión a la opinión del TEDH frente al tema en estudio señalando que su función supervisora le impone prestar una atención extrema a los principios propios de una ‘sociedad democrática’ y que por ello la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de ella, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres⁶⁹⁶.

El art. 10.1 CEDH reza: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.”*

En España, el art. 20.1.d) CE, establece el derecho a *“comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”*. Aquí tiene rendimiento la diferenciación: la característica que distingue al derecho a la información del derecho de expresión es su objeto: la *“información veraz”*, donde *“información”* debe ser

⁶⁹⁶ Caso *“La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Sentencia del 5 de febrero de 2001.

entendida -según el juicio de preponderancia- como “la descripción predominantemente no valorativa de los hechos noticiables”⁶⁹⁷.

En América, la Declaración de Chapultepec⁶⁹⁸, se tornó en un instrumento indispensable para comprender el fundamento del derecho a la libertad de expresión dentro de la democracia. En ella se delimitan las posibles vulneraciones sobre los derechos de informar y opinar, de tal suerte que solo en el fortalecimiento al derecho a la libre expresión se puedan llegar a determinar espacios legítimos de democracia.

4.3 La presunción de inocencia ante la libertad de expresión. La “doctrina preferente” y el test de proporcionalidad

La posible afectación a la vida privada y los atentados contra la presunción de inocencia en nombre del deber de expresarse e informar conforman la preocupación de la doctrina en este campo⁶⁹⁹.

Pese a que, como vimos en el capítulo precedente, la presunción de inocencia no tiene un efecto inmediato respecto de los medios de comunicación, sí resulta útil como baremo para la valoración de reportes públicos sobre asuntos criminales⁷⁰⁰.

La presunción de inocencia se considera, en el sistema del CEDH, como uno de los elementos claves del derecho a un juicio justo, lo que hace muy difícil, por no decir imposible, que se produzca una lesión a la presunción de inocencia que no conlleve a su vez una lesión al derecho al juicio justo⁷⁰¹.

En definitiva, en la esfera del CEDH, si bien no cuenta con una protección directa ante las expresiones periodísticas, se impone una serie de obligaciones a los

⁶⁹⁷ Cfr. CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 111. Por su parte, JIMÉNEZ SORIANO, *La presunción de inocencia...*, p. 22, refiere que puede entenderse como un derecho fundamental e inherente a todas las personas. No solo es un derecho del ser humano, sino también de la sociedad misma, el cual no se restringe solo a la libre difusión de ideas y expresiones, sino que abarca además, el derecho a la investigación y procesamiento de información sin censura ni barreras previas.

⁶⁹⁸ Adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México D.F. el 11 de marzo de 1994.

⁶⁹⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia...*, p. 522.

⁷⁰⁰ En igual sentido, KINDHÄUSER, “Sobre la posible...”, 1135.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 436.

poderes públicos cuyo objetivo es evitar la injerencia de los juicios paralelos en el proceso y evitar la lesión de la intimidad y honor de la persona investigada o encausada durante la tramitación del procedimiento. Estas obligaciones constriñen las declaraciones de las autoridades públicas, ya sean estas las emitidas por jueces, funcionarios de los cuerpos de seguridad o cualquier cargo público involucrado o no, directa o indirectamente en la investigación judicial⁷⁰².

A la par, en cada uno de los Estados y de las organizaciones internacionales de derechos humanos se concibe y se respalda la libertad de expresión como uno de los valores supremos y trascendentales que inspiran la democracia y de la cual funciona como aliado fundamental⁷⁰³.

En 1976 el caso *Handyside c/Reino Unido* sentó la posición del TEDH respecto a que la libertad de información prevalece aun cuando la información choque o inquiete a la opinión pública. Ante el dilema “Libertad de expresión y comunicación”, por un lado y presunción de inocencia y garantías del proceso, por el otro, el TEDH otorga preferencia a la primera, por su valor constitutivo del sistema democrático⁷⁰⁴.

El TC, al instaurar la “doctrina preferente” de las libertades de expresión e información frente a otras libertades o derechos (en especial con los derechos de la personalidad), también pareciera condicionar al establecimiento de un sistema de tutela de derechos bastante particular y con “privilegios”⁷⁰⁵.

La importancia de la libertad de expresión para el funcionamiento democrático⁷⁰⁶ genera que, junto con esa jurisprudencia, cierto sector de la doctrina también considere que el derecho a la información y la libertad de expresión, ostentan

⁷⁰² TEDH, casos *Allenet de Ribermont contra Francia* (1995); *Daktaras contra Lituania* (2000); *Butkevicius contra Lituania* (2002); *Gutsanovi contra Bulgaria* (2014).

⁷⁰³ BERNAL CASTRO/MOYA VARGAS, *Libertad de expresión...*, p. 28.

⁷⁰⁴ “Ante la publicación de noticias o comunicaciones que generan un gran debate público, o que son relevantes para la opinión pública, la Corte europea protegerá de forma prevalente la formación de la opinión pública libre, aun cuando dicho debate se produzca en relación con noticias de casos judiciales o con investigaciones judiciales sometidas incluso a secreto del sumario” (Caso *Times News Paper v Reino Unido*, 10 de marzo de 2009).

⁷⁰⁵ Desde las SSTC 6/1981 y 12/1982 se ha marcado la importancia de la libertad de expresión frente a una sociedad democrática señalando tres reglas constitucionales: 1. Una presunción en favor de la libertad de expresión, que supone la primacía de esta libertad frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto, incluso del buen nombre y la honra, según el caso. 2. El supuesto de inconstitucionalidad en las limitaciones relacionadas con la libertad de expresión en materia de regulación del Estado y 3. La prohibición de la censura previa.

⁷⁰⁶ “Fin político” de garantizar la creación de una opinión pública libre.

una posición preferente en caso de conflicto con otros derechos, en aras de garantizar la opinión pública libre⁷⁰⁷. Aun siendo ello así, la intromisión de las libertades de información y expresión en cualquier otro derecho fundamental se encontrará legitimada únicamente cuando la misma sea relevante para la formación de una opinión pública libre⁷⁰⁸.

Sin embargo las regulaciones locales no son adecuadas a la problemática⁷⁰⁹, donde entran en conflicto las principales libertades expresivas con la necesidad de protección del proceso y de los derechos de las partes, no encontrándose en todos los casos la claridad necesaria sobre cómo proceder⁷¹⁰.

En este escenario se debe concluir que, como todo derecho fundamental, este es absoluto en el grado de su reconocimiento y es relativo en su ejercicio, pues debe entenderse que dentro de la vida cotidiana los derechos fundamentales se encuentran en pugna, es decir, se encuentran permanentemente confrontados frente a otros derechos que son inherentes al ser humano y que tienen la misma naturaleza. Por ello, frente a cada derecho existen ámbitos de aplicación y espacios de restricción⁷¹¹.

Que la libertad de expresión se coloque por encima de otros derechos, como la honra, la intimidad y el buen nombre, no implica la interdicción de efectuar un ejercicio de ponderación o test de proporcionalidad de derechos cuando nos encontremos con un conflicto. Sí es importante que la argumentación que se esgrima con la finalidad de

⁷⁰⁷ NAVAS CASTILLO, F., "Libertad de expresión y derecho a la información", en TORRES DEL MORAL (Dir.), *Libertades informativas*, Ed. Colex, Madrid, 2009, p. 107.

⁷⁰⁸ CAMARENA ALIAGA, *Medios de comunicación...*, p. 321.

⁷⁰⁹ Como matiz, OVEJERO PUENTE, "Protección del derecho...", p. 435-436, sostiene que en algunos preceptos de la actual LECrim se otorga una especial protección a los derechos que pudieran verse afectados. V.gr., el art. 520 hoy protege la imagen, el honor y la intimidad de los detenidos en el momento en que se practique su arresto y en los traslados posteriores, asegurando el respeto a sus derechos constitucionales. O el cambio del término imputado por investigado o encausado, para evitar las connotaciones de culpabilidad que el término imputación tenían en la opinión pública. O las medidas que implican que la detención o prisión provisional se practiquen de la manera que menos perjudique al detenido, teniendo la obligación tanto los jueces que las acuerden, como los miembros de las fuerzas de seguridad que las ejecuten y que trasladen a los detenidos, de velar por el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen del detenido o preso.

⁷¹⁰ En igual sentido LETURIA, "La problemática...", p. 21.

⁷¹¹ BERNAL CASTRO/MOYA VARGAS, *Libertad de expresión...*, p. 27. Como ha reconocido el TC ningún derecho es absoluto y las libertades de expresión e información no constituyen una excepción (STC 105/1990, de 6 de junio).

satisfacer la posibilidad de restricción aporte adecuada y proporcional solución para que pueda concretarse⁷¹².

Por tanto, en caso de conflicto con otros derechos debe justificarse bajo el test de proporcionalidad su preponderancia. En él los jueces realizan el juicio de constitucionalidad de acuerdo a cada sistema y, con ello, la ponderación de principios⁷¹³ que se resuelve en sede judicial.

Frente a los medios, y como instrumento en la lucha contra los juicios paralelos, como se ha dicho, pueden oponerse además otros derechos, los propios de la personalidad y el derecho al juez imparcial e independiente como garantía del juicio justo o equitativo⁷¹⁴.

Pero esta realidad no obsta a que el ejercicio de estos derechos sea especificado por vía normativa (ponderación realizada en sede legislativa), lo que permite aumentar la certeza de todos los actores jurídicos y simplificar una serie de situaciones (sin perjuicio de que, cuando las circunstancias lo exijan, los tribunales ejerzan su capacidad de interpretar y corregir dichas normas utilizando un criterio ponderativo).

Todas las medidas que puedan plantearse deberán compatibilizar, en la mayor medida posible, la necesidad democrática de una comunidad en cuanto a disponer de información sobre el funcionamiento de los órganos del Estado y los asuntos de interés público, el ejercicio de las libertades expresivas informativas y las garantías y necesidades propias de un juicio justo.

La preeminencia que tiene la libertad de expresión frente a la presunción de inocencia no exime de deberes a los periodistas y medios de comunicación en relación con el respeto a los derechos del procesado y con el juicio. En particular, es fundamental que los tribunales sean vistos como el lugar para resolver adecuadamente las controversias jurídicas dentro de la organización social, evitando cualquier incentivo a utilizar la prensa con este propósito.

⁷¹² A similar conclusión arriban BERNAL CASTRO/MOYA VARGAS, *Libertad de expresión...*, pp. 28-29.

⁷¹³ Cfr., v.gr., ALEXI, R., *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, 2010, Ed. Ad-Hoc; *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993; ALEXI, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Inmuebles de España, 2004, pp. 25-64.

⁷¹⁴ OVEJERO PUENTE, "Protección del derecho...", p. 445.

El celo en la exigencia de la diligencia debida, tanto en la comprobación de los hechos, como en la buena fe en los comentarios, o la prohibición de uso de términos o imágenes insultantes, viene a garantizar derechos fundamentales cuando estos puedan verse afectados por la acción informativa⁷¹⁵.

Como manifestación del derecho de la personalidad del imputado el orden constitucional ofrece además el fundamento de numerosas acciones de naturaleza civil (la indemnización de perjuicios, la retractación de lo publicado)⁷¹⁶.

Debe tenerse presente finalmente que la libertad de expresión goza de la protección de no ser perturbada en su ejercicio pero ese impedimento recae sobre la actividad de las autoridades públicas, no de particulares, por lo tanto a este respecto funciona de un modo similar al de la presunción de inocencia, solo pudiendo ser afectada en principio por agentes públicos o actividades oficiales. Respecto de estos recae fundamentalmente la prohibición de censura previa que goza de gran fuerza en un sistema democrático.

4.4 Límites a la libertad de expresión

Como se ha dicho, la jurisprudencia ha destacado la importancia de las expresiones públicas y el rol fundamental de la libertad de expresión en las sociedades democráticas y ello incluye al servicio de justicia. Por ello se comprende que cuando estamos frente a la restricción de este derecho es imperioso realizar un test de proporcionalidad tal y como lo invocan la Corte IDH y el TEDH y las restricciones que se adopten deberán ser necesarias para alcanzar el objeto propuesto dentro de una sociedad democrática.

Si se verificara una posición contraria a la de la “doctrina preferente” y, v.gr., la protección de la garantía de imparcialidad judicial fuera absoluta, como lo planteaba la doctrina del “mínimo perjuicio” -parcialmente vigente en Inglaterra antes del caso

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 446.

⁷¹⁶ En tal sentido, KINDHÄUSER, “Sobre la posible...”, 1135. Ver ante esta problemática SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

*Sunday Times*⁷¹⁷-, no existiría la posibilidad real de informar respecto de procesos en curso en forma legítima. Por lo tanto, cierto grado de lesión deberá aceptarse para permitir la realización de los objetivos propios de la publicidad procesal y de la libertad de información.

Ahora bien, los límites a este derecho deben demarcarse en virtud de que penetra en otros ámbitos del ejercicio democrático y puede poner en situación de vulnerabilidad otros derechos fundamentales⁷¹⁸.

Los poderes públicos deben aplicar la valoración o el criterio de proporcionalidad cuando se utiliza una medida legal restrictiva de la libertad de expresión. El TEDH ha valorado la relevancia y suficiencia de las razones o causas que exigen la restricción del derecho y el modo de la imposición sancionatoria en cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias del supuesto y verificando que la sanción que se imponga a los medios de comunicación no sea tan grave que provoque de facto una censura de la información, ni tampoco que pueda ser utilizada como instrumento disuasorio para que la prensa no informe de determinados asuntos⁷¹⁹.

El art. 10.2 CEDH establece que *“El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para... la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”*

Sobre esos presupuestos de afectación, que se incluyen entre otros, se busca proteger el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura de la sociedad democrática, a la vez que se condiciona su restricción (que debe ser proporcionada) a un fin legítimo y a la imposición a quien los ejerce de sus “deberes y responsabilidades” ciudadanas⁷²⁰.

Así, se identifican convencionalmente tres posibles ámbitos de afectación: la reputación y los derechos ajenos, las informaciones confidenciales y la imparcialidad

⁷¹⁷ STEDH nro. 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979.

⁷¹⁸ BERNAL CASTRO/MOYA VARGAS, *Libertad de expresión...*, p. 24.

⁷¹⁹ OVEJERO PUENTE, “Protección del derecho...”, p.447.

⁷²⁰ Corte IDH, en el caso *“La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Sentencia del 5 de febrero de 2001.

de los jueces. Con respecto a esta última, la jurisprudencia del TEDH viene presidida por la idea de que el ejercicio de la libertad de información ha de ser respetuosa tanto con la posición institucional de los tribunales de justicia en una sociedad democrática como con la necesidad de asegurar para estos un funcionamiento imparcial e independiente⁷²¹.

En la sentencia *Sunday Times c. Reino Unido*⁷²², tras reconocer la posición preponderante de la libertad de información y rechazar la oportunidad de una limitación, el TEDH advirtió de los peligros que para la autoridad del Poder Judicial representaban los juicios paralelos, máxime “*si el público se habitúa al espectáculo de un pseudoproceso en los medios de comunicación*”. Una advertencia que, andado el tiempo, le ha llevado a declarar ajustada al CEDH la posibilidad de que las legislaciones nacionales establezcan medidas restrictivas de la libertad de información destinadas a garantizar la imparcialidad de los jueces, pero siempre y cuando resulten necesarias y proporcionadas al caso concreto⁷²³.

Por ello, el trato preferente antes identificado no significa imposición incondicional. Y es que, aun subrayando el alto significado y cometido de la libertad de información en una democracia, hay que admitir que esta libertad no es absoluta y puede encontrar límites que habrán de operar con más intensidad en las fases procesales que preceden a la decisión judicial, precisamente para no enturbiar la serenidad que debe presidir su pronunciamiento⁷²⁴.

Debe aceptarse, con el TEDH, que cuando las declaraciones sobre procesos en curso intenten llevar al público a la conclusión de que los acusados son culpables, prediciendo la condena, se justifican restricciones en la libertad de expresión de quien así actúe, y ello, en particular, cuando la declaración cuestionada se emita en términos tan absolutos que sus destinatarios tengan la impresión de que la jurisdicción penal no puede sino dictar una sentencia condenatoria⁷²⁵. Pero ello será de aplicación, en principio, cuando las declaraciones emanen de un agente o funcionario público.

⁷²¹ BARRERO ORTEGA, “Juicios paralelos...”, p. 184.

⁷²² STEDH de 26 de abril de 1979.

⁷²³ BARRERO ORTEGA, “Juicios paralelos...”, pp. 184-185.

⁷²⁴ *Ibidem*, pp. 184-185.

⁷²⁵ STEDH 22714/93, de 29 de agosto de 1997, Caso *Worm*.

Es por ello que la jurisprudencia en España sostiene que la CE brinda “cierto grado” de protección frente a los juicios paralelos, ya que además de no contarse con una estructura de protección legal adecuada, ella debe entenderse como limitada y eventual, circunstanciada, sujeta a ponderación entre los derechos asociados al debido proceso y a los de libertad de expresión e información. Así, es correcto decir que existe protección, aunque no podrá anticiparse el grado de la misma, que dependerá de los factores propios de cada caso⁷²⁶.

En el sistema interamericano también se ha decidido que no cualquier tipo de argumentación para la consecución de la restricción a la libertad de expresión es legítima, sino que ella debe obedecer a razones que superen tres requisitos: a) deben estar expresamente fijadas por la ley; b) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y c) deben ser necesarias en una sociedad democrática⁷²⁷.

4.5 Otras propuestas

No existen respuestas claras o definitivas sobre la forma de generar soluciones en esta materia, por la importancia de los bienes jurídicos en juego y la multiplicidad de actores, relaciones y circunstancias involucradas propias de cada sistema nacional. Sin embargo, puede plantearse una serie de medidas tanto normativas como extrajurídicas, que van desde la modernización de los procedimientos y el establecimiento de excepciones justificadas a la lógica de la publicidad, hasta campañas educativas, uso de mayores estándares éticos y profesionales en la entrega informativa, entre otras.

El hecho de considerar a los juicios paralelos como equivalentes funcionales de la pena, pudiendo atenuar esta en su caso -tópico que se desarrollará en el capítulo

⁷²⁶ Ya la ATC 195/1991 reconocía la posibilidad de que el derecho a un Tribunal independiente sea afectado a causa de las presiones desatadas por los medios de comunicación, por lo que podía ser protegido. De ahí que, si bien la salvaguarda de la autoridad e imparcialidad del poder judicial puede exigir la imposición de restricciones en la libertad de expresión (art. 10.2 de la CEDH), ello no significa que permita limitar todas las formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los Tribunales (STEDH *caso Worm*).

⁷²⁷ OC 5 de 1985, y Corte IDH: *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Caso La última tentación de Cristo vs. Chile*.

cuarto- aporta una posible solución pero arriba cuando la afectación de derechos ya se consumó con lo cual debe seguir buscándose remedios preventivos antes que reparatorias.

Las posibles soluciones van más allá del plano regulativo, por lo que muchas veces requieren un profundo cambio de mentalidad, sin embargo también pueden producirse propuestas *de lege ferenda*.

a) Propuestas desde la legislación

Es claro que se debe mantener a ultranza y sin restricciones la publicidad del proceso en la fase oral, porque esa publicidad es efectivamente una garantía constitucional para la justicia, al procurar una máxima transparencia respecto a las actuaciones del proceso. Sin embargo, sería aconsejable poner coto a la presión mediática ejercida en un solo sentido, en una sola dirección, a través de una adecuada regulación dirigida a evitar manipulaciones interesadas.

Cabría aquí exigir a la información de tribunales que valore las dos caras de la verdad propia de esta fase. La veracidad como límite interno de la libertad de información así lo requiere, de modo que la actuación razonable exigible al periodista se concretase en ese deber de contraste. Sin perjuicio, claro está, de que lo que es pura opinión pueda expresarse en cualquier sentido, siempre que se haga abiertamente y no camuflada bajo la apariencia de una información.

El mismo esquema constitucional no debiera permitir a los medios convertirse en una excepción al régimen de garantías establecido para todos. Resulta evidente que la relevancia del bien protegido y la intensidad de las medidas requieren normas y facultades claras y precisas que nunca podrán ser suplidas por la creatividad judicial.

Para ello, en orden a la ley procesal, resultaría conveniente aclarar con precisión desde la legislación los supuestos en que puede prescindirse del secreto de las actuaciones. Cualquier solución normativa, por específica que sea, será útil por ser el resultado de un juicio de ponderación realizado en sede legislativa, muchas veces basado en criterios trabajados previamente por la jurisprudencia.

Es claro que la relevancia de los asuntos tratados y su masividad no aconsejan dejarlos entregados sin más al criterio jurisdiccional, sino que aconsejan el estudio y dictado de reglas que canalicen la valoración de los elementos de los casos tipo, sin perjuicio de su corrección y adaptación a cada caso particular que podrá siempre realizarse por la vía de la ponderación judicial.

Las formas utilizadas para defender la imparcialidad, como se ha visto, son muchas y van desde el establecimiento de ciertos secretos transitorios, al establecimiento de sanciones penales e incluso, en los casos más extremos y problemáticos, a la suspensión del procedimiento, el cambio de jueces o incluso la anulación de la sentencia emitida en un clima mediáticamente cargado.

Dentro de esta línea de acción se han planteado una serie de medidas, como por ejemplo la posibilidad de realizar juicios a puerta cerrada o con acceso restringido a la prensa, mayores facultades judiciales para la protección del proceso y de los derechos de las partes, la publicación de sentencias editadas (nombres de las víctimas, testigos, etc.).

También puede incluirse la facilitación de acciones comunicativas por parte de tribunales y del Ministerio Público, mayores facultades para el amparo judicial, el establecimiento de ciertos tipos penales efectivos (para quienes además de realizar filtraciones o a sabiendas difundan informaciones declaradas bajo reserva, realicen agresiones mediáticas, etc.), adoptar medidas para acelerar los resultados de la actividad judicial, hasta las prohibiciones transitorias de informar. Sobre este último punto, cabe destacar la importancia de la brevedad y excepcionalidad de la medida, que en ningún caso alcanza toda la etapa de sumario.

Entre las propuestas que ha desarrollado recientemente PASTOR se reintroduce la discusión sobre la posibilidad de considerar los jueces temporales ya que el juez de mandato temporal estaría mejor dotado para resistir las presiones, en razón de su desinterés e indiferencia para seguir perteneciendo al grupo⁷²⁸.

También señala PASTOR la opción de “jueces extranjeros” para casos específicos, quienes dotados de la correspondiente inmunidad diplomática y distantes de los males que amenazan a los jueces del lugar, pueden ser sin temor imparciales⁷²⁹.

⁷²⁸ PASTOR, “Juicios paralelos...”, p. 462.

⁷²⁹ *Ibidem*, p. 463.

También, se comienza a debatir la cuestión de los posibles “jueces automáticos”⁷³⁰ al advertirse que, con independencia de toda una serie notable de nuevos problemas, el programa informático tendría mejores posibilidades de decidir el caso sin las desviaciones que, en los casos estudiados en esta ponencia, impiden contar con tribunales imparciales. Así, la independencia judicial y la imparcialidad de los tribunales serían una conquista de las tecnologías emergentes.

Otra opción valiosa de mejora en este aspecto se sostiene en la necesidad de identificar públicamente a los expedientes con número, manteniendo el anonimato de las partes⁷³¹.

A ello se suma la posibilidad de una organización judicial horizontal sin asignación fija de causas⁷³². La idea es que, v.gr., el juez que intervenga en la imposición de la prisión provisional no sea el mismo que resulte llamado a actuar cuando la defensa requiera su cese.

Finalmente la implementación masiva del juicio por jurados es otra propuesta para que la decisión judicial esté lo más distanciada posible de las pretensiones de los dirigentes de la política y de los operadores de los medios⁷³³.

b) Desde el Poder Judicial

El Poder Judicial deberá mostrar una actitud más colaborativa y abierta hacia la prensa e incluso hacia la crítica, facilitando el acceso a la información oportuna, clara y de calidad, ya sea a través de gabinetes de acceso a la información, páginas web, la emisión de comunicados periódicos de la evolución del proceso a través de oficinas de prensa, la redacción de sentencias mejor fundadas en lenguaje claro y comprensibles para el público general, entre otras.

⁷³⁰ *Ibidem*, p. 464.

⁷³¹ *Ibidem*, p. 460.

⁷³² *Ibidem*, p. 461, sostiene que la posibilidad de medios y dirigentes gubernamentales para influir indebidamente en las resoluciones judiciales se debilita si la habilitación para tomar las decisiones queda distribuida aleatoriamente entre jueces diferentes que no quedan a cargo permanente de las causas, sino que intervienen en un momento concreto del proceso y salen del caso.

⁷³³ Con lo cual, a la vez, se cumpliría con una insistencia de la CN en Argentina.

Los Tribunales tienen que colaborar con los profesionales del periodismo y la comunicación mediante las oficinas de prensa, mejorando la calidad de la información sobre la actividad judicial y asegurando que la misma sea plural, exigiendo de manera objetiva las posiciones contradictorias de acusación y defensa en las comunicaciones oficiales⁷³⁴.

Esas oficinas de prensa y las reglas que las organicen y gobiernen deben estar orientadas por profesionales que conozcan tanto del área periodística como del área jurídica a fin de no entorpecer o violentar por medio de tan importante labor la actuación de la prensa ni la de los órganos judiciales, a la par de unir ambos “mundos” de una manera respetuosa de los derechos que en cada caso están en juego.

La globalización de todos los procesos sociales, incluidos los judiciales, exigen una mejor información pública sobre los casos que conocen los tribunales, en una más y mejor práctica garantista del proceso⁷³⁵.

También, de entre las propuestas de PASTOR, debería considerarse la práctica de no informar los nombres de los jueces que tienen a su conocimiento procesos de relevancia pública ya que la identificación funciona como forma de presión, prefiriéndose la indicación del tribunal por su designación oficial sin referirse a las personas que lo integran, de modo que estas no sufran en su propio nombre el acoso.

c) La autorregulación periodística

Desde el ámbito de los medios de comunicación un importante aporte podría venir de la mano del autocontrol y de códigos deontológicos realmente efectivos, así como de la mejor formación de los periodistas en materias legales. En cada caso debiera dejarse públicamente establecido que la visión y postura ante un hecho, ofrecida por la prensa, es parcial y subjetiva.

La asunción de una labor didáctica orientada a concientizar a los ciudadanos de que, pese a los errores de la Administración de Justicia, solo a través del proceso se

⁷³⁴ OVEJERO PUENTE, A.M., “Protección del derecho...”, p. 455.

⁷³⁵ *Idem*.

satisfacen las garantías específicas del imputado sería aconsejable desde los medios, difundiéndose la idea de que la verdad oficial es la que asume la sentencia firme.

Por ello el establecimiento de una colaboración leal entre la Administración de Justicia y los profesionales de la comunicación a través de la designación de un intermediario encargado de suministrar información técnica del desarrollo del proceso aportaría a un mejor desarrollo democrático del flujo de información.

Por su parte, los medios habrían de dar a las informaciones del portavoz un tratamiento de credibilidad, sin perjuicio, claro está, de la libertad de expresión de cada informador. Es decir, los medios, también en el seguimiento de un proceso, han de observar el principio de separación entre información y opinión. No hay que confundir los hechos con las interpretaciones que de esos hechos haga una de las partes del proceso. La información ha de ser plural, aludiendo de manera objetiva a las posiciones contradictorias de acusación y defensa.

Los profesionales de la información no ignoran la trascendencia constitucional de estas tensiones. Buena prueba de ello es la proliferación de códigos éticos y la creación y autorregulación de mecanismos privados de autocontrol, encargados de velar por el respeto a los principios que deben inspirar la actividad de los medios y, en particular, la honestidad de las informaciones que se refieren al proceso⁷³⁶. Lo distintivo de la autorregulación es que tanto su puesta en marcha como su funcionamiento y efectividad dependen del compromiso voluntario de los tres sujetos implicados en el proceso de la comunicación: los propietarios y gestores de las empresas de comunicación, los profesionales y el público que recibe la información.

La autorregulación implica, pues, un desplazamiento del ajuste normativo del funcionamiento de los medios desde el Estado a la sociedad civil. Precisamente por tratarse de una iniciativa de la sociedad civil que se concreta en una regulación deontológica y moral, la única capacidad coactiva de la autorregulación descansa en su eco en la opinión pública. Algo muy valioso porque demuestra la madurez de una sociedad cuyos miembros son capaces de asumir libremente responsabilidades y compromisos al margen de sus intereses particulares.

⁷³⁶ Cfr., AZNAR, H., *Ética y Periodismo. Códigos, Estatutos y otros documentos de autorregulación*, Paidós, Barcelona 1999; DE CARRERAS, L., "La autorregulación como alternativa a las restricciones legales informativas y como sistema de relación entre televisiones y los jueces", *Revista del Poder Judicial*, pp. 251-271.

Sin embargo los dispositivos deontológicos periodísticos de valor continental no contienen en todos los casos normas relativas al desempeño profesional para los casos de cobertura de noticias judiciales⁷³⁷. De más está decir que quienes estén asignados a estos delicados asuntos deben contar con la formación mínima para comprender el funcionamiento de las instituciones y procedimientos destinados a la administración judicial.

Se podría establecer como regla general que la veracidad exigible a la publicación de noticias sobre el proceso no se satisface con la simple comprobación de que las noticias difundidas se corresponden con lo alegado o declarado por una de las partes (acusador, Fiscal o testigos de la acusación) como entiende la tesis del reportaje neutral⁷³⁸.

En esta línea, hace ya dos décadas la Federación de Asociaciones de la Prensa de España aprobó un Código Deontológico de la Profesión Periodística, en cuyo punto 5 se afirmaba que el periodista “debe asumir el principio de que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y evitar al máximo las posibles consecuencias dañinas derivadas del cumplimiento de sus deberes informativos”, especialmente “cuando la información verse sobre temas relacionados con los Tribunales de Justicia”⁷³⁹.

El TEDH ha llegado a decir que es esperable que también los abogados contribuyesen a la adecuada administración de justicia y a mantener la confianza en los tribunales, limitando la posibilidad de realizar comentarios críticos en público.

Los jueces cuentan con una mayor protección frente a las agresiones mediáticas que otras figuras públicas, debido a la existencia de un interés general, tutelado legalmente, de favorecer la credibilidad y autoridad del Poder Judicial y de los Tribunales de Justicia, así como su imparcialidad.

Resulta claro a esta altura que en el tratamiento especial de la información de tribunales que afecte a menores y adolescentes deberán extremarse los recaudos con el

⁷³⁷ El Código de Ética del diario argentino La Nación postula que la culpabilidad de una persona solo puede dictaminarla la justicia, "al cabo del debido proceso". Prohíbe la publicación de nombres de víctimas de violación "salvo casos especiales en los que las informaciones carezcan de sentido si no se revelan". También establece que los nombres de menores imputados de delitos no deben ser publicados.

⁷³⁸ RUBINOVICH, “Capítulo XIX: Justicia...”, pp. 239 ss.

⁷³⁹ También existe la Comisión de Autocontrol de Deontología periodística.

objeto de proteger su intimidad y el desarrollo de su personalidad. Convendría evitar principalmente la difusión del nombre, la voz, la imagen y demás datos que faciliten su identificación.

También los testigos tienen derecho a salvaguardar su intimidad y su propia imagen. A tal efecto, no debería difundirse su imagen, salvo en caso de renuncia expresa a sus derechos. Sus declaraciones son de tal relevancia que es fundamental protegerlas de influencias y presiones, lo cual es consistente con uno de los objetivos centrales del derecho procesal moderno: la adecuada protección de las víctimas y la minimización del impacto negativo que importa cualquier proceso.

Estas recomendaciones son testimonio de un conflicto profundo entre las reglas de funcionamiento de la justicia y la libertad de información que, a día de hoy, ni nuestro legislador ni nuestra jurisprudencia han sabido resolver adecuadamente. Pero sin negar las bondades y posibilidades de la vía del autocontrol ético, sería conveniente aprobar una regulación precisa y cuidadosa que concilie el ejercicio de la libertad de información con otros derechos, bienes y valores constitucionalmente protegidos y, en su defecto, la promoción de criterios jurisprudenciales que hagan posible el entendimiento. Y es que no parece razonable encomendar en exclusiva la protección de intereses de relevancia constitucional a normas intrainstitucionales y a órganos corporativos.

CAPÍTULO TERCERO

LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. ANÁLISIS CRÍTICO

I. Introducción

Suele sostenerse que la cultura legal responde solo a sus componentes teóricos y comprende preferencialmente los desarrollos que la doctrina ha elaborado, dejando fuera los valores, las creencias y los prejuicios. Sin embargo, pese a que estos no siempre son formulados conceptualmente guían, en los hechos, el comportamiento de los actores como vimos en el Capítulo anterior.

Por ello muchos de los cambios que incrementan el uso de la prisión provisional tienen su origen “fuera de la cultura legal y se imponen a esta por medio de decisiones legislativas” que a la vez son originadas por las presiones ejercidas por actores políticos y medios de comunicación⁷⁴⁰.

Puede afirmarse entonces que en una comprensión cabal de la cultura jurídica entendida como el sustrato que desde la mentalidad de los individuos sostiene sus hábitos y prácticas, la presión ejercida por el clima que se ha descrito no resulta extraña a las prácticas efectivamente vigentes⁷⁴¹.

Ahora bien, de conformidad con la mayoría de los bloques constitucionales, integrados por las Constituciones, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación (Tribunales Superiores de los Estados, TEDH y Corte IDH), la prisión provisional ha sido entendida como la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga

⁷⁴⁰ RIEGO, C., “Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina”. En: *Sistemas Judiciales*, año 7, nº 14, 2010, p. 8.

⁷⁴¹ Due Process of Law Fundation, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, <http://www.dplf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>, 4 de septiembre de 2013, p. 17.

suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral⁷⁴².

De allí el intento llevado a cabo de deconstruir el contenido de la presunción de inocencia teniendo en cuenta también la premisa procesal vastamente sostenida de que la aplicación de una medida cautelar durante el proceso no reviste tensión con este derecho fundamental sino que se ampara en una concepción meramente cautelar ligada con la potestad más fuerte del Estado de garantizar la realización de los juicios criminales y la efectiva concreción de la eventual pena a que se arribe tras un juicio.

Para ello en el Capítulo 1 he intentado desentrañar el contenido actual y a la vez la función de aquel principio advirtiendo fundamentalmente cómo su naturaleza tiene relación directa con la prisión provisional en su dimensión de regla de tratamiento del imputado. Luego he observado cómo la cultura social conoce acerca de la actividad procesal y a su vez repercute en la consideración de la prisión provisional y sus funciones, debiendo tomar protagonismo en dicha área la función pedagógica de la presunción de inocencia.

Dedicaré el presente Capítulo a analizar el instituto procesal desde sus componentes materiales internos expuestos en la legislación, con una visión crítica tanto de su justificación, como de su formulación y aplicación, incluyendo el campo probatorio. Ello con carácter previo a comparar entre sí los fines de la pena y las funciones de la prisión preventiva y las consecuencias de ambos tipos de encarcelamiento con el fin de encontrar también allí herramientas para fijar límites al abuso de la decisión provisional a partir de la identificación con las teorías de la pena y el respeto por los principios de culpabilidad y proporcionalidad entre otros parámetros.

Para ello, intentaré identificar aquí los principales problemas de los requisitos materiales y formales del encarcelamiento preventivo en sus distintas justificaciones.

En este punto cabe decir que previo a la última reforma en la legislación española encontrábamos unas reglas generales en materia de prisión provisional que permitían una gran discrecionalidad judicial, estableciéndose una serie de excepciones a la regla general que parecía ser el encarcelamiento una vez configurados los

⁷⁴² Cfr. GIMENO SENDRA, V., "La prisión provisional y derecho a la libertad", en BARBERO SANTOS, M., *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*. Ediciones de Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, p. 141.

elementos formales y materiales del elemento sustantivo⁷⁴³. Similar situación ocurre aún en distintas legislaciones -v.gr., la argentina y la colombiana- que parecen señalar la detención como regla y establecen como excepciones las razones para dictar la excarcelación en cada caso.

Comenzaré observando la historia de la institución y su regulación para luego abocarme a los distintos presupuestos individualmente y finalizar con el análisis de la duración de la medida y la consideración de limitaciones procesales y de alternativas a su uso.

II. El fundamento cautelar de la prisión provisional

1. Los orígenes históricos del encarcelamiento previo a la sentencia

No existen elementos que permitan afirmar ni desmentir el uso de la prisión provisional por parte de las sociedades existentes en la Edad Antigua.

Con respecto a la sociedad griega (a partir del año 480 a.C.) si bien se ha afirmado que descartaba el uso del encarcelamiento preventivo⁷⁴⁴, también se ha sostenido que en tal período la prisión se utilizaba en tres sentidos: como pena, como medida de espera del juicio (para delitos especialmente graves, para sorprendidos *in fraganti*, y cuando no pagaban la fianza impuesta), y para obligar a los deudores al pago de deudas⁷⁴⁵.

El origen verificado de la prisión provisional se puede encontrar más claramente en la época de la civilización romana⁷⁴⁶. Aun existiendo discusión entre los

⁷⁴³ BARONA VILAR, S., *Prisión provisional...*, pp. 64-65.

⁷⁴⁴ ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España*, tesis doctoral, UIC, Barcelona, 2017, p. 22; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La Prisión Provisional*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 38.

⁷⁴⁵ OLIVER OLMO, P., *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el antiguo régimen y el estado liberal*, tesis doctoral, Universidad del País Vasco, 2000, p. 55; ALONSO FERNÁNDEZ, *Pasado y presente...*, p. 23.

⁷⁴⁶ Cfr., entre otros, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 38; RAMOS VÁZQUEZ, I., "Detenciones cautelares, coactivas o punitivas. La privación de libertad en el derecho castellano como instrumento jurídico", *Anuario de historia del derecho español*, nº 77, 2007, p. 711; OLIVER OLMO, *La cárcel...*, p. 55.

historiadores del derecho respecto del uso de la prisión como pena, no la hay en torno a su utilización para retener al acusado antes del juicio⁷⁴⁷.

La llamada “*vincula*”⁷⁴⁸ fue especialmente considerada en el período monárquico, siendo la regla para la mayoría de delitos, mientras que en el período de la República (509 a.C. a 29 a.C.) se multiplicó el uso de la fianza (*fideiussio*⁷⁴⁹) para liberar al acusado⁷⁵⁰. La detención se utilizaba para evitar la huida del pendiente de juicio o del que esperaba la condena a muerte o la ejecución de la pena por estar confeso sustentada en la elevada probabilidad de que se produjere la condena⁷⁵¹. En la mayor parte de los casos afectaba a los extranjeros, soldados, esclavos y ciudadanos de clases bajas, traidores y prisioneros de guerra⁷⁵².

En la época del Imperio (29 a.C.-476 d.C.) incluso se permitió que el damnificado tuviera bajo su custodia al acusado para los delitos privados -*delicta*-⁷⁵³. La prisión mantuvo la finalidad de asegurar la ejecución de la condena para los confesos⁷⁵⁴, mas existió un período, entre el año 29 a.C. y el 17 a.C., en que a los ciudadanos romanos no se les podía imponer arresto provisional⁷⁵⁵.

El Código de JUSTINIANO⁷⁵⁶ recogió una serie de “garantías”, análogas a las actuales de jurisdiccionalidad, duración máxima de prisión⁷⁵⁷, y una suerte de *habeas corpus*⁷⁵⁸.

En cuanto al territorio peninsular, durante el período de la Hispania visigoda, la utilización de la prisión provisional se encontraba demarcada por clases sociales⁷⁵⁹.

⁷⁴⁷ ALONSO FERNÁNDEZ, *Pasado y presente...*, pp. 26-27.

⁷⁴⁸ Derivada del verbo *vincere* (atar, unir), refiere a los lazos, ataduras y cadenas, o al lugar en el que se encadenaba a los sujetos.

⁷⁴⁹ Digesto 48.3.3.

⁷⁵⁰ Cfr. ALONSO FERNÁNDEZ, *Pasado y presente...*, p. 28; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 38.

⁷⁵¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 38.

⁷⁵² ETXEBARRIA AKAITURRI, A., *Los foros romanos republicanos en la Italia centro-meridional tirrena. Origen y evolución formal*, CSIC, Madrid, 2008, p. 227.

⁷⁵³ ALONSO FERNÁNDEZ, *Pasado y presente...*, p. 29.

⁷⁵⁴ Digesto 48.3.5.

⁷⁵⁵ Distinta era la consideración para los que tenían “condición servil”. Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 38; FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 628.

⁷⁵⁶ C.I. 9.4.6.

⁷⁵⁷ De seis meses.

⁷⁵⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 38.

⁷⁵⁹ Siendo su trato peor para los siervos y prohibido para los nobles, cfr. ALONSO FERNÁNDEZ, *Pasado y presente...*, p. 38.

Debe diferenciarse la Alta Edad Media (711 d.C. hasta fines del S. XII), donde proliferaban los Fueros -lo que implicó una multiplicidad de regulaciones con respecto a la prisión provisional⁷⁶⁰- y la cárcel seguía siendo considerada fundamentalmente un lugar de custodia para evitar la fuga⁷⁶¹, de la Baja Edad Media -en que se intentó superar ese localismo jurídico propio de los fueros municipales-, siendo Las Siete Partidas la obra más importante⁷⁶².

Aquí surge el germen de la utilización de la cárcel no solo para retener a acusados a la espera del juicio sino también como un tipo de pena (aunque limitada para siervos, no para hombres libres), hasta que en el S. XVIII su empleo se consolidó como forma de cumplimiento de pena.

Desde la Baja Edad Media y durante la Edad Moderna (1492 a 1808) el Tribunal del Santo Oficio o Inquisición, destinado a la persecución y castigo de delitos contra la fe, se destacó por la utilización -como regla- de la prisión para poder someter a tortura al acusado con el objetivo de obtener su confesión. Por ello esta prisión no era preventiva ni punitiva, sino coactiva⁷⁶³ como forma de obtención de pruebas y, en gran medida, aflicción inmediata de quien ya se consideraba “semiculpable”⁷⁶⁴, confundiendo la figura del imputado con la del reo, de quien se pretendía que se juzgara a sí mismo mediante el arrepentimiento que presuponía la culpa⁷⁶⁵.

La Inquisición incluyó a la cárcel dentro de las penas que podía imponer, a diferencia de la jurisdicción penal común donde aquella mantuvo las mismas

⁷⁶⁰ Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, “Detenciones cautelares...”, p. 713.

⁷⁶¹ OLIVER OLMO, *La cárcel...*, p. 56.

⁷⁶² Cfr. ALONSO FERNÁNDEZ, *Pasado y presente...*, p. 50. De la Partida 7ª, Tít. 29 (“De cómo deben ser recaudados y guardados los presos”) y Tít. 30 (“De los Tormentos”) puede extraerse la existencia y aplicación práctica de la prisión provisional, como norma general eludible previo pago de fianza, a excepción de los infractores por delitos que llevaran aparejada pena de muerte o de mutilación de algún miembro para evitar el riesgo de huida u ocultación. Se prohibió a partir de allí que la prisión provisional se pudiera cumplir de forma privada, en el domicilio particular del damnificado. Se contemplaba el tormento del preso provisional como medio de investigación. Las Partidas no estipulaban la prisión provisional por deudas, aunque como aquellas eran normas supletorias, seguían rigiendo los fueros locales existentes en cada ciudad, villa o territorio concreto. En el territorio hispano regía también la Novísima Recopilación de las Leyes de España (Tít. 35, Libro 5º, y Tít. 38, Libro 12º); también, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 39; BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1987, p. 17.

⁷⁶³ ALONSO FERNÁNDEZ, *Pasado y presente...*, p. 55.

⁷⁶⁴ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 17; VARGAS VENCEDOR, R., *La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia*, TFM, Universidad de Baja California Sur, México, 2017, p. 4.

⁷⁶⁵ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 17; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, pp. 38-39.

características que en la Baja Edad Media (mera aplicación cautelar o de custodia, limitada a los delitos graves en que concurriera un riesgo de fuga)⁷⁶⁶.

Ahora bien, el cambio de paradigma identificado con la época ilustrada inauguró, como se ha visto en el Capítulo 1, el desarrollo del derecho a la presunción de inocencia, y el reconocimiento del principio *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, que diera origen al Derecho penal moderno⁷⁶⁷.

El Iluminismo estableció también las bases de justificación de la “concepción cautelar” de la prisión provisional⁷⁶⁸, que daría respaldo para que las legislaciones incluyeran al peligro de fuga y al riesgo de alteración de pruebas como fundamentos legítimos para su dictado.

Con la consolidación de los Estados constitucionales⁷⁶⁹ se desarrolló el uso de la restricción de la libertad ambulatoria para los individuos sospechosos de la comisión de delitos con un fundamento cautelar pese a que no fue siempre establecido con tal función⁷⁷⁰. Una vez aceptado este como sustento principal de la decisión se mantuvo como medida de la misma, aun con variantes respecto al contenido particular que legalmente avala la restricción ambulatoria antes de la sentencia.

BECCARIA, CARRARA y otros autores liberales clásicos⁷⁷¹, aun reconociendo que la prisión provisional vulneraba la presunción de inocencia y configuraba una pena anticipada, admitían su procedencia bajo algunos supuestos, criticando habitualmente su duración, sus excesos y desviaciones⁷⁷². FERRAJOLI⁷⁷³ considera que fue así como el pensamiento clásico acabó por justificar la utilización de la prisión provisional ante diversas necesidades.

⁷⁶⁶ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 550.

⁷⁶⁷ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 39.

⁷⁶⁸ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 34; POLANSKY, J. A., “Sésamo: Un estudio sobre los discursos legitimantes de la prisión preventiva y un análisis sobre su constitucionalidad”, *Lecciones y Ensayos*, N° 92, 2014, p. 174.

⁷⁶⁹ Cfr. CÁRDENAS GRACIA, J.F., *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, Ed. Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, México, 2017, p. 105. Lo que denominamos Estado constitucional es una construcción de juristas, desarrollada por autores como DWORKIN, ALEXY, FERRAJOLI, NINO, que expresa una concepción muy fuerte de los derechos humanos como fundamento y fin del Estado y del orden jurídico.

⁷⁷⁰ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 32.

⁷⁷¹ HOBBS, VOLTAIRE, DIDEROT, FILANGIERI, CONDORCET, BENTHAM.

⁷⁷² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 39.

⁷⁷³ FERRAJOLI, *Derecho...*, pp. 550 ss.

Recordemos que la prisión logró su afirmación como pena dominante entre los S. XVIII y XIX. En la época de los pensadores clásicos, las principales penas aplicables eran las pecuniarias, las corporales, la pena de muerte y las penas infamantes⁷⁷⁴.

Por ello, el pensamiento clásico, si bien sentó las bases de los futuros discursos legitimantes de la prisión provisional, y aún recibe críticas por ello⁷⁷⁵, lo hizo en un contexto en el cual el uso de esta medida de coerción procesal resultaba sustancialmente menos lesiva que las graves penas que se les imponían a los condenados, con lo que respetaba una vertiente de proporcionalidad⁷⁷⁶.

Pese al cambio ilustrado, la tensión entre la regla de tratamiento del imputado como inocente y la detención preventiva no fue resuelta. La prisión provisional nunca fue dejada de utilizar ni ha sido masivamente demandada su abolición a lo largo de los siglos en que se desarrolló el sistema judicial penal que, aun con modificaciones progresivas, hoy rige.

La inclusión de la presunción de inocencia en distintos tratados internacionales de DDHH⁷⁷⁷ en el S. XX y a partir de allí su establecimiento definitivo y su previsión normativa en las constituciones y en los códigos procesales orientados de acuerdo a los principios del estado de derecho -que ya venían legislando el instituto desde el siglo anterior-, reforzó el fundamento cautelar pero nunca autorizó explícitamente la anticipación de una pena a la sentencia.

Sin embargo, la interpretación que tanto el TEDH como la Corte IDH han hecho de la prisión provisional, no resultó eficiente contra su uso masivo, ya que en la práctica puede verificarse un exceso frente al fundamento estrictamente garantizador de los fines del proceso⁷⁷⁸.

⁷⁷⁴ Cfr. PAVARINI, M., *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, MUÑAGORRI, I. (Trad.), Ed. Siglo XXI, México, 1996, pp. 36-37, recién con la aparición del sistema de producción capitalista, los establecimientos carcelarios se consagraron como lugares de ejecución de la pena. A partir del descubrimiento del valor económico de la libertad, su privación -a través de la cárcel- se alzó como la pena principal de las sociedades productoras de mercancías.

⁷⁷⁵ Ver, por todas, las expuestas por BOVINO, A. "Contra la inocencia", en *Justicia penal y derechos humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, BOVINO, A. (Dir.), Ed. del puerto, Buenos Aires, 2005, p. 109.

⁷⁷⁶ Que luego se fue desvirtuando ante la presunción de inocencia y la consolidación de la pena de prisión.

⁷⁷⁷ Como la DADDH, Bogotá, 1948, entre otros ya señalados en el Cap. 1.

⁷⁷⁸ Entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy", *Lección pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el día*

Asimismo, tal como se ha visto respecto del principio de presunción de inocencia, la concepción y configuración de la prisión provisional sufrió un “paréntesis suspensivo” importante durante la vigencia de los regímenes fascistas y gobiernos autoritarios, en particular en Alemania⁷⁷⁹ e Italia, que ahondaron el giro opresor⁷⁸⁰.

Más allá de tales interrupciones, la concepción cautelar del encarcelamiento previo a sentencia se vio reforzada en las legislaciones sobre el final del S. XX y principios del siglo actual a partir de los procesos de reforma procesal que profundizan el modelo acusatorio y la oralidad e inmediación de las investigaciones.

Para completar el desarrollo histórico cabe agregar que más allá de la positivización que se consolidó y la estandarización que siguió a la suscripción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el S. XX desarrolló como aporte a la demarcación de la grave medida la limitación temporal del encarcelamiento preventivo⁷⁸¹.

Por otra parte, el Derecho penal, orientado hoy a la prevención de riesgos, ha modificado el concepto procesal poniéndolo a su servicio, dirigiéndolo con aval normativo también a la evitación de riesgos futuros en algunos sistemas cuando, v.gr., se concibe a la prisión provisional como obligatoria para ciertos delitos y al haberse añadido con posterioridad a la segunda guerra mundial, la finalidad de proteger bienes jurídicos por su intermedio, fundamento que no se vincula al de aseguramiento preventivo con el sentido cautelar con que el instituto fue concebido⁷⁸².

2. La regulación de la prisión provisional

3 de diciembre de 2009, RJUAM, nº 22, 2010-II, pp. 223-246; INECIP, *El estado de la prisión preventiva en Argentina*, disponible en www.inecip.org; DPLF, *Independencia judicial insuficiente...*; BOVINO, *Aporías...*, p. 12.

⁷⁷⁹ Bajo el régimen nacionalsocialista fue introducido en la reforma de 28 de junio de 1935 el riesgo de reincidencia y la “exclusión de la comunidad” como fundamentos de la prisión provisional, Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal III. Proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 281.

⁷⁸⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 39, en este período la libertad fue considerada no un derecho del individuo sino una “concesión del Estado, acordada en interés de la colectividad, que es preeminente sobre el de aquel. Así se concibe la prisión provisional como una medida de seguridad procesal, necesaria para la defensa social que procede siempre que el hecho haya causado una grave alarma pública, suprimiéndose los términos máximos y ampliados los supuestos de captura obligatoria y automática, elementos algunos de los cuales han perdurado con posterioridad.”

⁷⁸¹ MAIER, *La privación...*, p. 11.

⁷⁸² MAIER, *La privación...*, p. 11. Ellos representan, como veremos, una transmisión directa de fines del Derecho penal preventivo al Derecho procesal penal.

En España, la CE de 1812⁷⁸³, sobre la base de los principios de la Ilustración, desterró el uso de la prisión provisional con una finalidad coactiva aboliendo el tormento y destacando su carácter excepcional, limitándola a aquellos delitos que tuvieren señalada pena de prisión y para la consecución del único fin de evitar la fuga. Asimismo fomentó que la situación ordinaria del procesado en espera de juicio fuera la de libertad bajo fianza.

Las CE de 1837 y 1845 incluyeron una fórmula inspirada en el principio de legalidad, según la cual “*no puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban*” (*nullum coactio sine lege*), manteniéndose tal previsión tras las reformas de 1869⁷⁸⁴, 1876, 1931 y 1978⁷⁸⁵.

Las razones necesarias para el dictado de la medida se encuentran incorporadas en los códigos que regulan el proceso en nuestro ámbito. Ejemplos de ello pueden observarse en la LECrim⁷⁸⁶ y en los CPP de Argentina⁷⁸⁷, Chile⁷⁸⁸, Colombia⁷⁸⁹, Perú⁷⁹⁰ y Uruguay⁷⁹¹ (por citar solo algunos en el ámbito sudamericano) que intentan dar sustento de legitimidad al encarcelamiento durante el proceso frente a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad ambulatoria constitucionalmente consagrados, a partir de redacciones legislativas que, con mayor o menor precisión, señalan a los jueces en qué supuestos corresponde cautelar al acusado.

En el área procesal penal se ha sostenido que la finalidad esencial de la prisión provisional no puede ser otra que la de garantizar la presencia del investigado en el acto del juicio oral, puesto que la prueba ha de surgir bajo la vigencia de los principios

⁷⁸³ En su Tít. V.

⁷⁸⁴ Esta reforma reguló los requisitos de forma que debían darse para poder proceder a adoptar la prisión y los jueces que debían mandarla y ejecutarla.

⁷⁸⁵ Art. 17.1 CE: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*”.

⁷⁸⁶ Fue regulado por primera vez 1872 y, tras diversas reformas, hoy se encuentra en el art. 503 y ccetes.

⁷⁸⁷ Tít. IV, CPPN y Libro 5to. CPPF, sancionado en 2019 y aún no completamente implementado.

⁷⁸⁸ Tít. 5to., pfo. 4to. CPP.

⁷⁸⁹ Libro II, Tít. 4to. CPP

⁷⁹⁰ Libro III, Secc. 2da., Tít. 3 CPP.

⁷⁹¹ Libro I, Tít. VII, Cap. 2, Secc. III, CPP.

inherentes al proceso penal (inmediación, contradicción, oralidad y defensa), de manera que, si el acusado no está presente, el juicio no se puede celebrar salvo supuestos muy excepcionales⁷⁹².

Esta doctrina sostiene que debe reforzarse el carácter cautelar de esta medida en un sentido tanto negativo (o de derogación de los estándares que nada tengan que ver con dicha naturaleza y sí con los sentimientos sociales de vindicta o de prevención, tales como la “alarma social” o el grado de “frecuencia” de comisión de determinados delitos) como positivo (consistente en circunscribir materialmente la adopción de la prisión provisional exclusivamente al peligro de fuga para el imputado)⁷⁹³.

La LECrim, pese a sus numerosas reformas, permaneció intacta en esta materia hasta 1980⁷⁹⁴. Posteriores reformas procesales como las de 1983⁷⁹⁵, 1984⁷⁹⁶ y la incluida en la LO 5/1995⁷⁹⁷, también repercutieron de algún modo en la decisión sobre la medida cautelar personal hasta el año 2003 en el que se promulgaron dos nuevas leyes con el objeto de reformar con cierta profundidad el cuerpo legal⁷⁹⁸.

La orientación cautelar es la que se percibe asimismo en la jurisprudencia del TC que, siguiendo la del TEDH, subordina el uso legítimo de la prisión provisional a que concurra *"la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva"*⁷⁹⁹, advirtiendo continuamente que *"lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena"*⁸⁰⁰.

En Argentina la CN contiene, a semejanza del art. 9 DDHyC, en un mismo art. - el 18- la prohibición de la aplicación de la pena estatal sin sentencia judicial previa y definitiva de condena, y una referencia al “arresto” (que no debe ser sino *en virtud de*

⁷⁹² GIMENO SENDRA, V./CONDE-PUMPIDO, C./GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 144.

⁷⁹³ Por todos, *Ibidem*, p. 141.

⁷⁹⁴ Ley 16/1980 de 22 de abril.

⁷⁹⁵ LO 7/1983 de 23 de abril.

⁷⁹⁶ LO 10/1984 de 26 de diciembre.

⁷⁹⁷ De 22 de mayo, modificada por LO 8/1995.

⁷⁹⁸ LO 13/2003 de 24 de octubre y LO 15/2003 de 25 de noviembre.

⁷⁹⁹ SSTC 191/2004, 98/2002, 28/2001, 305/2000, 147/2000, 47/2000, 128/1995.

⁸⁰⁰ Desde la STC 40/1987.

orden escrita de autoridad competente) del que algunos autores desprenden una autorización constitucional ante la necesidad del proceso penal de encarcelar preventivamente en algunos casos⁸⁰¹.

Las normas vigentes presuponen la aceptación de que la prisión provisional *debe ser* concebida y aplicada como una medida cautelar. Las disposiciones supranacionales así como la jurisprudencia que las interpreta y aplica no dejan espacio para las dudas en cuanto a su fin último⁸⁰² aunque, como veremos, algunos de los fundamentos habilitados legalmente para su dictado y la interpretación que de ellos realizan los Tribunales aún reflejan motivos sustantivos o preventivos.

3. La naturaleza cautelar

Como se ha visto, la concepción cautelar como construcción dogmática significó un avance en materia de derechos frente a prácticas que utilizaban el encarcelamiento como medida punitiva (concepción sustantivista) mayoritariamente aceptada previo a la época liberal clásica. Pese a ello, la finalidad ya se encontraba en la máxima de ULPiano “*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*”⁸⁰³.

La consolidación de la naturaleza cautelar como fundamento de la restricción de la libertad ambulatoria se reflejó en la motivación de la decisión basada en los presupuestos análogos a los de las medidas cautelares en materia civil (*fumus boni(s) iuris* y *periculum mora*) que, en el orden penal, están comprendidos por el *fumus commissi delicti* y el *periculum libertatis*⁸⁰⁴.

Sin embargo, autores como BARONA VILAR se muestran escépticos en admitir la posibilidad de trasplantar y adaptar al proceso penal la teoría de las medidas cautelares que doctrinalmente ha sido creada, aceptada y transmitida durante las distintas

⁸⁰¹ Cfr. MAIER, *La privación...*, p. 5.

⁸⁰² DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 44.

⁸⁰³ Digesto de JUSTINIANO, Tít. III, Libro 48, Ley I (48.19.8.9).

⁸⁰⁴ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 34. La utilización de conceptos propios del proceso civil caracteriza a la medida como provisoria e instrumental lo cual también abona su naturaleza cautelar.

generaciones y países para el proceso civil, ante los principios diferenciados que regulan ambas materias⁸⁰⁵.

La consideración de la legitimidad de la prisión provisional solo en tanto y en cuanto sea considerada una medida cautelar⁸⁰⁶, la distingue -al menos en un plano semántico- de cualquier medida punitiva y con ello intenta alojarla fuera del umbral prohibitivo de la presunción de inocencia⁸⁰⁷. Tal fundamento blindaría al instituto ante las exigencias constitucionales pese a que, de cualquier modo, debe verificarse si en todos los casos se cumple.

Por ello, el difícil intento de reconocer en la actualidad a la prisión provisional un fundamento procesal (y no penal-sustantivo) suele partir de la afirmación de la presunción de inocencia y de su reconocido carácter central como inspirador de la disciplina constitucional del proceso, que impone una consideración de los preceptos que la definen dirigida a dotar a la medida de una funcionalidad instrumental al servicio de aquel⁸⁰⁸.

Así, los autores contemporáneos, como lo hacían los pensadores de la Ilustración, afirman, generalmente, que la prisión provisional es compatible con la presunción de inocencia solo si el encarcelamiento se dirige a ciertas finalidades concretas no punitivas.

Tanto entonces como ahora la prisión provisional no es considerada pena en la legislación y por ello no está prohibida y además está justificada. Su finalidad marcaría el límite entre la legítima reglamentación del derecho constitucional a la libertad

⁸⁰⁵ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, pp. 52-53, si bien admite la posibilidad de trasplantar presupuestos, sostiene que debe tenerse en cuenta la distinción entre los procesos civiles y penales, debiendo tener el proceso penal una teoría propia que tenga en cuenta sus principios, directrices y pilares fundamentales.

⁸⁰⁶ Para DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 49, la concepción cautelar asume como punto de partida la validez de tal postulado. Sin embargo, asume que la prisión provisional es, y para ser legítima no puede sino ser, una medida cautelar, dado que su finalidad exclusiva es, y debe ser, la de tutelar los fines del proceso penal. Esto la distinguiría esencialmente de cualquier medida punitiva.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 23; en sentido contrario MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", en *Justicia 2002*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 126, sostiene que el conflicto entre tutela provisional y presunción de inocencia se produce con total independencia de la concreta finalidad perseguida mediante la tutela provisional: cautelar, aseguratoria de la prueba o protectora de la víctima; ya que si las medidas provisionales se admiten en los sistemas procesales penales actuales, ello se debe sencillamente a la necesidad de sacrificar parcialmente la presunción en aras de un fin que se reputa legítimo, con independencia del concreto objetivo elegido.

⁸⁰⁸ ANDRÉS IBAÑEZ, "Presunción de inocencia...", p. 9.

durante el proceso y su ilegítima alteración⁸⁰⁹. Pese a ello, es abundante la literatura que reconoce a la medida cautelar personal como una verdadera *pena anticipada*⁸¹⁰.

La concepción cautelar, tal como se manifestó, se caracteriza especialmente por asumir que la prisión provisional es, de hecho, conceptualmente distinta respecto a la prisión como pena y como tal responde al cumplimiento de unos fines, típicos de este tipo de resoluciones, orientados a asegurar el proceso⁸¹¹ y la ejecución de la eventual sentencia⁸¹².

La distinción se sostiene, al menos en principio, como mera consecuencia de identificarse y describirse dos fenómenos diversos dadas diversas propiedades externas (ciertas características distintivas, relevantes conceptualmente, que la pena y la prisión provisional presentan desde el punto de vista empírico)⁸¹³.

La configuración de la prisión provisional como medida cautelar viene dada entonces por ese fin primordial (único que es considerado legítimo para una buena parte de la literatura⁸¹⁴) de asegurar la presencia del imputado en el proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y el sometimiento a la ejecución de la presumible pena a imponer⁸¹⁵, garantizando la realización del juicio y conjurando ciertos riesgos que aseguren la efectividad de la sentencia, marcando así su consustancial instrumentalidad respecto de aquel⁸¹⁶.

Suelen afirmarse como propias de las medidas cautelares en general, las características de jurisdiccionalidad⁸¹⁷, temporalidad⁸¹⁸, instrumentalidad⁸¹⁹ y

⁸⁰⁹ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 34.

⁸¹⁰ Entre otros, NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, pp. 281-282; BOVINO, *Aporías...*, p. 41.

⁸¹¹ Cfr. ASENCIO MELLADO, J.M., *Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad*, Diario La Ley, Año XXVI, n° 6211, de 16 de marzo de 2015, p. 3.

⁸¹² Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica versus prisión preventiva*, UNED, febrero 2009, p. 5.

⁸¹³ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 49.

⁸¹⁴ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, pp. 20 y 28; BOVINO, *Aporías...*, p. 44; SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho procesal penal*, t. II, Ed. Alternativas, Lima, 2000, pp. 818 ss.; una lectura literal tanto de la CADH como del PIDCyP solo admitiría como peligro procesal legítimo el peligro de fuga.

⁸¹⁵ Cfr. CUENCA MIRANDA, A., "La prisión provisional en el Derecho comparado y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en DORREGO DE CARLOS, A. (Coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Ed. Sepin, Madrid, 2004, p. 34.

⁸¹⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, pp. 54-55; BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, pp. 20 ss.

⁸¹⁷ FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 555; DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 37.

⁸¹⁸ Característica que comporta notorias diferencias entre esta medida y las penas privativas de libertad. Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *Cárcel electrónica...*, p. 5; SERGI, N., "Límites temporales a la prisión preventiva", en *Nueva Doctrina Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 3 ss.

homogeneidad⁸²⁰. De allí que la naturaleza jurídica de la prisión provisional se reconduce a la de las medidas cautelares penales de naturaleza personal⁸²¹.

Las medidas de coerción procesal (sean *reales* o *personales*) se basan en un pronóstico de mera probabilidad (sospecha) y tienen por objeto el aseguramiento de los fines del proceso; por eso se dicen “cautelares” del concreto proceso en que se adoptan. Así, la coerción material puede caracterizarse como “final y definitiva”, mientras que la coerción procesal es, por definición, “instrumental y provisoria”⁸²².

La doctrina procesalista mayoritaria admite la prioridad que la función cautelar tiene en la prisión provisional en estos términos instrumentales tanto en los países de Europa occidental como en Latinoamérica⁸²³. En esa clave de lectura, el dato de la gravedad del delito podrá ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado vaya a tratar de sustraerse a la acción de la justicia, impidiendo la andadura procesal, en particular la investigación, pero no como un adelanto de pena o como un pacificador social⁸²⁴. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado, ya que tales consideraciones responderían a una consideración del derecho penal de autor.

Sin embargo, como se adelantó, el análisis de algunos supuestos legales de admisión de la medida pone en crisis la exclusividad de esta finalidad de aseguramiento procesal, reconociéndose una dualidad entre fines aseguratorios y preventivos, ambos de carácter provisorio⁸²⁵. Así, la cuestión se ha convertido en un problema para los

⁸¹⁹ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 35. La instrumentalidad implica que la medida es -y debe ser- aplicada exclusivamente en vistas a la tutela de los fines del proceso penal (como “instrumento del instrumento”).

⁸²⁰ En cuanto proporcionada a la posible decisión definitiva. Cfr. NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 254; MARTÍN RÍOS, M. DEL P., *Medidas cautelares personales*, Ed. Juruá, Lisboa, 2016, pp. 19 ss.

⁸²¹ Cfr. GIMENO SENDRA, V., “La prisión provisional y derecho a la libertad”, en BARBERO SANTOS, M. (Coord.), *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, Ed. de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 1997, p. 149.

⁸²² GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, J.I., *Debido proceso y prisión preventiva: Una lectura constitucional del encierro procesal*, p. 7, en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/doctrina04_1.pdf

⁸²³ GIMENO SENDRA, V., *La necesaria reforma de la prisión provisional*, Diario La Ley 5411 de 5 de noviembre de 2011, p. 1324; VARGAS VENCEDOR, *La prisión...*, pp. 19 ss.; BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 20.

⁸²⁴ ANDRÉS IBAÑEZ, “Presunción de inocencia...”, p. 9.

⁸²⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos*, Diario La Ley, Año XXV, n° 5931, 13 de enero de 2004, p. 7; MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, pp. 117-120.

jueces sobre cuyas espaldas recae el peso de dotar de contenido a esas disposiciones, sin alejarlas del cuadro constitucional⁸²⁶.

Es por tanto la interpretación judicial, expresada en las decisiones pertinentes, la que determina en última instancia la identidad de la prisión provisional en cada ordenamiento, incluido allí el supuesto de hecho relevante. Y por tal motivo, la delimitación de los supuestos, así como el modo de acreditar los mismos deben venir realizados del mejor modo posible por la legislación sobre la base de los fundamentos político-constitucionales considerados legítimos, limitando de esa forma la discrecionalidad judicial⁸²⁷.

En este marco, PASTOR acepta la utilización de la prisión provisional pese a que en un principio suscribía una posición “filo-abolicionista”, considerando hoy al instituto como parte de la esencia misma del proceso, el cual no podría desarrollarse sin el imputado⁸²⁸.

FERRAJOLI ha señalado críticamente la prisión sin juicio y la afectación al principio de inocencia. Sin embargo, al igual que PASTOR, no reniega de la posibilidad de imponer en algún caso la medida de coerción sobre el imputado. De hecho, parece admitir el encierro carcelario después del juicio y antes de que la sentencia adquiriera firmeza⁸²⁹.

También BOVINO reconoce que una persona imputada de la eventual comisión de un hecho punible puede sufrir medidas que afectan y restringen el ejercicio y goce de sus derechos pero no tal como es entendido y justificado el encarcelamiento preventivo por la doctrina dominante en la actualidad. La cuestión, para este autor, consiste en determinar cómo se puede garantizar la protección de los fines del proceso,

⁸²⁶ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 22.

⁸²⁷ En similar sentido, DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 22.

⁸²⁸ PASTOR, “Las funciones...”, pp. 117 ss. y PASTOR, D., “Ecolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, *Revista Nueva Doctrina Penal*, Tomo 1996/A, Ed. del Puerto, Buenos Aires, pp. 286 ss, por ello la duración del proceso debe ser lo más breve posible. DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 69, cuestiona esa consideración de *conditio sine qua non* que significaría que la prisión debiera subsistir durante todo el transcurso del proceso.

⁸²⁹ FERRAJOLI, *Derecho...*, pp. 55 y 59, “el imputado debe comparecer libre ante sus jueces”, así pues, esa contradicción en los términos que es la cárcel sin juicio podría eliminarse, al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia.

sin una injerencia tan violenta como la que produce la prisión provisional. A su juicio, todo depende, esencialmente, de una reelaboración del principio de proporcionalidad⁸³⁰.

Desde una postura compatibilista, la prisión provisional de los acusados previa al juicio no debe ser la regla general, pero su libertad debe estar subordinada a garantías que aseguren su comparecencia en los actos procesales y, en su caso, para la ejecución de la sentencia condenatoria.

4. Las críticas al encarcelamiento cautelar

Más allá del despliegue argumental y de la persistente complacencia de legisladores y jueces con la concepción cautelar, compartida también por gran parte de los juristas, parece quedar, al menos entre algunos otros, un sabor a paradoja producido al afirmarse contemporáneamente el derecho a la libertad ambulatoria, la presunción de inocencia y la legitimidad del encarcelamiento preventivo. Ello tiene como consecuencia el desarrollo de cuestionamientos que se dan, ya sea respecto de todos los supuestos en que legalmente se autoriza la medida, o ante algunos de ellos.

Tales críticas se basan en que, más allá del principio de excepcionalidad -que en la práctica se advierte vastamente ignorado-, los requisitos y exigencias materiales del encarcelamiento preventivo no funcionan habitualmente para proteger la libertad de las personas y la presunción de inocencia⁸³¹.

Así, si se observa la discusión académica, resulta evidente que la concepción cautelar de la prisión provisional no ha logrado eliminar por completo algunas objeciones que a tal justificación podrían dirigirse.

Las críticas pueden dividirse en tres grupos: a) las que afirman la incompatibilidad de la prisión provisional con la presunción de inocencia sin más y tildan aquella de inconstitucional; b) la basada en que, aun cuando fueren compatibles la prisión provisional y la presunción de inocencia, ello no implica necesariamente que los fines cautelares justifiquen privar de su libertad a personas que aún no han sido

⁸³⁰ BOVINO, *Aporías...*, pp. 45-46.

⁸³¹ *Ibidem*, p. 46.

condenadas, por no encontrarse demostrado que un bien (aseguramiento del proceso) valga más que el otro (la libertad individual) en cada caso; y c) la relativa a que no todos los fines alegados para encarcelar son genuinamente cautelares⁸³² y por ello debe desvelarse su verdadera naturaleza y erradicar los que no lo sean de la legislación y de la *praxis*⁸³³.

Las refutaciones a la prisión cautelar también pueden dividirse en críticas (u objeciones) externas e internas⁸³⁴. Las identificadas como a) y b) encuadrarían en el primer segmento. El grupo c) se incluiría en el segundo ya que cuestiona supuestos parciales de la legislación o de su aplicación.

A tales críticas puede sumarse la que, aceptando la concepción cautelar y la regulación de la misma, advierte un marcado abuso en su concreta utilización en los tribunales⁸³⁵, producto fundamentalmente de la mala delimitación legal que habilita la discrecionalidad judicial y una errática utilización de los presupuestos habilitantes por parte de los magistrados.

4.1 La postura abolicionista

En Argentina, en cabeza de la postura abolicionista de la prisión provisional, se encuentra VITALE⁸³⁶. Otros destacados autores como PÉREZ BARBERÁ la han cuestionado razonablemente en el pasado⁸³⁷. Cabe señalar que la crítica se realiza desde

⁸³² GIMENO SENDRA, "La prisión provisional...", p. 151.

⁸³³ Siendo esta última la más alegada, la cual analizaré con mayor detenimiento en el Tít. 3.4, aunque también se advierte un renovado desarrollo de las anteriores.

⁸³⁴ Como lo hace DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, pp. 91 ss.

⁸³⁵ O de una alteración externa de la percepción que incide en una deficiente aplicación judicial.

⁸³⁶ VITALE, "Un proceso penal sin prisión...", pp. 1 ss.; GARCÍA, "La prisión...", pp. 19 ss.; RUSCONI, "Prisión preventiva...", pp. 41 ss.; KEES, "Observaciones...", pp. 69 ss.; VANNINI, F., "El juicio penal en ausencia y el derecho a la libertad durante el proceso (desde las normas constitucionales)" en *Abolicionismo...*, pp. 99 ss.; FERNÁNDEZ, D./MORILLO, G., "Garantías constitucionales frente a la "prisión preventiva" en *Abolicionismo...*, pp. 119 ss.; BRUERA, "La privación...", pp. 129 ss.; GANÓN, "El encarcelamiento...", pp. 147 ss.; MARTINI, F., "Principios de justicia y prisión preventiva" en *Abolicionismo...*, pp. 159 ss.; CIANO, "Es posible...", pp. 191 ss.; VITALE/GARCÍA, "El "arresto"...", pp. 203 ss.; KALINSKY, B., "Antropología de la prisión preventiva. El caso del delito femenino" en *Abolicionismo...*, pp. 237 ss.; JULIANO, M., "El fracaso de los esfuerzos reduccionistas y la estrategia abolicionista", en *Abolicionismo...*, pp. 253 ss.

⁸³⁷ PÉREZ BARBERÁ, G.E., "Prisión preventiva y excarcelación", en *La Ley*, Año 9, Córdoba, diciembre de 1992, pp. 1070 ss.; FERNÁNDEZ/MORILLO, "Garantías constitucionales..." , pp. 119 ss., sostiene que se trata lisa y llanamente una pena anticipada.

diversos planos y argumentos (políticos, utilitaristas, eficientistas, economicistas, axiológicos, religiosos y normativos). Aún de forma desordenada aportan elementos en pos de considerar a la prisión provisional como una pena y, a la vez, concluir con la inutilidad de aquella. El peso de estas propuestas aporta respuestas a cada una de las justificaciones de la medida y es creciente su formulación teórica.

En esta línea se han pronunciado también sobre la inconstitucionalidad del encarcelamiento preventivo autores como FERRAJOLI, quien ha señalado que está demostrado que el fundamento cautelar es incapaz de reducir el desarrollo patológico de la privación de libertad sin juicio, y ello radica en su incoherencia con la proclamada presunción de inocencia, enmascarada bajo el “patético sofisma” de la naturaleza no penal del instituto que ostenta la misma debilidad que aquejó a la posición de los ilustrados⁸³⁸.

Para FERRAJOLI, los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; “y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por “necesidades procesales”, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por “necesidades penales”⁸³⁹.

Esta cuestión ha sido objeto de análisis desde antiguo y ha permanecido vigente hasta nuestros días gracias a la discusión sostenida por diversos juristas⁸⁴⁰ quienes, entre otras consideraciones, entienden que si se demostrase que no hay en la cumbre del sistema ningún principio que pueda entrar en conflicto con el derecho a la libertad de los imputados durante el proceso penal, habría que descartar de plano a la prisión provisional como institución válida⁸⁴¹.

⁸³⁸ FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 555.

⁸³⁹ *Ibidem*, p. 555.

⁸⁴⁰ Mayoritariamente en Argentina, se expiden en favor de la inconstitucionalidad de la prisión anterior a la sentencia firme de condena, entre otros, GARCÍA VIZCAÍNO, J., “Libertad bajo fianza”, en *El Derecho*, T. 92, Buenos Aires, 1981; PÉREZ BARBERÁ, “Prisión preventiva...”, pp. 1070 ss.; LEDESMA, G., “Presos sin condena: inocentes condenados”, en *Ponencias*, VIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNLP, 1996; ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA, *Derecho Penal...*; BRUERA, M., “Cárcel”, *Universitas Iuris*, Publicación de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, año 2, No. 10, 1996, pp. 3 ss.; parece ser esta, también, entre los trabajos argentinos, la posición de BALCARCE, F.I., *Presunción de inocencia -Crítica a la posición vigente*, Lerner, Córdoba, 1996. Esta es también la tesis que expuso BOVINO, “La prisión...” y “Deslegitimación...”.

⁸⁴¹ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 59.

4.2 La ponderación de los bienes en juego

Dentro de las críticas externas también existen las posturas que cuestionan que no se evalúe seriamente si los fines de realización del proceso deben prevalecer en cada caso ante el derecho a la libertad personal.

Esta objeción, cercana a la anterior que es más extrema, proviene de aquellos que niegan que la finalidad cautelar de la prisión provisional sea razón suficiente frente a la presunción de inocencia y ataca el argumento de fondo según el cual el encarcelamiento previo a condena está justificado por la preeminencia del valor por él tutelado (realización y conclusión del proceso) por sobre el valor protegido por el derecho restringido (la libertad ambulatoria)⁸⁴².

El debate se centra en libertad *versus* necesidades procesales y, según la visión de BOVINO, el constituyente ha optado, claramente, por la primera, objetivada en la presunción de inocencia, como principio estructural del derecho procesal penal -y del derecho penal en sentido amplio-⁸⁴³, por lo que no se podría invocar la necesidad de garantizar el resultado de la investigación para restringir los alcances del principio salvo casos excepcionales⁸⁴⁴.

Para que el fin atribuido a la medida que anula por completo el derecho protegido -la libertad ambulatoria- pueda justificar la magnitud de esa restricción, ese fin debe ser, necesariamente, axiológicamente superior a la libertad conculcada⁸⁴⁵. Si fuera de idéntico valor, por ejemplo, no podría justificar la anulación íntegra del derecho a la libertad del imputado, pues se debería adoptar una solución de compromiso que permitiera equilibrar la tensión entre la restricción y el ejercicio del derecho⁸⁴⁶.

⁸⁴² FERRAJOLI, *Derecho...*, pp. 555-561, aunque con algunas reservas; VITALE, G., *Encarcelamiento de presuntos inocentes: Hacia la abolición de una barbarie*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 114.

⁸⁴³ BOVINO, *Aporías...*, p. 12.

⁸⁴⁴ *Ibidem*, p. 12.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, p. 29.

⁸⁴⁶ Para BOVINO, *Aporías...*, p. 31, la justificación de la privación de libertad del inocente invocando la necesidad de neutralizar los peligros procesales carece de sustento lógico. El principio de inocencia prohíbe aplicar una medida represiva a toda persona respecto de quien no se haya demostrado en juicio una imputación penal. Ello implica que para aplicar una sanción represiva por un hecho delictivo ya cometido debe demostrarse la responsabilidad del autor en un juicio. En síntesis, sin juicio previo no puede haber pena. No se puede justificar, entonces, que como no puede aplicarse una pena sin realizar

El rendimiento de la presunción de inocencia en este campo significaría entonces que se ha reconocido *mayor valor* a la libertad individual que a la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal⁸⁴⁷ y dado que los fines procesales revisten *menor jerarquía* que la libertad ambulatoria del inocente, solo podrían permitirse, en todo caso, *restricciones mínimas* a la libertad del imputado, que jamás pueden asemejarse, por su intensidad o duración, a la pena misma⁸⁴⁸.

Por otra parte, según la mirada de BOVINO los tratados de derechos humanos no permiten a los Estados aplicar una medida de la calidad e intensidad del encarcelamiento preventivo sino que solo contemplan el arresto inicial para comparecer ante el juez⁸⁴⁹. Es decir, no está realmente habilitada en la normativa supranacional ya que, más allá de la presunción de inocencia -que es un principio limitador por definición-, no encontramos en el orden supranacional norma alguna que permita que a una persona sometida a persecución penal se le aplique una medida represiva idéntica a la pena y por la misma cantidad de tiempo⁸⁵⁰.

4.3 La crítica interna

Finalmente, la crítica interna admite la prisión provisional pero no en todos los casos legislados y sostiene que, por aplicación del principio *pro homine*, solo se debe

un juicio, pueda anticipársela con el supuesto fundamento de que puede ocurrir un hecho futuro que no sea punible y que puede dificultar la realización del juicio.

⁸⁴⁷ Y este mayor valor adquiere máxima trascendencia, especialmente, cuando peligran los fines procesales, pues en los demás casos no existe necesidad de restringir la libertad. Si no fuera así, la garantía no tendría sentido limitador alguno.

⁸⁴⁸ Cfr. BOVINO, *Aporías...*, p. 29. En Argentina, la CSJN (en el caso “Todres”, CSJN, Fallos 280:297, 18/8/1971) derivó de una cláusula de garantía (art. 18 CN), el supuesto “derecho” de la sociedad a dictar medidas cautelares y, en ese sentido, cada vez que se pretende dar alcance a la presunción de inocencia se recurre al interés social que subyace a la facultad de ordenar medidas de coerción.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, p. 43. En efecto, el art. 7.5 CADH dispone: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.” El art. 9.3 PIDCyP, por su parte, establece: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.”

⁸⁵⁰ *Ibidem*, p. 44. En todo caso lo que se advierte es una admisión de su existencia y aceptación silenciosa a partir de la regulación mediante cláusulas de garantía de ciertas cuestiones atinentes a su ejecución.

acudir al encierro cautelar para garantizar la comparecencia al proceso del imputado y su presencia para la ejecución del fallo, ya que la función legítima de la detención judicial o encarcelamiento preventivo consiste en evitar la fuga del acusado y garantizar la ejecución de la pena corporal.

Estas objeciones (que aceptan la función cautelar de la medida) advierten y denuncian la sustantivización de motivos que son utilizados para respaldar el dictado de la decisión bajo el amparo de supuestos objetivos procesales que no lo son, por lo que solo en determinados casos no se estaría respetando la protección que brinda la presunción de inocencia⁸⁵¹.

En esta línea encontramos a los autores⁸⁵² que sostienen que los ordenamientos que mantienen motivos de adopción de la prisión provisional que distorsionan gravemente la naturaleza cautelar de esta medida, la afectan bajo argumentos como el “peligro de alteración del orden público” o la “alarma social” que, pese a sus orígenes espurios, permanecen anclados en la normativa.

Como veremos más adelante, la discusión se da fundamentalmente en orden a la causal que busca evitar la “reiteración delictiva”. Allí repasaré las distintas posturas en orden a este supuesto y elaboraré algunas conclusiones y propuestas prácticas.

4.4 El abuso judicial

Finalmente, aun regulada en concordancia con los principios así entendidos, con los recaudos formales impuestos por el ordenamiento jurídico, y con el límite temporal impuesto por la normativa interna⁸⁵³ e internacional⁸⁵⁴, se sigue aplicando

⁸⁵¹ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, pp. 49 ss., dice que las críticas a la función cautelar están mal dirigidas ya que solo sirven para decir que no es pena. Y que tampoco se evalúa si la realización del juicio vale más que la libertad del sospechoso. Identifica así objeciones internas (sustantivización) y externas (el mayor valor de llevar adelante al juicio frente al derecho fundamental conculcado).

⁸⁵² GIMENO SENDRA/CONDE-PUMPIDO/GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, p. 139.

⁸⁵³ V.gr., la ley 24.390 en Argentina.

⁸⁵⁴ V.gr., en el art. 7.5 CADH.

abusivamente la prisión provisional en un problema que no parece estar cerca de solucionarse⁸⁵⁵.

SOLIMINE⁸⁵⁶ destaca que es en el campo de la praxis donde se observa el uso abusivo y patológico del instituto, fogueado por permanentes campañas de “ley y orden” -propias del Estado de Policía- y en cuya ejecución se violan sistemáticamente los DDHH de las personas privadas de libertad, debiendo ser este el ámbito en el que vale concentrar todos los esfuerzos para neutralizar las consecuencias negativas del instituto.

PASTOR señala que en Argentina en relación con los procesos penales seguidos contra ex-funcionarios públicos “*proliferan así las prisiones preventivas obligatorias, masivas, salvajes y totalmente injustificadas, la evolución de los procesos hacia sentencias condenatorias a ser obtenidas sin pruebas y sin reales oportunidades de defensa efectiva, de lo cual el mantenimiento de la prisión provisional en fase de juicio es la demostración más notable*”⁸⁵⁷, incluyendo estas prácticas en la doctrina del Derecho penal del enemigo.

Si estudiamos el sistema que intenta FERRAJOLI, incluso la consideración más procesal de la prisión provisional, seguiría albergando una aporía difícil de desactivar. Y, al final de cuentas, tampoco es posible eludir la evidencia de que, en rigor, ese modo de concebir el instituto no es el que se realiza en la práctica, lo que añade, en este plano, un nuevo nivel de contradicción⁸⁵⁸.

Este resulta perceptible con toda nitidez en el razonamiento del TC, cuando sostiene que “*lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena*”⁸⁵⁹. Como si la dimensión definitiva e irreversiblemente punitiva de la prisión provisional radicase en el dato externo del fin eventualmente perseguido con ella, o del modo en que este es denominado, en lugar de ser una implicación material, esencial, de la propia naturaleza del instituto, que le constituye en todo caso.

⁸⁵⁵ BOVINO, *Aporías...*, p. 46; Ver RODRÍGUEZ MOURULLO, “Recuerdos...”, pp. 226 ss.

⁸⁵⁶ SOLIMINE, M. A, “Prisión preventiva: Relaciones con el principio de inocencia y la discusión sobre su inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Procesal Penal N° 2*, Ed. IJ, Buenos Aires, Diciembre 2013, pp. 1 ss.

⁸⁵⁷ PASTOR, “Juicios paralelos...”, p. 452.

⁸⁵⁸ ANDRÉS IBAÑEZ, “Presunción de inocencia...”, p. 9.

⁸⁵⁹ *Ibidem*, p. 10.

Naturalmente, la grave medida cautelar admite usos diferenciales y es susceptible de gradaciones en la intensidad de su componente de penalización inmediata. En efecto, en su utilización cabe registrar desde prácticas que se mueven incluso por debajo del estándar legal, hasta las que representan los puntos más altos de una lectura constitucional de aquel.

Pero, es evidente que, incluso en estos casos, la cuestión sigue siendo seriamente problemática, como lo demuestran las dificultades del TC para moverse en un camino salpicado de obstáculos como los representados por los indicadores legales de "peligrosidad" y reiteración delictiva. Volveré sobre esta discusión al analizar detenidamente cada uno de los peligros procesales que son contemplados por las legislaciones vigentes.

En cualquier caso, esos elementos conflictivos difícilmente eludibles recaen bruscamente sobre el momento judicial, haya o no conciencia de ello en quien lo gestiona⁸⁶⁰. Aquí toman valor las teorizaciones que aporta la psicología cognitiva y los sesgos que, como integrantes de la sociedad, los jueces poseen (especialmente el sesgo confirmatorio).

III. El elemento material de la prisión provisional

1. Delimitación del presupuesto material

El presupuesto sustantivo de la decisión sobre la prisión provisional o *fumus commissi delicti* se encuentra configurado por el hecho sobre el que recae la acusación respecto de la persona investigada penalmente y la participación de esta en aquel⁸⁶¹.

Resulta claro que, en cualquier estadio previo a una sentencia, no se encuentran probados los hechos ni determinada su autoría en base al procedimiento reglado y sobre la base de las garantías del debido proceso, por lo que el juez que debe decidir sobre una medida cautelar se encuentra lejos de alcanzar la certeza apodíctica necesaria para arribar a la decisión que pueda desencadenar en una condena que imponga una pena.

⁸⁶⁰ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁶¹ Según BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 55, este "hecho con caracteres de delito" constituye la base del proceso y sin la existencia de esa base no puede adoptarse medida alguna de la gravedad y trascendencia de la prisión, aunque esta sea provisional.

La persona acusada, que durante el desarrollo del proceso debe ser considerada inocente a todos los efectos, es el sujeto pasivo de una pesquisa sobre un hecho concreto que fue previamente puesto en conocimiento de la administración de justicia (por denuncia, por ser aprehendido *in fraganti*, etc.) y que está siendo investigado en una etapa preliminar del procedimiento judicial.

Pese a este incipiente estado de cosas, el requisito sustantivo de la medida cautelar deberá estar de alguna manera establecido a la hora de ser analizado por el juez bajo un determinado baremo que señale el grado de probabilidad requerido respecto de la comisión del hecho y la participación del acusado en el mismo. Por lo tanto debe llevarse a cabo un juicio de verosimilitud⁸⁶², sobre la existencia del derecho o situación jurídica cuya presencia se pretende que se declare en la sentencia definitiva⁸⁶³.

Por ello, en el sistema acusatorio se incluye como requisito que la medida haya sido solicitada por el Ministerio Público quien, cuando existan elementos que justifiquen avanzar sobre la tarea investigativa en el proceso, deberá acreditar la presencia de ellos ante la judicatura⁸⁶⁴. Ello a diferencia de los cuerpos legales que aún mantienen la posibilidad de que la prisión provisional pueda ser dispuesta por el Juez de instrucción sin necesidad de ser requerida por la parte acusadora⁸⁶⁵.

Ante tal panorama, en relación a la verosimilitud del derecho o exigencia de mérito sustantivo propio de las medidas cautelares (el *fumus boni iuris*, “humo de buen derecho”), se sostiene, genéricamente, la necesidad de que concurren elementos de convicción suficientes que permitan afirmar que existe una sospecha de que el imputado es autor -o partícipe- del hecho punible investigado y, en consecuencia, que se llevará adelante el juicio oral y público en su contra⁸⁶⁶.

⁸⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 125.

⁸⁶³ Para MARTÍN RÍOS, *Medidas cautelares...*, p. 23, el *fumus boni iuris* refiere a la existencia de una base racional que permita sostener -al menos, en una primera aproximación- que el delito en cuestión ha sido cometido por la persona a quien pretende imponerse la medida.

⁸⁶⁴ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 89, lo define como el juicio provisional sobre la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado en la realización del hecho delictivo y la posible atribución de este hecho al imputado.

⁸⁶⁵ V.gr., CPPN argentino.

⁸⁶⁶ Entre otros, MAIER, *Derecho Procesal...*, pp. 416 ss., “La orden de prisión preventiva supone que, previamente, quien la dicta, ha examinado la imputación, a la luz de los elementos de prueba incorporados al procedimiento, y el eventual descargo del imputado, más las consecuencias probatorias que de ella emergen o producidas por iniciativa de su defensa, y llegado a la conclusión de que existe una *gran probabilidad* de condena al final del procedimiento, esto es, una gran probabilidad de que el imputado haya participado culpablemente en un hecho punible objeto del procedimiento.”; ROXIN, C., *Derecho Procesal...*, p. 259: “*Sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible*, esto es,

En el ámbito penal el “*fumus commissi delicti*” requerido para el dictado de las medidas cautelares en el proceso (incluidas las aseguratorias de la pretensión civil) consiste siempre en un juicio de imputación⁸⁶⁷. Esa imputación judicial debe efectuarse mediante una valoración sobre la posible responsabilidad criminal del encausado que tenga un fundamento sólido y razonable y que tenga en cuenta la precariedad de la etapa procesal que se transita pero también la gravedad de las consecuencias que la privación de derechos implica⁸⁶⁸.

La dificultad, conforme bien identifica PASTOR, reside en que

*“Este juicio de probabilidad es inevitable para fundar la prisión preventiva y, naturalmente, no puede ser realizado más que bajo circunstancias en gran medida decepcionantes. [...] pues esa comprobación, evidentemente, no surge en el marco de un juicio oral y público, sino en el del procedimiento preliminar que es escrito, secreto para los terceros y limitadamente contradictorio”*⁸⁶⁹.

Debe quedar claro que se trata de un *presupuesto* de la medida cautelar que nunca puede operar por sí solo como legitimación de la detención preventiva, ya que si bien el encarcelamiento preventivo requiere el mérito sustantivo, este no representa su justificación, sino apenas uno de los requisitos necesarios para su dictado⁸⁷⁰.

debe existir un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad”; PASTOR, “Las funciones...”, p. 139: “Los fines procesales... solo podrán ser asegurados por medio de la prisión preventiva del imputado si sobre él pesa una sospecha vehemente acerca de que seguramente deberá ser llevado a juicio por el hecho que se le atribuye y que es probable esperar una condena. Este es un presupuesto indispensable de la validez del encarcelamiento preventivo, se trata de un elemento que sigue a toda medida cautelar como la sombra al cuerpo.”

⁸⁶⁷ GUERRA PÉREZ, C., *La decisión judicial de prisión preventiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 137, denomina al presupuesto sustantivo como “imputación judicial” definiéndolo como el juicio de verosimilitud de la responsabilidad criminal del acusado que el juez debe efectuar con un fundamento sólido y razonable; para MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 165, simplemente “la imputación”.

⁸⁶⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, pp. 129-130. En realidad, el mérito sustantivo es un presupuesto para iniciar o continuar con la persecución penal. Es hasta cierto punto incorrecto afirmar que es un presupuesto de la medida cautelar. Es un presupuesto de la persecución penal y, si no existe sospecha sustantiva, no debe existir persecución alguna y, mucho menos, medidas cautelares tendientes a garantizar un proceso que no se ha abierto o que ha sido clausurado.

⁸⁶⁹ PASTOR, “Las funciones...”, p. 140. Esto cambia con la mayor participación que da la oralidad para decidir en audiencias cuestiones de importancia durante el proceso, como ocurre en España para la prisión provisional (no así en Argentina), aunque el problema subsistiría en su esencia.

⁸⁷⁰ Discrepo con GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial...*, p. 139, quien otorga gran preponderancia para la estimación de la decisión a este elemento en cuanto utiliza como fundamento y no como límite a la gravedad de los hechos resultando a mi criterio acertado mantener la ponderación del elemento

Además, debe respetarse el principio de proporcionalidad ya que podría producirse la paradoja de la imposición de una medida cautelar, provisional, de mayor gravedad que la propia pena que pudiere imponerse de llegar a declararse en sentencia la responsabilidad cierta del imputado⁸⁷¹. Se trata -como primer requisito- de establecer una sospecha sustantiva acerca de que el imputado ha cometido un hecho punible, reprimido con pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento.

Es importante detenerse en este elemento ya que la cuestión sobre el presupuesto material se ha utilizado para adecuar ilegítimamente la prisión provisional a las necesidades sociales o políticas del momento⁸⁷².

En derecho comparado existe la posibilidad de que se trate de un hecho incluido en un listado: *numerus clausus*⁸⁷³ (delitos merecedores *per se* de la medida o que se trate de un delito grave por su pena y/o circunstancias)⁸⁷⁴. De esta manera, bastaría solo la acusación para encarcelar. En estos supuestos, por decisión del legislador, el mérito sustantivo se convierte en el único “fundamento” -ilegítimo, por cierto- para dictar el encarcelamiento preventivo⁸⁷⁵.

En Italia, en una de las últimas reformas se establece la prisión provisional obligatoria en los supuestos de muertes en el tráfico viario (*omicidi stradali* -culposos-) entre otras presunciones legales⁸⁷⁶.

material en un campo distinto y previo al de la evaluación de los riesgos procesales. También BOVINO, *Aporías...*, p. 18.

⁸⁷¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 128.

⁸⁷² Conforme recuerda BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 57, la reforma de 1980 en España rebajó la pena hasta el punto tal que la prisión provisional tenía lugar de forma automática cuando excedía de seis meses la pena que presuntamente se impondría; cfr. MAIER, *Derecho Procesal...*, p. 85; DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 83, nota 222: en Italia los autores han tendido también allí a preocuparse más por este presupuesto que por el *periculum libertatis* y, en general, también las decisiones judiciales tienden a enfatizar más en la prueba sobre la hipótesis acusatoria que sobre las exigencias cautelares. Ello es sintomático respecto a que lo que *realmente* importa y motiva a los decisores al momento de decidir si encarcelar a un acusado o no hacerlo es la prueba acerca de la posible condena.

⁸⁷³ En Argentina, la ley 24.410 excluyó ciertas conductas delictivas, entre ellas la prevista en el art. 139 *bis* del CP, del régimen general de excarcelaciones “al denegar la posibilidad de obtener la libertad en esas hipótesis”, a lo cual la CSJN resolvió que resultaba violatorio del derecho a la igualdad ante la ley (Fallos 102:219).

⁸⁷⁴ Este modelo es seguido en países como EEUU o Alemania, conforme lo destaca GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial...*, p. 137. De igual modo, en Argentina, la misma disposición citada en la nota precedente impide conceder la excarcelación cuando se trate de la imputación “de los delitos previstos por los artículos 139 y 146 del Código Penal” (art. 316, párr. II, CPPN).

⁸⁷⁵ En Argentina, BOVINO, *Aporías...*, p. 20.

⁸⁷⁶ El art. 380 del CPP italiano, que se refiere a la detención obligatoria en el acto de un delito (*arresto obbligatorio in flagranza*), menciona explícitamente (con la nueva letra *m-quater*) el art. 589-bis, párrs.

La CIDH opinó por su parte que restricciones como las introducidas en Argentina (v.gr., para los delitos de narcotráfico), que se fundaban en la naturaleza reprochable y las consecuencias sociales negativas de un determinado tipo de delitos, *menoscaban la presunción de inocencia*⁸⁷⁷.

Debe considerarse que, en estos casos, se impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre la culpabilidad, dando origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión provisional.

Cabe preguntarse incluso si es correcto que se tome en cuenta el mérito sustantivo, pues ello señalaría que el Estado solo encarcelaría a quienes probablemente considerara culpables, con grave riesgo para las garantías de imparcialidad y no prejuzgamiento, ya que si bien el presupuesto de la sospecha sustantiva es un requisito razonable, también puede vincularse a una eventual presunción de culpabilidad⁸⁷⁸. Lo imperante es que este elemento opere realmente como uno de los presupuestos, y, al mismo tiempo, no sea utilizado arbitrariamente como fundamento esencial del encarcelamiento.

En este sentido, señala FERRAJOLI⁸⁷⁹ que es claro que el automatismo producto de la obligatoriedad para algunos grupos de delitos resuelve *ex lege* el problema de los criterios y, por ello, de la función de la prisión provisional, puesto que implica una presunción legal absoluta de peligrosidad, en la que poco importa si es de tipo procesal o penal. Y es claro que esta -al no derivarse de la prueba- equivale por completo a una presunción de culpabilidad del imputado que es contraria, como vimos, al principio de inocencia.

GIMENO SENDRA señala dos especialidades que plantea el juicio de imputación para que resulte procedente la medida procesal que altere la libertad del individuo: el punto de vista formal y el material. Dentro del elemento formal se destaca la necesidad de que exista algo más que un “indicio racional de criminalidad”⁸⁸⁰.

2 y 3 del CP italiano (*omicidio stradale*) entre otros. Mientras el art. 381 CPP regula el arresto opcional e incluye también un catálogo que incorpora delitos culposos.

⁸⁷⁷ BOVINO, *Aporías...*, p. 22. Ver informe CIDH, Informe 2/97 *La Comisión estima que la norma mencionada tiende a crear una excepción al principio de presunción de inocencia*.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, p. 22.

⁸⁷⁹ FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 554.

⁸⁸⁰ Cfr. GIMENO SENDRA, “La prisión provisional...”, p. 149. Este presupuesto ha venido justificando resoluciones tales como el auto de procesamiento (art. 368), el de libertad provisional con o sin fianza (art. 529) o los autos de adopción de fianzas o embargos aseguratorios de la responsabilidad civil (art. 589).

Resultará necesario poder determinar, con el mismo grado de evidencia, que no existen en el caso causas de justificación o razones de inimputabilidad⁸⁸¹ y que no se acredita la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal⁸⁸².

Pero la previsión legal a este respecto⁸⁸³, como sostiene DÍAZ MARTÍNEZ⁸⁸⁴ es absolutamente superflua, pues si el hecho adolece de tipicidad penal, lo procedente será el sobreseimiento⁸⁸⁵ al igual que si concurriera alguna causa de justificación.

A diferencia del procesamiento⁸⁸⁶ que requiere “indicios racionales de criminalidad”, la necesidad de contar con “motivos bastantes de responsabilidad penal” veda que el Juez ordene el ingreso en prisión de un procesado sobre el que existe evidencia acerca de la concurrencia de una causa de exención o de extinción de la responsabilidad⁸⁸⁷.

Pese a ello la reciente STS 202/2018⁸⁸⁸ señaló que el análisis de la existencia de indicios de criminalidad en instrucción también debe incluir ya las causas de justificación y los elementos subjetivos, modificando una vieja práctica, sin sólido respaldo legal, que ha sostenido que sería suficiente con una constatación de la concurrencia, al menos indiciaria, de los elementos objetivos de la infracción, sin que en esta fase procesal sea dable indagar sobre otras cuestiones.

Debe rechazarse esa experiencia ya que su incoherencia llevaría a procesar a toda persona que haya realizado una acción típica, aunque esté amparada por una causa de justificación, a lo cual se suman razones de economía procesal que es una exigencia del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

⁸⁸¹ En igual sentido GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990, p. 267.

⁸⁸² Hoy ello se encuentra considerado en la ley (art. 502.4 LECrim). Según DÍAZ MARTÍNEZ, *Prisión provisional...*, p. 4, la mención de motivos bastantes de “responsabilidad penal” ya incorporaba el plus de la culpabilidad al de la autoría

⁸⁸³ Art. 502.4 LECrim. No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación.

⁸⁸⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, *Prisión provisional...*, p. 4.

⁸⁸⁵ STS 1172/2009, de 22 de Octubre de 2009.

⁸⁸⁶ Art. 384 LECrim: Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada.

⁸⁸⁷ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 61, también abona el criterio de que no es preciso el procesamiento para decretar la prisión provisional

⁸⁸⁸ De 25 de abril.

Corresponde por ello al Instructor valorar las causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable.

En definitiva, la “criminalidad” a los efectos de los arts. 384 o 783 LECrim debe incluir la existencia de un delito con todos sus elementos⁸⁸⁹.

El criterio material⁸⁹⁰, por su parte, establece el límite del cual el Juez no puede apartarse para disponer la medida y responde a que la pena en expectativa no exceda de determinada amenaza punitiva⁸⁹¹, “*lo que no puede significar, sin embargo, que, cuando el hecho imputado sea muy grave, haya de devenir automática la prisión provisional o prolongarse indefinidamente en el tiempo*”⁸⁹².

La identificación entre imputación y *fumus commissi delicti* no encuentra grandes objeciones en la jurisprudencia⁸⁹³ ni en la doctrina científica⁸⁹⁴. Pese a ello,

⁸⁸⁹ Si el Instructor aprecia la existencia de una causa de justificación, razones que pueden llevar a la inculpabilidad (error sobre la falsedad de la imputación o un error de tipo) o una excusa absolutoria, deberá denegar el procesamiento o la apertura del juicio oral por no existir indicios de criminalidad. Cfr. <https://www.rodriguezramos.es/2018/05/20/conclusiones-del-abogado-general-m-campos-sanchez-bordona-presentadas-el-12-de-septiembre-de-2017-asuntoc%E2%80%919153716-23/>

⁸⁹⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, *Prisión provisional...*, p. 3. Las razones sustantivas tienen que ver con la proporcionalidad ya que aun de arribarse a una sentencia condenatoria el propio CP permite la suspensión (81,2º) como la sustitución de las eventuales penas de prisión (art. 88). La crítica que realiza es que con el establecimiento de medidas alternativas a la prisión provisional que sin la plena restricción del derecho a la libertad pudieran alcanzar los mismos fines de la medida cautelar de encierro el límite no debería ser tan severo y gravoso y las excepciones tan injustificadas.

⁸⁹¹ Sin embargo, de una lectura detenida del art. 503 LECrim se desprende que existen hasta cuatro supuestos en donde no resulta de aplicación el mínimo punitivo de los dos años. El CPP de Costa Rica no impone pena mínima alguna, limitándose a exigir que la pena sea privativa de libertad. La StPO alemana, en su par. 112ª establece una pena mínima de seis meses de privación de libertad, aunque, incluso, se llega a permitir por debajo de este límite en ciertas situaciones. El CPP de El Salvador la fija en tres años, si bien la autoriza en casos de menor gravedad atendiendo a circunstancias como la alarma o la frecuencia. El CPP italiano establece el mínimo en cuatro años de privación de libertad (art. 280.2); el CPP portugués la fija en tres años (art. 202); el CPP chileno lo hace en presidio o reclusión menor (arts. 124 y 141); y el CPP peruano lo impone en cuatro años (art. 268.1). Cfr. ASECIO MELLADO, *Reforma...*, p. 8.

⁸⁹² GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 150. Para este autor no es suficiente la imputación de cualquier delito, sino de un delito grave o que, siendo inferior, concurren otros estándares que incrementen el peligro de fuga. En sentido contrario, GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial...*, p. 136, consideraba que el art. 495 abría la posibilidad excepcional de aplicarla en las derogadas faltas.

⁸⁹³ El TC tiene establecido que este “ha de consistir necesariamente en la existencia de razonables sospechas de la comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida” (SSTC 62/1996, 128/1995, 108/1984, 67/1997, 98/1997, 14/2000).

⁸⁹⁴ MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, pp. 166 ss.; ASECIO MELLADO, *Reforma...*, p. 8, entre muchos otros.

MÁLAGA DIÉGUEZ⁸⁹⁵, desde una posición claramente enfrentada con la presunción de inocencia, incluso acepta la vigencia de imputación ante una sentencia absolutoria en primera instancia, a la espera de la decisión sobre el recurso⁸⁹⁶.

Tanto GUTIÉRREZ DE CABIEDES⁸⁹⁷ como GUERRA PÉREZ destacan la incidencia que sobre el *fumus boni iuris* tiene el hecho de que se dicte una sentencia en la instancia. Sostienen que si esta es condenatoria, reforzará la apariencia que dio lugar a la imputación y ello conducirá normalmente al mantenimiento e incluso, eventualmente, a la agravación de la medida si ya hubiere sido acordada⁸⁹⁸, y, en caso contrario, constituirá motivo razonable para su adopción si se cumplen los demás presupuestos y finalidades de aquella. Y que, por el contrario, si la sentencia fuera absolutoria, se produce un natural debilitamiento o decaimiento de los motivos razonables para creer responsable al inculpado, que irá normalmente acompañada del alzamiento o la sustitución de la medida acordada⁸⁹⁹.

Desde luego que si recae una sentencia absolutoria el pronóstico previo para la adopción de la medida queda desvirtuado, pero en caso de recaer condena que aún no se encuentra firme ello podrá reforzar el elemento material de la prisión provisional pero no elude que de todos modos deba razonarse acerca de la subsistencia de los peligros procesales.

En Argentina⁹⁰⁰, la CSJN estableció la imposibilidad de denegar la libertad motivada en el solo fundamento de la existencia de mérito sustantivo de un delito grave⁹⁰¹.

⁸⁹⁵ MÁLAGA DIÉGUEZ, "El fundamento...", p. 169.

⁸⁹⁶ De hecho, el art. 861 bis a) LECrim establece que, cuando se recurre en casación una sentencia absolutoria, si el reo está preso debe ser puesto en libertad.

⁸⁹⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 130.

⁸⁹⁸ En sentido contrario, la reciente sentencia del Tribunal Supremo Federal de Brasil de 6 de noviembre de 2019 sobre Luiz Ignacio "Lula" Da Silva.

⁸⁹⁹ GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial...*, pp. 138-9.

⁹⁰⁰ El art. 316, párr. II, del CPP Nación aún establece: El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare *prima facie* que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los artículos 139, 139 bis y 146 del Código Penal.

⁹⁰¹ Invocando la doctrina de la CIDH, caso "Suárez Rosero", en la que destacó especialmente la exclusiva finalidad procesal del encarcelamiento preventivo. Así, el 22/12/98 se pronunció la CSJN por la inconstitucionalidad del art. 316, párr. II, *in fine*, del CPPN, en el caso "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.", No. 284.XXXII, del 22/12/98. También, CNCP, Sala III, causa No. 5.996, "Chabán, O. E. s/rec. de casación", 24 de noviembre de 2005.

En algunas prácticas judiciales puede apreciarse una suerte de *profecía autocumplida* que lleva a pensar que si el imputado llega detenido a juicio mayores posibilidades habrá de que sea declarada su culpabilidad, lo cual resulta peligroso en un Estado de Derecho cuyos procesos penales deben basarse en evidencias sobre los hechos. De todos modos ello requeriría un trabajo de mayor extensión e incluso una contrastación empírica en el campo.

El resultado al que arribará el proceso tiene que ver con la confirmación o no de la imputación pero al momento del dictado de la medida cautelar la prisión provisional debió haber encontrado reunidos sus requisitos propios -siempre precarios pero motivados en el momento en que se dicta (juicio *ex ante*)-⁹⁰².

Resulta claro a mi criterio que no puede hacerse una valoración *ex post* de la decisión de acuerdo al resultado final del juicio. Los parámetros a utilizarse deben ser previos, resultar claros para el decisor y guardar independencia de lo que en definitiva ocurra (que puede devenir en resultados diversos por innumerables razones procesales, sustanciales o naturales), encontrándose respetada la seguridad jurídica solo si los mismos están establecidos con anterioridad y con autonomía del resultado final⁹⁰³.

Respecto de su determinación, los indicios racionales y fundados del *fumus boni iuris*, como antes se explicara, suelen coincidir con la imputación o procesamiento ya que ambas decisiones se asientan en una primera y provisional atribución de la comisión del hecho punible⁹⁰⁴. NIEVA FENOLL señala que este presupuesto consiste en la probabilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria y no basta una mera conjetura, sino que debe tratarse de una presunción correctamente construida, es decir, fundada en indicios de los que quepa deducir razonablemente la responsabilidad del sujeto⁹⁰⁵.

⁹⁰² En igual sentido CATALINA BENAVENTE/OUBIÑA BARBOLLA, "Prisión provisional...", p. 7.

⁹⁰³ Disiento por tales motivos con la autora citada. Y con ello no digo que no puede hacerse ningún tipo de comparación entre una finalidad y la otra (sobre lo que abundaré en el siguiente capítulo) y aún incluso analizar la hipótesis que pueda plantearse en sentido inverso respecto de si la sentencia final puede eventualmente estar influida por la estadía del imputado en prisión al llegar al juicio oral.

⁹⁰⁴ MÁLAGA DIÉGUEZ, "El fundamento...", p. 166.

⁹⁰⁵ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 256. También para RAGUÉS I VALLÉS, "Prisión provisional...", p. 720, es necesario que en esta instancia de decisión ya pueda sostenerse la existencia de una elevada probabilidad de condena; ROXIN, *Derecho Procesal...*, p. 259, habla de "un alto grado de probabilidad"; ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional...*, p. 118, refiere a "una mayor certeza sobre el juicio de reproche".

Por todo lo dicho, debe analizarse si acaso la utilización de estándares de prueba objetivos, que recojan la distribución de error aceptada desde una decisión político criminal plasmada en la legislación, puede ayudar a la concreción de la premisa normativa respecto del elemento material de la prisión provisional y limitar la discrecionalidad judicial a su respecto⁹⁰⁶.

Más allá de ello, debe aclararse una vez más que la decisión de privar de libertad a un inocente debe derivar de la existencia de un supuesto peligro procesal y no meramente *de la verificación de la sospecha sustantiva* sobre su eventual responsabilidad en la comisión de un hecho punible.

Cuando se imputa la posible comisión de un hecho punible de mediana o alta gravedad por parte de un imputado, ese solo hecho suele operar como fuerte impulso hacia la restricción de sus derechos. Pero en estos casos, al inicio del procedimiento, no puede dejar de contemplarse ni el principio de proporcionalidad, ni la subsidiariedad y excepcionalidad de la detención, además de corroborarse en cada caso la existencia del riesgo procesal concreto.

En conclusión, el requisito material del mérito sustantivo trae más problemas para el principio de inocencia que soluciones, razón por la cual autores como BOVINO ponen en duda su utilidad protectora del estado jurídico de las personas⁹⁰⁷ y de los derechos individuales que debe resguardar.

La solución es que el presupuesto esté determinado con certidumbre, y que funcione como límite, no excluyendo ningún delito en particular de su valoración en cada caso⁹⁰⁸, a excepción de los de escasa relevancia penal, ante los cuales, no debería ser posible acordar medida alguna de tanta gravedad como la privación de libertad⁹⁰⁹.

⁹⁰⁶ Entre otros, FERRER BELTRÁN, J., "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana", en *Estándares de Prueba y Prueba Científica, Ensayos de Epistemología Jurídica*, VÁZQUEZ, C. (Coord), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 31-32.

⁹⁰⁷ BOVINO, *Aporías...*, p. 23.

⁹⁰⁸ Con respecto a la naturaleza del hecho imputado, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal...*, p. 150, entiende que la misma puede ser considerada en este estadio como parámetro para la decisión, aseveración que no comparto ya que, como el mismo autor reconoce luego, debe atenderse en cada caso al delito en concreto -pudiendo darse en uno u otro sentido ejemplos como el d que brinda: un crimen pasional no suele provocar la ocultación del homicida-.

⁹⁰⁹ ASENCIO MELLADO, *Reforma...*, p. 8. Pese a esto, la LECrim no exige una especial gravedad a la pena prevista para el delito inicialmente cometido cuando de los antecedentes del imputado y de los demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o que resulten de las actuaciones pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o que el imputado realiza sus actividades delictivas con habitualidad (art. 503.2 III). Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., "La reforma de la prisión provisional

2. La falta de formulación del estándar probatorio del elemento sustantivo

El legislador establece este primer presupuesto en los distintos ordenamientos procesales, pero siempre mediante conceptos indeterminados. Los preceptos legales hoy utilizados⁹¹⁰ no prescriben reales estándares de prueba para delimitar el requisito material de esta medida intermedia del proceso, ya que su redacción es vaga, imprecisa y deja a la libre discrecionalidad de los jueces la evaluación de cuál debe ser el grado de probabilidad en la determinación del hecho, a partir de la prueba colectada hasta ese momento, que resulta necesario o suficiente para el dictado de la grave medida cautelar.

El art. 503 LECrim utiliza la expresión “*motivos bastantes para creer*” y la constancia del hecho como únicos baremos necesarios a la hora de establecer la participación delictiva del imputado para dictar la prisión provisional en el estadio procesal que se transita⁹¹¹.

En el resto de las legislaciones de nuestro sistema, encontramos también problemas de concretización respecto del grado necesario de configuración del elemento material para la decisión sobre la privación de libertad.

V.gr., en el CPP argentino vigente⁹¹² se establece a este respecto que la prisión será dictada en forma conjunta con el auto de procesamiento que se decretará respecto

en España”, en CIENFUEGOS SALGADO, D./NATARÉN NANDAYAPA, C. F./RÍOS ESPINOSA, C. (Coords.), *Temas de Derecho Procesal Penal de México y España*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2005, p. 21.

⁹¹⁰ La prisión provisional se halla entonces regulada en la legislación española por la CE, que en su art. 17.4 establece el mandato de que la Ley deberá establecer un plazo máximo, y el art. 503 LECrim, que prescribe los requisitos del dictado de la medida entre los que incluye además la necesidad de que *conste* la existencia de hechos delictivos con penas máximas igual o superiores a 2 años (o inferior si el imputado tiene antecedentes) y que se persigan determinados fines (que luego analizaremos). En lo que aquí interesa: “*Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes: 1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito... 3. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión...*”.

⁹¹¹ DÍAZ MARTÍNEZ, *Prisión provisional...*, p. 3, el legislador ha hecho coincidir el mínimo punitivo que permite la adopción de la prisión provisional con el límite a partir del cual no es posible el juicio en ausencia del acusado (Art. 786.1. LECrim).

⁹¹² Se regula la prisión preventiva partiendo de la premisa del art. 280 que reza: “La libertad personal solo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley.” Que se complementa con el precepto específico del art. 312. “*El juez ordenará la prisión preventiva del*

del imputado⁹¹³ “...siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquel es culpable como participe de este.”

Nada más se agrega respecto a la manera en que debe considerarse tal “suficiencia” respecto del presupuesto material legalmente establecido para el dictado del procesamiento y, por ende⁹¹⁴, también de la prisión provisional, con lo que el escenario es similar al de la legislación española en cuanto a la vaguedad de la premisa⁹¹⁵.

Al respecto, la jurisprudencia argentina ha interpretado, pacíficamente, que:

*“... la plena prueba, que elimina toda duda razonable, solo se requiere para fundar una sentencia de condena, pero antes de ello, y sin necesidad de certeza apodíctica, el procesamiento requiere solo elementos de convicción, aún no definitivos ni confrontados pero que, en la medida que pueden demostrar con suficiencia la existencia de un hecho delictuoso y la participación responsable de los imputados en él, sirven para orientar el proceso hacia la acusación”*⁹¹⁶.

El texto del nuevo CPP argentino, recientemente sancionado⁹¹⁷ no difiere mucho en cuanto a este punto al requerir “que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en este,...”⁹¹⁸, lo cual no constituye tampoco un estándar objetivo pasible de ser contrastado intersubjetivamente⁹¹⁹.

imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido cuando: 1°) Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional. 2°) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el artículo 319.” Aparece aquí un claro ejemplo de la vetusta utilización de presunciones para establecer los riesgos procesales donde también una interpretación gramatical iría en contra de los principios constitucionales.

⁹¹³ Conforme el art. 306 CPPN.

⁹¹⁴ Acorde al sistema a nivel federal aún utilizado en la mayor parte del país.

⁹¹⁵ También BOVINO, *Aporías...*, p. 19, reconoce este problema de que no se cumple con el estándar probatorio que verifica adecuadamente el mérito sustantivo a la hora de resolver sobre la medida de coerción en los casos concretos, pues -sostiene- o se abusa de situaciones que autorizan las detenciones sin orden ni control judicial o bien se dicta el auto de prisión provisional sin la prueba suficiente que exigen las reglas legales respecto del mérito sustantivo. En general el problema es que ni siquiera se describen.

⁹¹⁶ Entre muchas otras, c. n° 35.961, resuelta el 11/2/2004, registro n° 25; y c.n° 42.259, resuelta el 5/3/2009, registro n° 179, ambas de la Sala Primera CNCCyF.

⁹¹⁷ Ley 27.482 código solo implementado parcialmente.

⁹¹⁸ Arts. 185 ss.

⁹¹⁹ Respecto de otros ordenamientos jurídicos vigentes, encontramos en el CPP de Chile el art. 140 que señala como requisitos para ordenar la prisión preventiva que “Una vez formalizada la investigación, el

En Chile se exige meramente la existencia de “*antecedentes que justificaren*” o “*permitieren presumir fundadamente*” la materialidad y autoría. Y el sistema colombiano, acercándose más a la noción de seriedad de cargos, conduce a “*inferir razonablemente*” que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga⁹²⁰, con lo que tampoco aporta a la solución⁹²¹.

Las consideraciones expuestas, opuestas al principio de taxatividad y certeza que debe tener toda causal que habilite la detención preventiva, resultan señales de que el sistema supedita el dictado de la medida de coerción a la existencia de sospecha sustantiva sobre el hecho imputado sin brindar al juez herramientas para decidir sobre la probabilidad y verosimilitud del supuesto.

Por ello, no es decisivo cuanto, en el Derecho comparado, se ha establecido al respecto, pudiendo verificarse repetidamente la omisión de un fundamento epistemológico que permita al juez tomar la decisión cautelar en las condiciones que el momento procesal requiere y poder motivarla sobre aquel, brindando a la vez a los justiciables reglas claras y previsibles sobre la posible privación de derechos.

La importante atención que debe recaer sobre este presupuesto radica en que, en su aplicación práctica, son muchos los casos en que el mérito sustantivo opera no como *presupuesto* sino como *fundamento* de la decisión cautelar, lo cual encierra un doble riesgo: el de no acreditarse adecuadamente y, además, el de ser utilizado no como límite sino como único sostén de la decisión.

tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor,...”. Así, conforme lo analiza BELTRÁN CALFURRAPA, R., “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, en *Rev. Polít. Crim.*, vol.7, nº 14, Santiago, 2012, p. 468, el CPP chileno optó por mantener en esta materia los mismos requisitos que el anterior sistema inquisitivo imponía para el dictado del auto de procesamiento, conforme a lo previsto por el art. 274 del CPP de 1906.

⁹²⁰ El art. 308 del CPP Colombiano de 2004 señala: “El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga (...)”.

⁹²¹ Alemania, por su parte, en reemplazo de la utilización de “el carácter de seriedad” pretendido antiguamente, exige como elemento material que exista “una sospecha vehemente” de que el imputado ha cometido el hecho punible, cfr. ROXIN, *Derecho Procesal...*, pp. 259 ss., terminología imprecisa no muy diferente a los restantes casos enunciados. El sistema norteamericano, finalmente, exige “causa probable” de la ocurrencia del hecho delictivo y de participación del imputado en el mismo. Cfr. THAMAN, S., “Detención y prisión provisional en los Estados Unidos”, en *Detención y prisión preventiva*, Cuadernos de Derecho Judicial nº 18, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 193-226.

La reglamentación de las medidas de coerción, su forma y su procedencia es entonces algo ineludible para el legislador procesal penal⁹²² y, de acuerdo a lo explicado, su disciplina no puede ir más allá de la mera tutela de los fines que el proceso persigue, es decir, regularla como simples instrumentos cautelares, en la medida de la más estricta necesidad y no como forma de anticipar la pena a una persona que aún no ha sido declarada culpable⁹²³.

Para GUTIÉRREZ DE CABIEDES⁹²⁴ no ha de bastar con la constancia del hecho punible, sino que ese hecho ha de poder atribuirse razonable y fundadamente a quien haya de ser el sujeto pasivo de la medida.

Como ya advertía BARONA VILAR⁹²⁵, el problema de determinar la distinción entre indicios racionales de criminalidad (propio del auto de procesamiento)⁹²⁶ y la constancia del hecho o motivos bastantes para creer responsable al imputado⁹²⁷ subsiste pese a las reformas legales. Para la autora el procesamiento requiere menores exigencias (entre otras razones porque recién allí se adquiere el carácter de parte) pero, en la práctica, aun coincide el dictado de ambas medidas en aquellos ordenamientos que conservan un sistema mixto⁹²⁸.

MÁLAGA DIÉGUEZ⁹²⁹ no ve aquí un problema y sostiene que el *fumus boni iuris* concurre cuando existen indicios racionales y fundados de que el destinatario de la medida ha participado en la comisión del presunto hecho punible objeto de enjuiciamiento, y esos indicios se verifican precisamente cuando esa persona se

⁹²² También ASENCIO MELLADO, *La prisión...*, p. 110, reconoce el principio de legalidad procesal; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 178.

⁹²³ MAIER, J., "La Constitución Nacional y los medios de coerción personal contra el imputado", en *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981, p. 28. Lo mismo puede decirse de los supuestos previstos en el CPPN. Cfr. BOVINO, *Aporías...*, p. 19.

⁹²⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 129.

⁹²⁵ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 60.

⁹²⁶ Art. 384 LECrim.

⁹²⁷ Art. 503 LECrim.

⁹²⁸ Además en la mayoría de los cuerpos normativos el pretendido "estándar probatorio" para dictar el auto de procesamiento y el de prisión provisional son prácticamente idénticos al del auto de elevación a juicio. Sin embargo, el largo período de tiempo que transcurre en nuestro sistema entre la detención y la remisión a juicio demuestra que las detenciones se alejan del cumplimiento de las exigencias probatorias que corresponderían. "En síntesis, se detiene para investigar, y no se investiga para detener", BOVINO, *Aporías...*, p. 19.

⁹²⁹ MÁLAGA DIÉGUEZ, "El fundamento...", p. 165. Este autor no se extraña de que, en la práctica, la adopción de dichas medidas acostumbre a producirse en el mismo momento en el que se formaliza la imputación, habida cuenta que ambas asientan en una primera y provisional atribución al encausado de la comisión del hecho punible, de cuyas consecuencias penales y civiles se presenta *prima facie* como responsable.

encuentra imputada o procesada (petición de principio). Aunque admite que ello puede implicar un prejuzgamiento donde se manifiesta en toda su crudeza la colisión entre la tutela provisional y la presunción de inocencia⁹³⁰.

MARTÍNEZ PARDO es otro de los autores⁹³¹ que se ha planteado cuál es la interpretación que merece el término “motivos bastantes”, preguntándose si es equiparable a los meros indicios de criminalidad que se exigen para el dictado de un auto de procesamiento o si tiene un significado diferente, concluyendo también que, al ser los efectos y las consecuencias del auto de prisión más gravosos para el imputado que los del auto de procesamiento, han de exigirse también unos indicios de mayor entidad y solidez en el primero que en el segundo, exigiéndose que el juicio de imputación contenga un elevado índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo⁹³².

En esa línea se inscribe NIEVA FENOLL⁹³³ quien reconoce que en España la ley señala que, en lo formal, la prisión provisional deberá recaer solo cuando se imputa un delito grave, pero no define la existencia de la necesaria “sospecha fundada” de la comisión del mismo y su autoría sino que entra en una “*aburrida, anticuada y contradictoria casuística de supuestos*”⁹³⁴. Este autor representa una posición “endurecida” al requerir “fuertes exigencias” respecto de la tarea del juez para acreditar una convicción de certeza de la comisión por parte del reo de un hecho delictivo⁹³⁵.

Coincido en que resulta categórica la necesidad de un mayor grado de avance en la entidad de la imputación, en comparación con el resto de las medidas cautelares permitidas en el proceso penal, atento al carácter de los derechos afectados.

⁹³⁰ *Ibidem*, pp. 166 ss. Pese a la STC 156/1997 de 29 de septiembre y la ATC 191/2000. En igual sentido ASENCIO MELLADO, *La prisión...*, pp. 63 y 108-109.

⁹³¹ También DÍAZ MARTÍNEZ, *Prisión provisional...*, p. 4, para quien no es suficiente la concurrencia de meros indicios racionales de criminalidad.

⁹³² MARTÍNEZ PARDO, V. J., “La prisión provisional. Régimen jurídico”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n° 7, enero-junio 2000; JORGE BARREIRO, A., “La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Detención y Prisión Provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 64; GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial...*, p. 138; NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 269.

⁹³³ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 269. Por tanto en España, como prescribe el art. 495 LECrim, no se podrá proceder a la detención por delito leve (las antiguas faltas).

⁹³⁴ *Ibidem*, p. 282.

⁹³⁵ *Ibidem*, p. 282. Mas reconociendo que ello es de “durísimo cumplimiento”, y que el juez que conceda la medida cautelar debe estar completamente convencido de la existencia de un delito grave así como de su imputación a la persona que va a someter a prisión por el mismo. (pero no lo mete en prisión por el hecho! Y como va a estar convencido sin dejar de tratarlo como inocente y si aún no tiene todas las pruebas. Aquí habría que evitar asimismo que se evidencie un prejuzgamiento judicial.

Una propuesta que parece apuntar en ese sentido es la de ASENCIO MELLADO⁹³⁶, quien exige “una mayor certeza sobre el juicio de reproche” que el que aportan los meros indicios de criminalidad. En el mismo sentido, los aportes de BARONA VILAR⁹³⁷ y de ROXIN⁹³⁸, que entienden que es necesario “un alto grado de probabilidad” de comisión del hecho punible.

Sin embargo para el TEDH, alcanza con la existencia de sospechas razonables como “*parte fundamental de la protección que proporciona el art. 5.1, c) CEDH contra las privaciones de libertad arbitrarias*”⁹³⁹.

Una labor epistemológica tendente a formular verdaderos estándares controlables intersubjetivamente en relación con la valoración necesaria sobre la existencia de un hecho, puede aquí tener un rol importante para la determinación de medidas intermedias durante el proceso y, en particular, sobre la más grave medida cautelar que conforma la prisión provisional.

La delimitación de un criterio que permita determinar un grado de convicción material para el dictado de la prisión provisional que habite entre la certeza apodíctica necesaria para el dictado de una sentencia condenatoria y la mera presunción de existencia de un hecho ilícito denunciado o advertido, que resulte lo suficientemente fuerte como para vencer sobre el derecho a la libertad del individuo pero no se acerque tanto a la noción de culpabilidad que violaría la presunción de inocencia y llevaría al prejuzgamiento previo a la sentencia, resulta indispensable en un ordenamiento jurídico dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Se sostiene que con la formulación de estándares se trata “*de introducir pautas de suficiencia en la determinación factual que, aunque no en plena certeza, permiten lograr la aceptabilidad -en términos de probabilidad- de los diversos enunciados de hecho establecidos en sede adjudicativa*”⁹⁴⁰.

Tal como señala BELTRÁN CALFURRAPA:

“Así, la apreciación de la prueba ya no implica ni significa ausencia de sujeción a cualquier clase de regla; ni la inmediatez implica ni significa pretexto para dar por

⁹³⁶ ASENCIO MELLADO, *La prisión...*, p. 118.

⁹³⁷ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 64.

⁹³⁸ ROXIN, *Derecho Procesal...*, p. 259.

⁹³⁹ STEDH de 10 de noviembre de 1969, caso *Stogmuller*, ap. 4, jurisprudencia que se ha mantenido hasta la actualidad.

⁹⁴⁰ BELTRÁN CALFURRAPA, “Estándares...”, p. 455.

entendida la suficiencia en la determinación factual. Lo que determina la realidad y suficiencia factual son criterios epistemológicos -y a veces incluso contra-epistemológicos- que, por un lado, designan el grado de apoyo empírico que los elementos de juicio aportados al proceso proporcionan a las hipótesis en conflicto y, por otro, precisan las pautas generales que permiten determinar si el apoyo inductivo aportado es o no suficiente para tener por probada la hipótesis de mayor grado”⁹⁴¹.

Asumiendo las premisas antes aludidas, un enunciado fáctico será verdadero cuando a través de un procedimiento idóneo sea justificado por razones que permitan considerarlo como veraz⁹⁴², aun con la precariedad de la etapa procesal que se transita.

Para esto también se da por sentado que al no existir la certeza absoluta se parte de la base de que se cometerán errores, con lo que el estándar definido tiene por objeto disminuir lo máximo posible su cantidad a la vez que en su determinación exige decidir previamente desde la instancia de decisión política qué errores serán más aceptables⁹⁴³.

FERRER BELTRÁN⁹⁴⁴ aclara que *“la decisión sobre el nivel de suficiencia probatoria no es en absoluto epistemológica. La epistemología nos puede ayudar a delinear un estándar de prueba que refleje correctamente el nivel de suficiencia probatoria que se haya decidido adoptar, pero no nos dice nada sobre el nivel del mismo. Esa es una decisión política”*⁹⁴⁵.

El estudio de la noción de estándar de prueba⁹⁴⁶ explica que en el proceso penal este responde directamente a la necesidad de establecer si un hecho se encuentra

⁹⁴¹ *Ibidem*, p. 457.

⁹⁴² *Ibidem*, p. 459.

⁹⁴³ Como explica GASCÓN, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa* nº 28, 2005, p. 20, la construcción de un estándar no depende solo ni fundamentalmente de cuestiones de racionalidad, sino también y sobre todo de cuestiones de *policy*. Ello es así porque un estándar de convicción establece una determinada distribución del error, y una distribución del error supone una determinada elección (político-valorativa) sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos e intereses afectados por cada uno de los errores posibles.

⁹⁴⁴ Como destaca VÁZQUEZ, “A modo de presentación”, en *Estándares de prueba...*, p. 14, en castellano, FERRER BELTRÁN es el primer estudioso del derecho en profundizar sobre estos problemas, ofreciendo no solo todo un andamiaje para el análisis de la institución probatoria en general, sino un ejemplo de cómo formular un estándar adecuado epistemológicamente y exigente, si así se ha decidido previamente, en materia penal.

⁹⁴⁵ FERRER BELTRÁN, “La prueba...”, pp. 31-32.

⁹⁴⁶ Si bien no es tan abundante el trabajo de investigación en lengua española sobre los estándares de prueba, el mismo ha avanzado en los últimos tiempos, especialmente en el seno de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Cfr., v.gr., FERRER BELTRÁN, “La prueba...”; FERRER BELTRÁN, “Los estándares...”; GASCÓN, “Sobre la posibilidad...”; TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, FERRER BELTRÁN, J. (Trad.), Ed. Trotta, Madrid, 2009; VÁZQUEZ, “A modo...”, pp. 14 ss.; GONZÁLEZ LAGIER, D.,

acreditado. Y pese a que esta decisión es monopolizada por la sentencia definitiva, su formulación puede ser también utilizada para adoptar decisiones que afecten derechos fundamentales durante el proceso, estableciendo si las premisas con las que hasta allí se cuenta habilitan al juez a dictar la medida provisional⁹⁴⁷.

En relación con los distintos sistemas de valoración probatoria (prueba tasada, sana crítica, etc.), la revelación de aristas subjetivas y objetivas en este campo debe inclinarse hacia la ponderación de criterios objetivos con el fin de limitar la discrecionalidad, confinando los razonamientos que se dan dentro del ámbito de la íntima convicción o la duda razonable⁹⁴⁸.

Que tales formulaciones deban ser precedidas por una decisión político criminal que establezca el grado de distribución de error aceptable significa definir si se acepta una mayor posibilidad de que el error (inevitable por naturaleza) recaiga mayormente en el encarcelamiento de personas que no deberían estarlo o en la liberación de imputados que sí debieran estar cautelados.

En síntesis, resulta posible formular estándares de prueba constitucionalmente adecuados para el dictado de la prisión provisional. Las dificultades metodológicas que ello acarrea no obstan a que puedan elaborarse criterios determinados epistemológicamente y formulados conforme a los principios constitucionales para ser utilizados por el legislador una vez adoptada la decisión político criminal sobre la distribución de errores aceptable que habilitará la confección de la fórmula que otorgue límites y parámetros a los jueces que decidirán en el caso concreto, restringiéndose así la discrecionalidad de estos.

Las legislaciones señaladas *supra* reflejan la falta de un baremo definido a fin de tener por probado el sustrato fáctico que involucra el elemento material de la medida

"Hechos y conceptos", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 15, 2007; HAACK, "El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica", en *Estándares...*; PARDO, "Estándares de prueba y teoría de la prueba" en *Estándares...*, pp. 99-118; apoyándose en autores norteamericanos como LAUDAN. Cfr. también BORZI CIRILI, F., "Estándar de prueba suficiente. Apuntes de la epistemología jurídica de Larry Laudan al juicio de culpabilidad en el juicio por jurados bonaerense", en RDPyC, vol. 5, nº 8, 2015, pp. 1 ss.

⁹⁴⁷ Los modelos existentes responden por un lado a cuestiones matemáticas y estadísticas -bayesiano- y, por otro, a modelos de confirmación lógico-deductivos-baconiano. Cfr. BELTRÁN CALFURRAPA, "Estándares...", p. 459, debiendo prevalecer, a mi criterio, la elección de estos últimos por su mayor objetividad en el campo jurídico

⁹⁴⁸ Cfr. GASCÓN, "Sobre la posibilidad...", p. 20.

cautelar de carácter personal y que debe servir luego de base para comprobar la existencia de las razones procesales que justificarán su adopción.

La principal tarea a la que se enfrenta una valoración racional es la de medir la probabilidad. Y por eso el objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis, o su aceptabilidad. A su vez, para que ello tenga sentido deberá poder ser posteriormente controlado⁹⁴⁹.

Un esquema posible supondrá que la información aportada por el Fiscal -aunque indiciaria- deberá ser lo suficientemente contundente al tiempo de aportar datos confirmatorios de contrastación diversa respecto de la existencia del hecho típico y la participación delictiva⁹⁵⁰.

Luego, no se trata de certeza, sino solo de evidencia de suficiente intensidad que aporte una confirmación superior a la imputación formulada y, respecto de la cual, el radio de acción de la defensa sea reducido a un límite tan estrecho, como para que convencionalmente la solicitud sea aceptada como verdadera sin mayores inconvenientes⁹⁵¹.

La elaboración de estándares de prueba no es sencilla y concierne, en todo caso, a los epistemólogos tras la decisión política respecto del margen de error tolerable. Considero que la formulación deberá luego plasmarse en la legislación. Existen posibles estándares que pueden ser considerados⁹⁵². Defiendo aquí que en el caso de la prisión provisional, acorde al nivel de derechos afectados, tiene que ser alto el nivel de exigencia probatoria.

Un estándar posible prescribiría, v.gr., que una hipótesis sobre los hechos se considerará probada con un alto grado de sospecha cuando se den, conjuntamente, las

⁹⁴⁹ Los estándares cumplen así dos funciones, como señala GASCÓN, "Sobre la posibilidad...", p. 109: una función heurística primero (en cuanto guías de una valoración racional) en la que el estándar probatorio es el criterio conforme al cual deberá el juez formular su valoración sobre los hechos de la causa en el estado en que se encuentre. Y una función justificadora de la decisión después (en cuanto criterios para la motivación).

⁹⁵⁰ En similar sentido, BELTRÁN CALFURRAPA, "Estándares...", p. 474.

⁹⁵¹ *Ibidem*, p. 459.

⁹⁵² Cfr. las alternativas que elabora FERRER BELTRÁN, J., "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea", en PAPAYANNIS, D./PEREIRA FREDES, E. (Eds.), *Filosofía del derecho privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 415 ss.

siguientes condiciones: a) que la hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y b) que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes)⁹⁵³.

En su contenido se tendría que exigir la presentación de un argumento jurídico completo, con exigencias muy altas con respecto al contenido de cada dimensión del mismo, adecuadas y claramente definidas legalmente, y con un estándar de prueba muy exigente y cuyas razones de superación se argumenten efectivamente en el auto.

Sin pretender que sea el único modelo posible compatible con tales exigencias, un esquema de estándares para las distintas dimensiones del argumento en el auto de prisión provisional que cumpliría con lo requerido debería abarcar: *una dimensión subjetiva* (identificación de los sujetos imputados); *una dimensión fáctica* (descripción de los hechos con un nivel de precisión que permita identificar el objeto de prueba y por tanto evitar la persecución penal por los mismos hechos, y además identificar que hay hechos que corresponden con cada elemento del supuesto de hecho legal); *una dimensión jurídica* (identificación plena de los delitos imputados y sus distintos elementos básicos); y *una dimensión probatoria* (se requiere que la hipótesis asumida sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente)⁹⁵⁴.

No solo es necesario que sea sostenible una fuerte sospecha de culpabilidad, sino que también se aporte prueba que sea legalmente suficiente para soportar cada uno de los elementos del delito además de cumplir con todos los demás requisitos establecidos, lo cual debe implicar un nivel de exigencia relativamente fuerte. La orientación cognoscitiva del proceso exige que la regulación de esta haga posibles dos condiciones: verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias, y procedimientos que lo permitan⁹⁵⁵.

Puede hablarse de un argumento jurídico completo cuando todas las dimensiones del mismo y las relaciones entre ellas tienen un contenido mínimo que

⁹⁵³ FERRER BELTRÁN, "Prolegómenos...", p. 21.

⁹⁵⁴ Cfr. QUINTERO JIMÉNEZ, C.A., *Entre verdades y mitos: un estudio de la fase intermedia del proceso penal*, tesis doctoral, UPF, Barcelona, 2019, p. 325, que lo utiliza para la etapa intermedia del proceso. El estándar de la dimensión probatoria se toma de FERRER BELTRÁN, "Prolegómenos...", p. 418.

⁹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 264-265.

permite que sean controlables intersubjetivamente. Así, se tendrá cumplido cuando la regulación establezca estándares claros y contrastables, a partir de los cuales se puede valorar la suficiencia de los contenidos del argumento. En el caso confluente la especial necesidad de un estándar de prueba relativamente fuerte para el acto que dispone la medida cautelar personal.

Los procedimientos que permiten la efectiva verificación y refutación de hipótesis acusatorias se entenderán presentes cuando en el modelo adoptado se garantice el control intersubjetivo de los actos acusatorios, a través de la posibilidad de efectiva contradicción de la hipótesis y a través del establecimiento de un control imparcial de la suficiencia de sus requisitos⁹⁵⁶.

Mi propuesta radica en desarrollar los estándares probatorios necesarios en el campo epistemológico y trasladar los mismos a la legislación para aportar a los jueces las herramientas necesarias de decisión sobre la prueba, aún con la precariedad de la etapa de instrucción en que suele decidirse la prisión provisional.

IV. El presupuesto procesal

El segundo presupuesto de la medida cautelar personal se encuentra definido por el *periculum libertatis*, entendido como la necesidad de neutralizar la peligrosidad procesal, que justifica la razón de la existencia de la prisión provisional y la distingue de la pena en términos conceptuales⁹⁵⁷.

Es decir, se deben dar ciertas circunstancias o características que demuestren que existe un estado de probabilidad prevaleciente de que el imputado atentará contra los fines del proceso (el cual debe estar pendiente, aún en trámite)⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶ LAUDAN, L., *Verdad, error y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013. p. 91, al criticar el estándar de prueba de “convicción más allá de la duda razonable” por reconducir a criterios de convicción subjetiva, plantea cómo en una mejor aproximación a una adecuada formulación de un estándar de prueba lo importante debería ser responder a la pregunta de si “acaso una persona racional y sobria, confrontada con las pruebas disponibles, determinaría que estas constituyen un caso convincente de culpabilidad”.

⁹⁵⁷ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 76.

⁹⁵⁸ La *custodia cautelare in carcere* tal como se la denomina en la República de Italia, está regulada en el código de procedimiento entre las *misure cautelari* que disciplinan las limitaciones a la libertad de las personas. Esta titulación sugiere de por sí cuál es la concepción de fondo, al tiempo que se establecen presupuestos comunes a la aplicación de todas las medidas de coerción personal (no solo relativos a la prisión preventiva). Ellos son la presencia de graves indicios de culpabilidad (‘gravi indizi di

La LECrim contempla⁹⁵⁹, de conformidad con la doctrina del TC y de forma similar a otras legislaciones, la posibilidad de decidir el encarcelamiento preventivo ante el peligro de fuga del imputado, la efectiva fuga y el riesgo de entorpecer la investigación afectando pruebas⁹⁶⁰.

También se contempla la posible reiteración delictiva y la protección de bienes jurídicos como fines que autorizan la adopción de la prisión provisional, pero algunos de estos supuestos -como ya fue visto y profundizaré-, son considerados ilegítimos por cierta parte de la doctrina ya que no tendrían distinción con la pena en cuanto a las finalidades buscadas⁹⁶¹.

Pese a esto, la finalidad de evitación de reiteración delictiva es reconocida en numerosos textos legales, añadiendo una función preventiva⁹⁶².

Otro motivo que fue contemplado por la legislación es el configurado como “alarma social”, que ha sido mayoritariamente erradicado tras su insistentemente denunciada indeterminación jurídica y su utilización abusiva para detener preventivamente individuos por razones cuya legitimidad fue cuestionada constitucionalmente como veremos.

Una parte de la doctrina reconoce legitimidad solo a los dos primeros motivos procesales señalados (el peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación) y se ha dicho que solo el primero responde a una verdadera función cautelar⁹⁶³.

colpevolezza’) en ausencia de causas de justificación o de no punibilidad o de extinción del delito o de la pena que se considere puede ser impuesta (art. 273); y la subsistencia de exigencias cautelares (‘esigenze cautelari’, art. 274). Estas últimas se dan cuando subsisten específicas e inderogables exigencias atinentes a la investigación, relativas a los hechos por los que se procede, en relación a situaciones de concreto y actual peligro para la adquisición o la genuinidad de la prueba, fundadas en circunstancias de hecho expresamente indicadas en la medida bajo pena de nulidad declarable de oficio. Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 43.

⁹⁵⁹ Art. 503.1.3° y 2.

⁹⁶⁰ Los arts. 9.3 PIDCP, y 7.5 CADH señalan entre las causas que pueden autorizar la privación de libertad antes de sentencia condenatoria estas tres: a) *asegurar la presencia del imputado en el proceso*; b) *asegurar que el imputado no cause obstáculos a la tarea judicial de investigación del hecho*; c) *asegurar la eventual ejecución penal*.

⁹⁶¹ V.gr., MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 171, para algunos casos.

⁹⁶² DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 43. En EEUU, llamada *bail denial*, se aplica a partir de premisas normativas similares. Específicamente, la Bail Reform Act de 1984 permite a las cortes federales fundar las decisiones prejudiciales en (1) el riesgo de fuga que el defendido acarree, y (2) la amenaza potencial que el defendido implique para la comunidad o para individuos específicos incluyendo la probabilidad de que el defendido cometa nuevos crímenes mientras se encuentre en libertad.

⁹⁶³ GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, p. 1325, sostiene que sin fundada sospecha acerca del peligro de fuga del imputado nunca puede justificarse la prisión provisional.

Si se consideran los atentados contra la realización del proceso propiamente dichos, solo debería autorizarse la medida de coerción más gravosa en aquellos casos en los que la libertad del imputado pueda obstruir la averiguación de la verdad⁹⁶⁴ o existan elementos que pongan en peligro la aplicación de la ley penal en el caso concreto (riesgo de fuga objetivamente constatado)⁹⁶⁵.

Debe postularse que, además de ser una medida de carácter excepcional, deberá en todos los casos respetar los principios de interpretación restrictiva, proporcionalidad, judicialidad, provisionalidad, *favor libertatis*, gradualidad y subsidiariedad en su aplicación⁹⁶⁶.

De la conjunción entonces entre la imputación (presupuesto material) y el *periculum libertatis* (presupuesto adjetivo del proceso penal que se traduce en el peligro en el retardo a la hora de dictar sentencia⁹⁶⁷) deviene la decisión judicial de privar de libertad a un imputado antes del juicio.

Dos cuestiones distintas se advierten en el análisis de, por un lado, los fundamentos legítimos que configuran el *periculum in mora* y, por otra parte, las circunstancias acreditativas de las que puede inferirse la existencia de tales peligros⁹⁶⁸.

Respecto de estas últimas cabe decir que el juicio de peligrosidad procesal exige la comprobación efectiva de circunstancias objetivas y ciertas, en un caso concreto, y respecto de un imputado determinado, que indique la existencia probable del riesgo de que se trate⁹⁶⁹.

Lo más relevante es que el peligro procesal debe tener fundamento en elementos objetivos que deben ser verificados⁹⁷⁰. Dado que el encarcelamiento preventivo se

⁹⁶⁴ V.gr. falseando o destruyendo prueba o amedrentando testigos.

⁹⁶⁵ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 143.

⁹⁶⁶ Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., "La interpretación en derecho penal. Favor libertatis versus Favor securitatis. In dubio pro reo versus In dubio contra reo", en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Ed. La Ley, 2010, pp. 143-172.

⁹⁶⁷ GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, p. 1325.

⁹⁶⁸ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 132.

⁹⁶⁹ BOVINO, *Aporías...*, p. 31.

⁹⁷⁰ En Italia las situaciones de concreto y actual peligro no pueden ser identificadas con la negativa de la persona sometida a la investigación o del imputado a declarar ni en la falta de admisión de los cargos (art. 274 inc. 1 a). Sí cuando el imputado se haya dado a la fuga o haya concreto peligro de que se dé a la fuga, siempre que el juez considere que pueda ser impuesta una pena superior a los dos años de reclusión (art. 274 inc. 1 b); y cuando por las específicas modalidades y circunstancias del hecho y por la personalidad de la persona sometida a la investigación o del imputado, inferida de comportamientos o actos concretos o de sus precedentes penales, haya peligro concreto de que este cometa graves delitos

impone con la pretensión de evitar hechos que pueden suceder en el futuro, esto es, aún no realizados, cabe preguntarse si es posible que, en el marco del procedimiento penal, se pueda identificar esa circunstancia⁹⁷¹.

El problema radica en que el juez debe contar para ello con datos derivados de elementos de prueba incorporados válidamente al proceso. Sin embargo, parece extremadamente difícil, al menos en la mayoría de los casos, “probar” la realización de un comportamiento futuro del imputado⁹⁷².

Como señala DEI VECCHI un razonamiento de tipo inferencial respaldado en última instancia en consideraciones empíricas, será necesario en todos los casos excluyendo la utilización de presunciones en pos de la exigencia de genuinas pruebas. Es insoslayable la necesidad de justificar mediante razones epistémicas los enunciados relativos a la presencia de peligrosidad procesal e indispensabilidad de encarcelar⁹⁷³.

El nuevo CPP argentino se adentra en las razones procesales de procedencia y establece, a partir de la reciente reforma, por primera vez una enumeración de indicios genéricos que debieran funcionar como pautas orientativas para el juez que debe analizar los peligros procesales⁹⁷⁴.

Estos datos están normalmente identificados con circunstancias como la escala penal amenazada; la posibilidad o no de prever una condena de ejecución condicional;

con uso de armas o con otros medios de violencia personal o dirigidos contra el orden constitucional o mediante una organización criminal o de la misma especie de aquel por el que se procede. Si el peligro refiere a la comisión de delitos de la misma especie de aquel por el que se procede, las medidas de custodia cautelar se disponen tan solo si se tratase de delitos por los cuales está prevista la pena de reclusión no inferior en el máximo a cuatro años (art. 274 inc. 1 c). Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 43.

⁹⁷¹ BOVINO, *Aporías...*, p. 31.

⁹⁷² *Ibidem*, p. 32.

⁹⁷³ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 144. Cfr. también COMPARATO, C. F., “Corrupción, nuevos enemigos y los límites del Estado de Derecho”, *RDP*, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1/2020, p. 10.

⁹⁷⁴ Art. 188 (Peligro de fuga): “Para decidir acerca del peligro de fuga se deberán tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: a) Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado; b) Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos; c) El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite, en la medida en que indique cuál es su voluntad de someterse a la persecución penal y en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio.” Art. 189 (Peligro de entorpecimiento): “Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado: a) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; b) Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o, c) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.” Vemos así que se incorpora un intento de estándar de prueba para determinar los peligros procesales.

la falta de residencia; la ausencia de arraigo familiar y/o de trabajo o negocios; las facilidades para dejar el país o mantenerse oculto; la declaración anterior de rebeldía.

También el sometimiento a proceso o cese de prisión provisional anterior; el comportamiento previo en otro proceso; la condena impuesta sin que haya transcurrido el término que la ley penal prevé para juzgar la reincidencia; la personalidad; la tendencia a delinquir y a sustraerse al rigor de la ley; ciertos hábitos de vida; ciertas frecuentaciones; los antecedentes penales; la naturaleza de las imputaciones; etc.

Los decisores entienden de tal modo que la relación entre esos datos y la conclusión constituye una plausible argumentación sobre razonables juicios de prognosis⁹⁷⁵.

Advierte DEI VECCHI que, en ocasiones, son los propios jueces quienes alegan que tales datos son idóneos como indiciarios, aún en casos en que no son contemplados por la legislación, remontándose explícita o implícitamente a ciertas máximas de experiencia que sustentarían su uso en las inferencias⁹⁷⁶, pero en muchas otras oportunidades son los propios textos legales los que sugieren o establecen catálogos de datos como los mencionados⁹⁷⁷.

DEI VECCHI, sin embargo, descarta la posibilidad de utilizar esos antecedentes como presuntivos *iuris*, y su idoneidad inferencial en términos probatorios dependerá de que sean aptos como datos indiciarios, lo cual requerirá de la presencia de un respaldo fáctico justificado. En otras palabras, es insoslayable una fundamentación empírica, y no normativa, que cimiente la regla de paso del dato indiciario a la pretensión, tal que esa regla constituya una genuina máxima de experiencia⁹⁷⁸.

El hecho de que los textos legales proporcionen catálogos como el mencionado es a estos efectos del todo irrelevante en términos epistémicos. Que tal o cual dato sea o no idóneo como para inferir de él la presencia de otro hecho (por caso, la peligrosidad procesal) fungiendo como prueba es una cuestión por completo independiente de cualquier listado plasmado en la legislación⁹⁷⁹.

⁹⁷⁵ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 145.

⁹⁷⁶ *Ibidem*, p. 145.

⁹⁷⁷ Es el caso, a título meramente ejemplificativo, del nuevo CPPN, al menos en relación al peligro de fuga, en relación al cual se establece, como ya fuera mencionado, un listado en su art. 188.

⁹⁷⁸ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 147.

⁹⁷⁹ *Ibidem*, p. 147.

El modo de evaluar los riesgos procesales, es decir la prueba sobre los mismos, implica para algunos autores hacer futurología y resulta imposible en un brevísimo plazo⁹⁸⁰, para otros debe establecerse sobre las condiciones de arraigo del procesado (cantidad de hijos o de personas a cargo, actividades habituales conocidas, trabajo estable, etc.) específicamente expuestas⁹⁸¹.

Una tercera posición señala que esto no representa un estándar probatorio adecuado sino que la decisión debe basarse en una fórmula que responda, al igual que el elemento material, a un modelo de estándar políticamente decidido, epistemológicamente formulado y legislativamente orientados a los jueces para su aplicación.

Desde una postura crítica se cuestiona si es posible admitir que la pena solo puede ser fundada en la certeza de que un comportamiento ha sido efectivamente realizado y, a la vez, afirmar que es legítimo privar de la libertad a una persona debido a la posible realización de hechos futuros sobre los cuales no se requiere certeza alguna⁹⁸².

BOVINO sostiene que la existencia del peligro procesal que supuestamente legitimaría la imposición de la privación de libertad anticipada descansa sobre presupuestos fácticos de prueba imposible ya que, para afirmar la existencia de un peligro procesal, hay que considerar probadas circunstancias que indiquen la eventual ocurrencia de hechos y conductas que tendrán lugar en el futuro⁹⁸³.

Por otra parte, numerosas investigaciones empíricas criminológicas⁹⁸⁴ reflejan, el mayor o menor acierto de estudios sobre condenados a los efectos de evaluar la posibilidad de reincidencia⁹⁸⁵. Sin embargo tales métodos no han sido desarrollados

⁹⁸⁰ BOVINO, *Aporías...*, p. 31, como la medida cautelar supone la existencia de una situación cautelable, el juez teóricamente debe valorar la concurrencia de estos riesgos en un brevísimo plazo. Cfr. también NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 285.

⁹⁸¹ STC 33/1999.

⁹⁸² BOVINO, *Aporías...*, p. 32.

⁹⁸³ *Ibidem*, p. 35.

⁹⁸⁴ Cfr. REDONDO ILLESCAS, S./ANDRÉS PUEYO, A., "La psicología de la delincuencia", *Papeles del Psicólogo*, vol. 28, núm. 3, septiembre-diciembre, CGCOP, Madrid, 2007, pp. 147-156; GARRIDO, V., *Perfiles Criminales. Un recorrido por el lado oscuro del ser humano*, Ed. digital epl, 2012, pp. 11 ss.; REDONDO ILLESCAS, S./ANDRÉS PUEYO, A., "Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia", *Papeles del Psicólogo*, vol. 28, núm. 3, septiembre-diciembre, CGCOP, Madrid, 2007, pp. 157-173; GARCÍA-LÓPEZ, E., *Psicopatología forense. Comportamiento humano y tribunales de justicia*, Ed. Manual Moderno, 2014, pp. 313 ss.

⁹⁸⁵ Para BOVINO, *Aporías...*, p. 35, otras permiten cuestionar fuertemente las predicciones sobre comportamientos humanos futuros.

para ser aplicados a personas inocentes, respecto de quienes aún no se ha comprobado si han actuado delictivamente⁹⁸⁶, y de quienes resulta imposible predecir con certeza un comportamiento que pueda ser considerado como “peligro procesal”.

El principal problema que enfrentan las predicciones sobre comportamiento futuro es que no son pasibles de ser demostradas ni refutadas, razón por la cual su legitimidad es dudosa en todos los casos⁹⁸⁷.

La peligrosidad procesal, derivada del posible entorpecimiento de la investigación o del riesgo de fuga, no debe presumirse, y toda presunción que se base en escalas penales -circunstancias de derecho- debe admitir prueba en contrario. Por lo tanto, es el Estado el que debe constatar los motivos para encarcelar a un imputado⁹⁸⁸ a partir de parámetros objetivos -circunstancias de hecho-, sin invertirse la carga de la prueba⁹⁸⁹.

Tanto el peligro de fuga como las restantes causales que analizaré con mayor detalle a continuación, en tanto presupuestos necesarios para detener al imputado deben ser demostradas y acreditadas por el Ministerio Público Fiscal⁹⁹⁰.

Junto con ello, la celebración de una audiencia previa⁹⁹¹ (como ocurre en el sistema español pero no en todos los ordenamientos latinoamericanos⁹⁹²) sobre la procedencia de la prisión provisional, además de garantizar el principio de inmediación, permite, entre otras cosas, que la persona imputada y su defensa conozcan con antelación los argumentos a partir de los cuales se infiere el riesgo de fuga o de interferencia con las investigaciones. Además, ofrece un mejor escenario, tanto para la

⁹⁸⁶ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 154.

⁹⁸⁷ BOVINO, *Aporías...*, p. 35.

⁹⁸⁸ BIGLIANI, P./BOVINO, A., *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2008, p.33.

⁹⁸⁹ SABADINI, P.N., “El nuevo Código Procesal Penal de la Nación y la prisión preventiva incontrolada: ¿programas de compliance en materia de control de riesgos?”, *En Letra*, año II, n° 3, t. I, 2015, p. 162.

⁹⁹⁰ Cfr. GIMENO SENDRA, p. 1325; CFCP argentina, Sala II, *Medrano, Ricardo Rubén*, CCC 7694/2007/TO1/1/CFC1, registro N° 720/14, 8/5/2014 (voto de la jueza LEDESMA); MARTÍN RÍOS, *Medidas cautelares...*, pp. 149-150.

⁹⁹¹ LOZA ÁVALOS, C., *La prisión preventiva...*, p. 6, destaca que existen en los sistemas procesales modernos diversos mecanismos de actuación que intentan preservar la presunción de inocencia. En el caso de la prisión preventiva, puede ser así considerada la realización de una audiencia previa pública, en escenario en el que el juez decidirá la aplicación o no de la medida. La imparcialidad del Juez se garantizaría con la separación de roles, en donde ya no está contaminado con los perjuicios de la investigación, pues ya no tiene la carga de la prueba. Además, la decisión del Juez se toma previo argumento del Fiscal y previo conocimiento de lo alegado en debate por las partes, y ya no de oficio como se acostumbraba anteriormente.

⁹⁹² V.gr., el CPPN argentino aún vigente que no lo prevé.

defensa, como para la parte acusadora, en el que presentar sus argumentos a favor o en contra de la procedencia de la medida o, en su caso, de otras medidas menos restrictivas. En definitiva, la oralidad amplía la posibilidad de discutir todas las cuestiones vinculadas con la aplicación de la medida cautelar⁹⁹³.

Ahora bien, según NIEVA FENOLL, el *periculum libertatis* se concreta en cualquier acción que pueda realizar el reo estando en libertad, y que pueda de algún modo comprometer la tutela que se dispense en el proceso⁹⁹⁴. También para este autor, la ley impone a los jueces una misión que con frecuencia es imposible cuando lo correcto debiera ser que no pudiera presumirse ninguno de esos riesgos salvo que concurriera un dato realmente objetivo de los mismos. Pero el legislador, arrastrado por los inveterados usos forenses, no ha obrado así, y por ello, aunque realiza una mínima labor de ayuda al juez en esa evaluación, lo cierto es que no se ha visto reflejada en unos mejores juicios en la práctica⁹⁹⁵.

Como ha sostenido el TC, las resoluciones deben encontrarse motivadas y explicar cómo llegan en cada caso a la convicción positiva de la existencia de ese riesgo que justifica la adopción de la medida que representa la más grave intromisión que puede realizarse en el derecho a la libertad de una persona, y de ellas debe deducirse “*si el peligro conjurado era real*” o “*meramente presumible en abstracto en función de frecuencias estadísticas*”⁹⁹⁶. En este último caso se afectaría el principio de responsabilidad por el hecho.

Como propuesta superadora de las distintas dificultades apuntadas, PUJADAS TORTOSA sugiere que la fijación de límites a la posibilidad de acordar la prisión provisional se base, no en la proporcionalidad *stricto sensu* sino en la intensidad de la peligrosidad procesal apreciada en el caso concreto (además de la ampliación del catálogo de medidas cautelares alternativas) ya que el carácter subsidiario de la prisión provisional deriva de la regla de intervención mínima u opción menos gravosa pero

⁹⁹³ Cfr. CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas; MARTÍN RÍOS, *Medidas cautelares...*, p. 153.

⁹⁹⁴ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 256. Además, de los tres grupos de posibles peligros señalados y sin perjuicio de las distintas razones que cada uno significa para el proceso, según este autor, podrían existir otras circunstancias -por cierto, difícilmente objetivables- que también provoquen ese riesgo de inutilidad de la tutela, como por ejemplo la posibilidad de influir delictivamente, vía tráfico de influencias, en la autoridad judicial.

⁹⁹⁵ *Ibidem*, p. 285.

⁹⁹⁶ STC, Sala 2ª, 62/2005, de 14 de marzo de 2005. Cfr. CATALINA BENAVENTE/OUBIÑA BARBOLLA, “Prisión provisional:...”, p. 8.

suficiente al fin pretendido, no del juicio de idoneidad ni del de proporcionalidad que constituyen una opción estrictamente política⁹⁹⁷.

La adopción de la medida se basaría así en la calidad del peligro que justifica la procedencia de la tutela cautelar penal. Esto es, exigiendo una determinada cualificación de la disposición material respecto a la peligrosidad procesal, o bien de la disposición anímica del sujeto pasivo del proceso (o actitud favorable del mismo a la materialización del riesgo de frustración procesal)⁹⁹⁸.

Esta idea propone establecer un *régimen situacional* tal en el proceso que entienda la libertad del individuo como única situación válida de aquel sujeto respecto al que solo se ha dictado una determinada consideración general (mínimamente, la imputación) y que posibilite una mayor sujeción del imputado al proceso (mediante la imposición de una medida cautelar penal) solo cuando se haya verificado el fundamento en el caso concreto, esto es, cuando se haya apreciado la *peligrosidad procesal del sujeto pasivo del proceso para materializar un riesgo de frustración procesal* (un “peligro cautelar”, en definitiva).

La disposición anímica a la materialización del riesgo de frustración procesal podría establecerse mediante un informe técnico de un psicólogo forense u otro profesional del análisis del comportamiento humano. La asunción de esta posibilidad ha de ir precedida, no obstante, de importantes reformas⁹⁹⁹ e incremento de medios, dirigidos a que la previsión legal disponga de la infraestructura necesaria para su efectivo cumplimiento¹⁰⁰⁰.

Este modo de razonar mejora el modo en que se expresan las previsiones del instituto en muchos ordenamientos. De una lectura literal de los códigos procesales colombiano y argentino, entre otros, parece surgir que, ante la imputación, la detención

⁹⁹⁷ PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales, Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Ed. Marcial Pons, 2008, p. 498.

⁹⁹⁸ La propuesta de PUJADAS TORTOSA, *Teoría general...*, p. 503, es que en tal caso, solo podría acordarse la prisión provisional cuando del conjunto de recursos físicos e intelectuales del sujeto pasivo, el juez infiera una capacidad de acceso y alteración especialmente cualificada o altamente efectiva, o la disposición anímica haya sido advertida por el primero de los modos señalados en otro lugar: la realización previa (en el mismo u otro proceso) de un acto de frustración procesal por parte del sujeto pasivo. Se vincula así la adopción de la prisión provisional a la afirmación de una *peligrosidad procesal real*, en los términos que ésta ha sido definida. El efecto metódico de cualquiera de estas dos apreciaciones (disposición material o anímica cualificadas) es la posibilidad de incluir en el listado de medidas idóneas la privación provisional de libertad.

⁹⁹⁹ Organización del trabajo, determinación del estatuto de estos profesionales, etc.

¹⁰⁰⁰ Cfr. PUJADAS TORTOSA, *Teoría general...*, pp. 319-328; también GUDÍN RODRÍGUEZ MARGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica*, p. 5.

aparece como regla para luego establecerse causales de excarcelación o eximición de prisión como “excepciones” o “beneficios” y no como un verdadero “derecho” a la libertad ambulatoria que, como vimos, debe primar y solo ceder en casos excepcionalísimos.

1. Fuga o riesgo de fuga

La doctrina reconoce a la fuga o el riesgo de fuga como la primera y más pacíficamente aceptada razón para el dictado de la detención provisional, constituyendo este peligro procesal el paradigma del *periculum in mora* determinante de la posibilidad de adopción de la prisión bajo el fundamento cautelar.

Es el riesgo prototípico al que hace frente la medida y el que menos controversias suscita en cuanto a su legitimidad, aunque recibe algunas críticas y, especialmente, plantea problemas en cuanto a las circunstancias en que puede basarse la apreciación de su existencia en cada caso¹⁰⁰¹.

La evitación de que el imputado se sustraiga a la acción de la Justicia es, sin duda, la finalidad que justificó el nacimiento de la prisión provisional y también aquella que, en la práctica, seguirá fundando la mayoría de los autos de prisión que se dicten¹⁰⁰².

Hay autores que sostienen incluso que este es el único verdadero fundamento cautelar y que sin la sospecha fundada del peligro de fuga nunca podría justificarse la medida¹⁰⁰³. Como sostiene NIEVA FENOLL¹⁰⁰⁴, la huida del acusado puede frustrar el proceso por completo en los países en los que se exige su presencia para el juicio, aunque en aquellos que no se requiere, la fuga es igualmente frustrante porque impide la ejecución de la sentencia.

Se trata, en definitiva, de garantizar la disponibilidad física del imputado durante el desarrollo del proceso asegurándolo, así como la ejecución de la eventual sentencia. Ello, conceptualmente, sirve a la finalidad genuinamente cautelar del

¹⁰⁰¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 145.

¹⁰⁰² GASCÓN INCHAUSTI, “La reforma...”, pp. 237-274.

¹⁰⁰³ GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, p. 1325.

¹⁰⁰⁴ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 256.

instituto¹⁰⁰⁵. Esta es una opinión antigua y vastamente difundida, y constituye la posición interpretativa dominante en cuanto a la legitimación de la prisión provisional¹⁰⁰⁶.

Cuanto debe acreditarse para neutralizar este peligro es la posible acción del imputado dirigida a sustraerse del accionar de las autoridades y establecerse, en segundo término, la previsibilidad del logro de tal objetivo¹⁰⁰⁷.

Pese a ello RUSCONI, entre otros autores, considera absurdo que la preocupación por la vigencia de una garantía del imputado -la de que no se realice el juicio en su ausencia- aparezca luego como fundamento de la privación de su libertad bajo la forma de medida de coerción¹⁰⁰⁸. Esta crítica es razonable aunque no señala que la finalidad también incluye el aseguramiento de la ejecución de la eventual condena. Por ello, también podría considerarse precisamente el aseguramiento de la ejecución de la pena como la única función de aquella, si se concluye que el aseguramiento de la presencia en juicio no podría justificar una medida tan drástica como la privación de libertad¹⁰⁰⁹.

A este respecto SANGUINÉ¹⁰¹⁰ sí ataca este segundo argumento al observar que la adopción de una cautela asociada a la eventualidad de una condena constituye una justificación de difícil acomodo en el sistema constitucional español, que adopta la presunción de inocencia y prohíbe, pues, la asimilación de las figuras de imputado y culpable. Tal función de antídoto a la fuga del imputado evocaría la idea de la anticipación de la pena. RUIZ-JARABO COLOMER propugna por ello la eliminación del aseguramiento de la pena como fin de la prisión provisional ya que vulneraría la presunción de inocencia.

En Italia, GREVI entiende que el peligro de fuga del imputado como fundamento de la prisión provisional constituye "una circunstancia objetiva del todo autónoma de cualquier presunción *contra reum*", por lo que, a su juicio, no plantea ningún problema

¹⁰⁰⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 145.

¹⁰⁰⁶ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 88.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, p. 88.

¹⁰⁰⁸ RUSCONI, M. A., "Prisión preventiva...", p. 44; POLANSKY, "Sésamo:...", p. 179.

¹⁰⁰⁹ Cfr. CUENCA MIRANDA, "La prisión provisional...", p. 34.

¹⁰¹⁰ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 133.

de compatibilidad esencial con la presunción de no culpabilidad de la Constitución italiana¹⁰¹¹.

Desde otra posición, FERRAJOLI observa que *“el peligro de fuga, de hecho, es provocado preponderantemente, más que por el temor de la pena, por el miedo de la prisión preventiva. Si no fuera por esta perspectiva, el imputado, cuando menos hasta la víspera de la condena, tendría en el peor de los casos todo el interés en no fugarse y defenderse”*¹⁰¹².

Resulta cierto que en la actualidad, los motivos que décadas atrás (antes de los años '80) podían intuir una fuga y sospechar del éxito de esta han mutado, ante la evolución de los mecanismos que habilitan la posibilidad de extradición, la cooperación internacional, los medios de comunicación, las redes sociales y los medios técnicos producto de la revolución tecnológica, limitando fuertemente los lugares y modos en que una persona fugada podría continuar su vida bajo refugio¹⁰¹³.

Ello más allá de la situación mundial acaecida con motivo de la pandemia COVID-19 que también altera las conclusiones sobre el modo en que una fuga puede prosperar en tal contexto.

Como señala FERRAJOLI *“es bien difícil, en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada como la actual, una fuga definitiva; y quizás bastaría para desanimarle una más intensa vigilancia sobre el imputado en los días inmediatamente precedentes a la sentencia”*¹⁰¹⁴.

Por otra parte la vida en la clandestinidad y en un estado de permanente inseguridad y vigilancia del entorno puede ser considerada en sí misma una pena natural grave lo cual alcanza el efecto neutralizador penal y cumpliría con las finalidades de prevención de la misma¹⁰¹⁵, a la par de funciones aflictivas y comunicativas similares a las de la sanción.

Más allá de las críticas al fundamento, que coinciden en esencia con las realizadas a la función cautelar ya analizada, los mayores problemas en este supuesto

¹⁰¹¹ En la forma que lo expresa el art. 27.2º de la Constitución italiana. Aunque la incorporación de los tratados internacionales deja superflua esta fórmula. Cfr. GREVI, V, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Ed. Giuffrè, Milán, 1976, p. 3.

¹⁰¹² FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 569.

¹⁰¹³ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 287.

¹⁰¹⁴ FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 571.

¹⁰¹⁵ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, pp. 134-135.

radican en la acreditación de las circunstancias del riesgo, es decir, los datos en base a los cuales puede el juez apreciar y declarar la existencia del peligro de fuga¹⁰¹⁶. En este campo nos encontramos con autores que consideran la tarea de imposible o muy difícil cumplimiento¹⁰¹⁷ o traducido en una hipótesis sin premisas, es decir, sin auténticas razones¹⁰¹⁸.

Parece difícil que la eventual huida del imputado pueda ser verificada de alguna manera, salvo casos excepcionales, en los cuales se descubre al individuo cuando ya ha comenzado a desarrollar el plan para evadir la acción de la justicia -v.gr., se comprueba que ha adquirido un pasaje de ida a un país extranjero y es detenido en el aeropuerto-. No parece posible deducir de otro tipo de hechos, ya acontecidos, la realización con un alto grado de previsibilidad de un hecho futuro de las características de la fuga¹⁰¹⁹. Dice NIEVA FENOLL, que en definitiva lo único que objetiva el presupuesto es la disposición de medios para la fuga y es también lo único que razonablemente se le puede exigir al juez en su motivación¹⁰²⁰.

Al respecto, BIGLIANI y BOVINO advierten que los peligros procesales no se presumen y que para que la verificación de la existencia de un peligro procesal resulte razonable, se requiere la constatación efectiva de circunstancias objetivas, cuya existencia deberá ser demostrada en virtud de la incorporación y valoración de elementos de prueba del caso concreto en el marco de un proceso penal¹⁰²¹.

PASTOR observa los presupuestos que las legislaciones prevén para valorar y determinar la existencia del riesgo de fuga. Estas precisiones, incluidas en algunos códigos tras las últimas reformas, acercan criterios para combatir el libre arbitrio del juzgador, pero no serían más que “catálogos ejemplificativos de las circunstancias que pueden ser tenidas en consideración”¹⁰²².

¹⁰¹⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 145.

¹⁰¹⁷ BOVINO, *Aporías...*, pp. 35 y 107; DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 156 (respecto de la imposibilidad de probar mediante estadísticas ya que la prisión provisional solo puede resultar absolutamente necesaria en cada caso en particular); NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 285; POLANSKY, “Sésamo:...” , p. 181, al sostener, en su generalidad, que por tratarse de predicciones sobre el comportamiento, estas no pueden ser demostradas ni refutadas.

¹⁰¹⁸ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 286.

¹⁰¹⁹ BOVINO, *Aporías...*, p. 32.

¹⁰²⁰ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 287.

¹⁰²¹ En POLANSKY, “Sésamo:...” , p. 180; BIGLIANI/BOVINO, *Encarcelamiento preventivo...*, p. 35.

¹⁰²² PASTOR, “Las funciones...” , pp. 135 ss.

La enumeración de elementos que pueden ser tenidos en cuenta, que ha sido incorporada por diversos cuerpos normativos¹⁰²³ para servir de base a los jueces para apreciar este riesgo, han mejorado la delimitación legal del supuesto pero, para una parte de la doctrina concentrada en razones epistemológicas sobre la prueba, este listado solo aporta posibles indicios que no constituye un verdadero estándar de prueba adecuado para la delimitación del peligro¹⁰²⁴ sino meros ejemplos de algunas circunstancias que el juez puede analizar para realizar una ponderación de la situación fáctica existente de cara a considerar el riesgo. A ellas pueden añadirse otras que no fueron consideradas por el legislador.

Vale decir que esta mayor explicitación de indicios sí sirvió hasta aquí para erradicar progresivamente la importancia dada preeminentemente a la gravedad del hecho o a la escala penal prevista para el delito por el que se acusa.

Entre aquellas circunstancias que suelen apreciarse en la práctica, con mayor o menor grado de ponderación, que hoy son muchas veces descriptas por los propios legisladores pero, en general, contempladas directamente por los jueces más allá de la legislación, encontramos: la naturaleza del hecho¹⁰²⁵, la gravedad de la pena, las circunstancias personales del imputado (arraigo¹⁰²⁶ patrimonial, profesional, familiar¹⁰²⁷, social; la facilidad de movimientos: nacionalidad¹⁰²⁸, edad y estado de

¹⁰²³ Art. 503.3 LECrim: "Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de este, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido... Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores"; o el ya citado art. 221 del nuevo CPP argentino.

¹⁰²⁴ FERRER BELTRÁN, "Los estándares...", p. 11.

¹⁰²⁵ Según GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, p. 1325, ejemplifica que, a diferencia de los asesinatos terroristas, los crímenes pasionales no suelen provocar la ocultación del homicida. También la pertenencia a una organización delictiva.

¹⁰²⁶ No es un criterio válido para disponer el riesgo de fuga la falta de arraigo de un sujeto. Esa falta de arraigo, es decir, de domicilio fijo, puede llevar al juez a disponer una libertad provisional con comparencias periódicas, pero actualmente se dispone de medios más que suficientes para poder localizar a una persona que no tenga residencia fija. MÁLAGA DIÉGUEZ, "El fundamento...", p. 204, describe el arraigo como un cúmulo de circunstancias personales del imputado que denotan un vínculo entre este último y un ámbito territorial determinado.

¹⁰²⁷ *Ibidem*, p. 206, menciona los supuestos de cónyuge, hijos menores o personas de edad avanzada que conviven o pueden encontrarse a cargo del imputado. Asimismo pueden constituir un indicio para este autor y para la STC 304/2000 de 11 de diciembre los vínculos que el encausado pueda tener en otro país.

salud¹⁰²⁹, conexiones con otros países, medios económicos; antecedentes¹⁰³⁰, requisitorias), la incomparecencia injustificada en el mismo o en otro proceso -o falta de disponibilidad-¹⁰³¹, y la fuga intentada o consumada en el mismo proceso¹⁰³².

También suele contemplarse “el estado de la causa”. En función del momento del proceso en que se plantee la petición de prisión provisional, el grado de información fiable disponible por el tribunal puede ser diverso. En este sentido, la doctrina del TC asume que en los primeros momentos de la investigación los datos de los que disponga el juzgador puedan ser escasos o confusos, y admite que se pueda decretar la prisión provisional a pesar de esa menor fiabilidad.

Ahora bien, en momentos posteriores, y ya avanzada la instrucción, le es exigible al juzgador que revoque la prisión provisional en caso de que aprecie la falta de certeza de los datos de los que inicialmente dedujo la concurrencia del riesgo de fuga. En cuanto a la inminencia del juicio oral¹⁰³³ se ha sostenido que cuanto más se aproxime la celebración del juicio, mayor puede ser la tentación del imputado para sustraerse a la acción de la Justicia)¹⁰³⁴.

Respecto a otra de las referencias aludidas, habitualmente tenida en cuenta, no debe dejarse pasar aquí la apreciación de la posibilidad difusa de que las circunstancias

¹⁰²⁸ Ha sostenido la STC 164/2000, de 12 de junio, que la condición de no nacional puede constituir un indicio relevante de riesgo de fuga si el extranjero se encuentra de paso, o si está en situación irregular y carece de trabajo y domicilio fijos en el país donde tramita el proceso penal.

¹⁰²⁹ MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 203, sostiene que ni una ni otro pueden constituir indicios de riesgo de fuga pero sí pueden valorarse como conindicios que excluyan dicho riesgo en un caso concreto. Así, v.gr., un mal estado de salud puede impedir que el acusado intente huir.

¹⁰³⁰ Según MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 208, este elemento no refiere a los antecedentes determinantes de reincidencia sino más bien al análisis del punto en que la conducta del imputado en el pasado permite sospechar que tratará de sustraerse a la acción de la Justicia si permanece en libertad.

¹⁰³¹ El legislador español ha considerado como motivo suficiente *per se* para presumir que concurre un riesgo de fuga y que procede la prisión provisional por tal motivo el dato de que el imputado ya se hubiera sustraído en ocasiones anteriores a la acción de la Justicia: en concreto, cuando hubieran sido dictadas en los dos años anteriores al menos dos requisitorias para el llamamiento y búsqueda del imputado por cualquier órgano judicial, en relación con otros procesos penales (art. 503.1.3º a) III LECrim). En estos casos ni siquiera rige la exigencia de que el delito tenga asignada una pena cuyo máximo sea igual o superior a los dos años de prisión.

¹⁰³² Como afirma MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 199, “nada puede haber más indicativo de un riesgo de fuga que el propio intento de practicarla.”

¹⁰³³ Además, en el caso de los llamados “juicios rápidos”, en los que el juicio oral forzosamente habrá de celebrarse dentro de los quince días siguientes a la conclusión de la instrucción (art. 800.3 LECrim), debe tenerse en cuenta que la prisión que se acuerde tendrá una duración breve.

¹⁰³⁴ Para NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 286, el único parámetro algo más lúcido de la actual redacción de la LECrim que al menos puede relacionarse directamente con el riesgo, es precisamente el de la “inminencia de la celebración del juicio oral”, aunque valorar si ello es o no determinante en el riesgo vuelve a arrojar al juez más bien al papel de un adivino. Sin embargo para MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, pp. 210-212, tener en cuenta este factor resulta inadmisibile.

personales pueden ser utilizadas en un doble sentido: ¿es acaso una persona sin recursos más proclive a fugarse por no contar con arraigo¹⁰³⁵, o lo es aquella con gran disponibilidad económica para procurarse una nueva vida?¹⁰³⁶

NIEVA FENOLL¹⁰³⁷ sostiene que no basta con un riesgo de fuga leve, sino que este tiene que ser grave, evidente y no fundamentado en una simple conjetura, debiendo el juez explicar motivadamente con qué medios podría eludir la acción de la justicia el imputado¹⁰³⁸, aun reconociendo que no puede obligarse a que el juez acredite una “certeza”, puesto que -como ya se ha dicho aquí- el cálculo del riesgo casi siempre se traducirá en una hipótesis sin premisas, es decir, sin auténticas razones.

La CIDH ha señalado que una presunción del riesgo de fuga sin una consideración individualizada de las circunstancias específicas del caso es una forma de detención arbitraria, aun cuando estuviera establecida en la ley¹⁰³⁹.

La justificación del riesgo de fuga, más allá de la disposición de los medios antes enumerados, es extremadamente compleja, puesto que solamente en caso de que el imputado haya protagonizado una fuga anterior -o al menos un intento- podrá sostenerse con contundencia el nuevo peligro. Incluso en caso de que otros miembros de la misma banda criminal hayan optado por la evasión¹⁰⁴⁰ se estaría haciendo responsable a una persona de las culpas de otro mediante un juicio sumarísimo -como el que implica la decisión sobre la medida cautelar- que habitualmente se realiza mediante un procedimiento y una motivación sumamente débil si se lo compara con la regulación del verdadero juicio penal pese a las consecuencias muy graves, cercanas a las de una condena, que acarrea la medida.

¹⁰³⁵ Según MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 207, la carencia de trabajo puede servir como indicios de riesgo de huida mientras que lo contrario puede valorarse como determinante de arraigo.

¹⁰³⁶ Ello atento al costo que implica generar una nueva vida, radicarse e incluso obtener una nueva identidad y subsistir fuera de su ámbito laboral o económico previo, además del riesgo de aplicar supuestos de un derecho penal de autor por tomar el modo de vida del investigado como justificación para encarcelarlo. Para NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 285, además, ninguna de estas circunstancias superarían ni en lo más mínimo un análisis de riesgo a cargo de los profesionales de la materia, los psicólogos de la personalidad, que habrían de invertir días en la evaluación del mismo.

¹⁰³⁷ *Ibidem*, pp. 285 ss.

¹⁰³⁸ El art. 503.1.3.a) LECrim ofrece algunos parámetros para asistir al juez en esta evaluación, pero dichos parámetros, o son absolutamente ambiguos (“naturaleza del hecho”), o bien es difícil, en puridad, relacionarlos con el riesgo de fuga más allá de tópicos (“situación familiar, laboral y económica del reo”).

¹⁰³⁹ CIDH, Informe Nº 84/10, caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010. . Consideró, además, que el hecho de que tal presunción se aplique en función de un pronóstico de la pena constituye una violación al derecho a la presunción de inocencia

¹⁰⁴⁰ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 287.

Es discutible el argumento que elabora NIEVA FENOLL quien defiende que “no se puede ser tan ingenuo de esperar a ver cómo un sujeto sobre el que se tiene una certeza delictiva y que, además, tiene medios suficientes para evadir la acción de la justicia, intenta escaparse para, por fin, imponerle la prisión provisional, porque existe el riesgo cierto de que consiga fugarse”¹⁰⁴¹. Su afirmación, amén de que olvida la subsidiariedad y excepcionalidad de la medida cautelar¹⁰⁴², refiere a una “certeza delictiva” impropia de esta etapa que no puede ser alcanzada en ningún caso con los elementos provisionales con que se cuenta.

Lo que resulta claro a esta altura es que la gravedad de la pena a imponer no puede ser un criterio válido individual para apreciar el riesgo de fuga¹⁰⁴³ por lo que, con carácter general, se reclama que la ponderación se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del encausado¹⁰⁴⁴.

El grave peligro que entrañaba la regulación anteriormente vigente en España sobre prisión provisional era, precisamente, que el riesgo de fuga se vinculaba de forma muy estrecha con la gravedad de la pena asignada al delito, lo que fomentaba un cierto grado de automatismo¹⁰⁴⁵ o fórmulas estereotipadas sin indicación de los motivos¹⁰⁴⁶ que, sobre la base de los usos forenses habrían motivado al legislador a este respecto¹⁰⁴⁷ y a los propios jueces a la hora de adoptar la decisión.

El legislador ha querido romper esta inercia, y lo ha hecho exigiendo al juez la formulación de un juicio de inferencia racional. A tal fin, lo que hace la Ley es ofrecerle al juzgador¹⁰⁴⁸ un catálogo de extremos en los que puede buscar indicios de ese peligro de fuga y así, de paso, lo obliga a valorar de forma conjunta al menos tales elementos¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*, p. 286.

¹⁰⁴² Si hay alguna medida menos grave que consiga desactivarlos, el juez deberá optar por ella.

¹⁰⁴³ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 287.

¹⁰⁴⁴ El código de procedimiento italiano establece en su art. 274 b) que podrá acordarse la prisión provisional cuando el acusado haya huido o exista un peligro concreto y real de que pueda huir, siempre que el juez considere que puede imponerse una pena de más de dos años de prisión y añade que “Las situaciones de peligro actual y concreto no pueden deducirse exclusivamente de la gravedad del título del delito por el cual se procede” (traducción propia).

¹⁰⁴⁵ GASCÓN INCHAUSTI, “La reforma...”, pp. 237-274; NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 287.

¹⁰⁴⁶ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 133.

¹⁰⁴⁷ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 285.

¹⁰⁴⁸ V.gr., en el art. 503.1.3º a) LECrim.

¹⁰⁴⁹ Nótese cómo este elenco guarda una estrecha relación con lo considerado, en términos generales, por el art. 502.3.

Autores como FREUND¹⁰⁵⁰ o RAGUÉS I VALLÉS¹⁰⁵¹ suelen aludir a la existencia de casos realmente graves¹⁰⁵² que junto a pruebas *prima facie* evidentes o a la confesión del imputado, habilitarían en algún caso la consideración de la gravedad del hecho imputado junto con tales evidencias.

Pero por razonable que parezca pensar que a mayor pena, mayor temor del individuo y, por tanto, mayor inclinación a eludir la acción de los tribunales, tomar en consideración la cuantía de la amenaza penal supone la utilización de un criterio demasiado peligroso, porque favorece interpretaciones automatistas¹⁰⁵³ que, pese a todo, aún hoy perviven¹⁰⁵⁴.

Considerar el impacto psicológico de la posible pena en el imputado es ciertamente un ejercicio de futurología¹⁰⁵⁵ para un jurista, y las resoluciones judiciales no pueden estar basadas en esos juicios meramente intuitivos, porque los mismos no son legítimamente motivables. Sin embargo, si ese impacto fuera valorado por un profesional, es decir, por un psicólogo, naturalmente que sí podría ser objeto de consideración, a pesar de que seguiría siendo inseguro¹⁰⁵⁶.

Tal y como está legislado hoy, el órgano judicial está obligado a expresar en el auto de prisión la valoración de los mencionados elementos y, aunque entre ellos aparezca la gravedad de la pena -porque objetivamente es un dato del que se puede deducir propensión a la evasión-, ya no es el único, ni tiene por qué ser el primordial.

Queda claro entonces que el peligro debe ser probado, que lo que debe ser acreditado consiste en la posibilidad real de alejamiento clandestino del requerido o la probabilidad de que él haga desaparecer sus huellas. Sin embargo, todavía no está claro qué significa esa real posibilidad, esa *probabilidad*¹⁰⁵⁷.

2. Entorpecimiento de la investigación.

¹⁰⁵⁰ FREUND, "Sobre la función...", p. 124.

¹⁰⁵¹ RAGUÉS I VALLÉS, "Prisión provisional...", p. 729.

¹⁰⁵² V.gr., para delitos contra la vida.

¹⁰⁵³ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 287.

¹⁰⁵⁴ LLOBET RODRÍGUEZ, J., "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 Jurídica de Puebla A.C.*, 2009, disponible en www.redalyc.org/pdf/2932/293222968006.pdf.

¹⁰⁵⁵ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 285, quien lo sostiene para todos los peligros procesales.

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*, p. 287.

¹⁰⁵⁷ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 89.

Existen distintas acciones que se encuadran dentro del supuesto de entorpecimiento de la investigación y se vinculan, fundamentalmente, con la destrucción, ocultamiento o alteración de pruebas. Por ello, este peligro procesal es aludido genéricamente como riesgo de destrucción probatoria¹⁰⁵⁸. Y tiene como finalidad asegurar la obtención y práctica de los diversos medios de prueba¹⁰⁵⁹, protegiendo las fuentes de evidencia relevantes para el enjuiciamiento, cuando exista un peligro fundado y concreto de ello. Así lo consigna la actual redacción de la LECrim para evitar que pueda adoptarse la prisión provisional con una mera invocación de este motivo sin mayores fundamentos fácticos¹⁰⁶⁰.

DEI VECCHI¹⁰⁶¹ lo define como el peligro de que “*es probable que el imputado ejecutará una acción cuyo resultado (también probable) es la alteración, eliminación, supresión, etc., de alguna prueba*”.

También ha sido denominado como riesgo de oscurecimiento de la prueba¹⁰⁶². En cualquier caso el auto que decida la prisión provisional deberá fundamentarse en la existencia de indicios claros de un peligro actual y elevado de obstrucción a la investigación o de confabulación, indicios a los que deberá hacerse cumplida alusión en la motivación de la resolución judicial¹⁰⁶³.

Este supuesto era reconocido por la doctrina y jurisprudencia española¹⁰⁶⁴ como justificación a la prisión durante el proceso penal, incluso antes de ser contemplado en la legislación¹⁰⁶⁵. El texto legal italiano contiene hoy una delimitación más precisa que

¹⁰⁵⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 162.

¹⁰⁵⁹ MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 219.

¹⁰⁶⁰ En la LECrim el art. 503 b) prescribe como causal la de “Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto. No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo”; el art. 188 del nuevo CPP argentino ya citado también puede observarse como ejemplo del modo en que el supuesto es legislado. Cfr. también GASCÓN INCHAUSTI, “La reforma...”, pp. 237-274.

¹⁰⁶¹ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 89.

¹⁰⁶² GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, p. 1325.

¹⁰⁶³ MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 221.

¹⁰⁶⁴ Se trata de una finalidad de la prisión provisional que ha recibido el refrendo de la jurisprudencia constitucional, así como del TEDH, aunque lo cierto es que normalmente se ha acudido a ella como “refuerzo” de algún otro motivo.

¹⁰⁶⁵ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 63.

otros códigos de nuestro sistema¹⁰⁶⁶ y regula esta causal, en primer término, entre las justificaciones legales de la medida, consignándola sistemáticamente, en su redacción, incluso previo al riesgo de fuga del imputado.

Al otorgarle a este supuesto el valor de un fin autónomo el legislador está reconociendo que la prisión provisional, como medida cautelar, se concibe como un instrumento amplio al servicio del normal desarrollo del proceso penal, es decir, al servicio del interés público en la persecución penal.

La privación de libertad puede así estar justificada si la libertad del imputado compromete el éxito del proceso penal contra él, aunque el riesgo no derive de su sustracción física a la acción de la Justicia, sino de una evasión más “sutil”, que pasa por la ocultación, la destrucción o la alteración de las fuentes de prueba, que puede conducir a un sobreseimiento del proceso por insuficiencia de elementos con los que sostener una acusación en juicio o a una sentencia absolutoria por falta de evidencia¹⁰⁶⁷.

En lo relativo a ‘entorpecer el proceso’, los problemas de calificación se multiplican. Las clases de conductas y las acciones concretas subsumibles en esta categoría parecen sumamente variadas y, por ello, deben ser descritas de modo específico. Debe consignarse y ponderarse también cuál es la prueba que se busca proteger y si ello es proporcional con el derecho fundamental afectado¹⁰⁶⁸.

Para DEI VECCHI, pese a la dificultad de reconocer este peligro, solo existe esta posibilidad cuando una o varias medidas de prueba en concreto se encuentran pendientes de producción y hay razones para afirmar que ellas serán vulneradas,

¹⁰⁶⁶ En Italia, el art. 274 a) Codice di Procedura Penale prescribe: “Las medidas de precaución se ordenan: a) cuando existen requisitos específicos y obligatorios relacionados con la investigación de los hechos para los que procedemos, en relación con situaciones de peligro concreto y real para la adquisición o la autenticidad de la evidencia, en base a circunstancias fácticas expresamente indicadas en la disposición bajo pena de nulidad también detectable de oficio. Las situaciones de peligro concreto y actual no pueden identificarse en la negativa de la persona bajo investigación o del acusado a hacer declaraciones o en la falta de admisión de los cargos.” Traducción propia. Cfr. también CONSO, G./GREVI, V., *Comentario breve al Codice Di Procedura Penale*, CEDAM, Pádova, 2009, pp. 840-841.

¹⁰⁶⁷ Desenlaces ambos que para el imputado resultarán siempre preferibles a un archivo de la causa por rebeldía. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, “La reforma...”, p. 17.

¹⁰⁶⁸ Para NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, pp. 287 ss., el riesgo de destrucción de pruebas debe ser tan grave como para no poder ser evitado a través de otra medida cautelar. El problema es aquí también la justificación de dicho riesgo. El juez tendrá que acreditar la tenencia de medios suficientes para proceder a dicha destrucción. Esos medios suelen concretarse, o bien en las acciones perturbadoras que pueda desarrollar el reo por sí mismo, o bien en la influencia sobre terceras personas para que no declaren, o bien para que procedan a la desea destrucción. Así lo sugiere el art. 503.1.3.b) LECrim, que tras advertir que no puede deducirse este riesgo del derecho a no aportar pruebas contra uno mismo, hace referencia a esas maniobras obstructoras del reo o de terceros, citando incluso la capacidad de aquel de poder influir en coimputados, testigos o peritos.

alteradas, frustradas, etc., por el comportamiento del imputado¹⁰⁶⁹. Por ello la acreditación de las circunstancias probatorias de este riesgo debe ser también explícita y motivada sobre elementos indicativos concretos¹⁰⁷⁰ del peligro cierto, actual y relevante de destrucción probatoria¹⁰⁷¹.

Lo que en general se pretende es impedir que el imputado obstaculice o dificulte la investigación judicial, mediante prácticas que excedan las posibilidades que le brinda el derecho de defensa¹⁰⁷² (es decir, más allá del art. 118 LECrim), el cual debe respetarse en todos los casos, aun cuando conspire contra el éxito de la investigación.

Es habitual para la doctrina considerar esta justificación de la prisión provisional entre las legítimas causales e incluir este aspecto dentro de la función cautelar de la detención cuando tiene como finalidad evitar que el imputado destruya pruebas o pueda ser un obstáculo para completar el descubrimiento y detención de los restantes implicados¹⁰⁷³.

Dentro de la concepción histórica de la prisión provisional este supuesto ha sido pacíficamente aceptado por la mayoría de las legislaciones que específicamente lo consignan hoy como fundamento de la detención aunque, si se analiza debidamente la idea, puede incluso discutirse si es propiamente cautelar.

Por ello, otra parte de la doctrina procesal realiza buenas críticas al supuesto¹⁰⁷⁴. Así, para FERRAJOLI¹⁰⁷⁵ solo podría ser asumida esta finalidad como legítima si se parte de una concepción inquisitiva en la que el cognoscitivismo deja paso al decisionismo y en la que el principio de contradicción no juega papel alguno. Considera que es

¹⁰⁶⁹ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, pp. 90-91.

¹⁰⁷⁰ La CIDH ha señalado, respecto del peligro de entorpecimiento, que se requiere que tal peligro sea concreto y no abstracto (Informe 2/91 párr. 33). El TEDH es más específico, pues señala que el contenido del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que devalen su intención de suprimir la prueba (STEDH, asunto *Wenhoff*, de 27 de junio de 1968, párr. 14). Este mismo Tribunal ha indicado que si se trata de pruebas materiales el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia respecto de los testigos, peritos o imputados (STEDH, asunto *Tomasi*, de 27 de agosto de 1992, párrs. 92/95; asunto *Kemmache*, de 12 de diciembre de 1991, párrs. 46/47; asunto *Letellier*, de 27 de noviembre de 1991, párrs. 37/38).

¹⁰⁷¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 162.

¹⁰⁷² MÁLAGA DIÉGUEZ, "El fundamento...", p. 219.

¹⁰⁷³ CUENCA MIRANDA, "La prisión provisional...", p. 34.

¹⁰⁷⁴ GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, p. 1325, incluye esta justificación dentro de los presupuestos extravagantes por considerar que sin fundamento cautelar alguno, es decir, sin responder a garantizar la comparecencia del procesado en el juicio oral, permite al juez adoptar la prisión provisional.

¹⁰⁷⁵ FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 558.

ilegítima en la medida en que desde una concepción acusatoria del proceso, se perjudica la obtención de la verdad a través del contradictorio, ya que si el acusado se encuentra detenido se dificulta la preparación de las pruebas por parte de la defensa.

En ningún caso debe confundirse este peligro con la negativa del imputado a colaborar en la instrucción, ya que ello forma parte de su derecho de defensa, y su resistencia no puede vencerse por medio de la coerción o amenaza de ver restringida su libertad ambulatoria¹⁰⁷⁶. La expresa contemplación de la Ley española a este respecto deja en claro que solo pretende combatirse por esta vía el peligro de una obstrucción a la investigación que sea maliciosa¹⁰⁷⁷.

Para GIMENO SENDRA¹⁰⁷⁸, no debiera incluirse como motivo de la prisión provisional este peligro de ocultamiento u oscurecimiento de la prueba ya que, por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo (v.gr., la lucha contra la delincuencia económica, la corrupción política o el terrorismo), en el proceso penal moderno “*no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio*”¹⁰⁷⁹.

El Estado debería asegurarse por otros medios la realización de las pruebas¹⁰⁸⁰. Solo en casos excepcionales, debidamente constatados, podría utilizar este motivo y, una vez asegurada la prueba concreta de que se trate, disponer la libertad del sospechoso.

Esta finalidad ha sido mayoritariamente considerada como justificadora de la prisión provisional compatible con el respeto del principio de presunción de inocencia,

¹⁰⁷⁶ Por ello, el art. 503.1.3º LECrim específicamente aclara que “No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación” y también el art. 274 a) en Italia contiene una cláusula similar.

¹⁰⁷⁷ Y, por supuesto, que intentar por esta vía vencer la resistencia del imputado a colaborar con las autoridades de persecución penal no constituye en modo alguno un fin constitucionalmente legítimo para la prisión provisional.

¹⁰⁷⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, “La prisión provisional...”, p. 154; GIMENO SENDRA/CONDE-PUMPIDO/GARBERÍ LLOBREGAT *Los procesos...*, p. 142.

¹⁰⁷⁹ Prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión provisional como arma arrojada contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado. Esta práctica inquisitiva, debiera ser considerada, cuando menos, un “trato inhumano o degradante” a los efectos de la aplicación del art. 1.1 de la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” de la ONU de 10 de Diciembre de 1984 1º

¹⁰⁸⁰ Al respecto expresa BINDER, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires, 1993, p. 199, que “*el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado*” daño a la investigación que puede ser evitado por el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia.

sobre la base de que si se acepta que uno de los fines del procedimiento es el correcto establecimiento de la verdad, una conducta activa del imputado tendiente a la alteración de las pruebas entorpece el cumplimiento de dicha finalidad en grado tal que justificaría la medida¹⁰⁸¹.

La duda permanecería en un razonamiento anterior, dentro de las críticas señaladas al encarcelamiento cautelar propiamente dicho, acerca de si esta finalidad del proceso tiene mayor valor en nuestro sistema que el derecho a la libertad de los individuos considerados inocentes.

Por ello se ha verificado también una tendencia más reciente que ha cuestionado la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria como presupuesto de la detención. Esta posición se sustenta además en el hecho de que, v.gr., el art. 7.5 CADH solo refiere a la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar “su comparecencia al juicio”, y el art. 9.3 PIDCP autoriza las medidas cautelares para asegurar “la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales”. Nada dicen tales normas sobre esta causal.

Por otra parte, respecto de la verificación de esta clase de peligros procesales, KEES observa que la mayoría de los modos de entorpecer la investigación penal constituyen a su vez -de forma autónoma- delitos ya tipificados en la ley penal sustantiva¹⁰⁸² y toda vez que el encarcelamiento preventivo intenta prevenir la comisión

¹⁰⁸¹ PÉREZ LÓPEZ, “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”, *Derecho y Cambio Social*, www.derechoycambiosocial.com.

¹⁰⁸² KEES, J.M., “La peligrosidad en las medidas personales de coerción”, *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 2007, pp. 23-24. V.gr., teniendo en consideración conductas reprimidas en el CP argentino ejemplifica entre otras las de: a) matar al potencial denunciante, testigos, peritos, agentes policiales, funcionarios, magistrados, etc., para ocultar un delito o evitar la producción de la prueba, lo que constituiría un homicidio *criminis causa*, previsto en el art. 80 inc. 7° CP; b) lesionar leve, grave o gravísimamente a cualquier persona que deba participar en el proceso: lesiones *criminis causa* (art. 92 CP); c) efectuar disparos contra una persona sin hierirla con el fin de procurar su impunidad: abuso de armas *criminis causa* (arts. 104 y 105 CP); d) privar ilegítimamente de libertad a una persona para obligar a un testigo a no declarar: secuestro coactivo (art. 142 bis del CP). e) inferir amenazas a un testigo para que no declare: coacción (art. 149 bis segundo párr. y 149 ter CP); f) intimidar a un tercero para que le entregue elementos que puedan constituir prueba de cargo: extorsión (arts. 168 y 169 CP); g) sustraer, ocultar, o mutilar las actuaciones policiales o judiciales: defraudación procesal (art. 173 inc. 8° CP); h) destruir, inutilizar, hacer desaparecer o dañar un bien total o parcialmente ajeno que pueda servir de prueba: daño (arts. 183 y 184 inc. 3° CP); i) emplear fuerza o intimidación contra un funcionario para exigirle que no produzca prueba de cargo, utilizando o no armas, o con el concurso de tres o más personas, u otras agravantes: atentado contra la autoridad (arts. 237 y 238 CP); j) resistir o desobedecer a un funcionario público: resistencia a la autoridad (art. 239 CP).; k) estorbar a un funcionario público para impedir que cumpla un acto propio de sus funciones: turbación funcional (art.

de tales delitos¹⁰⁸³, antes de configurar una medida cautelar, la prisión provisional dictada por tales razones constituiría una verdadera medida de seguridad a fin de neutralizar la peligrosidad criminal del imputado¹⁰⁸⁴.

DEI VECCHI enumera y refuta tres posibles críticas a la posibilidad de encarcelar durante el proceso en estos casos. La primera sostiene que la aserción de que el imputado probablemente alterará las pruebas (en general o en particular) supone que tiene interés en alterar el normal desenvolvimiento para mostrarse inocente lo cual implicaría, por lo tanto, presumirlo culpable. El propio autor explica por qué este argumento no resulta del todo persuasivo. Y es que, si bien es cierto que de la presunción de culpabilidad parece plausible inferir el interés del imputado en obstaculizar el proceso, la inferencia inversa no funciona del mismo modo. Esto es, de la afirmación de que alguien tiene interés en obstaculizar el proceso no se sigue que se lo presuma culpable ya que no parece insensato imaginar que alguien que no tuvo participación alguna en un hecho delictivo, pueda tener interés en entorpecer un procedimiento cualquiera¹⁰⁸⁵.

Una segunda objeción señala que si este peligro justificase la prisión provisional, también debiera admitirse el encarcelamiento de terceros de quienes pudiere predicarse la misma peligrosidad¹⁰⁸⁶. Respecto a este argumento que se centra en el hecho de que sería posible encarcelar a terceros habría que aceptar que si de ellos pudiere predicarse una peligrosidad procesal tal que la prisión es indispensable para neutralizar el riesgo cabría ponderar la prevalencia de la necesidad de tutela de los fines

241 inc. 2° CP); l) violar los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o identidad de una cosa: violación de sello (art. 254 del CP); m) sustraer, ocultar, destruir o inutilizar dolosamente objetos destinados a servir de prueba, la conducta es penada también si el tipo objetivo se realiza negligentemente: destrucción de prueba (art. 255 del CP); n) dar u ofrecer dádivas a un funcionario público para que haga, retarde, o deje de hacer algo relativo a sus funciones; o para que haga valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, para que este haga, retarde, o deje de hacer algo relativo a sus funciones; o para que emita, dicte, retarde u omita dictar una resolución, fallo, o dictamen en asuntos sometidos a su competencia: cohecho activo (art. 258, en función de lo previsto en los arts. 256, 256 bis y 257 del CP); o) otorgar u ofrecer dádivas a un funcionario público (art. 259 del CP); p) transgredir una inhabilitación dispuesta cautelarmente: quebrantamiento de inhabilitación (art. 281 bis del CP); q) Hacer un documento falso o adulterar uno verdadero para procurar su impunidad: falsificación de documentos (art. 292 CP); r) suprimir o destruir un documento para procurar su impunidad: destrucción de documentos (art. 294 CP). También DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 162.

¹⁰⁸³ MÁLAGA DIÉGUEZ, "El fundamento...", p. 222, y la STC 98/1997 han puesto la mirada sobre esta cuestión.

¹⁰⁸⁴ Cfr. POLANSKY, "Sésamo:...", p. 181; KEES, "Observaciones...", p. 90.

¹⁰⁸⁵ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 92.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*, p. 92.

del proceso por sobre el derecho individual a la libertad (en vistas al afianzamiento de la justicia), no pareciendo relevante que quien genera ese peligro sea o no un imputado.

Por último, se evalúa la crítica que sostiene que este motivo alteraría la igualdad en el proceso dada la asimetría entre los medios con que el Estado cuenta para evitar la acción del imputado. Según el propio DEI VECCHI, este es un argumento mal dirigido y no probado ya que no impugna la legitimidad de la medida frente al peligro de entorpecimiento sino que se limita a negar *a priori* que haya o pueda llegar a haber algún caso en que la prisión provisional sea o pueda llegar a ser el medio empíricamente necesario para neutralizar el riesgo, aun cuando el Estado tenga muchos otros medios para hacerlo. Pero el que esa innecesariedad sea el caso, y que lo sea en toda circunstancia posible, es una cuestión empírica que eventualmente deberá ser probada¹⁰⁸⁷.

Respecto de la inferencia probatoria necesaria, sostiene NIEVA FENOLL¹⁰⁸⁸ que es factible, aunque no sencillo, calcular la incidencia de las acciones que el inculpado realice por sí mismo y es prácticamente imposible mensurar con la concreción debida la posible influencia sobre terceras personas, siendo inaceptable suponerlas en perjuicio del reo. Para este autor, de cualquier sospechoso que no viva como un ermitaño podría presumirse ese riesgo de destrucción de pruebas ya que resultaría bastante razonable pensar que cualquiera que tiene en perspectiva inminente un juicio penal en su contra, en uso de su derecho de defensa, aunque sea ilegítimamente, tratará de ocultar todo aquello que le comprometa¹⁰⁸⁹.

Por ello, como sostiene el propio NIEVA FENOLL, lo que tiene que evaluar el juez es la concreta disposición objetivable del sujeto a ocultar pruebas. Y ello es lo que hace que este riesgo implique graves problemas en su apreciación práctica¹⁰⁹⁰.

Por esa razón, para acreditar el presente supuesto resultará útil también constatar la existencia de conductas previas de destrucción de pruebas que haya podido llevar a cabo el imputado. En caso de que ello no sea posible, deberá analizarse muy

¹⁰⁸⁷ Según el propio DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 93.

¹⁰⁸⁸ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 288.

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*, p. 288. Sin embargo, ello no es suficiente para justificar la concurrencia del riesgo, ya que de ser así, cualquier persona sobre la que se tiene la certeza de comisión del delito debería ser ingresada en prisión provisionalmente mientras se recogen todos los vestigios, lo que carecería de todo sentido e imprimiría un indeseable automatismo en la aplicación de una medida cautelar gravísima como la prisión provisional. Eso es justo lo que pretende evitar la ley con la velada referencia al respeto al derecho a no aportar pruebas contra uno mismo, art. 503.1.3.b) LECrim.

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*, p. 288.

cuidadosamente si por el hecho de que permanezca en libertad es más sencillo que oculte pruebas, porque lo lógico es que no sea así¹⁰⁹¹.

Se ha sostenido¹⁰⁹² que algunos de los parámetros que deben valorarse para buscar esos indicios son coincidentes con los que permiten apreciar el riesgo de fuga: el tipo de delito cometido (v.gr. cuando los imputados pertenecen presuntamente a una organización criminal) o cuando el imputado cuenta con antecedentes de actitudes obstruccionistas. También la posición, cargo o puesto laboral, cuando dicha labor facilite el ocultamiento o la manipulación de documentos o testimonios. Ello siempre y cuando no sea posible la medida menos gravosa de suspensión provisional en el ejercicio de dicho empleo o cargo.

Con el peligro de entorpecimiento de la investigación sucede lo mismo que con el riesgo de fuga en el campo probatorio. Por tratarse, también, de hechos futuros, su verificación presenta idénticos problemas en este sentido. Aun en el supuesto de que se demuestre, en el caso concreto, que el imputado ya ha realizado algún acto entorpecedor, de allí tampoco podría deducirse con alto grado de probabilidad que repetirá comportamientos similares en el futuro¹⁰⁹³.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES¹⁰⁹⁴ decía que pueden determinar la real capacidad de materializar la actuación ilegítima que pretende conjurarse las características del imputado en el sentido de posición, disponibilidad, facultades, etc. que este tenga en relación con este riesgo (v.gr. por la función o responsabilidad que ostente en una organización, empresa o institución en cuanto a la posible destrucción de documentos, a la dación de órdenes para ello, a la influencia o presión sobre subordinados o personas de él dependientes, etc.).

También se ha tenido en cuenta la conducta obstruccionista en relación con la obtención o práctica de las pruebas (pero siempre sin perder de vista el ámbito y el necesario posible ejercicio del derecho de defensa) y la propia destrucción o impedimento ilícito intentada o consumada en el seno del mismo proceso de que se

¹⁰⁹¹ Debe por tanto tratarse de una *prognosis de probable* acaecimiento de la situación. El concreto peligro de entorpecimiento probatorio postula la subsistencia de inderogables exigencias atientes a la investigación, debiendo ser demostrada la *posibilidad concreta y actual de que el indagado impida la adquisición o genuinidad de la prueba todavía necesaria* correspondiendo al Ministerio Público demostrar y al juez indicar las acciones investigativas pendientes de realización y ello consiste en una posibilidad concreta y actual de producción del resultado dañoso.

¹⁰⁹² MÁLAGA DIÉGUEZ, "El fundamento...", p. 221.

¹⁰⁹³ BOVINO, *Aporías...*, p. 32.

¹⁰⁹⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 163.

trate, así como los antecedentes del inculpado, es decir, la conducta anterior del sujeto respecto de los hechos constitutivos de este riesgo¹⁰⁹⁵.

Como parámetros legales para determinar en qué casos existe un peligro concreto y fundado de obstrucción a la investigación, el propio precepto legal establece que “*se atenderá a la capacidad del investigado o acusado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo*”¹⁰⁹⁶.

Siendo así las cosas, puede dudarse de la eficacia de la prisión provisional para alcanzar esta meta. En efecto, cuando el imputado sea un delincuente ‘ordinario’, que haya actuado ‘a título individual’, las fuentes de prueba se pueden obtener sin necesidad de decretar su prisión provisional, y no será fácilmente demostrable considerarlo en condiciones de manipularlas, ocultarlas o destruirlas por sí o a través de tercero. Y si el imputado es miembro de una organización delictiva, entonces la existencia de personas interpuestas hará inevitable que, a pesar de su prisión provisional, subsista el peligro de destrucción de las pruebas o de coacciones sobre testigos o peritos, que pueden producirse aún a pesar del ingreso en prisión de alguno de los imputados¹⁰⁹⁷.

En tal caso, si la prisión provisional no siempre será un medio eficaz para alcanzar esta meta, no podrá considerarse que supere el juicio de adecuación o idoneidad, que forma parte de las exigencias de proporcionalidad que precisa toda restricción de un derecho fundamental. Por ello no se vislumbra como amplio el empleo de este fin de la prisión provisional.

Como se ha explicado, aquí tampoco alcanza que la legislación enumere datos o posibles conductas que configuren el riesgo. Resulta importante incorporar la obligación del acusador de realizar esa fundamentación en cada caso. Esta exigencia permitirá instalar en los operadores judiciales el deber de evaluar si los riesgos procesales pueden ser neutralizados a través de medidas diferentes y desalentar la utilización del encierro cautelar como primera opción. También garantizará el ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio pues un análisis escalonado y gradual de las

¹⁰⁹⁵ *Ibidem*, p. 164.

¹⁰⁹⁶ Art. 503, 3° b). Cfr., también, MARTÍN RÍOS, *Medidas cautelares...*, p. 145.

¹⁰⁹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, “La reforma...”, p. 18.

medidas cautelares existentes (de la menos lesiva a la más gravosa) permitirá a la defensa alegar y centralizar la discusión en alguna cuestión en concreto¹⁰⁹⁸.

Por otra parte, no podrían reputarse parámetros válidos para justificar la necesidad de asegurar la prueba la complejidad de la instrucción, ni tampoco el hecho de haberse decretado secreto de sumario ya que ambas cuestiones son ajenas al investigado.

Además, la decisión de privación de libertad recaída bajo esta finalidad deberá alzarse tan pronto como desaparezca el peligro de obstrucción de la investigación o de la práctica de los medios probatorios, por lo que en ningún caso podrá prolongarse más allá del acto del juicio oral¹⁰⁹⁹.

En cualquier caso, la ocultación de pruebas suele acontecer solamente en un primer momento, en cuanto se descubre la existencia del delito o sospecha el reo que es inminente ese descubrimiento. Pasados algunos días de la apertura de la instrucción, pensar seriamente en la destrucción de pruebas es prácticamente una quimera, salvo que surjan circunstancias excepcionales que lleven a establecer lo contrario¹¹⁰⁰.

Por ello la prisión provisional basada en este presupuesto deberá ser necesariamente breve. En conclusión, aun cuando existan conductas previas de ocultación, la motivación de la resolución debe justificar la inminente localización de las fuentes que peligran y la conveniencia de impedir que el reo pueda acercarse a las mismas.

3. Peligro de reiteración delictiva o protección de bienes jurídicos

3.1 El peligro de reiteración delictiva en la legislación actual

El tercer peligro procesal que suele ser contemplado para justificar la prisión provisional es el riesgo de reiteración delictiva -junto a la protección de bienes jurídicos de las víctimas-. Esta causal se encuentra presente en la legislación española desde

¹⁰⁹⁸ INECIP, *El estado...*, p. 21.

¹⁰⁹⁹ En igual sentido, MÁLAGA DIÉGUEZ, "El fundamento...", p. 222.

¹¹⁰⁰ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, pp. 288-289.

2004¹¹⁰¹ y también se encuentra prevista en los ordenamientos procesales de Italia¹¹⁰², Costa Rica¹¹⁰³, Alemania¹¹⁰⁴, Guatemala¹¹⁰⁵, Francia¹¹⁰⁶ y Brasil¹¹⁰⁷, entre otros¹¹⁰⁸.

A pesar de que buena parte de la jurisprudencia de diversos tribunales locales y de algunos órganos internacionales de aplicación de instrumentos convencionales de derechos humanos limita los supuestos de peligro procesal a los casos de peligro de fuga y peligro de entorpecimiento, la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CCPR) admite como tercer motivo que justifica la detención la peligrosidad del imputado y su posibilidad de reincidencia.

En el nuevo CPP argentino no se encuentra contemplada. Tampoco se encuentra habilitada esta finalidad en el CP Modelo para Iberoamérica¹¹⁰⁹ que solo admite el peligro de fuga y el entorpecimiento de las investigaciones.

¹¹⁰¹ En términos generales, el art. 503.2 LECrim establece que «también podrá acordarse la prisión provisional (...) para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos». Y el art. 503.1.3º c) contiene, por su parte, un supuesto especial inspirado en la misma ratio: «evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando esta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP» (se trata de quien sea o haya sido cónyuge del imputado, o persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o de los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro. Además, hay que recordar que en estos casos no es de aplicación el límite mínimo de dos años de duración de la prisión.)

¹¹⁰² Se considera que hay *periculum libertatis* cuando se da un peligro concreto de que el imputado cometa delitos con uso de armas o a través de otros medios violentos o atentatorios contra el orden constitucional, así como delitos vinculados con el crimen organizado o de la misma especie de aquellos por los cuales se procede (art. 274 c).

¹¹⁰³ Art. 239 CPP.

¹¹⁰⁴ Se restringe a algunos delitos. Para NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 289, esto no es el camino correcto. Lo que hay que analizar es la irreversibilidad que puede crear el nuevo delito que pudiera cometerse.

¹¹⁰⁵ Producto de un proceso de contrarreforma del CPP se agregó al art. 264 una cláusula que prescribe que: "... No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado." Quedando también excluidos de medidas sustitutivas de la prisión provisional los delitos comprendidos en el cap. VII del decreto No. 48-92 del Congreso de la República, ley contra la narcoactividad. Los tres últimos párrafos agregados al art. 264 establecen el deber judicial de dictar la prisión preventiva obligatoria, aunque no exista peligro procesal alguno, para los supuestos allí enunciados, todos ellos fundados en razones sustantivas.

¹¹⁰⁶ Art. 144.6 CPP.

¹¹⁰⁷ Art. 282 CPP.

¹¹⁰⁸ En Argentina, algunos CPP provinciales (v.gr., Tucumán, Formosa y Chubut) prevén la causal de prisión preventiva por reiteración delictiva. En el orden nacional, por su parte, existió un proyecto de modificación del Código Procesal que incluía como causal de denegatoria de excarcelación "la probabilidad fundada de reiteración en base a la naturaleza del delito" pero la regulación actual no contiene la causal.

¹¹⁰⁹ Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, "Prisión preventiva,..." , p. 185.

En el ámbito internacional, el art. 58.1.b del Estatuto de Roma, que crea la CPI, lo prevé. En el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente se estableció que “*Se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se teme que intentarán sustraerse o que cometerán delitos graves o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se los deja en libertad*” (el subrayado me pertenece).

El TC ha sostenido¹¹¹⁰ que la “reiteración delictiva” como fundamento de la prisión provisional es un fin constitucionalmente legítimo para adoptar la medida, encontrándose esta causal “*en un plano distinto aunque íntimamente relacionado*” con los de sustraerse a la acción de la justicia y obstaculizar la instrucción¹¹¹¹.

Así, en España se acepta, tanto normativa como judicialmente, en especial para determinado tipo de delitos (v.gr., violencia intrafamiliar), mientras que la literatura jurídica se encuentra dividida entre quienes lo admiten y quienes no le reconocen a la prisión provisional una legítima función de prevención delictiva¹¹¹². Entre los primeros también existe una distinción que reside en si la protección puede realizarse respecto de cualquier evento delictivo futuro o solo cuando se encuentra en peligro la misma víctima del delito investigado y el mismo tipo de conducta ilícita.

Para la jurisprudencia europea el riesgo de repetición de delitos es una causa compatible con el art. 5.3 CEDH¹¹¹³, en tanto se ha sostenido incluso que la mera gravedad de una imputación puede permitir presumir a los jueces que el sospechoso cometerá nuevas infracciones¹¹¹⁴, no requiriéndose datos objetivos sobre el riesgo

¹¹¹⁰ Desde la STC128/1995 de 27 de julio.

¹¹¹¹ SSTC 191/2004, 98/2002, 28/2001, 305/2000, 147/2000, 47/2000, 128/1995.

¹¹¹² DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 94. Esto es así porque los peligros que en cualquiera de esos casos pretenden neutralizarse no se corresponden con los fines tradicionalmente asignados al proceso penal (descubrimiento de la verdad y actuación de la ley penal). Muy por el contrario, son peligros íntimamente vinculados con las teorías justificativas de la pena de orientación consecuencialista/preventivista.

¹¹¹³ El TEDH, pese a que en el CEDH no hay una norma específica que establezca esta causal de prisión provisoria, la convalidó en los precedentes *Matznetter* y *Guzzardi*. En el primer caso tuvo en cuenta la continuidad de los actos reprochados, el daño causado y la nocividad del acusado, como la experiencia y capacidad de este para cometer nuevos delitos. En el segundo caso, sostuvo que los posibles delitos que podría cometer el acusado debían ser concretos y específicos.

¹¹¹⁴ STEDH “Clooth” de 12 de diciembre de 1991, “Toth” de 12 de diciembre de 1991 y, sobretudo, “W. c. Suiza” de 26 de enero de 1993.

futuro basándose por ende en una presunción. Esta conclusión, como se ha visto, resulta desafortunada¹¹¹⁵.

En la LECrim se configuró esta causal a partir de la reforma de 2004 en orden a la lucha contra tres grupos de delincuencia que venían suscitando especial inquietud en la opinión pública y mediática: la violencia doméstica y de género, los delincuentes habituales, y los miembros de organizaciones criminales.

Posiblemente la inclusión de estas razones como fin legítimo de la prisión provisional sea el punto más delicado y conflictivo de la actual regulación de la medida cautelar atento a las distintas posturas doctrinales que genera su utilización como instrumento para tales finalidades¹¹¹⁶.

Los ordenamientos, más que tener en cuenta esta causal, han tomado en consideración la alarma social que crea la reiteración delictiva, lo cual se observa al verificar los delitos por los que suele preverse esta posibilidad (delitos sexuales, robo, tráfico de drogas)¹¹¹⁷, perdiendo de vista los legisladores que la finalidad de la medida cautelar no es aplacar un estado de excitación o alarma pública sino permitir que sea eficaz la sentencia que en su día se dicte.

NIEVA FENOLL¹¹¹⁸ sostiene que este supuesto requiere un plus sobre los anteriores¹¹¹⁹ y es que la personalidad del individuo debe ser evaluada en la resolución. Pero el juez no es un psicólogo experto para hacerlo, por lo que será preciso someter al imputado a pruebas psicológicas sobre la probabilidad de “reincidencia” (que existen ya para algunos delitos, como la violencia de género o los delitos sexuales, pero que deberían ser ampliadas a otros casos concretos con un seguimiento psicológico posterior del que el legislador tampoco habla)¹¹²⁰.

¹¹¹⁵ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 94. En este sentido, puede decirse que lo que caracteriza a esta clase de peligros, como probabilidad del evento dañoso, refiere a ciertas condiciones personales del individuo. Lo que ha de probarse, se dice, es la personalidad proclive, la inclinación del individuo hacia la delincuencia o el accionar socialmente lesivo. De ello se deduce la incertidumbre jurídica al respecto ya que tal inclinación o proclividad puede significar tanto que ha hecho tal o cual cosa en el pasado o, por el contrario, que probablemente hará tal cosa en el futuro.

¹¹¹⁶ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 289, identifica este riesgo como el más polémico y alerta que las legislaciones que lo prevén son inconcretas en los parámetros de su determinación.

¹¹¹⁷ Que son los que molestan especialmente a los ciudadanos o tienen una consideración social o mediática grave.

¹¹¹⁸ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 291.

¹¹¹⁹ La pista de ese plus la ofrece el ordenamiento italiano, que obliga a observar diversas circunstancias, pero especialmente “la personalidad del imputado derivada de su comportamiento” (art 274 CPP).

¹¹²⁰ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 292, además “la seguridad del juez debe ser máxima”.

La CIDH admitió inicialmente la detención provisoria por reiteración delictiva¹¹²¹, aunque luego modificó su consideración al respecto¹¹²² y, al igual que la Corte IDH, en forma reiterada ha sostenido la admisión como compatibles con la CADH únicamente a las causales de peligro concreto de fuga y de obstaculización¹¹²³.

El TEDH, pese a que en el CEDH no hay una norma específica que establezca aquella causal de prisión provisoria, la convalidó en los precedentes *Matznetter* y *Guzzardi*. En el primer caso tuvo en cuenta la continuidad de los actos reprochados, el daño causado y la nocividad del acusado, así como la experiencia y capacidad de este para cometer nuevos delitos. En el segundo caso, aclaró que los posibles delitos que podría cometer el acusado debían ser concretos y específicos.

3.2. Posturas a favor del supuesto

Existen importantes opiniones¹¹²⁴ que defienden la legitimidad de esta causal y que sostienen que, aún con fuertes limitaciones, debe ser reconocida¹¹²⁵. Algunas de sus razones reposan sobre elementos pragmáticos¹¹²⁶.

¹¹²¹ En el informe 2/97, manifestando que “Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva el peligro debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad”.

¹¹²² Cfr. el documento aprobado en el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, denominado “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, y el Informe presentado en el 146º período de sesiones de la CIDH (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012), denominado “Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas”, entre otros.

¹¹²³ Conforme se desprende de los precedentes *Suárez Rosero vs Ecuador*, *Servellón García vs Honduras*, *Palamara Iribarne vs Chile*, y *López Álvarez vs. Honduras*, entre otros.

¹¹²⁴ CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, Ed. Temis, Bogotá, 1957, p. 375, ya decía en el S. XIX que la prisión provisional debía ser excepcionalísima, brevísima y sustituida por otras medidas de coerción cuando fuese posible, ya que las posibilidades de su aplicación obedecían a “necesidades: 1º, de justicia para impedir la fuga del reo; 2º, de verdad, para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos y; 3º, de defensa pública para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno.”

¹¹²⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Configuración constitucional de la prisión provisional en la Constitución y la práctica del derecho*, t. 1, Pamplona, 1998, pp. 369-370; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Fines legítimos de la prisión provisional”, *Repertorio Aranzadi del TC*, n° 11, 1998, pp. 25-26.

¹¹²⁶ DAMIÁN MORENO, J., “La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal”, en DORREGO DE CARLOS (Coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Ed. Sepin, Madrid, 2004, pp. 91-111, sostiene que “nos encontramos ante una tutela que en sí misma puede tener un carácter eminentemente anticipatorio pero que en casos excepcionales es sumamente eficaz para satisfacer el

Los argumentos de quienes defienden esta posibilidad se clasifican en dos: la defensa del derecho a la seguridad de la población¹¹²⁷, y la consideración de los fines del derecho procesal penal junto con los del derecho penal¹¹²⁸.

Con respecto al primero, se ha sostenido que el derecho de la sociedad a la seguridad tiene rango constitucional, ya que está explícitamente consagrado en los tratados internacionales que lo aludirían al hablar del derecho a la libertad personal¹¹²⁹, con lo cual la obligación que tiene el Estado de brindar seguridad a los ciudadanos no podría ser dejada de lado por el derecho del imputado¹¹³⁰.

En esa línea, MÁLAGA DIÉGUEZ señala que, en este caso, el objetivo es la protección de las víctimas actuales y potenciales del encausado, y sostiene que esta finalidad no se diferencia de las anteriores, ya que todas presuponen un juicio previo e intermedio de culpabilidad y que, en lo específico, cumple un fin constitucionalmente legítimo al destinarse a la protección de las víctimas, pues de lo contrario ninguna medida de protección sería justificable¹¹³¹.

Esta postura, sin embargo, no tiene en cuenta que el derecho a la libertad, que poseen los “ciudadanos” incluye a aquellos que son acusados de un delito y que es justamente allí donde resulta necesaria la protección de las garantías consagradas constitucionalmente frente a un posible accionar abusivo del Estado que detenta el monopolio del uso de la fuerza.

derecho de quienes sufren las consecuencias de la acción delictiva, por lo que su legitimidad constitucional no puede ser puesta en duda”.

¹¹²⁷ La Corte Suprema de los EEUU también convalidó (en un supuesto de delito grave) una detención provisional por este supuesto en el caso “Salerno vs. United States” (1987) al establecer que, con el fin de preservar los derechos de la sociedad, se pueden restringir los derechos del imputado. Se dijo que el interés estatal de prevenir daños a la comunidad era un interés válido y que la restricción de la libertad en este supuesto excepcional era admisible. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, analizando un caso de delitos sexuales, dijo a su vez: “La ley debe proteger a un círculo de la población, especialmente merecedores de esta protección, amenazando con un pronóstico de probabilidad elevada frente a hechos punibles de gravedad”.

¹¹²⁸ Para BERNARDINI, “El peligro...”, p. 6, cualquiera de los dos argumentos puede ser utilizado válidamente.

¹¹²⁹ “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.”

¹¹³⁰ BERNARDINI, “El peligro...”, p. 6, sostiene que al realizar una valoración sobre el caso planteado, la Justicia tendrá que atender a esta circunstancia. La CSJN, en los precedentes “Mattei, Á.” (Fallos 272:188, 1968) y “Todres, I.” (28:297, 18-08-1971), avaló esta interpretación aduciendo en el primero que “...el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito debe conjugarse con el rol del individuo procesado, de modo que no sacrifique ninguno de ellos en aras del otro que forman el plexo normativo...”.

¹¹³¹ MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 137.

Otro argumento a favor de este uso de la medida cautelar es expresado por BERNARDINI para quien, al decidirse si el imputado debe ser detenido, tiene que considerarse si la pena va a poder llegar a su fin y que la función de esta al buscar la resocialización es que el imputado vuelva a vivir en armonía en la sociedad y, por consecuencia, que cese con su actividad delictiva¹¹³².

A mi criterio esta posición desvela una clara confusión entre pena y prisión provisional, o quizás expone el verdadero problema que contiene este supuesto y es que no distingue entre una y otra modalidad de encarcelamiento.

RAGUÉS I VALLÉS reconoce la posibilidad de que la prisión provisional adopte funciones preventivas propias del derecho penal justificándolo, en primer lugar, en la necesaria relación que deben tener el derecho penal con el derecho procesal y la política criminal, proponiendo, al igual que FREUND¹¹³³, la unificación de estas ramas de la ciencia en un sistema integral que los incluya¹¹³⁴. Abordaré con mayor desarrollo esta cuestión en el siguiente capítulo.

Las críticas a la habilitación legal de este supuesto son cuestionadas a partir de considerarse que ello significaría separar radicalmente el fin del proceso y el fin de la pena y que pasan por alto que el proceso penal no es un fin en sí mismo susceptible de legitimación, sino solo el cauce previsto para que pueda imponerse la pena y esta despliegue sus efectos preventivos¹¹³⁵.

Aclara al respecto RAGUÉS I VALLÉS que la frustración del fin del proceso no debe ser considerada como algo negativo *per se*, sino solo en la medida en que dicha frustración impide que la pena pueda desplegar sus efectos preventivos y contribuir así

¹¹³² BERNARDINI, "El peligro...", p. 5, sostiene, en una alarmante ampliación de la tipicidad procesal que extrae de una cláusula de garantía, que las frases "la actuación de la ley" o "aplicación de la ley" del CPP argentino permiten que se aplique esta causal de la prisión provisional, ya que el individuo al cometer un nuevo delito mientras está en proceso no permite que la ley actúe en el caso concreto y "al haber realizado este sujeto algo reprochable para la sociedad lo que se busca es que no vuelva a cometerlo."

¹¹³³ FREUND, "Sobre la función...", p. 128.

¹¹³⁴ RAGUÉS I VALLÉS, R., "Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada", en *La Reforma del Proceso Penal Peruano*, Anuario de Derecho Penal 2004, p. 160, al sostener la necesidad de elaborar una auténtica ciencia global del derecho penal para estudiar el fenómeno penal en todas sus dimensiones, argumenta que no cabe encontrar un fundamento plausible para la prisión provisional sin tener en cuenta su contribución al cumplimiento de la función del derecho penal. Así, al explicar su idea de que es en vano la división entre instituciones procesales y penales, pone como ejemplo la prisión provisional y concluye que esta también tiene que tener como fin el de preservar la función de la pena ya que si su fin no es el de preservar la pena, se podría dar la imposibilidad de ejecutar la pena y, por lo tanto, que esta no cumpliera su función.

¹¹³⁵ RAGUÉS I VALLÉS, "Prisión provisional...", p. 716.

al fin último de pacificación social que pretende la globalidad del sistema penal. Y es la persecución de este fin lo que en determinados casos vendría a legitimar las privaciones de derechos que suponen tanto la pena como el proceso que, así vistos, coinciden en su carácter meramente instrumental al servicio del fin último del sistema penal que es la paz social¹¹³⁶.

Para quienes consideran legítima la utilización de este supuesto¹¹³⁷ si el daño que logra evitarse puede ser valorado como sensiblemente superior al que supone la privación cautelar de libertad del imputado, existen buenos motivos para sostener la legitimidad de dicha medida¹¹³⁸.

NIEVA FENOLL¹¹³⁹, aun luciendo contradictorio, reconoce que la reiteración delictiva también puede frustrar las expectativas de una sentencia de condena que pretenda dictarse y por esto crea una situación cautelable. Por ello, sostiene, si se acepta que el proceso existe para asegurar la pena no existiría obstáculo para que también asegure uno de los fines de esta como lo es prevenir la comisión de nuevos delitos.

De la misma manera, se sostiene que una omisión del Estado a la hora de actuar puede afectar otras finalidades que se le atribuyen a la sanción penal, tanto de prevención general negativa como de prevención general positiva. La pena impuesta después de que el imputado volvió a delinquir se volvería abstracta y perdería los fines que persigue (ya que deja de tener capacidad intimidatoria) y puede, en la concepción del ciudadano común, debilitar la confianza en que el Estado defienda los valores humanos básicos¹¹⁴⁰.

RAGUÉS I VALLÉS¹¹⁴¹, pese a aceptarlo, restringe el supuesto sobre la base de tres exigencias generales: que los daños que se eviten con la medida sean sensiblemente superiores a los que supone la prisión del procesado (rebatiendo de este modo una de

¹¹³⁶ Esta consideración resulta para RAGUÉS I VALLÉS, "Prisión provisional...", p. 716, ineludible incluso en los supuestos de riesgo de fuga y alteración de pruebas.

¹¹³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 719.

¹¹³⁸ Contemplada conforme el art. 502 LECrim.

¹¹³⁹ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, pp. 290-291 advierte así que la reiteración delictiva solamente puede ser un presupuesto de la prisión provisional en los casos en que efectivamente vaya a producir la frustración de la sentencia, ya sea porque el nuevo delito provoque situaciones irreversibles o porque torne ilusoria la primera condena que llegue a dictarse. En tales casos, al incurrir el procesado en un nuevo ilícito, se vería truncada la posibilidad de aplicación de la ley, con lo que el fin de prevención especial negativa se vería resquebrajado si el Estado no interviene de forma rápida sobre dicho sujeto y este sigue delinquiendo tras su primera detención.

¹¹⁴⁰ Cfr. BERNARDINI, "El peligro...", p. 5, para quien todas las funciones de la pena pueden ser cumplidas por la prisión provisional.

¹¹⁴¹ RAGUÉS I VALLÉS, "Prisión provisional...", p. 721.

las “objeciones externas” a la prisión provisional en general); que no se cuente con medios igualmente eficaces pero menos restrictivos (principio de subsidiariedad); y que exista una alta probabilidad de condena (reforzamiento de la exigencia material)¹¹⁴².

A juicio de GASCÓN INCHAUSTI, la respuesta también pasa por recordar la función del proceso penal como instrumento para la tutela del interés público en la persecución penal. Si aquel existe para dar respuesta pública a una conducta gravemente antijurídica y para evitar su reproducción, al proceso configurado como instrumento al servicio de la realización del interés público no debería serle indiferente la posibilidad de que el imputado aproveche su duración en el tiempo para seguir lesionando el interés público, mientras se espera la celebración del juicio y la sentencia. Así se considera que toda vez que el proceso no puede ser instantáneo, es misión de las autoridades evitar que la necesidad de un desarrollo temporal prolongado se torne en perjuicio del interés público que a través del propio proceso pretende restablecerse¹¹⁴³.

Junto a lo anterior se sostiene desde tales posturas que, en los supuestos en que pretende evitarse el peligro, más concreto, de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, existe una razón adicional: la consideración creciente de que el proceso penal también ha de servir como instrumento para una adecuada tutela de la víctima a través del encarcelamiento preventivo, especialmente en los casos de “violencia doméstica”¹¹⁴⁴.

GONZÁLEZ RUS¹¹⁴⁵ también reconoce que la prisión provisional constituye un medio eficaz para neutralizar peligros contra víctimas pero acepta que el fundamento en la LECrim y en la doctrina del TC es insuficiente. La solución, a su criterio, pasaría por encontrar la razón de ser de la prisión provisional por peligro de reiteración delictiva en el cumplimiento del deber general de evitar la comisión de delitos que obliga en particular a autoridades y funcionarios públicos¹¹⁴⁶.

¹¹⁴² BERNARDINI, “El peligro...”, p. 7, también reconoce que, para evitar el abuso de la institución, esta causal -sea por cualquiera de los argumentos expuestos- debe aplicarse solo en casos concretos y específicos en los que se tengan considerables pruebas que permitan llegar a la presunción de que se cometerán delitos graves.

¹¹⁴³ GASCÓN INCHAUSTI, “La reforma...”, p. 19.

¹¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 20.

¹¹⁴⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J., “La pretensión de configurar la prisión provisional en los casos de peligro de reiteración delictiva como una medida de seguridad. Posibles alternativas a la fundamentación de la misma”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coords.), [Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo](#), Vol. 2, 2004, p. 1356.

¹¹⁴⁶ En la línea marcada por el art. 412.3 CP.

Para ello¹¹⁴⁷, habría que argumentar el papel constitucional concreto de esa necesidad, y la precisión de los términos en que habría de resolverse el conflicto frente a la presunción de inocencia ante la alta probabilidad de comisión de nuevos delitos que supondría un peligro cierto y concreto para bienes jurídicos fundamentales (lo que a su vez debería ser objeto de prueba).

Sobre esas bases podría fundarse constitucionalmente la prisión provisional bajo estos supuestos solo en la medida en que con ella se evite un riesgo cierto y concreto de: a) que se produzca una nueva lesión del bien jurídico tutelado por el delito que presumiblemente ha cometido el sujeto (identidad de la víctima); b) que se incrementen con otros hechos delictivos los efectos de la lesión ya producida (habitualidad delictiva); o c) que se realicen nuevas actividades delictivas que permitan explotar o agotar las consecuencias del delito imputado al sujeto (por la pertenencia a una organización criminal)¹¹⁴⁸.

ROXIN clasifica a las medidas de coerción personal según su función procesal, distinguiendo como fines: la investigación, el aseguramiento de las pruebas, la comprobación de los presupuestos procesales, y el aseguramiento de la posibilidad de realización del procedimiento y de la ejecución de la sentencia y la prevención de hechos punibles. Para lo cual sostiene que “...son indispensables las injerencias en la esfera individual y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal... señalando a la prevención de hechos punibles como una razón...”¹¹⁴⁹, con lo cual acepta como finalidad válida la evitación de nuevos delitos.

Tales posturas sostienen, en definitiva, que la función de la prisión provisional absorbe las que la pena está destinada a asegurar.

Esta forma de prisión provisional tendría así también un fin cautelar, que es que la ley llegue a actuar en el caso planteado y que no se vea truncado el fin de la pena por la comisión de otro delito. En este sentido, como sostiene RAGUÉS I VALLÉS, la prisión provisional actúa dentro del sistema penal como equivalente funcional a la pena de

¹¹⁴⁷ GONZÁLEZ RUS, “La pretensión...”, p. 1357.

¹¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 1357. En cambio, si lo único que puede presumirse es la probabilidad de genérica comisión delictiva no debería aceptarse la hipótesis.

¹¹⁴⁹ ROXIN, *Derecho Procesal...*, p. 249.

prisión y una muestra de ello son las previsiones que obligan a computar a sus efectos el tiempo privado de su libertad durante el proceso¹¹⁵⁰.

3.3 Posiciones a favor de la eliminación de esta causal

Ahora bien, es también abundante la bibliografía¹¹⁵¹ que encuentra en este supuesto, basado en fines preventivos, una desnaturalización de las medidas cautelares en tanto presuponen la culpabilidad del imputado con anterioridad a la sentencia de condena¹¹⁵² sin la previa celebración de un juicio con la práctica de las pruebas pertinentes, lo que afectaría la presunción de inocencia¹¹⁵³.

Para NIEVA FENOLL¹¹⁵⁴ mediante este supuesto se da por hecho que el acusado delinquirió y además se estaría suponiendo que va a volver a hacerlo, sin elementos de juicio o indicios sólidos que sustenten dicha hipótesis al margen de meras conjeturas.

La atribución a la prisión provisional de funciones exclusivas de la sanción penal¹¹⁵⁵ acarrea graves consecuencias que afectarían la legitimidad de la medida¹¹⁵⁶ ya que no corresponde al proceso ejercer tales funciones ni, mucho menos, a las medidas cautelares, cuyo único cometido es asegurar el buen fin de aquel, entendido como la celebración sin contratiempos del juicio y la posterior ejecución de la sentencia¹¹⁵⁷.

Sostiene ASENCIO MELLADO¹¹⁵⁸ que no “es admisible utilizar una medida cautelar para hacer política criminal” y que “toda referencia de la prisión provisional

¹¹⁵⁰ RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho Penal Sustantivo...”, p. 158. Desarrollaré esta idea en el Capítulo siguiente.

¹¹⁵¹ V.gr., CATALINA BENAVENTE/OUBIÑA BARBOLLA, “Prisión provisional:...”, p. 7, para quienes la prisión provisional no puede tener como finalidad la anticipación de una pena ya que el derecho a la presunción de inocencia obliga a no castigar al imputado a través de aquella, que, al igual que las restantes medidas cautelares, no puede tener un carácter retributivo de una infracción que aún no se ha establecido jurídicamente.

¹¹⁵² Entre otros, también, ALONSO FERNÁNDEZ, *Pasado y presente...*, pp. 219 ss.; GONZÁLEZ RUS, “La pretensión...”, p. 1347; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 135 (en contra de la “frecuencia delictiva” de la anterior LECrim).

¹¹⁵³ RAGUÉS I VALLÉS, “Prisión provisional...”, p. 715.

¹¹⁵⁴ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 290.

¹¹⁵⁵ GONZÁLEZ RUS, “La pretensión...”, p. 1353.

¹¹⁵⁶ El propio TC, mediante la STC 47/2000, de 17 de febrero, excluye la posibilidad de que con la prisión provisional puedan perseguirse fines de prevención general por entender que esta “constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena”.

¹¹⁵⁷ ROXIN, *Derecho Procesal...*, p. 262; MORENO CATENA, prólogo a SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 15.

¹¹⁵⁸ ASENCIO MELLADO, *Reforma...*, p. 3.

con la pena, incluso cuando se trata de desarrollar aspectos de la misma, como su duración máxima, es peligrosa”.

Para DEI VECCHI¹¹⁵⁹ la prevención de un “riesgo para la sociedad”¹¹⁶⁰, implica que devenga absurdo el pretender una distinción con la prisión como pena cuando se comparten así los fines perseguidos, único rasgo pretendidamente distintivo entre prisión cautelar y punitiva.

De sostenerse esta premisa habría de cambiarse el foco de atención en el razonamiento justificativo, que ya no podrá estar dirigido a dar razones en favor de la limitación de la libertad ambulatoria para tutelar los fines del proceso, en cuanto diversos a los de la pena, porque de este modo proceso y pena compartirían, al menos parcialmente, incluso sus fines ‘justificativos’¹¹⁶¹. La justificación, en todo caso, deberá proporcionar razones para dejar de lado la prohibición de trato cual inocente de ciertos imputados. Se trata también, ciertamente, de una ponderación de valores, pero de una ponderación diversa respecto de la antes reconstruida como base de la concepción cautelar¹¹⁶².

En similar sentido, DUCE y RIEGO¹¹⁶³ sostienen que este peligro no permite calificar de cautelar la prisión provisional, ya que evitar que el sujeto cometa nuevos delitos no es un objetivo del proceso. A mayor abundamiento, HASSEMER explica que *“La evitación de un peligro de reiteración, la intimidación, o la integración normativa de la generalidad o los esfuerzos de resocialización solo pueden ser ejecutados sobre una persona con respecto a la cual el derecho penal se ha asegurado de su culpabilidad en forma conforme al ordenamiento”*¹¹⁶⁴.

Como analiza el propio RAGUÉS I VALLÉS¹¹⁶⁵ la posibilidad de utilizar la prisión provisional como un auténtico medio de prevención de delitos debe apreciarse junto con la posibilidad de una grave conculcación de garantías individuales (libertad

¹¹⁵⁹ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 93.

¹¹⁶⁰ Que incluye tanto la reiteración delictiva y los posibles daños a terceros como la “repercusión social del hecho” que veremos en el apartado siguiente.

¹¹⁶¹ Con ello no habría lugar para dudas ya en cuanto a la consideración de la prisión provisional como equivalente funcional de la pena, teoría a la que dedicaré un más completo análisis en el siguiente capítulo.

¹¹⁶² DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 97.

¹¹⁶³ DUCE, M./RIEGO, C., *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002, p. 259.

¹¹⁶⁴ HASSEMER, “Los presupuestos...”, p. 117.

¹¹⁶⁵ RAGUÉS I VALLÉS, “Prisión provisional...”, pp. 714-715.

personal y presunción de inocencia)¹¹⁶⁶, lo que en este caso encuadraría al instituto en el fenómeno del “Derecho penal del enemigo”¹¹⁶⁷ por ser -además de la conculcación de garantías señalada- una “legislación de lucha” contra determinados perfiles criminales que se hallarían descritos en el propio texto de la ley¹¹⁶⁸.

En tal sentido GONZÁLEZ RUS¹¹⁶⁹ señala que la verdadera naturaleza del supuesto es de medida de seguridad¹¹⁷⁰, dado que estas se fundamentan¹¹⁷¹ en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

A ello debe añadirse el problema que encierran las medidas de seguridad en cuanto, además de que refieren a un delito -extremo que en un proceso en trámite aún no fue comprobado- vienen a prevenir hechos delictivos futuros, y con esto la prisión provisional así utilizada cumpliría una función de prevención especial que, conforme reiterada jurisprudencia del TC¹¹⁷², debe quedar reservada en exclusiva a la pena, caso contrario se desnaturalizaría irremediabilmente la función de aquella como medida cautelar.

En rigor, hasta tanto no se produzca una sentencia condenatoria, cualquier medida privativa de derechos, adoptada en base a la peligrosidad criminal de un sujeto, constituiría una medida de seguridad predelictual¹¹⁷³. Pero el antecedente necesario de cualquier medida de seguridad -como el de cualquier pena- ha de ser la previa comisión de un hecho constitutivo o previsto como delito¹¹⁷⁴.

¹¹⁶⁶ También NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 290; CATALINA BENAVENTE/OUBIÑA BARBOLLA, “Prisión provisional:...”, p. 8.

¹¹⁶⁷ En el sentido desarrollado en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 19 ss.

¹¹⁶⁸ RAGUÉS I VALLÉS, “Prisión provisional...”, pp. 714-715; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, pp. 19-20.

¹¹⁶⁹ GONZÁLEZ RUS, “La pretensión...”, p. 1352.

¹¹⁷⁰ CAFFERATA NORES, J., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pp. 365-366, sostiene que esta concepción atribuye a la coerción procesal el mismo fin que las medidas de seguridad previstas en el CP y, que de esta forma, se produce una clara violación de los principios de reserva de la ley penal, juicio previo e inocencia (este último no solo como presunción de no culpabilidad, sino también presunción de no peligrosidad).

¹¹⁷¹ Art. 6.1 CP.

¹¹⁷² V.gr., STC 128/1995.

¹¹⁷³ GONZÁLEZ RUS, “La pretensión...”, p. 1355.

¹¹⁷⁴ Y el CP (art. 3 y ccdtes.) las ha reservado únicamente para inimputables y semiimputables peligrosos que han cometido un hecho antijurídico previsto como delito.

El Derecho penal vigente ha excluido a los imputables peligrosos de la posibilidad de aplicarles cualquier medida de seguridad¹¹⁷⁵, siendo la pena por el delito cometido la única consecuencia penal posible para los mismos, habiendo renunciado el legislador a fundamentar cualquier medida penal en la mera peligrosidad criminal del sujeto. Si ello no es posible cuando el sujeto ya ha sido condenado por la previa comisión de un delito, menos podrá serlo cuando el antecedente de la misma es la mera presunción de que lo ha cometido¹¹⁷⁶.

Por lo tanto, como señala GONZÁLEZ RUS, la aceptación de la prisión provisional con el fin de evitar la reiteración delictiva supone: a) si se considera que se trata de una medida predelictual, recuperar las medidas de seguridad predelictuales, inconstitucionales, como queda visto; o 2) si se las ve como medidas postdelictuales contradecir el principio político-criminal instaurado por el Código de que la peligrosidad no es fundamento suficiente para medida penal alguna, como prueba el hecho de que se haya renunciado a su señalamiento para imputables peligrosos. Ello implicaría recuperar contradictoriamente mediante una medida cautelar una consecuencia penal que fue expulsada abiertamente del sistema penal hace ya bastantes años.

Otra de las críticas que se formula contra la reiteración delictiva como medida de coerción es que en aquellas legislaciones que no lo contemplan específicamente¹¹⁷⁷ su utilización violaría en forma evidente el principio de *nulla coactio sine lege*¹¹⁷⁸.

Con respecto a la dificultad probatoria en orden a este peligro, NIEVA FENOLL¹¹⁷⁹ señala que, en todo caso, debe entenderse que el cálculo sobre las posibilidades de reiteración delictiva de un sujeto son siempre hipotéticas toda vez que no puede deducirse, sin más, que quien delinquiró una vez volverá a delinquir

¹¹⁷⁵ Estas han sido declaradas inconstitucionales por el TC ya que “No caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado previamente culpable de la comisión de un ilícito penal” (STC 23/1986 de 14 de febrero) por lo que también lo sería la prisión provisional adoptada si es considerada una medida de esta naturaleza. Por lo tanto se constituyen en un instrumento de prevención especial, que en nuestro sistema democrático, solo puede aplicarse como reacción a la comisión de un delito que revele peligrosidad en su autor -medidas de seguridad postdelictuales- y nunca como previsión anticipativa del mismo- medidas de seguridad predelictuales que están prohibidas-, como las que en su día se permitían en la derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

¹¹⁷⁶ GONZÁLEZ RUS, “La pretensión...”, p. 1356.

¹¹⁷⁷ Como el nuevo CPP argentino.

¹¹⁷⁸ BERNARDINI, “El peligro...”, p. 5.

¹¹⁷⁹ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 290.

ilimitadamente en el futuro, lo cual choca con cualquier estadística de criminalidad que apunta justamente a lo contrario.

CATALINA BENAVENTE y OUBIÑA BARBOLLA al analizar una sentencia del TC sobre un caso de violencia doméstica sostienen que la tarea judicial consistió allí acertadamente en comprobar si los autos contenían los elementos necesarios que permitieran concluir que existían *indicios reales de los riesgos que se querían evitar* al decretar la prisión provisional del sospechoso¹¹⁸⁰, ya que las resoluciones recurridas se limitaron a acreditar un riesgo “futuro, presunto e incierto”. Como bien señalan las autoras, esta argumentación no se puede admitir, ni tampoco concluirse que en aquel momento el riesgo era real y cierto porque así lo hubiera corroborado *ex post* la sentencia recaída en el procedimiento principal, dentro del que se acordó la medida cautelar controvertida.

3.4 Toma de posición

Adelanto mi posición en orden a la necesidad de erradicar el peligro de evitación delictiva de los códigos que aún mantienen esta causal como justificante de la prisión provisional.

Como ha sostenido la CIDH “la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que *haya una sospecha razonable* de que el acusado pueda evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia”¹¹⁸¹.

Cualquier otra consideración asimila la condición del investigado al culpable y viola la presunción de inocencia. Ya el hecho de hablar de “reiteración delictiva” da por confirmado el delito anterior pese a que no existe sentencia en tal sentido.

Considero que la defensa de esa potestad judicial y su presencia en la legislación no tienen en cuenta que el derecho a la libertad, en el que pretende basarse,

¹¹⁸⁰ De dichas resoluciones se infería que los hechos que motivaron la adopción de la medida cautelar de prisión provisional no fueron los hechos supuestamente delictivos que habían dado lugar a la incoación de las diligencias previas por hechos violentos y amenazas en el ámbito familiar, sino en especial el reiterado incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento cuyo origen sí traía causa directa de los hechos denunciados.

¹¹⁸¹ CIDH, Informe No. 12/96, párr. 84.

que poseen los “ciudadanos” incluye a aquellos que son acusados de un delito y que es justamente allí donde resulta necesaria la protección de las garantías consagradas constitucionalmente frente a un posible accionar abusivo del Estado que goza del monopolio del uso de la fuerza.

A mi criterio tal posición desvela una clara confusión entre pena y prisión provisional, o quizás expone el verdadero problema que contiene este supuesto y es que no distingue entre una y otra modalidad de encarcelamiento lo cual pretende ocultarse con eufemismos.

El Estado debe garantizar la seguridad ciudadana mediante otro tipo de políticas públicas, no instrumentalizando a los ciudadanos. Además, si esto se realiza respecto de sospechosos de un ilícito, no habría mayores obstáculos para permitirlo respecto de cualquier ciudadano¹¹⁸².

La prisión provisional no fue concebida como una medida de prevención, ni general ni especial, pues estas son funciones de la pena que se impone en una sentencia de condena. Y tampoco puede concebirse la prisión provisional como medida de seguridad pues, de *lege lata*, estas son siempre postdelictuales y han de imponerse con las mismas garantías que una pena, esto es, en una sentencia al término del proceso¹¹⁸³.

Para quienes pretenden ponderar el daño causado con la privación de libertad con el daño evitado cabe preguntarles cómo se puede valorar ello sobre un hecho futuro imposible de predecir. La falta de corroboración empírica de su argumento añade a su descrédito. Ingresar en la discusión sobre la comparación de tales presuntos bienes amenazados implicará debatir sobre políticas de seguridad, no sobre funciones judiciales penales.

Y la comparación de bienes que así se intenta debe realizarse con mucho cuidado toda vez que una privación es efectiva y la otra es hipotética por lo cual no

¹¹⁸² Pese al argumento señalado por la Corte Suprema de los EE.UU. que sostiene que “*las sanciones de encarcelamiento preventivo no son impuestas a todas las personas que se consideran peligrosas, solo a aquellas que están sometidas a persecución penal. Así, es la presencia de la culpabilidad que surge desde la imputación aún no demostrada la que actúa como disparadora de la detención*” (cfr. la opinión de Rehnquist en *US v. Salerno*, 481 US 739, 746-747 -1987-), obsequiando un peligroso valor de culpabilidad a la mera imputación de un ilícito. Conforme explica BOVINO, A., *Aporías...*, p. 35, se debe tener en cuenta que la detención preventiva, en los EE.UU., se aplica con fines penales sustantivos a los que eufemísticamente, se los llama “regulatorios”.

¹¹⁸³ GASCÓN INCHAUSTI, “La reforma...”, p. 19.

alcanzará con valorar en un mismo plano los bienes e intereses que peligran o se restringen en uno u otro caso.

Por su parte, la utilización de la prisión provisional con una finalidad simbólica que reemplace al prolongado desarrollo del proceso y el tardío dictado de una sentencia que suele ocurrir en el sistema no puede redundar en un perjuicio para los investigados, mayor al que el propio proceso conlleva.

Además, el hecho de que el acusado sea finalmente condenado no puede tener incidencia en la razón que debe identificar *si en el momento en que se adoptó la prisión provisional existía un riesgo concreto, real y cierto*. Por todas estas razones, la prisión provisional no es el instrumento más idóneo para luchar contra ilícitos penales especialmente sensibles para la sociedad¹¹⁸⁴.

Aún admitido en un plano teórico que la medida también pueda utilizarse lícitamente como instrumento para evitar la reiteración delictiva -y especialmente para proteger a la víctima-, es imprescindible que la regulación que se haga del uso de la prisión con esta meta sea muy rigurosa y escrupulosamente respetuosa de las exigencias del principio de proporcionalidad siendo necesario que la Ley defina con precisión las condiciones, siempre excepcionales, para servirse de la prisión con este fin, evitando toda ambigüedad o una excesiva amplitud que permitieran a los jueces utilizarla sin la debida medida.

Respecto a la discusión basada en si los bienes jurídicos protegidos de posibles ulteriores daños deben pertenecer a la misma víctima que el ilícito investigado en primer término o puede tratarse de bienes jurídicos distintos o de víctimas distintas o indeterminadas que puede desprenderse de la legislación española¹¹⁸⁵ debe considerarse

¹¹⁸⁴ CATALINA BENAVENTE/OUBIÑA BARBOLLA, "Prisión provisional:...", p. 7; respecto a la orden de alejamiento señala MORENO CATENA, V. ET AL., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 302, que "desde un punto de vista jurídico debe reconocerse, sin embargo, que el nuevo art. 544 bis LECrim desborda la naturaleza genuina de las medidas cautelares propias del proceso penal, ya que su objetivo no se dirige a evitar la ocultación del delito o la sustracción del imputado a la acción del imputado a la acción de la justicia, sino más bien a proteger a la víctima de futuras y posibles agresiones; por tanto, el legislador está autorizando estas medidas con una imputación indiciaria realizada por la autoridad judicial frente a quien está amparado por la presunción de inocencia".

¹¹⁸⁵ GASCÓN INCHAUSTI, "La reforma...", p. 21. Explica este autor que en el supuesto contemplado en el art. 503.1.3º c) LECrim la finalidad de la prisión provisional consiste en evitar la comisión de nuevos delitos, aunque con la especialidad de que se trate de delitos contra bienes jurídicos de la víctima, con singular incidencia en el caso de los malos tratos en el ámbito familiar y conyugal. Si bien el objetivo buscado con el precepto es loable, y forma parte de un plan de actuación legislativa dirigida a luchar contra dicho fenómeno, la redacción del precepto resulta excesivamente abierta pues no sujeta la adopción de la prisión más que al requisito general de apariencia delictiva, sin límite penológico alguno.

que, aunque en términos generales se pueda hablar de “reiteración delictiva”, el peligro que pretende combatirse con dicho marco legal no es el de que se vuelva a cometer el mismo delito, sino, de forma más amplia, el de que el imputado vuelva a cometer otros hechos delictivos, sean o no del mismo tipo que el que ya se le atribuye¹¹⁸⁶.

Por ello, con respecto a la identidad de la víctima entiendo que, de *lege ferenda*, debe cuanto menos limitarse la consideración a la protección del mismo damnificado del supuesto hecho delictivo investigado en primer término ya que lo contrario implicaría una “carta blanca” de encarcelamiento de sospechosos de hechos aún no realizados. Estas prácticas que han ignorado durante grandes períodos el Estado de Derecho han sido trabajosamente desterradas en su mayoría, pese a que el legislador español aun prevé primordialmente este motivo de la prisión provisional para los supuestos de habitualidad delictiva y, sobre todo, para los de delincuencia organizada.

Cualquier uso de la prisión provisional debe ser excepcional, pero justificar esos supuestos en un contexto donde aún se abusa de la medida resulta peligroso ya que es más probable que ese uso se amplíe a que las alternativas menos lesivas se afiancen.

La consideración de la prisión provisional dentro del sistema penal como un equivalente funcional a la pena de prisión, que se basa fundamentalmente en el cómputo a sus efectos del tiempo privado de su libertad durante el proceso¹¹⁸⁷ reconoce el problema pero no aporta a la solución.

Como veremos, la teoría de los equivalentes funcionales de la pena reconoce funciones latentes en otras instituciones que ayudarían a limitar la sanción, pero no por

Evidentemente, una adopción generalizada y semi-automática de esta medida cautelar en los supuestos de presuntos malos tratos en el ámbito doméstico no resulta admisible; antes bien, la vigencia del principio de proporcionalidad hace que la adopción de la prisión provisional deba ser necesariamente subsidiaria en los casos en que se revelen como insuficientes las órdenes de alejamiento del art. 544-bis o la orden de protección a la víctima del art. 544-ter LECrim; cfr. también DÍAZ MARTÍNEZ, *Prisión provisional...*, p. 6.

¹¹⁸⁶ GASCÓN INCHAUSTI, “La reforma...”, p. 20. Tratándose del supuesto general, consistente en evitar que el imputado cometa otros hechos delictivos (art. 503.2 LECrim), la Ley establece los siguientes límites: a) obliga al juzgador, para valorar si concurre o no este riesgo, a atender a las circunstancias del hecho y a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer. Salvo para los casos de delincuencia habitual u organizada, es plenamente operativo el requisito general de que el hecho punible cuya comisión motive la prisión provisional esté sancionado con una pena de prisión cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión; y b) exige que el hecho delictivo imputado sea doloso. También GONZÁLEZ RUS, “La pretensión...”, p. 1357, sostiene que el supuesto hoy contenido en la legislación española no puede entenderse como el peligro de una nueva lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado sino que supone una remisión indiferenciada a cualquier nuevo delito que pueda presumiblemente llegar a cometerse.

¹¹⁸⁷ RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho Penal Sustantivo...”, p. 158.

ello las legitima. Ello que se reconoce en la práctica (violaciones al debido proceso, hacinamiento en las cárceles, etc.) habilita a que otros institutos reemplacen a aquella pero los abusos y las violaciones procesales deben limitarse y no solo explicarse o compensarse *a posteriori*.

3.5 Propuesta alternativa

Una propuesta alternativa consiste en que la decisión sobre el uso de la prisión provisional en supuestos como el debatido sea evaluada, y eventualmente adoptada, por un juez distinto al que instruye las actuaciones ya que este no solo se encuentra contaminado por cuestiones sustanciales del hecho investigado sino que la prevención de nuevos delitos no se relaciona necesariamente con el supuesto hecho aún no corroborado. En su caso, deberá ser tenida en cuenta por la autoridad que deba analizar los peligros futuros para la ciudadanía pero no por dentro del proceso correspondiente al hecho ya judicializado.

Cuando no se busca proteger a una víctima concreta no está en riesgo este proceso en concreto sino la peligrosidad del acusado. Y cuando sí se persigue ello, debe contemplarse la posibilidad que brinda el art. 544 ter (orden de protección para las víctimas de violencia doméstica).

Resulta claro que atento a la consideración de los derechos fundamentales en juego el control sobre la existencia del peligro en el caso particular solo puede corresponder a un órgano judicial. La valoración sobre la existencia de peligrosidad solo puede estar a cargo de un tribunal, pues ella exige la comprobación efectiva de circunstancias objetivas y ciertas, en un caso concreto, y respecto de un sujeto determinado, que indiquen la existencia probable del peligro de que se trate.

Sin embargo, bastaría quizás con la decisión sobre medidas de protección que corresponden a la jurisdicción civil ya que, además del trabajo que realizan las oficinas de protección de testigos y víctimas y las políticas de seguridad administradas por un poder distinto del Estado, el resto de las medidas de seguridad ciudadana no requieren

necesariamente la actuación de un juez penal que interviene en la investigación de un hecho pretérito¹¹⁸⁸.

Esta propuesta hace hincapié en que la decisión de seguridad que se alega para defender graves restricciones a la libertad individual es distinta de aquellas que deben adoptarse en el proceso principal que se encuentra en curso en cada caso y que investiga un hecho descripto previamente en la correspondiente imputación.

Máxime en un sistema mixto donde el juez instructor puede carecer *a priori* de la imparcialidad necesaria para adoptar la medida de cautela personal¹¹⁸⁹, debiendo resguardarse asimismo la porción de prejuizgamiento que ello implica.

A ello se suma la posibilidad hoy presente de que dos magistrados arriben a decisiones contradictorias sobre un mismo riesgo en cabeza de una misma persona acusada, lo cual con la propuesta que formulo podrá evitarse.

Su implementación implicaría una reforma legislativa ya que el art. 502 LECrim prescribe que “Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa”.

En definitiva, propongo la supresión legislativa del criterio de “evitación de reiteración delictiva” por su carácter contrario a la presunción de inocencia ya que, en todo caso, responde a funciones propias de la pena lo cual asimila al imputado con el culpable y toda vez que la sola expresión reiteración delictiva da por sentada la existencia de un delito previo que aún no ha sido juzgado¹¹⁹⁰. Como alternativa incorporo la propuesta de que si aún es considerada legítima la causal, la decisión al respecto sea adoptada en todos los casos por un juez distinto al que instruye el proceso seguido por posibles hechos delictivos anteriores.

4. La alarma social

¹¹⁸⁸ En sentido similar, SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 238.

¹¹⁸⁹ De opinión contraria, ANDRÉS IBÁÑEZ, “Presunción de inocencia...”, p. 11

¹¹⁹⁰ Piénsese que si el Estado aún no ha podido probar un hecho que efectivamente ya fue cometido -el hecho punible objeto del proceso-, cuánto más improbable es que “pruebe” que algo suceda en el futuro.

Además de las causales antes analizadas han existido, durante el desarrollo de la legislación procesal, supuestos justificantes de la prisión provisional que, pese a encontrarse actualmente derogados en su mayoría, mantienen una consideración latente como baremo judicial. Estos explicitan razones de “alarma” en la población como aval para el dictado de la grave medida como ocurrió en España desde 1957¹¹⁹¹ y hasta la reforma de 2003.

Pese a que este motivo, actualmente, no es habitual en los códigos, alusiones a su contenido permanecen expuestas en distintos preceptos y también en decisiones judiciales por lo que no debemos escapar a su abordaje. Su consideración se vincula con el fenómeno de los juicios paralelos que, como criterio rector de este fundamento en muchos casos, sostienen el concepto y brindan apoyo extraprocesal a la decisión judicial prisionalizadora.

El fundamento de alteración de la paz social así como el “peligro de alteración del orden público” permitirían que cualquier manifestación pública alcance para encarcelar a una persona. Se lo ha identificado también como temor en la sociedad¹¹⁹².

La alarma puede producirse por factores tan aleatorios como “lo dramático del delito”, su cobertura mediática o la notoriedad de sus autores. Por ello la finalidad ejemplarizante o de escarmiento que persigue no es de recibo en un sistema procesal avanzado.

Incluso se ha sostenido la pretensión de preservar el orden público al disponerse la detención para proteger al imputado de un “linchamiento” por parte de la población¹¹⁹³. Tal opción debe ser rechazada, ya que si la reacción social ante el delito hace necesaria la protección personal de su presunto autor, la forma de hacerlo nunca deberá ser su encarcelamiento sino la protección policial mediante las medidas necesarias para ello (v.gr., vigilancia, cambio de domicilio, etc.).

Pese a ello, estas ideas mantuvieron su anclaje normativo en diversos ordenamientos durante varias décadas aceptándose motivos de adopción de la prisión

¹¹⁹¹ Art. 503.4 LECrim.

¹¹⁹² SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 139.

¹¹⁹³ MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 14. Según GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, p. 1326, el concepto de “orden público” hoy no puede ser entendido como una tutela del principio de autoridad, sino como el libre ejercicio, por los ciudadanos, de sus derechos constitucionales (SSTC 6/1983, 19/1985, 43/1986, 59/1990), lo que autorizaría al juez, a fin de prevenir la puesta en peligro de tales derechos el ingreso en prisión provisional de un determinado imputado ante, v.gr., la necesidad de evitar vindictas familiares con ocasión de la comisión de un crimen pasional.

provisional que distorsionaban gravemente su naturaleza cautelar y que son considerados por GIMENO SENDRA, CONDE-PUMPIDO y GARBERÍ LLOBREGAT como “*de orígenes ciertamente muy espurios*”. Su erradicación legislativa, sin embargo, no implicó automáticamente su supresión de la cultura procesal.

Este tipo de fundamento tuvo su aparición legal¹¹⁹⁴ con la reforma de 1935 al CPP danés, que dispuso la prisión provisional por razones de “interés público” y la aplicaba simplemente por el daño que proporcionaba a la Administración de Justicia la permanencia en libertad del imputado.

A la par, el nacionalsocialismo incluyó el concepto de “irritación social” que permaneció vigente hasta 1945, desapareciendo en Alemania tras la Ley de 1950¹¹⁹⁵ aunque fue reintroducido en la década de los sesenta y, actualmente (desde 2004), aparece de modo implícito en el CPP germano al admitirse la adopción de la prisión provisional en casos de delitos muy graves tasados en la ley¹¹⁹⁶.

La misma razón de apaciguar la zozobra social producida por determinados delitos aparece bajo variadas nociones en otros ordenamientos, como es el francés, ante la introducción de la perturbación grave del orden público como uno de los motivos de la prisión provisional¹¹⁹⁷ con la creación de la “Cour de Suret, de l’Etat”, establecida para combatir los sucesos provocados por la guerra de Argelia. En la actualidad, el referido motivo de protección del “orden público” se mantiene en países como Bélgica o Portugal¹¹⁹⁸.

En España el concepto de “alarma” ya había sido introducido con la promulgación de la LECrim de 1882 (que permitía *a contrario sensu* la libertad provisional con fianza cuando, además de otros requisitos, el delito no hubiera producido alarma)¹¹⁹⁹, y se incorporó el calificativo de “social” a raíz del DL de 2 de

¹¹⁹⁴ GIMENO SENDRA/CONDE-PUMPIDO/GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, p. 139.

¹¹⁹⁵ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 60.

¹¹⁹⁶ CUENCA MIRANDA, “La prisión provisional...”, p. 35.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 35.

¹¹⁹⁸ ALONSO FERNÁNDEZ, *Pasado y presente...*, p. 117.

¹¹⁹⁹ En el RD de 30 de septiembre de 1853 ya se había intentado fundamentar como elemento limitador ante la utilización excesiva que en la práctica judicial y en el momento histórico concreto se realizaba de la prisión provisional, así como por la lentitud en la tramitación de las causas criminales; pretendiendo implantar la aplicación de la privación temporal de libertad solamente para aquellos supuestos en los que fuera de apreciar alarma social o riesgo de fuga del reo y generalizar el uso de la prisión provisional con fianza. *Ibidem*, p. 75.

marzo de 1957¹²⁰⁰. Este convirtió en obligatoria la prisión provisional en todos los delitos contra la seguridad interior del Estado¹²⁰¹, convirtiéndola en una verdadera “pena anticipada” con un fin de prevención general quitándole, conforme concluye ALONSO FERNÁNDEZ¹²⁰², el carácter de excepcionalidad que hasta ese momento, con mayor o menor intensidad, le había sido reconocido.

Cerrado el periodo franquista, y superada una concepción y utilización “política” de la prisión provisional, la medida cautelar retomó la senda que presentaba en 1928, con la cuestión no resuelta del automatismo en su aplicación a partir de determinada pena que correspondiera al hecho delictivo investigado, lo cual conllevó el inicio de un periodo en el que la alarma social tendría, junto a la “frecuencia” en la comisión de hechos delictivos, un papel relevante como justificación de la medida¹²⁰³.

Pese a la resistencia contra el mantenimiento de estas razones como motivo de encarcelamiento, sostenidamente criticadas por la doctrina¹²⁰⁴ y reiteradamente expuestas por el TC a través de sus sentencias¹²⁰⁵, la divergencia entre la ley¹²⁰⁶ y la jurisprudencia se dilató desde el año 1980¹²⁰⁷ hasta la reforma procesal de 2003¹²⁰⁸.

Pese a ello, autores como DE URBANO CASTRILLO observan que lo dispuesto actualmente en el ya analizado art. 503.2.3º, c), LECrim¹²⁰⁹, resulta una adaptación de la denostada alarma social, concepto ligado a la prevención general y a la terminología criminológica de inseguridad ciudadana, temor social y otras expresiones similares, que

¹²⁰⁰ *Ibidem*, p. 138. Durante la época franquista, por el que se añade un nuevo párrafo al art. 503 LECrim, se establece la prisión provisional para un gran número de delitos con fundamento en conceptos indeterminados, y por tanto susceptibles de ser interpretados de forma dispar, como son “alteración” y “restablecimiento” del orden público, destacando como fin de la medida cautelar el de calmar una genérica desmoralización social (expresión que es considerada el antecedente de la “alarma social” introducida en la LECrim por la Ley 16/1980).

¹²⁰¹ GIMENO SENDRA/CONDE-PUMPIDO/GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, p. 139; también la Ley creadora del Tribunal de Orden Público mantuvo el concepto de “alarma social”.

¹²⁰² ALONSO FERNÁNDEZ, *Pasado y presente...*, p. 138.

¹²⁰³ *Ibidem*, p. 150.

¹²⁰⁴ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, pp. 60 ss., constituyó una de las voces que, cuando aún permanecía legislado en España el supuesto, criticó su aplicación que ya había sido superada en Alemania.

¹²⁰⁵ Desde las SSTC 98/1997 y 66/1997.

¹²⁰⁶ La cuarta circunstancia que por entonces en la LECrim (arts. 503.2 y 504.2) se contemplaba para señalar el *periculum in mora* era que se trate de delito que haya causado alarma social -o sea de los que se cometen con frecuencia-.

¹²⁰⁷ Había sido la Ley 16/1980, de 22 de abril, la que introdujo la alarma social como elemento justificante de la prisión provisional para delitos castigados incluso con pena de arresto mayor -de un mes a seis meses-.

¹²⁰⁸ Que por la LO 13/2003 modificó el art. 504 de la LECrim que excluyó a los motivos de “alarma” del fundamento legal de la medida cautelar.

¹²⁰⁹ “Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima”.

reflejan el modo en que se ve afectada la colectividad social por el delito¹²¹⁰. Sin embargo se advierte que la nueva fórmula acota el fundamento siempre que se la tome como de rasgo individual y signifique una protección de los derechos y libertades de las personas específicamente perturbadas por el delito, sustituyéndose la finalidad anterior, más vaporosa, por otra más concreta, que trata de proteger a las víctimas del hecho delictivo concreto¹²¹¹.

La doctrina española destaca que admitir en la prisión provisional el objetivo de calmar la alarma social, implica atribuirle una doble naturaleza¹²¹²: por un lado, de pena anticipada ya que constituye una sanción que satisface a la sociedad y, de otro, de medida de seguridad, ya que pretende, con una finalidad preventiva, aislar al sujeto supuestamente peligroso¹²¹³, todo lo cual presupondría, una vez más, anticipar la culpabilidad del imputado en franca contradicción con la presunción de inocencia.

Este problema mantiene vigencia, ya que existe también en países como Brasil el fundamento de “garantizar el orden público”¹²¹⁴, y un segmento de la jurisprudencia asimila el “orden público” al “clamor público”, relacionando este con la necesidad de “preservación de la credibilidad en la Justicia” o “satisfacción del sentimiento de justicia de la sociedad”, y también con “ejemplaridad” y “alarma social”¹²¹⁵.

Estos conceptos vagos e indeterminados¹²¹⁶ refieren a un estereotipo constituido por una carga emocional sin base empírica que requeriría una previa investigación estadística sociológica que midiera el efecto social real que el hecho ha producido. Aunque lo cierto es que en la práctica se mide por la mayor o menor atención que ha provocado el suceso, habitualmente reflejado en los medios de comunicación, respecto a la inseguridad, el desasosiego o el temor que genera en los ciudadanos la ejecución de determinados delitos. Como puede advertirse fácilmente, esta conceptualización deviene en alimento instantáneo para el populismo punitivo¹²¹⁷.

¹²¹⁰ Cfr. DE URBANO CASTRILLO, E., “Presupuestos y fines de la prisión provisional”, en *Régimen jurídico de la prisión provisional*, DORREGO DE CARLOS, A. (Coord.), Ed. Sepin, Madrid, 2004, p. 156.

¹²¹¹ *Ibidem*, p. 156.

¹²¹² Cfr. SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 140.

¹²¹³ Cfr. ASENCIO MELLADO, *La prisión...*, p. 87; DALABRIDA, S. E., “La prisión provisional en el ordenamiento procesal brasileño desde la regulación procesal española”, tesis doctoral. Universidad de Navarra, Pamplona, 2011, p. 405.

¹²¹⁴ Art. 312 CPP.

¹²¹⁵ DALABRIDA, “La prisión...”, p. 399.

¹²¹⁶ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 139.

¹²¹⁷ LANDROVE DÍAZ, *El Nuevo...*, pp. 63 y 65, señala que la alarma es “social” cuando refiere a su calidad de pública, publicitada por unos medios de comunicación que, además, la retroalimentan,

Como señalara GIMENO SENDRA:

*“...sería inconstitucional que la sola alarma social ocasionada por el delito pudiera hacer llegar a desplazar el peligro de fuga, pues, por muy respetables que sean los sentimientos sociales de “vindicta” la prisión provisional no está concebida como una pena anticipada que pueda cumplir fines de prevención, sino exclusivamente para asegurar la presencia del imputado”*¹²¹⁸.

Es un criterio ajeno que claramente excede de la propia naturaleza cautelar y eminentemente procesal de la prisión provisional para entrar en una dimensión más propia de la pena misma o las medidas de seguridad¹²¹⁹, en el que la medida cautelar como instrumento de una política de prevención general y especial y con un carácter intimidatorio o retributivo, de dudosa constitucionalidad, desempeña un papel propio de aquellas¹²²⁰.

Además, el excesivo contenido de irracionalidad del criterio de la excitación de la opinión pública potencia el peligro de abusos a que se presta, por la posibilidad de ser creado por los medios de comunicación masiva o por organizaciones políticas, y por la dificultad de determinar el ámbito necesario para que el sentimiento de indignación se manifieste o se difunda para adquirir relevancia jurídica¹²²¹.

La finalidad de prevención general a la que responden estos supuestos busca, en todo caso, satisfacer un sentimiento colectivo de indignación, sobrecogimiento o preocupación, propiciado por las especiales características del hecho delictivo (gravedad, ensañamiento, notoriedad, repercusión mediática, desprestigio para las instituciones o funciones del Estado, etc.), circunstancias que, en general, son ajenas al imputado.

El TC se pronunció reiteradamente en concreta alusión a la alarma social¹²²² insistiendo en que los únicos fines constitucionalmente legítimos que justifican la adopción de la medida eran el riesgo de fuga, la obstrucción de la instrucción penal y la

condicionando así la percepción de todo un colectivo sobre la inseguridad ciudadana; produciéndose, en suma, cuando los medios de comunicación dicen que se ha producido. Ciertamente es que también la noticia podría dar ideas nuevas para la comisión de delitos. En la suma de noticias relacionadas en contextos de crisis económicas, situación social y descubrimiento de nuevas modalidades delictivas, esto puede generar un cóctel incluso en ese sentido de propagación indeseado.

¹²¹⁸ GIMENO SENDRA, “La prisión provisional...”, p. 152.

¹²¹⁹ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 142.

¹²²⁰ *Ibidem*, p. 143.

¹²²¹ *Ibidem*, p. 143.

¹²²² Por todas, en la STC 47/2000.

reiteración delictiva. Rechazaba la alarma social, entendiendo que era incompatible con la CE toda vez que implicaba atribuir a la prisión provisional una finalidad de prevención general que es exclusiva de la pena la cual “presupone un juicio previo de antijuridicidad y culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa”. Pero dicho argumento, que alude al “juicio previo de antijuridicidad y culpabilidad”, concurre igualmente en las demás finalidades estudiadas¹²²³.

Por esta razón, el TEDH, si bien no ha llegado a declarar contrario al CEDH el motivo de alteración del orden público, sí que ha llamado la atención a fin de que los jueces extremen su celo a la hora de revisar de oficio la permanencia en el tiempo de la medida, disponiendo la libertad de los detenidos tan pronto como haya desaparecido aquella alteración¹²²⁴.

SANGUINÉ¹²²⁵ también consideraba este supuesto como de muy dudosa acogida, si no coincidía con alguna de las dos primeras causales estudiadas. El matiz de “social” que acompañó en la ley el concepto de “alarma”, venía a configurar el fin de dar satisfacción inmediata a la inseguridad o apaciguar y frenar la agresividad y frustración colectiva a un sentimiento social -real o manipulado- de indignación por el hecho cometido¹²²⁶. En estos supuestos, la prisión provisional desempeñaba la específica función de mantenimiento de la paz social¹²²⁷ y de evitar la psicosis del miedo y la alarma social¹²²⁸ constituyendo un concepto indeterminado que atenta contra la seguridad jurídica y que difícilmente encuentra justificación en el ordenamiento constitucional¹²²⁹.

¹²²³ Para MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 145, el criterio de alarma social es rechazable no por los motivos apuntados por el TC, sino sencillamente porque excluye el fundamento último de toda medida provisional o cautelar, cual es el de evitar una conducta dañosa o perjudicial del imputado durante la pendencia del proceso (ya que esto no se basaba en la conducta del sujeto encarcelado sino de otros, con lo que lo instrumentalizaba).

¹²²⁴ Por todos, SSTEDH “Tomasi” de 27 de agosto de 1992; cfr. GIMENO SENDRA, V./CONDE-PUMPIDO, C./GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, p. 140.

¹²²⁵ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 138.

¹²²⁶ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, pp. 25-26 y 59.

¹²²⁷ ASENSIO MELLADO, *La prisión...*, p. 128.

¹²²⁸ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 154.

¹²²⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 174-175, ya con posterioridad a la derogación de la causal ha señalado que esta es inaceptable como presupuesto de la prisión provisional ni es constitutiva de un *periculum in mora*. Por motivos de fundamento pero también -y aquí radicaba su mayor dificultad- por motivos que afectan a la apreciación y valoración judicial de esta circunstancia y a su previa acreditación por las partes.

También GASCÓN INCHAUSTI¹²³⁰ observó un concepto de contornos muy imprecisos que tiene que ver con el fuero interno de la ciudadanía y con el desasosiego que genera la comisión de un delito concreto, o de una cierta clase de delitos, que puede o no traducirse en la perpetración de actos peligrosos de reacción¹²³¹.

Por eso, su empleo como criterio para adoptar una medida restrictiva del derecho fundamental a la libertad personal no se encuentra suficientemente justificado, no siendo finalidad del proceso penal aplacar la alarma social, o actuar como “bálsamo” sobre la sociedad; ya que estas son tareas estrictamente gubernativas, o administrativas, que en modo alguno están encomendadas a los órganos jurisdiccionales penales, llamados a investigar y juzgar hechos pretéritos.

Ahora bien, pese a que la regulación actual ha intentado borrar cualquier rastro de la alarma social como motivo o finalidad de la prisión provisional, la reacción comunitaria generada por el delito puede tener aún relevancia, en tanto genere alguno de los peligros contemplados en la Ley. Así, un elevado grado de alarma social puede inducir al imputado a fugarse, ante el temor de ser objeto de agresiones o represalias; y también puede resultar perjudicial para una correcta investigación de los hechos, sobre todo en los momentos iniciales de la instrucción. Cuando así suceda, la alarma podría utilizarse como circunstancia de la que se pueda inferir racionalmente la concurrencia de alguno de los anteriores riesgos descritos; y, entonces, si se adoptara la prisión provisional, su finalidad no consistiría ya en poner fin a dicha alarma, sino en evitar los mencionados riesgos¹²³².

El peligro en torno a ello radica en que, como explica LANDROVE DÍAZ, y fue analizado en el Capítulo anterior de este trabajo, los medios de comunicación transmiten con frecuencia imágenes sesgadas de la realidad, incrementando la sensación de inseguridad y el clima social, informando incluso sobre pretendidas “olas de criminalidad” que no coinciden con la realidad delictiva reflejada en las estadísticas criminales o en la investigación¹²³³.

¹²³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, “La reforma...”, pp. 237-274.

¹²³¹ En este mismo contexto se explica la introducción en el art. 506.3 LECrim de la obligación de notificar las resoluciones judiciales relativas a la situación personal del imputado a las víctimas del delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución.

¹²³² GASCÓN INCHAUSTI, “La reforma...”, p. 22.

¹²³³ LANDROVE DÍAZ, *El Nuevo Derecho...*, p. 65.

Entre los escasos defensores de esta razón de encarcelamiento, encontramos en la doctrina jurídica a CALVO SÁNCHEZ y PÉREZ GORDO¹²³⁴ quienes se basaban en que el art. 17 CE no señala límites de ningún tipo, con lo que el legislador estaría capacitado para darle a la prisión provisional la finalidad que considere adecuada, máxime si es una respuesta a una petición socialmente generalizada ya que “el derecho no puede vivir de espaldas a la realidad”, en especial ante determinada tipología delictiva (agresiones físicas en grupo, delitos sexuales, sustracciones con violencia, tráfico de drogas en zonas localizadas)¹²³⁵.

En Francia, como se señalara, existe el motivo consistente en la prevención de la “alteración del orden público”, que el TEDH ha legitimado. El art. 1144, ap. 1 y 2 CPP expresamente admite disponer la prisión provisional basada en la necesidad de proteger al inculpado como objeto inmediato de sustraerlo del furor público cuando haya provocado un “choque emocional” generalizado¹²³⁶.

En cualquiera de estos casos resulta claro que, aun cuando se admitiere, no bastaría con que el juez afirme que el hecho presuntamente delictivo produjo “alarma social”, debiendo ponderar los datos de la situación con los elementos objetivos que la configuran solo aceptándose para casos excepcionalísimos.

Aquí radica la mayor dificultad para legitimar este presupuesto ya que, a la referencia a una sensación o sentimiento social de muy imprecisos y difusos contornos objetivos y subjetivos -y por ello finalistas, formales y conceptuales-, se suma una finalidad de prevención general positiva que refleja una exacerbación infundada o desproporcionada de la de prevención especial negativa (tendente a la inmediata inculcación del encausado, con su ingreso en prisión), sin especificar siquiera el concreto riesgo al que se pretendía hacer frente, pudiendo llevar a móviles o impulsos puramente retribucionistas en pos de un “rápido castigo” del “culpable” (funciones que son propias, en el mejor de los casos, de la pena)¹²³⁷.

¹²³⁴ CALVO SÁNCHEZ, M. C., “De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la ley Orgánica 10/1984 de 26 de diciembre”, *Revista La Ley*, de 22 de marzo de 1985, pp. 1180-1181; PÉREZ GORDO, A. “Libertad personal y prisión provisional en la constitución, en la LECR y en los textos legales y jurisprudenciales”, *Justicia: revista de derecho procesal*, n° 1, 1984, pp. 10-12 y 33-37.

¹²³⁵ Cfr. SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, pp. 139 y 152.

¹²³⁶ *Ibidem*, pp. 141 y 152, sostiene que si la detención se utiliza solo para satisfacer deseos sociales de seguridad, supone la formulación de un juicio de culpabilidad ya que aplica la prisión provisional para fines de prevención general, para fines ético-retributivos

¹²³⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 176.

CATALINA BENAVENTE y OUBIÑA BARBOLLA sostienen que el problema es calibrar la repercusión de la alarma social, que generan estos hechos, en las resoluciones judiciales y destacan que, quizás, ante el temor de verse criticado por los medios de comunicación, el órgano judicial prefiera acordar la prisión provisional y que sea después el órgano superior, o incluso el TC, el que tenga que decidir sobre la conveniencia o no de la medida adoptada, sobre el que, en todo caso recaerán las críticas¹²³⁸. Esto quiere decir que aunque se suprimió del código, la reacción de la opinión pública sigue teniendo peso en las decisiones de los jueces sobre la prisión provisional.

En cualquier caso, la prisión provisional no puede anticipar la pena; ni tener un fin de prevención especial de evitar la comisión de delitos de la persona a la que se priva de libertad; tampoco tiene como fin “calmar la alarma social”, ni lograr que el imputado “colabore” con la investigación penal de los hechos, ya que en cualquiera de esos casos se estaría vulnerando la presunción de inocencia y otras garantías constitutivas del debido proceso¹²³⁹.

Supuestos de este tipo se han advertido en Argentina respecto del art. 4 de la Ley de arrepentido (27.304) que relaciona mediante un precepto legal y sin mayores precisiones el arrepentimiento de un imputado con la decisión judicial sobre su derecho a la libertad ambulatoria durante el desarrollo del proceso¹²⁴⁰.

Usar la prisión provisional como instrumento apaciguador de ansias y temores presuntamente suscitados por el delito resulta insostenible en un sistema que respeta los derechos de los ciudadanos y proclama la supremacía constitucional. Este tipo de causales no son más que cortinas de humo a través de las cuales el legislador logra un alargamiento de la política de seguridad o de orden público¹²⁴¹, a la par que brinda un poder excesivo a la policía y a los medios de comunicación.

La política penal del orden público y el populismo punitivo se apoyan en la creencia de que solo una agudización de la represión permitirá hacer frente de manera eficaz al problema de la criminalidad. Aquí se enmarca esta causal, que adopta una

¹²³⁸ CATALINA BENAVENTE/OUBIÑA BARBOLLA, “Prisión provisional:...”, p. 6.

¹²³⁹ MORENO CATENA, *Derecho Procesal...*, pp. 285-286; CATALINA BENAVENTE/OUBIÑA BARBOLLA, “Prisión provisional:...”, p. 6.

¹²⁴⁰ Expresa y sintéticamente consigna: “Cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes.”

¹²⁴¹ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 145.

función de pena sin juicio, ejemplar e inmediata, y por tanto vedada en un Estado Social y Democrático de Derecho.

5. Limitación temporal de la medida restrictiva de derechos

La doctrina mayoritaria considera que la prolongación excesiva de la prisión provisional, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, revela la utilización abusiva del instituto y lesiona de forma desproporcionada el derecho a la libertad personal¹²⁴².

En este orden de ideas, la CIDH ha establecido que el derecho a la presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda el plazo razonable mencionado en el art. 7.5 CADH. De lo contrario, dicha prisión adquiere el carácter de una pena anticipada, y constituye una violación del art. 8.2¹²⁴³.

Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de los supuestos de peligrosidad procesal antes analizados, se ha dicho que está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con el encarcelamiento preventivo¹²⁴⁴. De este modo la prisión provisional pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia y, de medio, se transforma en fin.

Debido a la circunstancia de que, de un lado, en el proceso penal rige la presunción de inocencia y que, de otro, la prisión provisional de algún modo anticipa los efectos de la pena (y, de aquí, que se le compute al penado el tiempo sufrido en situación de prisión¹²⁴⁵), se hace necesario que la medida restrictiva de derechos dure lo imprescindible para cumplir con su objetivo legítimo, para lo cual es necesario tramitar con preferencia y con la mayor urgencia posible los procesos penales que tengan presos preventivos.

¹²⁴² SERGI, "Límites temporales...", p. 14; MÁLAGA DIÉGUEZ, "El fundamento...", p. 214; FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 557; BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 126.

¹²⁴³ CIDH, Informe 2/97; BOVINO, *Aporías...*, p. 58; SERGI, "Límites temporales...", pp. 137 ss.

¹²⁴⁴ Como explica GIMENO SENDRA, "La prisión provisional...", p. 147, el requisito de la duración consiste, como su nombre indica, en poseer esa naturaleza "provisional".

¹²⁴⁵ Art. 58.1 CP.

Además la cuestión de su duración también se relaciona con el resarcimiento al que puede acceder el imputado en caso de resultar absuelto conforme a las reglas de responsabilidad civil estatal por conducta lícita¹²⁴⁶.

Este problema encuadra también en el tercer presupuesto que algunos autores¹²⁴⁷ reconocen a la medida cautelar: la pendencia de un proceso o *litispendencia*. Es decir, la existencia de un proceso todavía en trámite que constituiría un requisito unitario con independencia de la base fáctica de imputación y de la concreta finalidad perseguida (elementos ya analizados)¹²⁴⁸.

El derecho a que no se prolongue indebidamente la situación de detención previa a la sentencia goza de singular protección en el ordenamiento jurídico español, pues se encuentra ubicado en el texto constitucional¹²⁴⁹ que le brinda una férrea protección traducida, frente a su conculcación, en la posibilidad de acceso a una jurisdicción de amparo a todos los ciudadanos dotados de un interés legítimo¹²⁵⁰.

Por otra parte, el principio de provisionalidad postula que todos los requisitos, presupuestos y exigencias que deben ser verificados, para autorizar el encarcelamiento anticipado, carecerían de sentido si solo fueran necesarios para fundar la decisión inicial que ordena la detención. Si así fuera, una detención inicialmente legítima puede tornarse arbitraria, sin que pueda remediarse tal situación¹²⁵¹.

Es por este motivo que se reconoce el carácter provisional de toda detención preventiva. Este principio autoriza a continuar con la detención solo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenar la privación de libertad¹²⁵². Debe servir esta cualidad para diferenciar la prisión provisional de otras instituciones afines, tales como la detención policial que es

¹²⁴⁶ LLOBET RODRÍGUEZ, "Prisión preventiva...", p. 135.

¹²⁴⁷ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal...*, p. 255; MÁLAGA DIÉGUEZ, "El fundamento...", p. 172.

¹²⁴⁸ MÁLAGA DIÉGUEZ, "El fundamento...", p. 170; MARTÍN RÍOS, *Medidas cautelares...*, p. 23; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 131. La mora procesal (propia de las medidas cautelares en general) es entendida así como el lapso de tiempo que media desde el inicio hasta la finalización del proceso, también se habla de peligro en el retraso o en la demora procesal.

¹²⁴⁹ Que lo recoge en el Tít. I, Cap. II, Secc. 1^a, de *los derechos fundamentales y de las libertades públicas*.

¹²⁵⁰ Arts. 17, 53.1, 162.1.b CE y 41.2 LOTC; cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La vulneración del plazo razonable en el proceso penal*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 11.

¹²⁵¹ BOVINO, *Aporías...*, p. 41.

¹²⁵² Plasmado en el art. 528 LECrim: "La prisión provisional solo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado"; también, BOVINO, *Aporías...*, pp. 41-42.

“provisionalísima” y la pena privativa de libertad que es una medida de ejecución y, en cuanto tal, definitiva.

Ahora bien, si tales motivos se recondujeran al de asegurar la comparecencia del imputado al juicio oral, es manifiesto que la duración de dicha medida, en principio, se encontraría en función de la duración del proceso penal principal, cuyo objeto tiende a asegurar¹²⁵³.

Como antecedentes históricos de la preocupación por la celeridad en la administración de justicia puede citarse la *Constitutio Properandum* del año 530¹²⁵⁴, donde se tomaron medidas a fin de que los procesos no tengan una duración excesiva; la *Carta Magna* de 1215¹²⁵⁵ o las Siete Partidas de Alfonso X¹²⁵⁶. En el Derecho español histórico también se observó la preocupación por la lentitud en la tramitación de las causas judiciales¹²⁵⁷.

Ante tal perspectiva, resulta claro que el problema de la duración de la prisión provisional se enmarca en uno mayor que es el de la duración del proceso¹²⁵⁸. Su inevitable duración temporal, arrastra sus problemas a la duración de la medida cautelar aunque no necesariamente debe coincidir su duración¹²⁵⁹.

Se ha apreciado un intento, mayormente infructuoso, por apearse a las corrientes modernas que señalan plazos generales que buscan que la medida dure lo menos posible, pero al mismo tiempo suele establecerse que los plazos razonables serán

¹²⁵³ PASTOR, “Las funciones...”, pp. 159 ss., es uno de las autorizadas voces que sostienen que la discusión sobre este tema no puede escindir de la de aquella sobre la duración del proceso en su conjunto, ya que un proceso en el que se llegó al límite de la prisión provisional no podría seguir su curso sin la posibilidad de garantizar por esta vía la presencia del imputado por haber fenecido la potestad del Estado de encarcelarlo preventivamente.

¹²⁵⁴ C, III, I, 13, Proemio.

¹²⁵⁵ Donde el rey inglés se comprometía a no denegar ni retrasar a nadie en su derecho y justicia.

¹²⁵⁶ Ley 7, Tít. 29, Partida 7, donde se mandaba que ningún pleito criminal pudiera durar más de dos años; cfr. PASTOR, D., “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, *Jueces para la democracia*, n° 49, marzo 2004, p. 53.

¹²⁵⁷ Cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La vulneración...*, p. 7. Buena prueba de ello es la Instrucción de Corregidores de Carlos III de fecha 15 de mayo de 1788, recogida en la Novísima Recopilación (Libro XI, Tít. I, Ley X), en la que se dispuso que *los jueces cuidarán muy particularmente del breve despacho de las causas y negocios de su conocimiento, y de que no se atrasen ni moleste a las partes con dilaciones inútiles y con artículos impertinentes y maliciosos*.

¹²⁵⁸ Para FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 572, solo sería legítima la medida para asegurar por un tiempo muy limitado la presencia ante el juez, debiendo procederse a la realización de un juicio abreviado si las pruebas se encuentran reunidas desde un inicio.

¹²⁵⁹ La CIDH ha resaltado que el plazo del encarcelamiento preventivo es sustancialmente inferior y menos flexible, y que determina el plazo para ser juzgado (Informe 12/96, párrs. 110 y 111). Cfr. SERGI, “Límites temporales...”, p. 18; MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 170.

establecidos, según cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto, la conducta de los litigantes y las autoridades, las consecuencias para las partes de la demora y las pautas y márgenes ordinarios del tipo del proceso que se trata¹²⁶⁰.

Por ello no debe confundirse el límite temporal de la prisión provisional con el “plazo razonable del proceso penal”, cuya relación es, en definitiva, accesoria: si transcurre el plazo considerado como razonable para la realización del proceso, también debe cesar la prisión provisional.

BECCARIA¹²⁶¹, afirmaba: *tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y más vecina al delito cometido, porque cuanto menor es la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas: delito y pena*, dando término el autor a su obra sintetizando que: *para que toda pena no sea violencia de uno, o de muchos, contra un particular ciudadano, debe sencillamente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes*.

Los viejos aforismos *la dilación de la Justicia es injusticia* o *justicia tardía equivale a justicia denegada* se presentan como una verdad incuestionable que ha mantenido plena vigencia hasta nuestros días¹²⁶². Ni la víctima ni el perjudicado por el delito pueden esperar tanto tiempo a la satisfacción de sus pretensiones, ni el imputado debe permanecer en la incertidumbre creada sobre su situación¹²⁶³.

Por ello una de las principales limitaciones, que aparece tanto en legislaciones como en Constituciones y que evidencia la preocupación de los legisladores (y constituyentes) sobre la grave afectación de derechos fundamentales que implica la prisión provisional, es la regulación del plazo máximo en el que esta puede ocurrir. Este refiere a que el Estado pierde todo derecho de volver a encarcelar preventivamente luego de vencido este plazo específico, independientemente de la existencia del peligro procesal.

¹²⁶⁰ ASENCIO MELLADO, *Reforma...*, pp. 12-13.

¹²⁶¹ BECCARIA, *De los delitos...*, p. 83.

¹²⁶² LANZAROTE MARTÍNEZ, *La vulneración...*, p. 5; REVENGA SÁNCHEZ, M., *Los retrasos judiciales: ¿cuándo se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 9: “el patetismo del justiciable inerte frente a una maquinaria que se produce con lentitud y obstinación propias del elefante ha dado lugar a páginas memorables (El proceso de Kafka, Hamlet).”; “*La lentitud es ya merma de la Justicia*”, como sostuvo la Instr. 6/1992 de la FGE”.

¹²⁶³ LANZAROTE MARTÍNEZ, *La vulneración...*, p. 6.

Así, la existencia de límites podría verse como una solución para el problema planteado -la legislación supranacional se ha hecho eco de esto-¹²⁶⁴, sin embargo la limitación legal muchas veces es entendida como una conminación a que el plazo máximo que se indique se transforme en la duración de la prisión provisional en todos los casos. Es decir, deviene en una aplicación automática que agota el tiempo máximo autorizado cuando lo debido es que la medida solo dure mientras se verifiquen los requisitos, debiendo revisarse antes de llegar al término. Y este último solo operará cuando se alcance el límite pese a que aún se mantengan los motivos.

En cualquier caso, la constatación de los presupuestos y peligros que dieron lugar a la medida deberían ser corroborados periódicamente ya que, si la razón del encarcelamiento no persiste, no existen razones para continuar con la grave medida. Sin embargo las mismas regulaciones suelen incluir la posibilidad de disponer la prórroga del plazo máximo, basada en circunstancias “extraordinarias”¹²⁶⁵ pese a que, en muchos casos, ello menoscaba la prohibición de exceso de la medida.

Al imponer límites, queda latente la discusión sobre qué pasa si una vez superado dicho plazo y ya sea que aún el imputado se encuentre detenido o ya hubiera recuperado su libertad, surgen nuevos peligros -o se mantienen- para la consecución y realización del proceso. La respuesta a esta problemática debiera ser estipulada claramente en la ley¹²⁶⁶.

¹²⁶⁴ Art. 4.5 CADH establece que "toda persona detenida o retenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantizar que aseguren su comparecencia en el juicio"; el CPP Modelo para Iberoamérica establece, como regla general, un plazo máximo de "prisión preventiva" de un año (si no se hubiere dictado sentencia condenatoria) y de un año y tres meses (en los casos en que ese pronunciamiento haya tenido lugar); en Argentina, ley 24390 establece el límite máximo de dos años (art. 1, primera parte), prorrogable por seis meses más cuando se cumpliesen mediando sentencia condenatoria no firme (art. 2).

¹²⁶⁵ Art. 504.2 LECrim; en Argentina, tras la modificación realizada por la ley 25.430, promulgada el 1 de junio de 2001, el art. 1 de la ley 24.390 señala que “cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, este podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor”

¹²⁶⁶ Resulta esclarecedor lo resuelto por tribunales argentinos en cuanto a que “Si se han obtenido indicios pertinentes y suficientes para confirmar la subsistencia de la inferencia de riesgo de fuga, entonces el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable o a obtener su libertad impone un examen de la duración de la prisión preventiva desde puntos de vista de proporcionalidad. Aquí ya no es dirimente que subsista el peligro de fuga, porque, si no subsistiese, desaparecería el presupuesto cautelar de la prisión preventiva cualquiera hubiese sido su duración. Lo relevante es examinar el trámite del proceso con relación a la finalidad de llegar a una sentencia del modo más rápido posible, teniendo en cuenta los criterios de tratamiento prioritario, diligencia, complejidad del caso y conductas dilatorias del imputado o su defensa, porque la subsistencia del peligro de fuga no autoriza a una prolongación indeterminada de la prisión preventiva, aunque subsista el peligro de fuga. En otros

Órganos internacionales como la CIDH han sentado un criterio indiciario que establece que cuando transcurran dos tercios del mínimo de la escala penal del delito atribuido, la medida debe cesar. Claro que si, en el caso concreto, el criterio resultante es superior al plazo establecido por la legislación interna, debe aplicarse esta última en virtud del principio *pro homine*¹²⁶⁷.

Por otra parte, se ha observado que en más de una ocasión los plazos máximos se han fijado utilizando términos que llevan a interpretaciones contradictorias¹²⁶⁸. Se detectan también plazos con parámetros de vaguedad¹²⁶⁹. Asimismo también quedan vacíos legales cuando se emplean, para delimitarlos, frases como "un plazo razonable, en criterio del juez" brindando amplios márgenes de subjetividad y discrecionalidad judicial para la determinación de los mismos.

Denuncia BOVINO¹²⁷⁰ que en materia de plazo razonable de la detención, la doctrina de los organismos internacionales ha sido, pese a todo, demasiado permisiva. La CIDH en el párr. 67 del Informe 12/96 estableció que *"La Comisión considera que no se puede establecer en forma abstracta el 'plazo razonable' de prisión sin condena... No se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea 'razonable' per se, solamente basándose en lo que prescribe la ley. Más bien, ... cuando el término de detención excede un plazo razonable, debe fundamentarse en la 'sana crítica' del juez, quien llega a una decisión utilizando los criterios que establece la ley."*

términos, no se trata ya de la proporción que pudiera encontrarse entre la pena que podría caber al imputado en caso de ser condenado y el tiempo de prisión preventiva que ha sufrido con causa en la imputación, sino de la proporción entre este tiempo, y su fin cual es el de llevar adelante el proceso y realizar el juicio respecto del imputado empleando la diligencia exigible según los estándares señalados." (CNCyC, Sala III- Roa, Hugo Orlando, CCC 6111/2014/TO1/CNC1, registro N° 11/15, 10/4/2015).

¹²⁶⁷ SABADINI, "El nuevo Código Procesal Penal...", p. 164; Informe CIDH 35/07, párr. 136; PASTOR, "Escolios...", p. 292 advierte que es la solución correcta ya que el plazo razonable puede ser analizado caso a caso por los organismos internacionales solo cuando el derecho interno no fija uno, pero cuando lo hace este siempre será, por lo menos, el límite máximo".

¹²⁶⁸ V.gr., mientras que en algunas expresiones del CPP de Guatemala todo pareciera indicar que la intención es que la prisión provisional no se extienda más allá de un (1) año, en otros apartados del mismo código se expresa que se espera que la misma "no exceda la condena que se espera". En el art. 268.3 CPP de este país, se establece que la prisión provisional podría durar hasta tres meses más si se ha dictado sentencia condenatoria que está pendiente de recurso, mientras que el último párrafo del art. 268 CPP determina que: "La Corte Suprema de Justicia, de oficio, o a pedido del tribunal o del Ministerio Público, podrá autorizar que los plazos anteriores se prorroguen cuantas veces sea necesario, fijando el tiempo concreto de las prórrogas", con lo que desdibuja los plazos que se intentan establecer ya que se puede mantener al imputado en prisión provisional casi "ad infinitum".

¹²⁶⁹ En Nicaragua se utilizan conceptos tales como "tan pronto", "con urgencia", "enseguida", "pronta", prestándose a subjetividades, que no tienen el mismo nivel de precisión que si se estableciere un plazo en medidas de tiempo específicas.

¹²⁷⁰ BOVINO, *Aporías...*, p. 7.

El párr. 69 establece que "*...En este sentido, la Comisión ha reconocido que los Estados miembros de la Convención no tienen la obligación de fijar un plazo fijo para la privación de la libertad previa a la sentencia que sea independiente de las circunstancias de cada caso. En vista de que no es posible establecer criterios abstractos para un 'plazo razonable', se debe hacer un análisis de qué es lo razonable a la luz de los hechos específicos correspondientes a cada caso*"¹²⁷¹.

Se debería atribuir a los Estados la responsabilidad por el modelo de justicia penal que adoptan, en la medida en que este es causa directa de la tasa de los presos sin condena. La omisión de analizar en cada caso el régimen de enjuiciamiento regulado en cada ámbito nacional y su influencia con la duración de la detención han permitido que el derecho a no permanecer detenido a la espera del juzgamiento más allá de un plazo razonable, que surgió frente al fracaso de los demás principios que pretenden limitar el encarcelamiento preventivo, también haya fracasado¹²⁷².

Como sostuvo FERRAJOLI, "*Los plazos han actuado, más que como límite máximo, como límite mínimo de la detención preventiva y de la duración de la causa, o, lo que es lo mismo, como autorización implícita para ralentizar los procesos y para mantener al imputado en prisión durante toda su duración*"¹²⁷³.

Para obtener la celeridad de la justicia penal y dar, en definitiva, cumplimiento al derecho fundamental a un proceso "sin dilaciones indebidas" han surgido y coexisten en el derecho comparado dos tipos de medidas de política legislativa: o bien, en la línea de los Códigos portugués e italiano, se puede someter a la totalidad de la instrucción (que es la fase "reina" en dilaciones) al cumplimiento de plazos procesales, cuya inobservancia puede abocar en un sobreseimiento por esa sola causa; o bien limitar temporalmente la duración de la prisión provisional en función de la duración previsible de la pena asociada al delito imputado, de tal suerte que, una vez cumplidos tales plazos, debe el Juez poner en libertad al procesado¹²⁷⁴.

¹²⁷¹ SERGI, "Límites temporales...", p. 28, identifica acertadamente que no es plazo razonable lo que se busca, sino un límite máximo. No puede ser usado eso para extenderlo indefinidamente sino para establecer un tope; BOVINO, *Aporías...*, p. 11.

¹²⁷² BOVINO, *Aporías...*, p. 43.

¹²⁷³ FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 771.

¹²⁷⁴ Este sistema fue el secundado por el art. 504.4 LECrim que ha pretendido cumplir con el mandato constitucional contenido en el segundo apartado del art. 17.4, según el cual "por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional". Sin embargo, al permitir prolongaciones de la prisión provisional que exceden ampliamente tal límite, su configuración no resulta acorde al mandato constitucional ya que puede llegar hasta cuatro años.

En España, la integración que la referida norma ordinaria ha efectuado de la previsión constitucional lo es tan solo parcial o por exceso, en el sentido de que hay que estimar vulnerado el derecho al plazo razonable de la prisión provisional *siempre que se infrinjan los plazos* (de tres meses, un año o dos y hasta cuatro años) establecidos en función de la gravedad del delito¹²⁷⁵.

Hoy en día las causas para extender el plazo legal son prácticamente idénticas a las que el TEDH ha elaborado en su doctrina sobre la integración de los estándares nacida con ocasión de la interpretación del derecho a que la causa sea oída dentro de un “plazo razonable” del art. 6.4 del CEDH¹²⁷⁶. De conformidad con ella, para determinar si se ha excedido o no el plazo máximo o razonable de la prisión provisional, hay que atender, en general, al examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el Juez de Instrucción y el comportamiento del recurrente, y, en particular, en lo que a la prisión provisional se refiere, a la *gravedad del delito* imputado¹²⁷⁷, al *riesgo de fuga y la complejidad* del procedimiento¹²⁷⁸, sin que, en ningún caso, pueda erigirse en justificación de las dilaciones indebidas, ni la sobrecarga de trabajo de un Juzgado determinado¹²⁷⁹ ni tampoco el comportamiento negligente o sinuoso del recurrente¹²⁸⁰.

En este último sentido el TC ha tenido ocasión de declarar que una actividad obstruccionista de la defensa, consistente en plantear recursos o incidentes improcedentes dirigidos exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del imputado como consecuencia del cumplimiento de los plazos de la prisión provisional “*contraría la obligación constitucional (de las partes) de colaboración con jueces y tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la justicia que no puede merecer el amparo de la Constitución*”¹²⁸¹.

Pero a mi criterio, a diferencia del criterio sustentado por la jurisprudencia, el “plazo razonable” debe ser establecido, con alcance general y en forma precisa, fijando

¹²⁷⁵ Las SSTC 127/1984, 286/1985, 85/1995 y 32/1987. SSTC 206/1991, 41/1996 han sostenido que, *sin necesidad de rebasar tales plazos, también puede vulnerarse el art. 17.4 si el proceso penal queda paralizado sin causa de justificación alguna* que la legitime y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la dilación indebida o paralización del procedimiento.

¹²⁷⁶ Cfr. STEDH *Neumeister* de 27 de junio de 1968; *Wemhoff* de 27 de junio de 1968; *Stogmüller* de 10 de noviembre de 1969; *Skoogstrom* de 2 de octubre de 1984; *Bezicheri* de 25 de octubre de 1989; *Letellier* de 26 de junio de 1991; BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 131, también analiza estas.

¹²⁷⁷ STEDH *Tomasi* de 27 de agosto de 1992.

¹²⁷⁸ STEDH *Vand el Tang* de 13 de julio de 1995.

¹²⁷⁹ STEDH *Bucholz* de 6 de mayo de 1981; *Zimmermann y Steiner* de 13 de julio de 1983.

¹²⁸⁰ STC 127/1984.

¹²⁸¹ STC 206/1991.

un tiempo determinado que no pueda ser excedido en ningún caso por el órgano judicial. Ello es lo que ocurre, por ejemplo, con la ley argentina 24.390, al expresar que la "prisión preventiva no podrá ser superior a dos años" -art. 1-. Si no fuera así, la previsión legal no tendría alcance limitador alguno y dejaría directamente en manos del juez el establecimiento, en cada caso, del límite temporal que -con el objetivo de limitar la potestad judicial- determina la ley.

Un proceso penal en concreto puede durar varios años, si es que su tramitación resulta altamente compleja, pero ello no significa que el Estado pueda mantener durante todo ese tiempo al imputado privado de su libertad legítimamente. Ello muestra que el plazo máximo de encarcelamiento durante el proceso no puede vincularse con el delito investigado ni con la complejidad de la causa ni, mucho menos, con la actividad de las partes enmarcada en el derecho a la defensa en juicio. Su determinación podrá tomar en cuenta, en todo caso, el tiempo en que normalmente es posible culminar la tramitación de un proceso penal tipo, sin complicaciones adicionales.

Si la causa (por la razón que fuera) demandara más tiempo para su conclusión que el fijado en el plazo máximo que se establezca, y se juzgara que existe peligro de fuga del imputado -en caso de mantenerse en libertad-, el Estado deberá asumir como propio ese riesgo (que no le corresponde soportar al imputado, en virtud del principio de presunción de inocencia que la ley establece en su favor), debiendo recurrirse a una o más de las tantas medidas cautelares posibles, no privativas de la libertad, con el propósito de garantizar los fines procesales¹²⁸².

Desde ya que también ante la desaparición de alguno de sus requisitos, el encarcelamiento debe cesar inmediatamente. Este principio ha sido reconocido normativamente, estipulando el deber de revisar periódicamente los presupuestos del encarcelamiento preventivo¹²⁸³. Si no fuera así, no se comprende cómo aquellas personas que fueron detenidas cautelarmente por entorpecer la investigación no recuperan su libertad, una vez agotada la etapa de investigación..

Ello no plantea ningún problema conceptual, sino un grave problema práctico que requiere diseñar mecanismos de control adecuados para controlar de manera

¹²⁸² VITALE, G./REPETTO ESCARDÓ, A., "Límite temporal máximo de la prisión durante el proceso y cómputo de la prisión preventiva", *Revista Pensamiento Penal*, 22 de noviembre de 2011, p. 4.

¹²⁸³ BOVINO, *Aporías...*, p. 42.

efectiva si los presupuestos del encierro preventivo se mantienen en el tiempo¹²⁸⁴. En la LECrim se procede a fijar el límite máximo de duración de la prisión provisional, en función de la finalidad que se persigue con ella en cada caso concreto¹²⁸⁵.

La garantía contemplada en los tratados de derechos humanos (art. 7.5 CADH; art. 9.3 PIDCyP) no ha operado como debía. Los organismos internacionales de aplicación de los tratados internacionales han fracasado en erigir a este derecho como una efectiva protección contra el abuso que los Estados realizan del encarcelamiento preventivo¹²⁸⁶.

El principal problema en su aplicación ha sido, como sucedió en el caso de la CIDH, que se ignoró el caso de aquellos países que contaban con leyes que establecían límites temporales absolutos, con el argumento de que el “plazo razonable” de la Convención no podía ser un plazo determinado¹²⁸⁷.

Para evitar que la puesta en libertad del imputado por agotamiento de los plazos máximos de duración de la prisión provisional, conlleve en la práctica un alto grado de peligro de que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia, la mejor solución es, por supuesto, que no sea necesario agotar dichos plazos. A tal fin, el art. 504.6 LECrim ha dispuesto una serie de mecanismos cuya finalidad es acelerar aquellos procesos penales en que alguno de los imputados se encuentra en prisión provisional¹²⁸⁸.

Por todo ello debe atenderse al aspecto cuantitativo de la medida ante la necesidad de que la prisión provisional no sea desmedida en el tiempo¹²⁸⁹ y también al

¹²⁸⁴ *Ibidem*, p. 42. A modo de ejemplo, el CPP Costa Rica, en sus arts. 253 y 254, prevé el supuesto de la revisión de la prisión preventiva.

¹²⁸⁵ Pese a que el art. 504.1 señala que la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines que tiene encomendados, y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción luego se establecen los límites para cada caso en función de la pena asignada en abstracto al delito (a excepción de la medida decretada para evitar el riesgo de afectación de pruebas el que no podrá exceder de seis meses).

¹²⁸⁶ *Ibidem*, p. 42.

¹²⁸⁷ *Ibidem*, p. 42.

¹²⁸⁸ En cuanto se constate que la medida de prisión provisional ha excedido de las dos terceras partes de su duración máxima, el juez o tribunal que conozcan de la causa y el Ministerio Fiscal comunicarán esta circunstancia al presidente de la sala de gobierno y al fiscal-jefe, a los efectos de que se adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la máxima celeridad. Entre estas medidas se contempla expresamente la atribución de preferencia al proceso en cuestión sobre los demás.

¹²⁸⁹ Para SERGI, “Límites temporales...”, p. 14, la limitación proveniente del principio de proporcionalidad tiene como fundamento el cumplimiento del plazo que hubiera correspondido a la pena aplicable y, si bien es un límite razonable y evidente, tiene como origen la concepción sustantivista de la prisión provisional, en lo que la autora denominó “inequivalencia entre coerción cautelar y sustantiva”. En cambio, aquella limitación proveniente de la garantía prevista en el art. 7.5 CADH ya citada, tiene origen en una concepción procesalista, puramente liberal, que se funda en la necesidad de proteger el interés

aspecto cualitativo con el fin de que no sea materialmente peor que la pena a imponer y la obligación de verificar la existencia del modo menos lesivo de asegurar los fines del proceso¹²⁹⁰.

La estimación que pudo justificar la decisión inicial no tendría por qué servir para fundar mecánicamente su mantenimiento, que exigirá una revisión periódica (actualización de los peligros)¹²⁹¹ de la actualidad de los elementos de hecho tenidos en cuenta inicialmente y de su aptitud para que se entienda vigente¹²⁹² la necesidad de prolongación de la medida¹²⁹³ la cual, arribado el plazo máximo estipulado, el cual a mi criterio no debería exceder en ningún caso de un año de duración, debe cesar aunque persistan los motivos procesales de su dictado.

6. Excepcionalidad y *ultima ratio*

Como se ha explicado, la presunción de inocencia es, amén de sus restantes dimensiones contempladas, una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal -y, por ello, no puede tener reflejo únicamente en el momento de dictar sentencia¹²⁹⁴-, lo cual obliga a reducir al mínimo estrictamente necesario las medidas restrictivas de derechos del imputado antes de la sentencia.

El Estado debe dar trato de inocente al ciudadano, como manifestación específica del principio del Estado de Derecho. Este tiene que funcionar en materia de medidas cautelares para exigir que la imposición de tales decisiones se funde en motivos sólidos, concretos y verificables por terceros.

Sobre tales bases, la imposición de cualquier medida de esta naturaleza debe estar justificada por el criterio de necesidad (tanto cuando se impone como cuando se decide sobre su mantenimiento)¹²⁹⁵ y solo pueden autorizarse las medidas cautelares

individual de la libertad del inocente. Se encuentra estrechamente relacionado con el límite temporal de la persecución penal y del proceso.

¹²⁹⁰ SERGI, "Límites temporales...", p. 138; SABADINI, "El nuevo Código Procesal Penal...", p.159; LLOBET RODRÍGUEZ, "Prisión preventiva...", pp. 17 ss.

¹²⁹¹ SABADINI, P.N., *El nuevo Código Procesal Penal...*, p. 164.

¹²⁹² GIMENO 1326 con citas STC

¹²⁹³ ANDRÉS IBAÑEZ, "Presunción de inocencia...". STC 128/1995, dictada en el "caso Sotos-PSV".

¹²⁹⁴ GUERRERO PALOMARES, "La presunción de inocencia...", pp. 13-14.

¹²⁹⁵ La vigencia del principio de necesidad ha de serlo, además, a lo largo de todo el mantenimiento de la prisión provisional, de tal suerte que, debe el Juez permanentemente examinar de oficio si

personales, que son excepcionales, cuando sean imprescindibles para el objetivo de garantía del desarrollo del proceso, siendo constitucionalmente viables únicamente cuando no puedan ser sustituidas por ninguna otra medida menos gravosa, con la que se consiga el mismo objetivo¹²⁹⁶. Es decir, no podrá ser aplicada la prisión provisional si los peligros para los fines del proceso ya demostrados pueden ser neutralizados por medidas de aseguramiento menos cruentas¹²⁹⁷.

Así, la aplicación del principio de necesidad a la prisión provisional en un sistema democrático debe responder a la exigencia constitucional de excepcionalidad, conforme a la cual, a diferencia del proceso inquisitivo, se explica que en una sociedad democrática la medida más grave nunca puede convertirse en regla general, sino que ha de adoptarse exclusivamente cuando se cumplan escrupulosamente los fines que la justifican¹²⁹⁸.

Por ello, y entre otras razones, la decisión que ya ha sido analizada en sus aspectos legales y teleológicos debe ser, conforme inveterada doctrina, siempre subsidiaria ya que podría alterar el tratamiento del individuo como inocente y afectar ilegítimamente el derecho a la libertad personal¹²⁹⁹.

En esta inteligencia, la legislación española (art. 502.2 LECrim) estipula que “*La prisión provisional solo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras*

permanecen los motivos que justifican esta restricción del derecho a la libertad, pudiendo disponer de oficio la libertad provisional o plena del procesado (art. 528). En palabras de GIMENO SENDRA, “La prisión provisional...”, p. la prisión provisional, en tanto que medida cautelar, está sometida a la cláusula *rebus sic stantibus* con la particularidad de que, a diferencia del proceso civil, al incidir en un derecho fundamental, debe ser por el Juez vigilado “de oficio” el cumplimiento permanente de los presupuestos materiales que la justifican.

¹²⁹⁶ Cfr. OVEJERO PUENTE, “Protección del derecho...”, p. 433; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *Cárcel electrónica...*, p. 5.

¹²⁹⁷ SERGI, “Límites temporales...”, p. 138.

¹²⁹⁸ Las SSTC 41/1982, 32, 34 y 40/1987, 13/1994 y 1289/1995 sostienen que el cumplimiento del subprincipio de necesidad exige la justificación objetiva de la prisión provisional, pues, al ocasionar el sacrificio de un derecho tan preciado como lo es el de la libertad, deviene ineludible la obligación judicial de examinar, no solo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra *alternativa menos gravosa* para el derecho a la libertad que, asegurando el cumplimiento de los mismos fines no supongan el sacrificio de aquel derecho fundamental.

¹²⁹⁹ SERGI, “Límites temporales...”, p. 10: “Así, el principio fundamental que regula el encarcelamiento preventivo durante el proceso es el de excepcionalidad, que funciona de tal modo como la idea fundamental que lo limita y surge de la combinación entre la presunción de inocencia y el derecho general a la libertad ambulatoria. Este es un principio general que obliga tanto al legislador como a los tribunales en su aplicación práctica e interpretación en todos los casos.”

*medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional*¹³⁰⁰.

Existe un conjunto de medidas que pueden resultar idóneas para la persecución de algunos fines cautelares, pero que, en una atención estricta al principio de legalidad, no habrían de poder acordarse con fines de defensa del proceso porque carecen de la necesaria previsión legal. Sin embargo, si nos detenemos en la grave afectación de derechos que implica la prisión provisional, nada impediría que el juez dicte una medida menos intromisiva que aparezca igualmente idónea para los fines buscados, aunque no esté específicamente prevista en la ley procesal¹³⁰¹.

Así, la búsqueda de alternativas puede acometerse tanto por la adecuación de algunas medidas previstas en el ordenamiento, como por la observación de medidas contempladas en otros cuerpos legales¹³⁰². Dentro de la LECrim se destacan las previsiones de los arts. 544 bis y ter.

Algunas de las eventuales medidas cautelares penales que deben ser tenidas en cuenta son: a) la *prohibición de acudir a determinados lugares* que se encuentra prevista como medida de protección a la víctima; b) la *prohibición de abandonar determinado ámbito territorial (u obligación de permanecer en él)*¹³⁰³; c) la *prohibición*

¹³⁰⁰ Mayores precisiones otorga, v.gr., el art. 177 del nuevo CPPF argentino cuando dispone que el representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de las siguientes medidas: a) la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; c) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d) la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e) la retención de documentos de viaje; f) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; g) el abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; h) la prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez; i) la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; j) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga y; k) *la prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.*

¹³⁰¹ Cfr. GODOY, E., "Instrumentos que permiten diseñar un uso eficaz de medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva", en *Jurisprudencia de Casación Penal: selección y análisis de fallos -Justicia Nacional N° 3-*, MARTÍN, A.N./NARDIELLO, Á.G. (Dirs.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, pp. 19-52.

¹³⁰² En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que cualquier medida cautelar que se introduzca ha de poder ser efectiva, ejecutada. En esta exigencia radica uno de los principales motivos de la ausencia de alternativas, y uno de los principales argumentos para la introducción del control telemático de personas imputadas.

¹³⁰³ Efectivizada, tras la LO 15/2003 mediante la *retención del pasaporte.*

de trabar contacto con determinadas personas¹³⁰⁴; d) la medida de *suspensión de empleo o cargo público*; o e) la *prohibición temporal de desarrollar determinadas actividades* que se encuentra recogida como medida de seguridad a personas jurídicas.

Resulta asimismo indispensable desarrollar y aumentar la utilización de controles telemáticos que permitan la vigilancia del imputado mediante dispositivos de rastreo o geolocalización.

Los problemas advertidos de falta de delimitación del elemento sustantivo de la prisión provisional y la falta de concreción de las circunstancias objetivas para determinar los riesgos procesales y de verdaderos estándares de prueba en uno u otro caso, podría mitigarse así con la aplicación prevalente de medidas alternativas que pueden cumplir idénticos fines en cada caso en concreto, restringiendo en mucha menor medida los derechos de quien no ha sido declarado culpable de delito alguno.

DEI VECCHI¹³⁰⁵ señala que la excepcionalidad así contemplada entraña que el ingreso en prisión durante el proceso es, y debe ser, el último recurso a aplicar. En este sentido, debe comprobarse de modo insoslayable que ella resulte en cada caso condición necesaria para la tutela de los fines antedichos, es decir, que sea indispensable¹³⁰⁶.

Así, hace falta que, a causa de la inminencia del peligro, la medida requerida tenga carácter de *urgencia*, en tanto sea previsible que, donde hubiere demora, el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría el daño ya verificado. Esto es, sujeción de la prisión provisional a la verificación de peligros procesales, y prisión como *ultima ratio* frente a dichos peligros, sobre la base de disposiciones normativas concretas¹³⁰⁷.

¹³⁰⁴ Objetivamente parece tener virtualidad cautelar cuando con ella se pretende el alejamiento respecto a testigos, peritos, coimputados o respecto a aquellas personas que se estima pueden ayudar a materializar un riesgo de frustración procesal.

¹³⁰⁵ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 37.

¹³⁰⁶ En la jurisprudencia y doctrina italianas se habla en este sentido del "*principio de menor sacrificio necesario*" que a su vez guía al llamado *principio de adecuación*. Entre nosotros se habla de *ultima ratio* o de *indispensabilidad*.

¹³⁰⁷ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 40. Esto puede entenderse, por lo demás, como extendido para todo Latinoamérica a través de la jurisprudencia de la Corte IDH: "... no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: ...iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda

También para GIMENO SENDRA¹³⁰⁸, ello responde al requisito de necesidad, dentro del principio de proporcionalidad ya que no basta con que la medida y el motivo que la justifica estén previstos en la Ley, sino que es también imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman (art. 8.2 CEDH)¹³⁰⁹.

Se han positivizado así los *principios de adecuación y principio de menor sacrificio necesario*. El TEDH tiene dicho al respecto que: “... *debe presentarse como la solución extrema que se justifica solamente en tanto que todas las otras opciones disponibles se revelen insuficientes...*”¹³¹⁰.

Sin embargo, según BOVINO, en la práctica el principio no suele operar como mecanismo protector de la libertad y del principio de inocencia, pues, o bien el legislador incumple con su obligación de regular un amplio catálogo de medidas cautelares menos lesivas que el encarcelamiento preventivo, o bien porque tales medidas, a pesar de haber sido legisladas, no son aplicadas por los operadores judiciales, observándose asiduamente la aplicación de las leyes procesales como si el programa legislativo previera el encarcelamiento preventivo como regla, lo que constituye una de las principales causas de abuso de la medida¹³¹¹.

Debe aclararse, sin embargo, que ninguna medida (ni siquiera la prisión) *asegura* el fin de lograr la aplicación de la ley, pues la propia posibilidad de ingresar en prisión suele ser un importante estímulo para la fuga (mucho más en las penosas condiciones en las que se cumple). Pero, incluso, es claro que lo que favorece la rebeldía es, en verdad, la propia prisión provisional, o la amenaza de tal medida, pues sin inminencia de detención cautelar no podríamos pensar siquiera en el peligro de fuga en una etapa inicial del proceso, ya que no existirían motivos para ocultarse de la

limitación a este deba ser excepcional... Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención” (“Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”, 21 de noviembre de 2007 -del voto del Juez Sergio García Ramírez-).

¹³⁰⁸ GIMENO SENDRA, “La prisión provisional...”, p. 145.

¹³⁰⁹ SSTC 158/1993, 85/1992, 13/1989.

¹³¹⁰ TEDH, en *Vafiadis c. Grecia y Lelièvre c. Bélgica*, del 8 de noviembre de 2007.

¹³¹¹ BOVINO, *Aporías...*, p. 24.

justicia¹³¹². En tal sentido, dicho temor solo existiría una vez que adquiriera firmeza una sentencia de condena¹³¹³.

Cabe señalar que el principio de excepcionalidad debe ser en todos los casos tenido en miras al evaluar cualquier medida de coerción, sobre todo por su doble efecto -aplicación excepcional de la restricción y utilización de las medidas menos lesivas-¹³¹⁴.

Como propuesta, PUJADAS TORTOSA, sugiere que la fijación de límites a la posibilidad de acordar la prisión provisional se base, no en la proporcionalidad *stricto sensu* sino en la intensidad de la peligrosidad procesal apreciada en el caso concreto (además de la ampliación del catálogo de medidas cautelares) ya que el carácter subsidiario de la prisión provisional deriva de la regla de intervención mínima o alternativa menos gravosa pero suficiente al fin pretendido, no del juicio de idoneidad ni del de proporcionalidad que constituyen una opción estrictamente política¹³¹⁵.

La adopción de la medida se basaría así en la calidad del peligro que justifica la procedencia de la tutela cautelar penal. Esto es, exigiendo una determinada cualificación de la disposición material respecto a la peligrosidad procesal, o bien de la disposición anímica del sujeto pasivo del proceso (o actitud favorable del mismo a la materialización del riesgo de frustración procesal)¹³¹⁶.

La disposición anímica en este caso podría establecerse mediante un informe técnico de un psicólogo forense u otro profesional del análisis del comportamiento humano. La asunción de esta posibilidad ha de ir precedida, no obstante, de importantes reformas¹³¹⁷ e incremento de medios, dirigidos a que la previsión legal disponga de la

¹³¹² Para ello podría analizarse el punto de vista del investigado con herramientas del Análisis económico del derecho.

¹³¹³ BOVINO, *Aporías...*, p. 24.

¹³¹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Las alternativas a la prisión en la reforma de 2015", en LANDA GOROSTIZA, J-M., *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2016, p. 17; BOVINO, *Aporías...*, p. 26.

¹³¹⁵ PUJADAS TORTOSA, *Teoría general...*, p. 498.

¹³¹⁶ *Ibidem*, p. 499, propone establecer un *régimen situacional* para ello. En tal caso, solo podría acordarse la prisión provisional cuando del conjunto de recursos físicos e intelectuales del sujeto pasivo, el juez infiera una capacidad de acceso y alteración especialmente cualificada o altamente efectiva, o la disposición anímica haya sido advertida por la realización previa (en el mismo u otro proceso) de un acto de frustración procesal por parte del sujeto pasivo. Se vincula así la adopción de la prisión provisional a la afirmación de una *peligrosidad procesal real*, en los términos que esta ha sido definida (disposición material o anímica cualificadas).

¹³¹⁷ Organización del trabajo, determinación del estatuto de estos profesionales, etc.

infraestructura necesaria para su efectivo cumplimiento ya que la tutela cautelar personal ha ido siempre asociada a la posibilidad de su control¹³¹⁸.

¹³¹⁸ PUJADAS TORTOSA, *Teoría general...*, pp. 319-328; también GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *Cárcel electrónica...*, p. 5.

CAPÍTULO CUARTO

LAS TEORÍAS DE LA PENA EN LA PRISIÓN PROVISIONAL

I. La relación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal

1. Un sistema global de Derecho penal

El debate acerca de la posible asunción de funciones punitivas a través de la decisión sobre la prisión provisional y las consecuencias de considerar al instituto como un equivalente funcional de la pena, se enmarca en un análisis más amplio que responde al modo en que se ha afrontado científicamente la dinámica relación entre el Derecho penal sustantivo, el Derecho procesal penal y otras disciplinas.

Esta cuestión se aloja en la idea de una ciencia global del Derecho penal que ha sido planteada, aunque no profusamente, desde finales del S. XIX. Tal expresión, ideada por VON LISZT, incluía a la criminología -a la que le otorgaba un rol nuclear-, significando el primer cuestionamiento sistemático al modo clásico de estudiar las ciencias penales¹³¹⁹.

Este autor relacionó las ciencias sociales con las ciencias empíricas, otorgándole a la política criminal un rol meramente instrumental¹³²⁰, de prevención, cuya determinación era una función propia de los actores políticos. Mientras que al Derecho penal (tanto sustantivo como procesal) le asignaba una orientación criminológica¹³²¹

¹³¹⁹ Cfr. MATUS, J.P., "Beccaria, 250 años después: política criminal con base científica y utopía penal en su obra y en la actualidad", en *RDPC*, año IV, Nº 04, mayo 2014, p. 9.

¹³²⁰ VON LISZT, fundador de la precisamente llamada Escuela de la Política Criminal alemana, no la entendía en el sentido de BECCARIA, sino exclusivamente como la "lucha contra el crimen, obrando de un modo individualizado sobre el delincuente" a través de la imposición de una pena que "se adapte, en su especie y medida, a la naturaleza propia del individuo, procurando impedir, por la privación de su libertad, la comisión de otros crímenes en el futuro", cfr. MATUS, "Beccaria, 250 años...", p. 9. BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 20, por su parte, define a la política criminal como "aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal."

¹³²¹ Y de allí la expresión del "Derecho penal como barrera infranqueable de esta" (basada en el conjunto de garantías del ciudadano). Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Curso de...*, p. 29 y AMELUNG, K., "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en SCHÜNEMANN, B. (Comp.), *Sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 97.

cuyo supuesto de hecho y consecuencia práctica fue un Derecho de los estados peligrosos y la aplicación de medidas de seguridad¹³²².

Pese a tal diferenciación, son diversas las decisiones políticas de otros poderes del Estado basadas en fundamentos jurídico-penales¹³²³. Por tal motivo el estudio político criminal de cuestiones que deben atender inevitablemente a razones jurídicas sobre una base constitucional volvió a incluirse, con el avance del S. XX, en un análisis complejo e inclusivo de las distintas ciencias que intervienen frente al fenómeno criminal. Ello se dio especialmente a partir del trabajo de ROXIN¹³²⁴ y sus discípulos¹³²⁵ y continúa desarrollándose en nuestros días.

El importante rol político, previo a la consideración dogmática, nunca dejó de reconocerse¹³²⁶. Si entendemos la *policy* como la acción política concreta o atendemos a la política criminal que actúa en el sistema, no puede obviarse que la decisión inicial que informa al legislador a la hora de regular la función de institutos tanto penales como procesales -v.gr., la decisión sobre la prisión provisional o sobre los estándares de

¹³²² MATUS, "Beccaria, 250 años...", p. 9.

¹³²³ V.gr., la decisión sobre el indulto; la tramitación en el Congreso de los pedidos de desafuero; las reformas del sistema de justicia penal; la disposición de recursos materiales y humanos para llevar adelante los procesos; las herramientas para investigación; la cuestión de la utilización de los agentes encubiertos; la implementación de la figura del arrepentido; las técnicas para combatir delitos complejos; las megacausas, los plazos de duración del proceso o de las medidas cautelares; la aplicación del principio de oportunidad; la protección de testigos; etc. Cfr. VERA SÁNCHEZ, J. S., "Algunas variables Político-Criminales del proceso penal", *Revista de Estudios penales y Criminológicos*, n° 35, Universidad Santiago de Compostela, 2015, pp. 1 y 35; CORCOY BIDASOLO, M., "Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales", en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./HORTAL IBARRA, J.C. (Coords.), *Constitución y sistema penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 171; WOLTER, J./FREUND, G. (Eds.) *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2004; LAMADRID LUENGAS, M. A., *El principio de oportunidad como herramienta de política criminal*, tesis doctoral, UPF, España, 2016.

¹³²⁴ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Curso de...*, p. 30.

¹³²⁵ Siendo el más destacado SCHÜNEMANN, B. (Comp.), *Sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

¹³²⁶ Cfr. PUJADAS TORTOSA, *Teoría general...*, p. 267, nota 610, en este sentido los kelsenianos afirman que el fin no pertenece al derecho, cuyo contenido es la política ("el fin lo determinará esta o la sociología, pero no las leyes"). Pero, pese a la parcelación científica de la realidad, no puede negarse la interrelación entre sociedad, ideario y derecho ("la dogmática jurídica no puede quedar desnuda de finalidad, y nuestro derecho penal tiene carácter finalista"); JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Lecciones de Derecho penal*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p. 3, dirá que, "en efecto, el derecho, puesto que se ocupa de conductas, no puede menos que tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar, teleológicamente todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida".

prueba¹³²⁷ - parte de una decisión política que le asigna a estos un rol dentro del Estado de Derecho¹³²⁸.

Más allá de ello, el modelo de ciencia global fue recuperado con el trabajo de los autores de la denominada Escuela de Frankfurt (1960-1980)¹³²⁹, que intentaron desarrollar un Derecho penal de orientación integral, junto con la Criminología, destacándose en sus trabajos el rol de las denominadas ciencias sociales pretendiendo definir una ciencia penal orientada a estas¹³³⁰. Se enfatizó a tal fin sobre la evolución de la sociología -como heredera de la criminología clásica-, la psiquiatría, la psicología y - con particular devoción en la época- el psicoanálisis.

La consecuencia volvió a ser la construcción de un Derecho penal de la peligrosidad, de intervención sin reproche, ya que las ciencias sociales habían puesto de relieve que no se podía realizar una reprobación moral a un delincuente, ante la imposibilidad de definir la culpabilidad del reo¹³³¹.

En el desarrollo de estas ideas el Derecho penal y el Derecho procesal penal siempre fueron considerados en conjunto, sin llegar a plantearse dialécticamente en forma destacada una separación entre los mismos que defina sus límites para con el otro, sino realizándose los esfuerzos en pos de su relación con disciplinas externas. Sin embargo, en otros estudios la ciencia procesal no dejó de ser señalada como un mero instrumento para la realización del Derecho penal material.

¹³²⁷ GASCÓN, "Sobre la posibilidad...", p. 130, es quien más claramente ha señalado que la construcción de un estándar de prueba no depende solo ni fundamentalmente de cuestiones de racionalidad, sino también y sobre todo de cuestiones de política criminal. Ello es así por la circunstancia ya explicada respecto de que un estándar de prueba establece una determinada distribución del error, y una distribución del error supone una determinada elección político-valorativa sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles.

¹³²⁸ BORJA JIMÉNEZ, *Curso de...*, p. 20, por supuesto que la política criminal también incluye la necesidad de que la criminalidad sea abordada mediante todas las herramientas de políticas públicas aplicables (v.gr., jurídicas, sociales, educativas o económicas) más allá de la intervención penal.

¹³²⁹ La Escuela de Frankfurt es el nombre formal que recibe un conjunto de investigadores e intelectuales que estudiaron y desarrollaron nuevas teorías acerca del devenir social del S. XX conformando una escuela de teoría social y filosofía crítica.

¹³³⁰ Cfr. CONTRERAS, G., "La influencia de las ciencias sociales en el derecho penal" en ARROYO ZAPATERO, L./NEUMANN, U./NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ed. de la Universidad Castilla-La Mancha, España, 2003, pp. 99-124; DURÁN MIGLIARDI, M., "Sociedad y derecho: la influencia de la Escuela de Frankfurt y su teoría crítica en los orígenes del pensamiento de Habermas", *Universum*, vol. 33, n° 1, Talca, jul. 2018, pp. 1 ss.

¹³³¹ Cfr. GARCÍA DOMÍNGUEZ, M. T., *Desarrollo moral y culpabilidad. Modelos conceptuales y aplicación empírica*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 170.

ROXIN¹³³² identificó, como los dos polos de la tensión, a la política criminal (entendiéndola en un sentido diferente al de FEUERBACH y VON LISZT) y al sistema del Derecho penal¹³³³. Este autor planteó la necesidad de que este último se oriente a aquella en función de la prevención del delito en un contexto de garantías constitucionales entre las que se destacaban como principios político-criminales de garantía la legalidad y la culpabilidad¹³³⁴.

ROXIN también analizó, en forma diferenciada, el trato entre el Derecho penal con la política criminal y la relación entre Derecho procesal penal y política criminal¹³³⁵, no deteniéndose particularmente en la elaboración de un sistema que defina la relación entre el Derecho penal y Derecho procesal penal, sino orientando sus preocupaciones al plano normativo (de garantías) y no al empírico¹³³⁶.

Pese a esa diferenciación los fines político criminales de cada una de las ramas (sustantiva y procesal) son los que nos llevan a entender la necesidad de atender al tratamiento de la dinámica relación entre ambas de un modo que permita su contemplación en tiempos actuales¹³³⁷.

Más cercano a este tiempo la cuestión del estudio conjunto del Derecho penal material y el procesal fue asumida por autores latinoamericanos, como MAIER¹³³⁸, VERA SÁNCHEZ¹³³⁹, PASTOR¹³⁴⁰, SANGUINÉ¹³⁴¹ o PÉREZ BARBERÁ¹³⁴², y europeos como RAGUÉS I VALLÉS¹³⁴³ o SGUBBI¹³⁴⁴.

¹³³² Expuesto, v.gr., en ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, MUÑOZ CONDE, F. (Trad.), Ed. Bosch, Barcelona, 1972.

¹³³³ BORJA JIMÉNEZ, *Curso de...*, pp. 22 y 30.

¹³³⁴ Siendo además uno de los pocos autores en que a sus trabajos de derecho penal sumó una obra completa de Derecho procesal penal (ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000).

¹³³⁵ También VERA SÁNCHEZ, "Algunas variables...", pp. 1-57, quien asume que el proceso penal puede ser una herramienta de Política criminal.

¹³³⁶ ROXIN, *Política criminal...*, p.5 y ROXIN, *Derecho procesal...*, pp. 17 ss. Su trabajo fue resumido por sus discípulos, destacándose la tarea de SCHÜNEMANN.

¹³³⁷ Como analiza VERA SÁNCHEZ, "Sobre la relación...", p. 834.

¹³³⁸ MAIER, *Derecho Procesal...*, pp. 10 ss.

¹³³⁹ VERA SÁNCHEZ, "Sobre la relación...", pp. 835 ss., y VERA SÁNCHEZ, "Algunas variables...", pp. 1-57.

¹³⁴⁰ PASTOR, D., "Acercas de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales", en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: homenaje a Claus Roxin*, Ed. Lerner, Córdoba, 2001, p. 807, entre muchos de sus trabajos.

¹³⁴¹ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, pp. 351 ss.

¹³⁴² PÉREZ BARBERÁ, G., "Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal", *Revista En Letra Derecho Penal*, 2015.

¹³⁴³ RAGUÉS I VALLÉS, "Derecho Penal Sustantivo...", pp. 162 ss.

Desde la dogmática penal, SILVA SÁNCHEZ¹³⁴⁵ y WOLTER¹³⁴⁶ realizaron el intento de incluir al Derecho procesal penal y a instituciones de este (como la prisión provisional, la utilización de agentes encubiertos, la violación de garantías procesales durante la investigación por parte del Estado, etc.), dentro de las categorías dogmáticas tradicionales de la teoría del delito¹³⁴⁷, para dar respuesta a los problemas que se plantean dentro del estudio dogmático habitual en este sistema. Incluso se ha considerado al proceso en su conjunto como una condición objetiva de punibilidad¹³⁴⁸.

Tanto las funciones de prevención general positiva como negativa de la pena se ven reforzadas -y dependen en parte- del funcionamiento eficaz del proceso penal y de la confianza que los ciudadanos depositen en este como medio de aplicación de la sanción penal ante el incumplimiento de la prohibición¹³⁴⁹. A su vez, una parte importante de la “orientación de la pena hacia la reeducación y reinserción social” (art. 25.2 CE) se dilucida en el proceso penal, con posterioridad a la comisión del delito.

Incluso, como vimos en el Cap. 2, la publicidad del proceso, el inestable rol de los medios de comunicación en los fines de prevención, y los problemas de falta de racionalidad legislativa y de decisión judicial no pueden apreciarse sino a través de una mirada limitadora y garantista que repose tanto sobre aspectos materiales de la delimitación del hecho punible como en la actuación procesal para arribar al juicio propiamente dicho.

Entre las cuestiones que resultan abarcadas por la relación entre el Derecho procesal penal y el Derecho penal, y la de ambos con la política criminal, se encuentra

¹³⁴⁴ SGUBBI, F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2019.

¹³⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal*, RDPyC, 2ª Época, n° 9, 2002, pp. 92-93; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en WOLTER/FREUND (Eds.), *El sistema integral...*, pp. 15 ss.

¹³⁴⁶ WOLTER, J., “Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreesimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema penal que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena”, en WOLTER/FREUND (Eds.), *El sistema integral...*, pp. 31 ss.

¹³⁴⁷ V.gr., el proceso penal como condición de punibilidad, las violaciones estatales de derecho como causas de extinción de la posibilidad de persecución, la excesiva duración del proceso penal o de la prisión provisional como exclusión de la perseguibilidad, etc. En similar sentido, cfr. CORCOY BIDASOLO, “Crisis de las garantías...”, p. 172. VERA SÁNCHEZ, “Algunas variables...”, p. 28, se pregunta si acaso la posibilidad cierta de que el hecho delictivo pueda ser probado podría incorporarse al tipo penal legislando, v.gr., que “el que mate a otro, y ello sea acreditado empíricamente más allá de toda duda razonable, (será castigado con...)”.

¹³⁴⁸ Cfr. PASTOR, “Acerca de...”, p. 807.

¹³⁴⁹ VERA SÁNCHEZ, “Algunas variables...”, p. 11.

la decisión respecto del estándar de prueba necesario tanto para condenar como para decidir sobre los aspectos materiales o procesales de las decisiones intermedias del proceso que afectan derechos fundamentales¹³⁵⁰, ya analizado en el Capítulo anterior.

También la función de control de aplicabilidad del Derecho penal, que es propia del Derecho procesal, hace a esta interrelación innegable ya que en ella es posible observar cómo las normas procesales regulan la necesidad de justificación y motivación de las sentencias judiciales. Es decir, moderan la real aplicación de los tipos penales (especialmente aquellos que carecen de rigor técnico-legislativo)¹³⁵¹.

A su vez, el recurso a una metodología del Derecho procesal penal permite en muchas ocasiones guiar al juez sobre cómo ponderar la concurrencia o conflicto de valores en ciertos casos lo cual permite una mejor aplicación de la tipicidad¹³⁵². Por ejemplo, las normas procesales penales pueden regular cómo han de entenderse y resolverse los casos de duda respecto a la concurrencia de ciertas circunstancias¹³⁵³.

Al mismo tiempo, el proceso penal es el principal nexo del Derecho penal con los ciudadanos destinatarios de la norma. Por eso se dice que el CP sin el proceso sería un conjunto de normas sin eficacia alguna¹³⁵⁴ ya que el Derecho penal solo puede acercarse a la realidad por medio de un proceso y de las modificaciones que este comporta¹³⁵⁵. Los elementos procesales penales condicionan así la aplicación de las normas penales y, por tanto, su realización efectiva, lo que equivale a afirmar que el

¹³⁵⁰ *Ibidem*, p. 8, señala que, v.gr., que un determinado delito se tenga que acreditar “más allá de toda duda razonable” no tiene una fundamentación basada en elementos del derecho probatorio procesal. Solo obedece a la valoración política de que es preferible para la sociedad tolerar falsos inocentes que falsos condenados. Ello, por la mayor afectación de los derechos fundamentales ínsita en la aplicación de una consecuencia jurídico-penal en relación con cualquiera otra civil. Por ello resulta razonable que el estándar probatorio penal sea más exigente.

¹³⁵¹ *Ibidem*, pp. 26 y 36. Es posible que el proceso penal proporcione herramientas para superar los déficits técnico-legislativo de algunos tipos penales. Por ejemplo, en los casos de inaplicabilidad parcial del tipo penal, el recurso a una teoría de la motivación judicial y, por tanto, la aplicación de una teoría de argumentación procesal penal podría facilitar la tarea al juez de realizar complejas justificaciones de procesos de subsunción de normas (v.gr., por medio del derecho de presunción de inocencia como regla de juicio).

¹³⁵² *Ibidem*, pp. 36-37. Ello ha de poder extraerse y elaborarse a partir de los principios que sugieren las regulaciones con rango constitucional que afectan al proceso penal, y de aquellas que se encuentran dispersas en las distintas leyes procesales.

¹³⁵³ Como ocurre en el ordenamiento jurídico italiano. Ello es posible advertirlo en el art. 530.3 del *Codice di Procedura Penale* donde se prescribe la absolución ante la duda de la concurrencia de una causal de justificación o una causa personal de no punibilidad. Cfr. VERA SÁNCHEZ, “Algunas variables...”, p. 37.

¹³⁵⁴ *Ibidem*, p. 27.

¹³⁵⁵ FREUND, “Sobre la función...”, p. 93.

proceso condiciona el mandato político de sancionar ciertas conductas, por razones que pueden ser distintas a las que originaron cada mandato¹³⁵⁶.

Cabe destacar que una característica de la distinción que se ha sostenido mucho tiempo viene dada, en España, por la separación en el estudio académico de las materias y la orientación fundamentalmente civil de la teoría del proceso. En otros países, como Argentina, el Derecho procesal penal y el Derecho penal material suelen dictarse en la carrera de Abogacía en una única materia integral. Esto ha llevado a algunos autores a cuestionar que la doctrina procesal penal siga manteniendo, de manera casi indubitada, el punto de referencia del proceso civil, debiendo darse más importancia en sus estudios a la norma penal que se intenta aplicar¹³⁵⁷.

También promueve la unidad FREUND¹³⁵⁸ quien al analizar en Alemania un "Sistema integral del Derecho penal", no solo encuentra comprendido al Derecho penal sustantivo y al Derecho de la determinación de la pena, sino también al Derecho procesal penal como auténtico campo de aplicación de los dos anteriores los cuales no son posibles en la práctica sin un proceso.

2. ¿Función instrumental o simbiosis?

En la concepción clásica el gran paso civilizador supuso entender, primero, que el proceso debía ser el único instrumento para la aplicación del Derecho penal y, después, que si el delito supone algo distinto del conflicto civil, el proceso penal no podía estar regido por los mismos principios que informan el proceso en el Derecho privado¹³⁵⁹.

El Derecho procesal penal ha sido entendido habitualmente como el modo de realización del Derecho penal con respeto a las garantías y derechos fundamentales

¹³⁵⁶ Es decir, el proceso penal como condición de aplicabilidad de la norma penal modera el alcance y consecución de las finalidades político-criminales de la norma penal. Cfr. VERA SÁNCHEZ, "Algunas variables...", p. 30.

¹³⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 23. Por estas razones autores como RAGUÉS I VALLÉS, "Derecho Penal Sustantivo...", p. 162, proponen la unificación en los programas de estudios del Derecho penal, procesal penal y la política criminal.

¹³⁵⁸ FREUND, "Sobre la función...", p. 93.

¹³⁵⁹ VERA SÁNCHEZ, "Sobre la relación...", p. 848.

ordenando la manera en que el Estado ejerce su poder coercitivo. Según importante doctrina procesalista, esto es así pues el derecho procesal penal no hace más que reglamentar o dar vida práctica a los dogmas constitucionales, donde reposan las bases del sistema instrumental predisposto para administrar justicia¹³⁶⁰.

A su vez, dentro del procedimiento mismo, la instrumentalidad implica que una medida procesal es -y debe ser- aplicada exclusivamente en vistas a la tutela de los fines del proceso penal¹³⁶¹. Así, dado que estos son el descubrimiento de la verdad, la ejecución de la ley penal y, para algunos autores en la actualidad, la tutela de la víctima¹³⁶², una medida como la prisión provisional será legítima desde este punto de vista en tanto y en cuanto se dirija exclusivamente a la protección de ellos¹³⁶³.

Sin embargo, a lo que se pretende llegar hoy en la relación entre proceso y derecho material es a un concepto -desde el punto de vista constitucional- que no se limite a constatar la lógica de la conformación de una norma jurídica o de su colocación en el marco del ordenamiento, sino que se proyecte de manera dinámica en una sociedad que plantea graves retos tanto al legislador penal como a la actividad jurisdiccional. Una mera concepción formal podría conllevar la legitimación de serias arbitrariedades por parte del poder estatal, que vulneren derechos fundamentales protegidos por fórmulas elementales como la legalidad y la culpabilidad¹³⁶⁴.

El surgimiento del concepto subjetivo de Derecho penal se orientó en ese sentido, sobre la base de postulados fundamentales que se reúnen en los denominados principios limitadores de la facultad punitiva estatal. En esa medida, lo que se pretende es un Derecho Penal de orden constitucional, cuya aplicación esté fundada en

¹³⁶⁰ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 22, nota 32; VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho procesal penal*, vol. 1, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1986, p. 313; MAIER, *Derecho Procesal...*, pp. 162-163, PASTOR, D. R., "El encarcelamiento preventivo", *Tensiones: ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 149.

¹³⁶¹ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, pp. 35 y 166.

¹³⁶² En sentido crítico, BORDALÍ SALAMANCA, A., "La acción penal y la víctima en el Derecho chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, Valparaíso, 2º Semestre de 2011, pp. 513-545.

¹³⁶³ Es por tal motivo que, como sostiene MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008, p. 60, entre otros autores, las medidas cautelares son entendidas como "instrumentos del instrumento". Como señala VERA SÁNCHEZ, "Algunas variables...", p. 13, el propio nacimiento de la "ciencia" procesal está estrechamente vinculado a la diferenciación del derecho adjetivo respecto del derecho material.

¹³⁶⁴ YON RUESTA/SÁNCHEZ MÁLAGA, "Presunción...", p. 148.

principios y valores con una finalidad de protección de los derechos fundamentales del ser humano que las Constituciones y los Instrumentos internacionales consagran¹³⁶⁵.

Y, toda vez que el derecho procesal es visto también como la aplicación del Derecho constitucional, su inclusión en este sistema global deviene inevitable. Así, no solo se discute la distinción en casos determinados, sino también a nivel de principios. La importancia de la configuración del proceso penal para que la norma penal despliegue todos sus efectos jurídicos y políticos ha llevado a sostener que el proceso penal puede ser considerado, bajo ciertos supuestos, una variable político-criminal¹³⁶⁶.

La concepción actual indica que no se trataría ya simplemente de que el Derecho penal solo se aplique por medio del proceso -lo que debería seguir siendo esencial-, sino de que el proceso penal funcione como instrumento de garantía del derecho a la libertad. Ese proceso no debería entenderse incluido como un elemento más en la política represora del Estado sino como un medio de garantía de los ciudadanos frente a él¹³⁶⁷.

Puede advertirse fácilmente con lo dicho hasta aquí que la relación entre Derecho penal y Derecho procesal penal es ondulante, inestable y dinámica¹³⁶⁸. A su vez, debe aclararse que ambos son solo dos elementos de muchos otros que el juez emplea y hace interaccionar para arribar a la decisión penal en la actualidad¹³⁶⁹.

Es por esa inestabilidad en la aplicación de las consecuencias derivadas de la distinción entre Derecho procesal penal y Derecho penal, que hoy puede afirmarse que la delimitación entre ambos sectores del derecho no posee efectos prácticos totalmente distinguibles¹³⁷⁰.

Por ello coincido con VERA SÁNCHEZ¹³⁷¹ en cuanto a que la visión instrumental de la relación entre ambas parcelas del derecho no es suficiente, por sí sola, para explicar el vínculo. Darle primacía a un criterio delimitador estricto provoca una visión de corto alcance de lo que sucede en el proceso penal y da por supuesto que ambos

¹³⁶⁵ *Ibidem*, p. 148.

¹³⁶⁶ VERA SÁNCHEZ, "Sobre la relación...", p. 835.

¹³⁶⁷ MONTERO AROCA, *Proceso penal...*, p. 65.

¹³⁶⁸ VERA SÁNCHEZ, "Algunas variables...", p. 27.

¹³⁶⁹ A los que cabrá sumar la epistemología, la psicología social, la dialéctica, la sociología y las neurociencias, entre otros.

¹³⁷⁰ En similar sentido, VERA SÁNCHEZ, "Sobre la relación...", p. 842.

¹³⁷¹ *Ibidem*, p. 842.

objetos relacionados son perfectamente distinguibles y delimitados. Sin embargo, como venimos observando, el límite es difuso. Prueba de ello es que se cuestiona también la naturaleza (adjetiva o material) de muchas instituciones¹³⁷².

Desde esta perspectiva, la existencia y aplicación de normas y principios jurídicos de uno y otro campo en una relación recíprocamente complementaria permite que el sistema de justicia penal despliegue todos sus efectos. Sus diferencias no revisten importancia si, en cualquier caso, se favorece al reo. El conjunto normativo puede ser entendido así como un límite para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, frente al cual el imputado sufre el riesgo de asumir la consecuencia institucional más negativa de todas como lo es la pena privativa de libertad¹³⁷³. Mientras tanto, antes de la sentencia, el individuo también sufre gravísimas afectaciones a sus derechos y, entre ellas, la prisión provisional se asemeja a la pena, en cuanto a sus efectos, en un modo innegable.

Esta retroalimentación conlleva a su vez la exigencia de que el proceso penal pueda ser una herramienta eficaz de comprobación del delito y de imposición de consecuencias delictivas¹³⁷⁴. Los efectos de las normas penales se complementan con las exigencias del proceso.

Esta idea, como señala FERRAJOLI “*es precisamente una contra las cuales ha nacido el delicado mecanismo que es el proceso penal; que no sirve para tutelar a la mayoría, sino para proteger, inclusive contra la mayoría a aquel ciudadano aislado que, aunque sospechoso, no puede considerarse, sin pruebas, culpable*”¹³⁷⁵.

Por ello puede concluirse que el Derecho procesal penal no solo está al servicio del Derecho penal, sino también del derecho de defensa y de libertad de los ciudadanos y otorga a la norma penal, como se ha dicho, su principal contacto con la realidad social. Así, cada vez es más incuestionable la influencia y vinculación recíproca entre la sociedad y el Derecho, demostrada, también a partir de la relación entre las ramas de este¹³⁷⁶.

¹³⁷² Como la prescripción, los requisitos de admisibilidad de la querrela, y el principio de oportunidad, entre otras.

¹³⁷³ VERA SÁNCHEZ, “Sobre la relación...”, p. 840.

¹³⁷⁴ *Ibidem*, p. 844.

¹³⁷⁵ FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 572.

¹³⁷⁶ VERA SÁNCHEZ, “Sobre la relación...”, p. 848.

En definitiva, hablamos de aspectos de la misma realidad, dos cuerpos legales que forman parte del mismo sistema, debiendo destacarse la función limitadora de los principios que en uno y otro marco se desarrollaron con una finalidad garantista y limitadora de la actividad estatal en los distintos estamentos.

Una visión global o de conjunto del proceso penal respecto al sistema de justicia penal nos permitirá por ello entender de mejor forma la operatividad del mismo. La asunción de una configuración sincrónica o de retroalimentación entre Derecho penal y Derecho procesal penal, lejos de perjudicar por falta de delimitación, genera una visión más realista de lo que sucede en los tribunales. De esta forma, el destierro de las rígidas barreras metodológicas entre disposiciones penales y procesales permitirá al plexo normativo cumplir de mejor forma la función de garantía o tutela de los derechos fundamentales de los intervinientes. A su vez da buenos motivos para la pertinencia de una metodología del Derecho procesal penal que considere o se halle en la misma sintonía con los principios más importantes del Derecho penal¹³⁷⁷.

Ello incluye la utilización de tales principios en la decisión sobre la prisión provisional siempre con un sentido garantizador de los derechos a la libertad, a la presunción de inocencia y al de defensa en juicio, y limitador del poder del Estado. Y no con un efecto amplificador (por extensión o analogía) que habilite al proceso y a las medidas cautelares la realización de funciones punitivas respecto de quien se presume inocente¹³⁷⁸.

En otro sentido, el principio de legalidad se proyecta así sobre el fin “represivo” del Derecho penal y sobre la finalidad “garantista” del proceso, pero, al igual que es percibido por los ciudadanos como “uno” solo, también su consideración tanto teórica como dogmática debería considerarse en conjunto como aspectos de mutua incumbencia¹³⁷⁹.

SANGUINÉ¹³⁸⁰ sostiene que debe tenerse en cuenta que una parte de la opinión pública asocia la finalidad directamente represiva a la función preventiva, aunque como vengo sosteniendo, no parece legítimo que ello tenga efectos en la aplicación legal de un instituto como el del encarcelamiento preventivo sino que tal realidad debe ser

¹³⁷⁷ *Ibidem*, p. 850.

¹³⁷⁸ Cfr. SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 221.

¹³⁷⁹ VERA SÁNCHEZ, “Sobre la relación...”, p. 846.

¹³⁸⁰ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, pp. 164 y 167.

observada con una finalidad correctiva, limitadora, garantista y clarificadora de los verdaderos fines de cada instituto.

Puede observarse como los autores que se han interesado por estas relaciones sostienen aún hoy la necesidad de elaborar una auténtica ciencia global del Derecho penal para estudiar el fenómeno en todas sus dimensiones. Así, v.gr., RAGUÉS I VALLÉS utiliza ese marco para argumentar que no cabe encontrar un fundamento plausible para la prisión provisional sin tener en cuenta su contribución al cumplimiento de la función del Derecho penal y habilitar de ese modo funciones de la pena al instituto cautelar¹³⁸¹.

Coincido en el punto de partida que expresa esa idea pero, a mi modo de ver, ello amplía en este aspecto, y no limita, la afectación de derechos sobre la base del entendimiento global del sistema, por lo que no resulta un silogismo que deba ser considerado sistemáticamente para una propuesta que venga a solucionar los excesos que se vienen advirtiendo en la utilización de la privación de libertad durante el proceso.

Comparto también las ideas de VERA SÁNCHEZ¹³⁸² en este punto. El Derecho penal y el Derecho procesal penal ya no pueden ser entendidos como sistemas autónomos, pero tampoco como uno al servicio del otro.

El sistema de Derecho penal que hoy estudiamos y el de justicia penal deben inevitablemente incluir a todas las ramas del Derecho que influyen en su aplicación. Y no solo a ellas sino también, como vimos, a otras ciencias sociales que brindan mayores herramientas no solo a la crítica e interpretación de los institutos y normas aplicables sino, con carácter previo a ello, a la elaboración legislativa y a la aplicación judicial.

Sin embargo, el término “sincronicidad” que aplica VERA SÁNCHEZ¹³⁸³ no me parece adecuado para el supuesto. Recordemos que aquel es un concepto desarrollado por CARL JUNG¹³⁸⁴ -desde las profundidades del psicoanálisis- para describir “la

¹³⁸¹ RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho Penal Sustantivo...”, p. 160, quien, como ya se ha dicho, al explicar su idea de que es en vano la división entre instituciones procesales y penales, pone como ejemplo la prisión provisional y concluye que esta también tiene que tener como fin el de preservar la función preventiva de la pena ya que de lo contrario se podría dar la imposibilidad de ejecutar la misma y, por lo tanto, que esta no cumpliera su función.

¹³⁸² VERA SÁNCHEZ, “Sobre la relación...”, p. 842.

¹³⁸³ *Ibidem*, p. 847.

¹³⁸⁴ JUNG, C. G., *Obras completas. La dinámica de lo inconsciente: Sincronicidad como principio de conexiones acausales* (1952), Vol. 8, Ed. Trotta, Madrid, pp. 415 ss.

simultaneidad de dos sucesos vinculados por el sentido pero de manera acausal". Es decir, la coincidencia temporal de dos o más eventos, que guardan relación entre sí, pero que no son uno causa del otro, sino que su relación es de contenido.

En este último punto la definición podría servir para describir la relación entre las distintas ramas de la ciencia que nos ocupa. Pero no tanto en su naturaleza. Por ello considero que la elaboración de un sistema integral vendrá mejor descrita si no se pierde de vista el objetivo de respeto de garantías y su desarrollo, desde una concepción de "prolongación" del sistema del hecho punible hacia todas las áreas de conocimiento.

Para tal fin concluyo que la relación puede definirse de mejor modo como "simbiótica". Ello no implica necesariamente que toda institución procesal deba encontrar su lugar en la teoría del delito sino que, al resultar una relación recíproca basada en el respeto por las garantías consagradas, la "reconciliación" debe venir dada por un entendimiento global y una colaboración entre los instrumentos. Ello es, en definitiva lo que los individuos observan y sufren cuando son considerados por el aparato de persecución penal del Estado, sin que sea útil a esos efectos una tajante distinción ni delimitación del lugar sistemático donde la afectación de derechos se encuentre si no lo es para limitar el posible abuso y la discrecionalidad.

3. Acerca del principio de legalidad procesal

Dentro de este debate también se discute el alcance del principio de legalidad procesal y si este existe individualmente. Hablar de legalidad resulta siempre necesario ante la afectación de derechos fundamentales o a la hora de precisar cuáles son los principios que gobiernan el ámbito de las injerencias estatales en el marco penal¹³⁸⁵.

Como señala PASTOR, la coacción estatal punitiva, en tanto que intervención y menoscabo de derechos y libertades fundamentales reconocidos por el orden jurídico, se ejerce, principalmente, a través de la pena. Pero como el proceso penal es, por definición y por consecuencias, coerción estatal, también las intervenciones procesales en la esfera de derechos básicos de los individuos conlleva la necesidad de que las

¹³⁸⁵ PÉREZ BARBERÁ, "Reserva de ley,...", p. 42.

actividades procesales estén previamente establecidas y reguladas por la ley en toda su extensión y con toda precisión¹³⁸⁶.

La legalidad procesal responde entonces a la necesidad de desarrollar principios histórica y sistemáticamente asignados al derecho penal material pero que afectan también derechos fundamentales desde el derecho procesal. La necesidad de certeza legal resulta un claro aporte al cumplimiento de las garantías en un Estado de derecho.

En el campo de la prisión provisional, también la necesaria actualización legislativa y su interpretación jurisdiccional debe avanzar siempre en pos de un estricto cumplimiento de la reserva de ley, única manera en que la afectación de los derechos no redunde en una verdadera afrenta contra la garantía de libertad de todos los individuos de la sociedad. Para ello la elaboración de estrictos estándares emerge como una herramienta útil en el plano de la racionalidad legislativa y también a la hora de la decisión judicial para limitar la discrecionalidad de los magistrados.

En ese marco la inclusión del estándar de prueba necesario para cada uno de los elementos que construyen una decisión grave como la prisión provisional¹³⁸⁷ muestra y afianza el respeto al principio de reserva de ley y a la interdicción de la arbitrariedad.

La doctrina destaca el valor de la certeza presente en las normas procesales y reconoce que cuando estas pueden significar una sanción no es posible aplicar ni la extensión, ni la analogía y deberán ser interpretadas a favor de reo¹³⁸⁸. Esto toma trascendencia si se considera, por ej., que el tiempo de la prisión provisional es abonado al de la eventual condena, por lo que la interpretación de esta medida cautelar deberá siempre estar precedida por un criterio de benevolencia y restricción¹³⁸⁹.

Pese a ello, si bien el principio de legalidad procesal es reconocido mayoritariamente¹³⁹⁰, VERA SÁNCHEZ alerta que si reconociéramos a la garantía jurisdiccional procesal de forma estricta (en España, art. 3.1 CP; art. 1 LECrim) prácticamente nos quedaríamos sin la posibilidad de administrar justicia en materia

¹³⁸⁶ PASTOR, "Acerca de...", p. 64.

¹³⁸⁷ El mismo debe estar descripto sin ambigüedades de cara al justiciable y como herramienta para la judicatura y, de este modo, resulta un gran ejemplo de la importancia de estos principios.

¹³⁸⁸ VERA SÁNCHEZ, "Sobre la relación...", p. 841.

¹³⁸⁹ *Ibidem*, p. 841.

¹³⁹⁰ Entre otros, DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 77; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 352.

penal en muchas situaciones¹³⁹¹, frente a un exceso de formalismo que puede redundar en contra de los derechos fundamentales.

En el campo de las medidas cautelares estas exigencias se sitúan también dentro del principio *nulla coactio sine lege*. Sin embargo, según PASTOR, la coacción estatal, que existe solo por mandato legal (que debe incluir su duración), no se restringe a la prisión provisional o a otros actos de afectación de derechos sino que está presente en todos los actos del procedimiento ya que este desde su inicio afecta sobremanera el libre desarrollo del individuo sometido a investigación¹³⁹². De ahí que toda la ley procesal penal debe quedar bajo la vigencia del principio *nulla coactio* y sus repercusiones jurídicas¹³⁹³.

Las medidas concretas de coerción suponen, como presupuesto de validez, tener origen en un proceso dado, el cual, a su vez, debe estar íntegramente predeterminado por la ley, de ahí que se lo llame “debido proceso legal”. De este modo se afirma una relación recíprocamente dialéctica entre pena, proceso y medida de coacción procesal, según la cual un término supone al siguiente y todos deben estar determinados legislativamente con los alcances propios de los principios *nulla poena, nullum crimen* y *nulla coactio sine lege* (“no hay coerción sin proceso fijado por la ley y no hay proceso sin ley que predetermine el hecho como delito y establezca previamente la pena”)¹³⁹⁴.

Por ello, las actividades de prohibir, juzgar y castigar¹³⁹⁵, que están inmersas en el sistema global, son obligatorias para las personas que las sufren y deben estar

¹³⁹¹ VERA SÁNCHEZ, “Algunas variables...”, p. 22, enumera como ejemplos: la falta de regulación de la bagatela -que se soluciona acorde a interpretaciones restrictivas teleológicas de la norma material-, la ausencia de estándares de prueba establecidos por la ley -regulados, en ocasiones, jurisprudencialmente-, o los problemas de prueba en delitos de violencia de género.

¹³⁹² La Corte Suprema argentina ha reconocido no solo esta afirmación, sino también su carácter autoevidente, al declarar, ya en 1968, en un caso sobre duración del proceso, que el enjuiciamiento penal comporta una innegable restricción de la libertad del imputado (CSJN, Fallos 272:188).

¹³⁹³ PASTOR, “Acerca de...”, p. 64, resalta que la libertad del imputado se ve ya afectada con la mera realización del proceso en virtud del cúmulo de obligaciones que ello representa para él y de la posibilidad de ejecución coactiva que pende sobre cada incumplimiento. Carece de todo sentido suponer que las distintas medidas del procedimiento y cada una de ellas deben estar regidas por el principio *nulla coactio* y no extraer, también, la misma conclusión para el proceso en su conjunto, ya que la existencia del proceso es presupuesto de cada una de sus medidas y si estas requieren la fijación por ley de sus alcances y requisitos, entonces también los alcances del proceso en su totalidad deben estar fijados legislativamente.

¹³⁹⁴ *Ibidem*, p. 65.

¹³⁹⁵ Sistematiza PASTOR, “Acerca de...”, p. 65, que el poder penal del Estado se manifiesta en estas tres actividades representadas por: la potestad de limitar la libertad de las personas a través de mandatos

claramente previstas legalmente conforme al principio de reserva. Como contracara del principio de legalidad procesal, corresponde al imputado la obligación de tolerar las investigaciones penales.

De este modo la reserva de ley cumple con la garantía y la obligación que significa para toda la sociedad la existencia de disposiciones previas, ciertas, estrictas, escritas y proporcionadas¹³⁹⁶. Y también sus consecuencias, entre las que se destacan la prohibición de aplicación analógica y la irretroactividad contra reo¹³⁹⁷.

En cuanto a su etiología, estas características (requisitos formales y materiales) para que el proceso sea “debido” se desprenden, según PÉREZ BARBERÁ, de una reserva de ley general¹³⁹⁸.

La reserva de ley posee caracteres aún más especiales que el propio principio de legalidad penal atento a la gravedad de los derechos afectados con base,

penales (de esta forma, los individuos son constreñidos a no realizar determinadas acciones o a no omitir las acciones dispuestas como obligatorias mediante leyes generales previas y claras); la fijación en la ley -con toda precisión- de las penas que sufrirán compulsivamente los infractores; y la obligación de la persona sospechosa de haber realizado una de esas conductas penalmente prohibidas de soportar el juicio previsto por la ley para determinar si realmente ha cometido alguna de esas conductas y, en ese caso, aplicarle alguna de las reacciones jurídicas predeterminadas por la ley.

¹³⁹⁶ PÉREZ BARBERÁ, “Reserva de ley...”, pp. 46-47. Para esas constelaciones queda excluida, por tanto, la posibilidad de que la autorización legal previa sea inferida a partir de una norma que sea una mera cláusula general (como por ejemplo el denominado “principio de libertad probatoria”), o que mantenga una relación de analogía con la medida concreta en cuestión, o que esté fundada en la costumbre o que sea desproporcionada. Del principio *general* de reserva de ley se infieren entonces las prohibiciones de retroactividad (*lex praevia*), de analogía (*lex stricta*) y de la costumbre como fuente (*lex scripta*), así como el mandato de determinación (*lex certa*) y el de proporcionalidad. Dichos corolarios no son, pues, exclusivos del principio de legalidad del Derecho penal material, sino de toda reserva de ley que tenga la fuerza de una reserva de Parlamento.

¹³⁹⁷ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 363. Nada se opone a que se apliquen normas procesales vigentes, aunque sean posteriores a la comisión del hecho enjuiciado, cuando la actividad judicial no consista concretamente en la limitación de los derechos reconocidos constitucionalmente (*tempus regit actum*). En cambio, ha de encontrarse el límite en las normas procesales que restrinjan el contenido de derechos y garantías del ciudadano las que no pueden ser retroactivas, porque así lo exige la protección de la seguridad jurídica y la tutela de la libertad.

¹³⁹⁸ PÉREZ BARBERÁ, “Reserva de ley...”, p. 86. El principio de reserva legal general ha sido poco desarrollado en el ámbito latinoamericano pero se encuentra previsto en el art. 20.III de la Constitución Alemana o se extrae del art. 30 de la CADH. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. La Corte IDH, en la OC 8/1986 del 09 de mayo, ha sostenido que el término “leyes” de ese texto convencional debe ser entendido como *ley en sentido formal*, esto es, emanada del Parlamento de conformidad con el pertinente procedimiento establecido por la Constitución. De acuerdo con esto queda claro, pues, que, según la Corte IDH, el art. 30 de la CADH establece una *reserva de Parlamento*. En Europa, el art. 8.2 CEDH establece que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar prevista por la ley. SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 353.

fundamentalmente, en que el principio de proporcionalidad tiene un desarrollo más denso y sistemático en la reserva de ley general que en el principio de legalidad penal, mientras que para los otros mandatos no habría grandes diferencias.

El proceso legal que impone la CE como previo a la pena funciona ciertamente como un límite al Estado, pero también como una restricción a derechos fundamentales del individuo. Y es por ello que, para que esa restricción no sea abusiva (es decir, para que no sea retroactiva, ni indeterminada, ni desproporcionada), se requiere una garantía de segundo orden que tenga por función, precisamente, imponer “restricciones a las restricciones” de primer orden.

En la dogmática de los derechos fundamentales esa función de segundo orden le corresponde siempre a una reserva de ley. Que no sea la reserva de ley especial del Derecho penal material la que imponga tales restricciones a la restricción en la que consiste el proceso penal no impide que sí deba serlo la reserva de ley general¹³⁹⁹. Sentado ello, la discusión referida a la separación entre forma y sustancia penal queda una vez más difuminada.

La consecuencia práctica de ello es que, sobre la base de esta simbiosis, se puedan interpretar las normas procesales penales conforme a cánones tradicionales y garantistas atribuidos a la interpretación de normas penales¹⁴⁰⁰.

La denominación de tipicidad procesal¹⁴⁰¹, “legalidad de la represión”¹⁴⁰² o -en el caso de las medidas cautelares- del principio *nullum coertio sine legem* y su relación con el principio de legalidad penal, y en especial con sus características de taxatividad y certeza¹⁴⁰³, no reviste por ello en mi opinión mayor dificultad ni debe dar ocasión a discusiones estériles ya que, más allá de su designación, lo trascendente e indispensable es el cumplimiento de las premisas garantistas en ocasión de regular la intromisión del Estado en aspectos esenciales de los individuos.

Respecto a la irretroactividad, el art. 9.3 CE, al tiempo que garantiza la seguridad jurídica, no veda el cambio sino la aplicación de las disposiciones

¹³⁹⁹ PÉREZ BARBERÁ, “Reserva de ley...”, p. 68.

¹⁴⁰⁰ VERA SÁNCHEZ, “Sobre la relación...”, p. 847.

¹⁴⁰¹ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 352, lo define como Principio procesal de legalidad.

¹⁴⁰² La “*légalité de la répression*” en Francia.

¹⁴⁰³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 128; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 350; FREUND, “Sobre la función...”, p. 93.

sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. En relación con estas disposiciones, como sostuvo el TC “lo que el art. 9.3 CE prohíbe es ‘la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad’”¹⁴⁰⁴.

En la cuestión que nos ocupa, la legalidad, en pocas palabras, implica que también las condiciones de procedencia de la prisión provisional han de estar legalmente previstas¹⁴⁰⁵ en forma previa y clara, definiéndose en este sentido el principio de *nulla custodia sine lege*¹⁴⁰⁶.

Por ello el principio procesal de legalidad constituye el primer presupuesto que ha de cumplir todo acto limitativo de algún derecho fundamental¹⁴⁰⁷, como es el caso de la prisión provisional¹⁴⁰⁸.

Destacó el TEDH que a este derecho se refiere el art. 8.2 CEDH que exige que el ordenamiento interno expresamente autorice a la autoridad judicial a disponer tales actos¹⁴⁰⁹. La aplicación de dicho presupuesto a la prisión provisional exige, además de estar lógicamente prevista en el ordenamiento procesal, que solo puede ser adoptada como consecuencia del estricto cumplimiento de los tasados motivos que justifican el sacrificio del derecho fundamental a la libertad¹⁴¹⁰ y que estos a su vez respondan a la función constitucionalmente autorizada para aquella.

Por ello es contraria al derecho a la libertad la prisión provisional que pudiera adoptarse con exclusivo sustento en motivos no contemplados en la legislación para el dictado de la medida cautelar y ello, por infringir el principio procesal de legalidad.

El TC¹⁴¹¹ sostuvo que “*por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general somete la CE la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas*

¹⁴⁰⁴ SSTC 56/2016, de 17 de marzo; 49/2015, de 9 de abril, FJ 4; 42/1986, de 10 de abril.

¹⁴⁰⁵ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 37; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 354; STC 305/2000.

¹⁴⁰⁶ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 351.

¹⁴⁰⁷ GIMENO SENDRA/CONDE-PUMPIDO/GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, p. 129.

¹⁴⁰⁸ GIMENO SENDRA, “La prisión provisional...”, p. 144.

¹⁴⁰⁹ SSTEDH “Malone”, de 2 de agosto de 1984; “Huvig”, de 4 de abril de 1990.

¹⁴¹⁰ SSTC 127/1984; 140/1986; 34/1987; 241/1994.

¹⁴¹¹ STC, Pleno, 5-4-1999 (Atr. 49).

reconocidos en su Título I, desempeña una doble función: a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente, constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho”.

Por ello considero irrelevante jurídicamente encuadrar en una determinada materia o nominar de un modo diferenciado el principio que ha llevado a aplicar un beneficio al reo pues -en último término-, el fundamento siempre estará relacionado con la dignidad de la persona investigada en la aplicación de la potestad punitiva del Estado. La naturaleza material o procesal de la norma no debería desempeñar papel alguno. La distinción entre Derecho penal y Derecho procesal penal no aporta nada al principio de legalidad como garantía¹⁴¹².

Siguiendo con el ejemplo de la prisión provisional como medida cautelar o instituto procesal, para que pueda aplicarse una posible retroactividad favorable a reo cuando la privación de libertad preventiva repercute en la determinación del tiempo de prisión efectiva basta con no prescindir de proteger las garantías del ciudadano expuesto al enjuiciamiento, con independencia de la fuente jurídica formal de su afectación. Y ello así, pese a que una aplicación retroactiva en favor de reo se oponga al criterio imperante de interpretación restrictiva de las medidas cautelares, precisamente, por ampliar el ámbito del supuesto fáctico incluido bajo la vigencia temporal de la norma¹⁴¹³.

En España, además de la determinación de la norma, la prohibición de analogía *in malam partem*¹⁴¹⁴, y la irretroactividad de la ley procesal restrictiva de derechos fundamentales desfavorable (arts. 9.3 y 24.2 CE), rige también para la prisión provisional la reserva de Ley Orgánica pues los presupuestos de la privación de libertad

¹⁴¹² VERA SÁNCHEZ, “Sobre la relación...”, p. 841. Además, en muchas situaciones, funciones adicionales de las normas penales y de las normas procesales penales son equivalentes.

¹⁴¹³ *Ibidem*, p. 847.

¹⁴¹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de derecho penal*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 285; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 358.

pertenecen al núcleo esencial del derecho a la libertad personal (arts. 81.1, 53.1 y 25.1 CE)¹⁴¹⁵.

Por ello, autores como HASSEMER¹⁴¹⁶ y VERA SÁNCHEZ¹⁴¹⁷, cuestionan que el carácter formal de una norma procesal condicione sus efectos e interpretación por un exceso de formalización, ya que la consideración de los institutos procesales como elementos del sistema de justicia penal conllevará una mejor apreciación de sus protecciones.

Una mirada independiente, autónoma, autosuficiente y unilateral del análisis del proceso penal no es satisfactoria como un pretendido instrumento de justicia en un Estado social y democrático de derecho¹⁴¹⁸.

Baste como ejemplo la tesis expuesta respecto a la irretroactividad desfavorable que se basa en la superación de la tradicional distinción penal-procesal y su reemplazo por la consideración de las normas sobre prisión provisional como normas de garantía o normas de naturaleza sancionatoria (dando razón a que la prisión provisional y la pena generan una afectación material idéntica del derecho fundamental a la libertad personal)¹⁴¹⁹.

Y ello es así porque el carácter de una norma no depende del lugar que ocupe en la codificación sino que debe atender al resultado material que se produce en relación con los derechos que resulten afectados.

II. Acerca de la pena

1. El concepto de pena y los fines del Derecho penal

Si, como se ha visto, la equivalencia entre la prisión provisional y la pena se da en distintos planos que vienen siendo analizados, cabe atender también a la discusión sobre las teorías de la pena para verificar si, en torno a sus fines, se revela de mejor

¹⁴¹⁵ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, pp. 371-372.

¹⁴¹⁶ HASSEMER, W., *¿Por qué castigar?*, CANCIO MELIÁ, M./MUÑOZ CONDE, F. (Trads.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 42.

¹⁴¹⁷ VERA SÁNCHEZ, "Sobre la relación...", p. 848.

¹⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 847.

¹⁴¹⁹ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 372.

forma la confusión -expresa o solapada- entre ambos institutos, que permita abordar con sentido limitador los problemas que trae la utilización de presupuestos sancionatorios en la medida pretendidamente cautelar.

Así, diferenciando entre fines y funciones¹⁴²⁰, observaré, dentro de la histórica discusión aún vigente, las teorías que justifican la sanción penal deteniéndome en cada supuesto de la clasificación y en el modo en que se ven manifestadas también en la prisión provisional pese al intento del sistema de disimular tal realidad.

Como aclaración, y toda vez que el debate teórico no se encuentra cerrado y, a su vez, los límites de este trabajo impiden adentrarme en los aspectos centrales de las teorías de un modo original, solo analizaré aquí -con el objetivo expresado *supra*- los rasgos esenciales de cada una de las mismas conforme han sido históricamente desarrolladas y añadiendo las ideas recientes que han realizado un aporte significativo a la cuestión.

El debate sobre las teorías de la pena es una de las cuestiones fundamentales del Derecho penal. Por ello se ha dicho que “la historia de las teorías penales es la historia universal del Derecho penal”¹⁴²¹. Sin embargo su desarrollo puede verificarse con mayor énfasis en el contexto europeo continental siendo valorado en menor modo en la doctrina anglosajona e, incluso, en el ámbito latinoamericano.

Un análisis general para apreciar su evolución debe comenzar por señalar que la expresión pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. Desde un punto de vista estrictamente lingüístico, la RAE define el concepto ‘pena’, en sus segunda y tercera acepciones, como “*castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta*”, y como “*dolor, tormento o sentimiento corporal*”.

Desde el prisma jurídico-penal sin embargo, y a pesar de lo contradictorio que pueda parecer, se carece por completo de un concepto análogo, ya que el CP opta simplemente por establecer una clasificación de las distintas penas en él previstas y por

¹⁴²⁰ Cfr. *ibidem*, 248. Los fines están situados en el sentido de la pena, mientras que las funciones están determinadas empíricamente y se reconocen a partir de los efectos que producen.

¹⁴²¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, *RDPC*, 3ª Época, nº 11, enero de 2014, p. 1.

excluir de dicho concepto a ciertas injerencias en la esfera personal de los ciudadanos¹⁴²².

La vía más asentada para encontrar una definición es el recurso a la doctrina, que, aunque no de manera muy abundante, ha hecho incursiones suficientes en esta materia¹⁴²³. A pesar de que existen algunas discrepancias, el concepto central de la pena es el de mal (dolor, restricción o privación de bienes jurídicos), por ello es definida habitualmente como “un mal que imponen los órganos jurisdiccionales¹⁴²⁴, conforme a la ley, por la comisión de un delito al culpable del mismo y que, por tanto, priva o restringe bienes jurídicos”¹⁴²⁵.

RODRÍGUEZ HORCAJO añade a esta definición una caracterización, al afirmar que la pena no es solo un mal, sino que es así por su propia naturaleza, es decir, el

¹⁴²² RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “Pena (Teoría de la)”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 16, abril 2019-septiembre 2019, p. 220.

¹⁴²³ PEÑARANDA RAMOS, E., “La pena: Nociones generales”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015, p. 259, ha sintetizado sus características en la siguiente definición: “La pena (criminal) es una privación o restricción de bienes jurídicos, prevista por la ley e impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes a través del procedimiento legalmente establecido, como castigo por la realización de un hecho jurídicamente desaprobado y constitutivo de delito a aquel a quien se considera responsable de su comisión”. RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 222, considera que el concepto debe tomar en consideración que la pena a) implica necesariamente la imposición de un mal (privación o restricción de bienes jurídicos) de manera querida; b) frente a la realización de una conducta jurídicamente desaprobada considerada materialmente como delito; c) por parte de los jueces y tribunales competentes según el ordenamiento jurídico transgredido; y d) siguiendo en todo caso las reglas formales previstas en el mismo.

¹⁴²⁴ RÍOS CORBACHO, J. M., “Los fines de la pena a través del cine: aspectos filosóficos y penales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 15, 2011, pp. 423-454. El elemento institucional pertenece, entonces, ya al concepto de pena. Así, es posible definir a la pena como una respuesta institucionalizada que se manifiesta desaprobatoriamente a través de la irrogación de un mal. Por supuesto que puede decirse que ya la desaprobación es un mal. PÉREZ BARBERÁ, G., “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, *InDret* 4/2014, p. 3, destaca que, con todo, la diferencia cuantitativa entre un mal que consiste en sufrimiento físico o en pérdida de derechos y un mal que se reduce a la aflicción que puede producir el mero hecho de ser señalado verbalmente como delincuente es tan significativa que, a su juicio, el mantenimiento de esta diferenciación entre desaprobación e irrogación de un mal está justificado. CASTELLVÍ MONSERRAT, C., “Decomisar sin castigar”, *InDret* 1/2019, p. 26, sintetiza que “una sanción es un mal impuesto por el Estado con un fin aflictivo”.

¹⁴²⁵ Señala RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 221, que, partiendo de esto, quizás la definición de ‘pena’ que más éxito ha cosechado ha sido la de HART, H. L. A., “Prolegomenon to the principles of punishment”, en HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1968, pp. 4-5, que hace constar a esta institución de cinco rasgos esenciales, definiéndola como una medida que: 1) implica sufrimiento u otras consecuencias normalmente aceptadas como desagradables; 2) se impone por un comportamiento contrario a normas jurídicas; 3) se impone sobre el sujeto culpable de dicho comportamiento; 4) se ejecuta de manera intencional por un tercero distinto al culpable; y 5) se impone y ejecuta por una autoridad constituida por el sistema jurídico contra el cual se ha cometido la infracción.

sufrimiento ínsito en la misma es su esencia, de tal modo que si se hiciese desaparecer, la pena dejaría de serlo¹⁴²⁶.

Cabe detenerse además en el requisito de considerar ‘pena’ a aquella restricción que cumple con el principio de culpabilidad. Esto no es generalizable a todos los ordenamientos penales y se vincula inexorablemente con el concepto de merecimiento, que es central en alguna justificación de la pena pero no en otras¹⁴²⁷.

Pese a la mayoritariamente consensuada definición, la discusión acerca de la naturaleza de la sanción no es pacífica, acudiéndose a la filosofía y a la sociología a la hora de aportar soluciones para adjudicar un sentido razonado a la aflicción de ese mal¹⁴²⁸. Tampoco lo es el debate respecto de su justificación y fines, los cuales adquieren su origen en determinados postulados filosófico-políticos.

El castigo penal, dada su incidencia en las libertades fundamentales del ciudadano, es el más categórico de cuantos medios dispone el Estado para regular y organizar las relaciones sociales. Por ello, se ha tratado históricamente de buscar una línea argumental a través de la cual se puedan sostener, con cierta contundencia, los motivos que avalen la necesidad del castigo¹⁴²⁹.

No obstante lo anterior, la utilización del Derecho penal para garantizar el orden de la comunidad suele ser -por lo general- innecesaria, puesto que la mayoría de sus integrantes acatan voluntariamente los mandatos del orden jurídico. Solo en el caso de que el resto de las herramientas integrantes del sistema de control social fracase¹⁴³⁰, y otros medios alternativos para resolver conflictos sociales resulten ineficaces, deberá recurrir el Estado al empleo del Derecho penal -entendido como *ultima ratio* de los instrumentos de orden- a fin de garantizar la integridad del orden jurídico¹⁴³¹.

¹⁴²⁶ RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 222. También NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1980 -edición de 2016-, p. 173.

¹⁴²⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 222.

¹⁴²⁸ ALCÁCER GUIRAO, R., *Los fines del derecho penal (Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena)*, Ed. AD-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 13, sostiene que ya es clásica la introducción de las ciencias sociales en el Derecho penal, para cuyo estudio en la actualidad resulta obligado un mínimo contacto con autores como FREUD o LUHMANN. También BUNGE, M., *Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1997, pp. 7 ss.

¹⁴²⁹ Cfr. RÍOS CORBACHO, “Los fines...”, p. 428.

¹⁴³⁰ Familia, comunidad local, escuela, vecindario, asociaciones, etc.

¹⁴³¹ AMBOS, K., “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional”, *RDPyC*, 2ª Época, n.º 12, 2003, p. 194. Por ello se habla de la *subsidiariedad* del Derecho penal.

Pese a ello, el sentido y los fines de la pena raramente se ven reflejados en el debate sobre el endurecimiento del Derecho penal¹⁴³² que se da tanto a nivel de los Estados nacionales como en lo que atañe al sistema de justicia penal internacional emergente¹⁴³³.

La pena es el factor diferenciador del Derecho penal y, por ello, de la legitimación de aquella dependerá la de este¹⁴³⁴. Sin embargo, si el fin de la pena es la prevención de acciones, este fin solo es medio para un fin ulterior, el del Derecho penal, consistente en la protección de bienes jurídicos¹⁴³⁵. Aun así, la diferenciación entre pena y Derecho penal para algunas posturas (en particular para quienes sostienen la teoría de la prevención general positiva) tiende a diluirse¹⁴³⁶.

Las perspectivas desde las cuales se analiza la cuestión son muy diversas. La pena suele justificarse como medio de represión indispensable para preservar condiciones de vida fundamentales de las personas en comunidad, sobre la idea de que sin ella la convivencia sería prácticamente imposible¹⁴³⁷. La discusión sobre sus fines se incluye en un debate entre distintas corrientes cuyos extremos estarían compuestos

¹⁴³² Ya sea por la creación de nuevos delitos o por el endurecimiento de penas, como vimos en el Cap. 2.

¹⁴³³ AMBOS, "Sobre los fines...", p. 191.

¹⁴³⁴ Cfr., v.gr., ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 59: "No en vano se ha repetido hasta la saciedad que el problema del Derecho penal todo, en el fondo, comienza y se agota en el fundamento y fin de la pena"; ALCÁZER GUIRAO, *Los fines...*, p. 19.

¹⁴³⁵ ALCÁZER GUIRAO, *Los fines...*, p. 19. Conforme a una concepción moderna del Derecho penal, este se encuentra al servicio de una *finalidad* determinada, es decir, debe garantizar la protección de una pacífica convivencia entre los individuos que integran una comunidad. Esta consideración del Derecho penal como "protección de bienes jurídicos afecta a un fin" se remonta a PLATÓN y SÉNECA y ganó significado gracias a los escritos de VON LISZT. Conforme a ella, de las respectivas circunstancias históricas y sociales surgen una serie de condiciones básicas para la vida en comunidad, tales como la protección de la vida e integridad física, de la libertad de autodeterminación y de la propiedad. Tales condiciones son denominadas bienes o intereses jurídicos. Respecto de ellos, el Estado está autorizado - e incluso obligado- a protegerlos, y solo a ellos, mediante la amenaza de una sanción penal. Cfr. también, AMBOS, "Sobre los fines...", p. 194. CORCOY BIDASOLO, M., "Prevención limitada vs. neo-retribucionismo", en SILVA SÁNCHEZ, J.M./QUERALT JIMÉNEZ, J.J./CORCOY BIDASOLO, M./CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Ed. B de F., Montevideo - Buenos Aires, 2017, p. 291, se enmarca entre los autores que destacan que el fin de la pena siempre deberá estar orientado a la protección de bienes jurídicos.

¹⁴³⁶ Para una crítica a la protección de los bienes jurídicos cfr. la lectura de JAKOBS realizada por ALCÁZER GUIRAO, *Los fines...*, p. 20.

¹⁴³⁷ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 47. O, como sostienen, GÓMEZ RIVERO, M.C./MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I./NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 41: "La justificación de la pena no es una cuestión ni religiosa, ni filosófica, sino sobre todo una "amarga necesidad"; también RÍOS CORBACHO, "Los fines...", p. 428.

por abolicionistas¹⁴³⁸ y justificacionistas con distintos matices (se observan en el desarrollo histórico teorías absolutas, relativas y mixtas, como tres grandes grupos que pueden englobar las concepciones principales al respecto)¹⁴³⁹.

También debe decirse que el Derecho penal persigue un fin genérico de protección que puede recaer, bien en los bienes jurídicos¹⁴⁴⁰ o bien sobre el ordenamiento (ya sea como medio para proteger aquellos o prescindiendo de ellos)¹⁴⁴¹. En cualquier caso, la concreción del fin genérico de protección dependerá de cómo se conciba el ordenamiento jurídico: si como la expresión de los valores ético-sociales de la comunidad social o como un conjunto de expectativas normativas de seguridad¹⁴⁴².

AMBOS, quien trabaja sobre esta cuestión en el ámbito del Derecho Penal Internacional, refiere que la cuestión en torno a la función del Derecho penal transcurre acerca de lo que el legislador puede y debe prohibir bajo la amenaza de una pena. Pero reconoce que el catálogo de patrones de conducta a penalizar por el Estado no es susceptible de ser determinado con facilidad ya que depende del sistema de valores de una sociedad determinada y es por tanto, y hasta cierto punto, relativo¹⁴⁴³. En este sentido, se sostiene que la capacidad de un sistema de Derecho penal para liberarse de las exigencias de encarnar un determinado orden moral o religioso es de enorme importancia para la adaptabilidad del mismo¹⁴⁴⁴.

¹⁴³⁸ Minoritarios, rechazan cualquier perspectiva de legitimación por lo que dicha situación llevaría a la propia abolición del Derecho penal. Sobre el punto, entre otros, FERRAJOLI, *Derecho...*, pp. 251-252, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual...*, p. 278.

¹⁴³⁹ Cfr. RÍOS CORBACHO, "Los fines...", p. 429. Así, las tesis justificacionistas determinan la necesidad de la imposición de la pena, a la que reconocen como un mal útil o, al menos, como un mal menor.

¹⁴⁴⁰ Posición que es sostenida, v.gr., por CORCOY BIDASOLO, "Prevención limitada...", p. 291.

¹⁴⁴¹ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Los fines...*, p. 17. RAGUÉS I VALLÉS, "Prisión provisional...", p. 721, sostiene que "aunque reina amplio consenso en afirmar que la misión del sistema penal es preservar la paz social, no existe acuerdo acerca de cómo la pena, en tanto que instrumento básico de dicho sistema, debe contribuir a la consecución de semejante fin."

¹⁴⁴² ALCÁCER GUIRAO, *Los fines...*, 18.

¹⁴⁴³ AMBOS, "Sobre los fines...", pp. 191-211. De hecho, los delitos cambian con el transcurso del tiempo, al igual que sus respectivas sanciones. Del mismo modo, pueden regir en un mismo momento, en lugares distintos, prescripciones penales muy diferentes. Lo que hoy es punible, mañana puede ser socialmente aceptable en virtud de un cambio en las actitudes sociales de la población (en cuyo caso el Estado podría, o incluso debería, abstenerse de castigar).

¹⁴⁴⁴ *Ibidem*, pp. 192-193, señala que ello todavía sucede, o sucedió, en algunos Estados de tradición islámica. Un buen ejemplo acerca de la relatividad del Derecho penal lo encontramos en la regulación del consumo de alcohol, el cual se encuentra estrictamente prohibido por el Derecho islámico basado en la Shari'a. Así, si el Estado adoptase la Shari'a como patrón de juridicidad, el consumo de alcohol naturalmente tendría que ser penalizado (en tanto que en nuestra cultura se prohíbe el consumo de otras drogas). A este respecto, es útil recordar que la separación entre Religión y Estado -existente desde larga data en Occidente- aún no exime de la presencia de transgresiones morales consideradas por este, como merecedoras de sanción. En este contexto, ciertamente son menos flexibles aquellos

Un factor que también es utilizado en la tarea de reconocer los fines del Derecho penal y de la pena es la distinción entre una perspectiva deontológica y una consecuencialista¹⁴⁴⁵. Dentro de esta última se distingue una especie, el utilitarismo, que habitualmente se descarta, destacándose un consecuencialismo no utilitarista que puede ser coherente con principios deontológicos como el de dignidad humana o con los principios categóricos que limitan la intervención punitiva estatal¹⁴⁴⁶. El principio deontológico se vincula con el fin de prevención y el consecuencialista con la función garantista¹⁴⁴⁷.

Otro aspecto general a considerar, es que la pena puede estar dirigida no solo a los potenciales delincuentes, sino también a las eventuales víctimas o a la sociedad como conjunto de ciudadanos fieles al Derecho. De allí surgirá, en todo caso, la diferenciación dentro de las teorías de la prevención y su carácter general o especial, diferenciándose el mensaje que se transmite en cada caso¹⁴⁴⁸.

La pena como práctica o institución debe ser justificada frente a la sociedad, y también frente al autor del delito, justificación necesaria en tanto institución y en tanto acto particular. Para ello se explica que para la justificación de la pena frente al autor del delito solo tiene validez el principio deontológico, en cambio, frente a la sociedad rige únicamente el principio consecuencialista¹⁴⁴⁹.

Por otra parte, dentro de la idea de sistema global ya recogida, las distintas propuestas legitimantes del Derecho penal están estrechamente vinculadas a su individualización, porque es allí donde se manifiestan sus efectos, ya que la justificación de la imposición de una pena dependerá de las condiciones en que se entienda que esta es legítima.

sistemas jurídicos cuyos delitos son religiosamente prescritos, esto es, donde Religión y Derecho se encuentran estrechamente asociados entre sí.

¹⁴⁴⁵ Cfr. SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, A., *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2017, pp. 8 ss.

¹⁴⁴⁶ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *La pena: un concepto mínimo para una justificación y limitación máximas*, Ponencia presentada en la Universitat de Barcelona el 17 de junio de 2019, p. 7.

¹⁴⁴⁷ SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, *Concepto...*, p. 76. Hasta ahora, muy pocas teorías de la pena han intentado brindar una justificación deontológica de la pena como institución; y si lo han hecho, no han sido muy convincentes, cfr. PÉREZ BARBERÁ, G., "Problemas...", p. 15.

¹⁴⁴⁸ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, "Problemas...", pp. 20 ss.

¹⁴⁴⁹ *Ibidem*, pp. 8-9. La actividad estatal que depende de una declaración de culpabilidad (como la imposición, la determinación y la ejecución de la pena) debe ser justificada tanto frente al autor del delito como frente a la sociedad. En cambio, la amenaza o anuncio de pena, en tanto no depende de una declaración de culpabilidad, debe ser justificada solo frente a la sociedad (esto es, solo en términos consecuencialistas).

La teoría de la pena es importante, sobre todo, para la práctica y la reforma del Derecho penal, ya que pese a su nombre de “teorías”, los axiomas legitimantes del Derecho penal no son puras elucubraciones teóricas, sino que tienen una gran trascendencia práctica para configurar la legislación penal y orientar su aplicación por parte de los Tribunales, sobre todo a la hora de fijar de forma concreta la pena que se le debe imponer al autor de un delito¹⁴⁵⁰.

Ello toda vez que la determinación judicial de la pena debe llevarse a cabo ponderando sus fines en el caso concreto los cuales se encuentran en una eterna discusión teórica¹⁴⁵¹. FEUERBACH¹⁴⁵² ya señalaba que, además, “*la correcta determinación de la pena y de la naturaleza de la fuerza penal ejerce el principal influjo sobre el Derecho criminal en general y, especialmente, sobre la teoría de la denominada imputación de las acciones.*”

Y, aunque sea mayoritariamente evitado por la literatura, la finalidad de la pena también tiene trascendencia en el desarrollo de institutos procesales como la prisión provisional. Por ello, las teorías de la pena no solo legitiman o justifican la imposición de una sanción tras un juicio en que se acredita un hecho delictivo sino que, además, orientan la aplicación práctica de todo el sistema penal.

Sentado ello, el desarrollo que realizaré a continuación intentará aportar trascendencia práctica. El objetivo es, principalmente, reflejar en forma somera el debate histórico y actual sobre los fines de la pena identificando las teorías más estudiadas, con la finalidad de establecer simultáneamente, dentro de las posturas con mayor consenso, y sin perder actualización, cuáles de esas finalidades mayoritariamente sostenidas pueden estar siendo observadas también para la decisión

¹⁴⁵⁰ Art. 66 CP español. En Argentina, arts. 40 y 41 CP.

¹⁴⁵¹ La STS de 22 de octubre de 2001 señaló que “se está cuestionando que el proceso de individualización judicial de la pena deba realizarse desde una teoría de la pena, ofreciéndose un sistema diferente que vincula la individualización de la sanción a la teoría del delito”. RAGUÉS I VALLÉS, “Prisión provisional...”, p. 721, parte de la premisa de que con la sanción penal cabe perseguir fines diversos y que, si se respetan ciertos límites, todos ellos pueden ser legítimamente pretendidos por el legislador. Cfr. también, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “El debate...”, p. 120 y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 385.

¹⁴⁵² VON FEUERBACH, P.J.A.R., *Revision Der Grundsätze Und Grundbegriffe Des Positiven Peinlichen Rechts* (1799) citado por MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Prólogo*, en RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 17.

sobre la prisión provisional. El objetivo, a partir de allí, será obtener soluciones a los distintos problemas que esta presenta con un sentido limitador.

Ahora sí, como esquema a desarrollar diferenciaré teorías absolutas y relativas y dentro de estas últimas individualizaré las teorías de la prevención general y especial (positiva y negativa). Luego identificaré las teorías mixtas. En la transversalidad del debate mencionaré ideas incorporadas en una última etapa histórica de la discusión que han sido denominadas como neoretribucionistas, así como la referencia al merecimiento de la pena y a las teorías expresivas. Junto con ello, la verificación de ideas que de allí se desprenden y su rendimiento frente a la decisión sobre la prisión provisional.

2. Teorías absolutas.

2.1 La idea de retribución.

A las teorías absolutas¹⁴⁵³ se las denominó así con el objetivo de expresar claramente la carencia de cualquier finalidad ajena a la propia existencia e imposición de la sanción penal misma, separándose de criterios de utilidad para aferrarse a una exigencia categórica de justicia. De ese modo se distinguen de las teorías relativas, quedando la utilidad de la pena totalmente fuera de su fundamento jurídico¹⁴⁵⁴.

Estas teorías entienden a la pena como una exigencia propia e inseparable de la justicia que debe recaer sobre aquel que ha cometido un delito en el pasado. Desde esta óptica se trata a la pena como un valor en sí misma, desvinculando su legitimación de efectos preventivos o sociales¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵³ El término absoluto, proviene del latín *absolutus*, que significa “desvinculado”, “independiente”. En el caso de la pena, indicaría su independencia y desvinculación de cualquier otro fin que no sea el de hacer justicia.

¹⁴⁵⁴ Cfr., entre muchos otros, RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento...*, p. 30; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Ed. Iustel, Madrid, 2014, p. 24; ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, (Trads.) LUZÓN PEÑA, D.M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./DE VICENTE REMESAL, J., T. 1, Ed. Civitas, Madrid, 2008, pp. 81 ss; MIR PUIG, *Derecho penal...*, pp. 77 ss.

¹⁴⁵⁵ Cfr. MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 33 ss.; JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (Trads.) CUELLO CONTRERAS, J./SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J. L., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 20 ss.; STRATENWERTH, G., *Derecho penal, parte general I, el hecho punible*, (Trads.) CANCIO MELIÁ, M./SANCINETTI, M., Ed. Thomson Civitas (Aranzadi), Navarra, 2005, pp. 25 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Retribución y*

En este marco, la pena puede ser considerada como la justa compensación por el mal causado por un delito, en el sentido de una teoría de la retribución (“*punitur, quia peccatum est*”¹⁴⁵⁶) desde cuyo punto de vista la aflicción carecería de efectos secundarios y, con ello, de una significación u orientación hacia el futuro. En atención a que los defensores de esta concepción estiman que la pena debe ser impuesta únicamente en consideración al delito concreto y en el solo interés de la justicia también se ha hecho referencia a ella como una “teoría de la justicia”¹⁴⁵⁷.

En este contexto teórico, la pena debe entenderse como un valor absoluto que debe ejecutarse siempre en su totalidad ya que su no ejecución o su ejecución parcial obstaculizaría la exigencia irrenunciable de la justicia y el Derecho¹⁴⁵⁸. El mal es un delito que deberá ser castigado -retribuido- por el mal de la pena; reflejándose inicialmente en esta posición tanto la antigua Ley del Tali6n (“ojo por ojo y diente por diente”), como tambi6n las ideas religiosas de la pena¹⁴⁵⁹ como expiaci6n necesaria del mal cometido¹⁴⁶⁰.

Para estas teorías, la pena es compensaci6n, ya sea como reparaci6n o como retribuci6n, agotándose en sÍ misma y en esas funciones¹⁴⁶¹. FERRAJOLI señaala: “*Son teorías absolutas todas las doctrinas retribucionistas, que conciben la pena como fin en sÍ mismo, es decir, como castigo, compensaci6n, reacci6n, reparaci6n, o retribuci6n*

prevenci6n general. Un estudio sobre la teorÍa de la pena y las funciones del Derecho penal, Ed. B de F, Buenos Aires, 2007, pp. 66-126; JESCHECK, H-H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, (Trad.) MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., Vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 96 ss.

¹⁴⁵⁶ Esta frase (“castigar porque se ha pecado”) no debe buscarse en los partidarios de estas teorías, sino, siglos antes. Deriva de PROTÁGORAS, luego adoptada por SÉNECA y GROCIO, cfr. MAURACH, R./ZIPF, H., *Derecho Penal. Parte General*, I, (Trad.) BOFILL GENZSCH, J./AIMONE GIBSON, E., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 86.

¹⁴⁵⁷ AMBOS, “Sobre los fines...”, p. 199.

¹⁴⁵⁸ JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 23, sostuvo que esa secuencia dialéctica resulta absoluta, ya que el Derecho debe ser necesariamente, siempre, Derecho impuesto. En esta postura, a diferencia de KANT, ya no se trata de una igualdad de género según el valor cualitativo y cuantitativo de la lesi6n y la pena, sino que la pena necesaria corresponde al “poder de la sociedad ya seguro de sÍ mismo”, en consecuencia, en sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es reducida “la peligrosidad de la acci6n para la sociedad”. Por ello JAKOBS considera que en HEGEL, la pena es absoluta como concepto, pero en su concreta configuraci6n es relativa al respectivo estado de la sociedad.

¹⁴⁵⁹ En ese sentido, MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 78, nos recuerda el mensaje de Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho penal, que contenía el siguiente pasaje: “Pero el Juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribuci6n. Este ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer”.

¹⁴⁶⁰ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas (análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, p. 16; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, p. 48; ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Ed. Dilex, Madrid, 2006, p. 30; RÍOS CORBACHO, “Los fines...”, p. 429.

¹⁴⁶¹ Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal...*, p. 86.

*del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco; por consiguiente no un medio, y menos aún un coste, sino un deber metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento*¹⁴⁶². Dentro de esta clasificación se han identificado numerosos modelos distintos.

2.2 KANT Y HEGEL

Entre las teorías absolutas “originarias”, la noción de retribución penal no puede abordarse sin considerar las concepciones plasmadas por KANT y HEGEL. La unión de aquellas ideas se produjo en el idealismo alemán, con estos pensadores como estandartes y base de toda la literatura jurídica que hace referencia a ellas y da luz a la teoría moderna de la retribución¹⁴⁶³.

Para KANT -filósofo prusiano de la Ilustración- la pena emerge como retribución ética, justificándose por el valor moral de la ley infringida por el culpable, presentando a la ley penal como un “imperativo categórico”¹⁴⁶⁴, consecuencia justa y necesaria del delito cometido. Se trata de una exigencia incondicionada de justicia desligada de toda consideración utilitaria¹⁴⁶⁵.

Según esta concepción, la pena judicial (que KANT distingue de la pena natural), por la que la inmoralidad se castiga a sí misma, no puede nunca servir como medio para fomentar otro bien sino que debe imponerse solo porque se ha delinquido. Del castigo como retribución surge, como primera idea, la existencia de un delito previo y, por tanto, de culpabilidad¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶² FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 253.

¹⁴⁶³ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALERÉE, H., *Nuevo sistema de Derecho penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 54.

¹⁴⁶⁴ Evidentemente, para KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, CORTINA ORTS, A./CONILL SANCHO, J. (Trad.), Ed. Tecnos, Madrid, 2016, p. 166, al repudiar cualquier consideración de corte utilitarista en la pena, su necesidad deviene absoluta, pues puede ser aplicada a causa del delito y, únicamente, porque se ha infringido la ley.

¹⁴⁶⁵ GRACIA MARTÍN, L., “El sistema de penas”, en GRACIA MARTÍN, L., (Coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 61; SANZ MULAS, “La sanción...”, p. 26; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias...*, p. 34; DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE, *Curso de...*, p. 26; MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 78; RÍOS CORBACHO, “Los fines...”, p. 429.

¹⁴⁶⁶ Cfr. FALCÓN Y TELLA, M^a J./FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2005, p. 166.

Según KANT, solo la *lex talionis* puede ofrecer con seguridad el castigo en su medida cualitativa y cuantitativa¹⁴⁶⁷, siempre en virtud de una sentencia emanada del órgano judicial, descartándose de plano la venganza privada. Esto significa que el talión determinará el contenido de la pena (“el que ha matado, debe morir”)¹⁴⁶⁸.

Por ello, su teoría de la pena puede considerarse en base a tres conceptos fundamentales: la visión absoluta de la sanción, donde el castigo se encarga de mirar al pasado por ser el hombre un “fin en sí mismo” y no un medio para conseguir finalidades futuras que le son ajenas; el criterio de justicia como fundamento de la pena; y la igualdad entre el delito y la pena para su ponderación¹⁴⁶⁹. Esta tesis es denominada por la doctrina como retributiva ética o moral¹⁴⁷⁰.

HEGEL, por su parte, justifica la pena en la necesidad de reparar el Derecho con una violencia que restablezca el orden violado. En suma, su esencia se encuentra en la negación de la negación del orden jurídico que supone la conducta delictual¹⁴⁷¹. Valora así la necesidad de reestablecer la vigencia de la “voluntad general” -ergo, afirmación del Derecho- que es dañada o negada por la “voluntad especial” del delincuente¹⁴⁷². En consecuencia, la pena significará la reafirmación del ordenamiento¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁷ KANT, *La metafísica...*, p. 167. Así lo señala JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 21, reconociendo en la Ley del Talió una limitación a la pena. El principio ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, etc., limita la venganza a la medida de pérdida del bien a causa del hecho.

¹⁴⁶⁸ En ese sentido, señala FALCÓN Y TELLA/FALCÓN Y TELLA, *Fundamento...*, p. 169, que “el principio de absoluta igualdad, talió, en la Filosofía penal de KANT tiende a suprimir la desigualdad creada por el acto ilícito. Al negar este con una acción igual y contraria se logra la retribución perfecta, devolviendo al reo, una vez finalizado el sufrimiento, a la situación de igualdad y al respeto de la comunidad jurídica de que gozaba previamente a la violación de la ley universal de libertad, recobrando así su libertad civil”. Tal absolutismo de la ley penal lleva a estas ideas a formular un ejemplo de extremo rigorismo en el cual, aunque se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que todos reciban lo que se merecen por sus actos.

¹⁴⁶⁹ Cfr. RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento...*, p. 33.

¹⁴⁷⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 78; FALCÓN Y TELLA/FALCÓN Y TELLA, *Fundamento...*, p. 165; CASTRO MORENO, *El por qué...*, p. 20.

¹⁴⁷¹ SANZ MULAS, “La sanción...”, p. 26; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias...*, p.34; ABEL SOUTO, *Teorías...*, p. 26; RÍOS CORBACHO, “Los fines...”, pp. 429-430.

¹⁴⁷² Como señala MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 78, el carácter retributivo de la pena en HEGEL, se justifica por la necesidad de restablecimiento de la vigencia de la “voluntad general” (tesis) que se representa en el orden jurídico y resulta negada por la “voluntad especial” del delincuente (antítesis). En ese sentido, si la “voluntad general” es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que se afirme, nuevamente la voluntad general.

¹⁴⁷³ JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 22, entiende que la postura absoluta de HEGEL posee una configuración que resulta similar la prevención general positiva propuesta por él.

La denominada teoría de la retribución jurídica de HEGEL comparte gran parte de los presupuestos de la teoría kantiana¹⁴⁷⁴, sin embargo rechaza la igualdad absoluta entre el mal del delito y la pena al sostener que la aplicación estricta del *talión* conduciría a un absurdo, partiendo de un principio valorativo flexible, en el que lo que importa es el valor como igualdad intrínseca de las cosas¹⁴⁷⁵.

En prieta síntesis, de estas dos versiones principales de la teoría retributiva, asentadas sobre las ideas de los filósofos alemanes, puede decirse que: la llamada teoría de la retribución moral fundamenta el sentido de la pena en el principio de culpabilidad clásico donde el basamento se hallaba en el libre albedrío¹⁴⁷⁶; mientras que la denominada teoría de la retribución jurídica considera al delito como la negación del Derecho y a la pena la negación del delito, con lo que esta se constituye como la afirmación del Derecho, encontrando allí su fundamentación.

Puede sentenciarse así que, según estas teorías, la pena no es sino una reacción que mira al pasado, al delito, y no una herramienta que mira al futuro¹⁴⁷⁷. Por ello fueron identificadas con la defensa de un exclusivo principio deontológico, alejadas de razones de utilidad¹⁴⁷⁸.

2.3 Críticas habituales

Frente a las posiciones proclives al retribucionismo, cabe identificar determinadas censuras expuestas masivamente por la doctrina que no solo cuestionan sus presupuestos sino también ponen en tela de juicio el efecto de seguridad jurídica que algunas de sus ideas -como la proporcionalidad- pretenden suministrar.

Un primer cuestionamiento a las teorías retributivas se encuentra en relación a la idea de libre albedrío -la elección libre del agente- como punto de partida, ya que ello sería científicamente indemostrable. Por ello no tendría sentido retribuir mediante el

¹⁴⁷⁴ Cfr. FALCÓN Y TELLA/FALCÓN Y TELLA, *Fundamento...*, p. 171.

¹⁴⁷⁵ Cfr. ABEL SOUTO, *Teorías...*, p. 27.

¹⁴⁷⁶ Así, a causa de la libertad del hombre, al hacerse un uso negativo de esta (optándose por cometer un delito), el individuo que de esa forma actúa, se hace acreedor y culpable del mal de la pena. Desde este punto de vista, la pena -retribución por el mal uso de la libertad- es porque debe ser, porque debe imperar la justicia Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 67.

¹⁴⁷⁷ RÍOS CORBACHO, "Los fines...", p. 430.

¹⁴⁷⁸ SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, *Concepto...*, p. 78.

castigo un comportamiento que la persona misma no puede controlar¹⁴⁷⁹ (o, al menos, no se demuestra que sí pueda). Sobre todo si se tiene en cuenta que la posibilidad de obrar de otro modo, frente a factores de determinación diversos, resulta, como mínimo, irresoluble¹⁴⁸⁰. Hoy esta cuestión es reforzada con el avance de los estudios sobre neurociencias¹⁴⁸¹.

Por otro lado, se ha dicho también que no tiene sentido añadir al mal del delito el mal de la pena. Entre otras razones, porque no se han encontrado, desde la Ley del Tali3n, f3rmulas concretas que cuantifiquen la retribuci3n de un modo verdaderamente proporcional. Por ello el hecho de que se pueda reestablecer el orden jur3dico a trav3s de la pena retributiva permite considerar que nos encontramos ante unos par3metros indeterminados que le dejan al int3rprete de la norma un ampl3simo margen de discrecionalidad para manipular determinadas soluciones¹⁴⁸².

Tambi3n se le critica a las posturas absolutas su falta de respeto a la dignidad humana (pese a que estas sostienen lo contrario), declar3ndose incompatible la retribuci3n con la dignidad¹⁴⁸³. En ese sentido, la objecci3n que aquellas formulan al utilitarismo por no tomar al ser humano como un fin en s3 mismo, sacrificando la

¹⁴⁷⁹ Cfr. MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias...*, p. 35. Tambi3n se ha mostrado bastante cr3tico con las teor3as retributivas 3LVAREZ GARC3A, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional espa3ol*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 92-94, quien se3ala que la irrenunciabilidad de la pena, consustancial a los esquemas retribucionistas, choca con el derecho positivo en general y, en particular, con nuestro propio ordenamiento jur3dico en la medida en que estos admiten la prescripci3n de delito y pena, indulto, perd3n del ofendido, suspensi3n de la pena y tambi3n la libertad condicional.

¹⁴⁸⁰ Cfr. ZUGALD3A ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 69. En ese sentido sostiene LUZ3N PE3A, D-M., *Medici3n de la pena y sustitutivos penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1979, p. 21, que "en su aspecto de retribuci3n de la culpabilidad es inaceptable, [...], porque tal culpabilidad, entendida como reprochabilidad, presupone la existencia del libre albedr3o, que es indemostrable". Asimismo, se manifiesta en similar sentido STRATENWERTH, al sostener que los individuos nunca son completamente libres al tomar una determinada decisi3n en determinado momento. De ese modo, entiende, que puede mostrarse que existe el delito "derivado de la libertad": en el sentido de que no se perciben razones externas o internas que pudieran haber impulsado al autor hacia el delito. En concreto, la mayor parte de infractores cr3nicos son personas sobre las que no cabe hablar de tal libertad; STRATENWERTH, *Derecho penal...*, p. 27; 3LVAREZ GARC3A, *Consideraciones...*, pp. 100-105.

¹⁴⁸¹ Cfr., entre otros, DEMETRIO CRESPO, E., "Presentaci3n", en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.), *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el 3mbito de la culpabilidad y tratamiento jur3dico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2013, pp. 24 ss.; D3AZ ARANA, A., "Neurociencias y Derecho Penal desde una perspectiva funcional de la mente", *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 11, N3 84, enero-junio 2015, pp. 47-89; FEIJ3O S3NCHEZ, B., *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Ed. Civitas, Madrid, 2012, pp. 17 ss.

¹⁴⁸² MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias...*, p. 36; R3OS CORBACHO, "Los fines...", p. 430.

¹⁴⁸³ CASTRO MORENO, *El por qu3...*, p. 25.

libertad “en aras de ciertas concepciones éticas más que discutibles”¹⁴⁸⁴, recae sobre su misma posición argumental ya que las posiciones retributivas estrictas instrumentalizan al hombre al “castigar por castigar”.

En esa línea, se critica la abstracción que se realiza del problema de la necesidad de la pena, ya que no se establece hasta qué punto es necesario que el Estado acuda a ella para retribuir la culpabilidad del delincuente. Las teorías de la retribución presuponen *a priori* la necesidad de la pena sin fundamentarlo previamente¹⁴⁸⁵.

También se ha objetado que estas teorías utilizan como justificación una suma de males (al mal del delito se le suma el mal de la pena) y que no puede obtenerse de ello, racionalmente, algo bueno o positivo¹⁴⁸⁶. Además, que las teorías absolutas poseen una estructura estática que solo atiende al pasado, a la comisión del delito. De esta forma el injusto y la culpabilidad se revelan como categorías rígidas e inamovibles cuya apreciación obligaría a ser compensada o retribuida “en pos de la justicia”¹⁴⁸⁷.

En tal sendero crítico, señala FERRAJOLI, que las versiones sobre las que descansa la doctrina retribucionista de la pena (KANT y HEGEL) son insostenibles ya que se trata de “*una supervivencia de antiguas creencias mágicas que derivan de la confusión entre derecho y naturaleza: la idea como restauración, remedio o reafirmación del orden natural violado; las religiosas del tali3n o de la purificación del delito a través del castigo; o las no menos irracionales de la negación del derecho por parte del ilícito y de la simétrica reparación de este a través del derecho.*”¹⁴⁸⁸ Según este autor, sigue sin ser superada la objeción planteada por PLATÓN: “lo que está hecho no puede ser deshecho”, con lo que la dialéctica hegeliana reviste teóricamente

¹⁴⁸⁴ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 814.

¹⁴⁸⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 70. A esta crítica añade ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones...*, p.92, la irrenunciabilidad a la pena.

¹⁴⁸⁶ Cfr. RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento...*, p. 39. También hace mención a esta crítica BACIGALUPO, E., *Derecho penal, parte general*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 32, al decir que “la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito”. Agrega ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 70, que “la idea misma de retribución compensadora solo se puede admitir mediante un acto de fe (que por cualquiera puede ser profesado, pero que no es válido para la fundamentación, vinculante para todos, de la pena estatal). Pues considerándolo racionalmente no se puede comprender como se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena.”

¹⁴⁸⁷ Cfr. ABEL SOUTO, *Teorías...*, p. 30.

¹⁴⁸⁸ FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 254.

una superstición al permitir concebir como algo lógico que un hecho niegue otro hecho¹⁴⁸⁹.

Se sostiene también que, desde el plano subjetivo, es un error considerar la expiación coactiva como un fin de la pena. Como señala STRATENWERTH, de una interpretación exigente de la expiación debe reconocerse que esta es una prestación a aportar por el propio culpable, que le posibilitaría desligarse de su culpabilidad. Sin embargo, lo que puede valer para la culpabilidad moral no puede ser trasladado a la pena estatal, ya que la expiación es una obra moral, sustentada en la libre voluntad del propio culpable. Intentar imponerla coactivamente sería un contrasentido en sí mismo. Pero, sobre todo, una coacción expiatoria ejercida mediante la pena sería actualmente contraria a los principios elementales del Estado de Derecho¹⁴⁹⁰.

Por esto mismo SÁNCHEZ-MÁLAGA critica, con LESCH, que estas teorías solo pueden ser defendidas desde la base de una concepción metafísica, lo que colisiona con problemas de legitimación insuperables en un Estado secularizado y neutral¹⁴⁹¹. A lo que FRISCH añade que “infligir a una persona sufrimiento única y exclusivamente para que con ello sufra queda extramuros de las funciones estatales legítimas”¹⁴⁹².

Finalmente, una crítica sostenida en la obra de MIR PUIG radica en que debe tenerse en cuenta que para respetar un derecho penal de acto en un Estado constitucional debe castigarse solo conductas que puedan ser evitables *ex ante* y sobre ello nada ofrecen estas teorías¹⁴⁹³.

Uno de los pocos aspectos valiosos que se rescata de las teorías retribucionistas originarias es la función limitadora que impide que la sanción se imponga más allá de la gravedad del delito cometido y la prohibición de la instrumentalización del ser humano que ello implica desde su perspectiva deontológica¹⁴⁹⁴. Por ello, no obstante las abundantes críticas que reciben, estas posturas poseen un aspecto positivo que la

¹⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 255.

¹⁴⁹⁰ STRATENWERTH, *Derecho penal...*, p. 28.

¹⁴⁹¹ LESCH, H., *La función de la pena*, Ed. Dikinson, Madrid, 1999, p. 8; SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, *Concepto...*, p. 79.

¹⁴⁹² FRISCH, W., “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, *InDret* 3/2014, p. 8.

¹⁴⁹³ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 96.

¹⁴⁹⁴ SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, *Concepto...*, p. 81

doctrina mayoritaria considera al reconocer en sus ideas un baremo para la estimación de las escalas penales y para la determinación judicial de la pena¹⁴⁹⁵.

La idea de retribución limita así -de cierto modo- el poder punitivo del Estado, que encuentra en la proporcionalidad entre la pena y el delito un límite de garantía para el ciudadano¹⁴⁹⁶. Sin embargo, si bien es cierta la necesidad de que la pena sea proporcional con el delito, de ello no se deriva la validez de la teoría de la retribución¹⁴⁹⁷.

2.4 La retribución actualmente

Las posturas que, de modo reciente, destacan el carácter “expresivo” de la pena¹⁴⁹⁸ ofrecen una categoría más plástica, dentro de la cual se agrupan las numerosas posiciones que definen a la pena como una reacción frente al delito cometido y que responden, retrospectivamente, a un esquema de razonamiento estrechamente emparentado con la noción de retribución¹⁴⁹⁹.

También en el ámbito anglosajón existen reelaboraciones sobre el tema destacándose una línea denominada “proporcionalista” o neo-proporcionalismo¹⁵⁰⁰. En el contexto de la gran cantidad y diversidad de autores que podríamos calificar de “proporcionalistas” se destacan los aportes de ASHWORTH y VON HIRSCH¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁵ En ese sentido, ROXIN, *Derecho penal...*, p. 84.

¹⁴⁹⁶ De este modo, siguiendo a las teorías absolutas, no se podía castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni aún con fines preventivos, ya que, como vimos, la dignidad humana se oponía a la instrumentalización del ser humano para conseguir fines sociales de prevención que le son trascendentes (MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 79); también, LUZÓN PEÑA, *Medición...*, p. 23, afirma que “desde el punto de vista político-criminal es este una de las preocupaciones y argumentos básicos de los retribucionistas: la retribución será irrenunciable porque es la única o, al menos, la mejor manera de exigir y garantizar la proporcionalidad entre delitos y penas”; en este sentido BACIGALUPO, *Derecho penal...*, p. 32, entiende que en la actualidad las teorías retributivas únicamente pueden ser defendidas sobre la base de su sentido limitador de la gravedad de la pena aplicable.

¹⁴⁹⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 79.

¹⁴⁹⁸ Analizadas, entre otros, por ZIFFER, P., “Acerca del ‘resurgimiento’ del retribucionismo”, *Revista En Letra: Derecho penal*, Año IV, n° 6, pp. 30-51; PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, pp. 2 ss.

¹⁴⁹⁹ ZIFFER, “Acerca...”, p. 34.

¹⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹⁵⁰¹ *Ibidem*, pp. 39-41, añade que además de los puntos de partida señalados, que se orientan a la proporcionalidad de las penas de un modo relativamente “ortodoxo”, han surgido en el marco de la discusión sobre este tema algunos abordajes poco usuales, que proponen un enfoque mucho menos convencional. Así, autores como DUFF y ROBINSON han replanteado el debate sobre el tema desde una perspectiva bien distinta.

Así, pese a las objeciones y el relativo consenso que parecía haberse alcanzado por las posturas mayoritarias al respecto¹⁵⁰², hace un tiempo que -ante la dificultad de encontrar una respuesta teórica adecuada a partir de las restantes teorías- el retribucionismo ha vuelto a ser estudiado como justificativo de la pena, retornando algunas ideas de KANT y de HEGEL. Estas posturas son llamadas neoretribucionistas o neo-absolutas. Junto con ellas resurge, también, la idea de merecimiento que, en principio, rechazaría los fines preventivos¹⁵⁰³.

Desde el neoretribucionismo se define a la pena como “un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en tanto y en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche”¹⁵⁰⁴.

PAWLILK ha logrado que en la discusión alemana el principio retributivo haya vuelto a estar en el primer plano¹⁵⁰⁵. Sin embargo, la retribución que actualmente se considera no carece de fines ni es “en ese sentido absoluta”, es decir, “desvinculada de finalidades ligadas al ser humano y a la sociedad.”¹⁵⁰⁶ Según este autor, la retribución sí tiene un fin extrínseco, que consistiría en el “mantenimiento del orden social”. Pero no para lograr, en el futuro, optimizaciones fácticas (para el mundo o para el autor del delito) sino que dicho fin se agotaría en la conservación misma de ese orden social¹⁵⁰⁷.

Esta discusión viene coincidiendo con la atención sobre las llamadas “teorías expresivas”, para las cuales el aspecto comunicativo es, obviamente, central. Gracias a estas teorías pudo apreciarse en la doctrina europeo-continental contemporánea que la identificación de la retribución con una teoría “absoluta”, y de la prevención con teorías

¹⁵⁰² En su sentido estricto el retribucionismo no es seguido, en la actualidad, por prácticamente ningún autor en la ciencia penal ni por las legislaciones. Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 80.

¹⁵⁰³ Cfr. GARCÍA AMADO, J.A., “Retribución y justificación del castigo penal”, en (Coords.) POMARES CINTAS, E./FUENTES OSORIO, J.L.; (Dir.) PORTILLA CONTRERAS, G./VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2019, pp. 323-340.

¹⁵⁰⁴ LESCH, *La función...*, p. 4; CORCOY BIDASOLO, “Prevención limitada...”, p. 286.

¹⁵⁰⁵ Entre otras obras, PAWLILK, M., *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un estado de libertades*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, p. 63.

¹⁵⁰⁶ PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 10.

¹⁵⁰⁷ Ahora bien, dado que el mantenimiento del orden social es una utilidad, y que como tal es una consecuencia que trasciende el bien intrínseco de la retribución, esta construcción de PAWLILK acaba siendo, forzosamente, según PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 21, una fundamentación consecuencialista de la retribución.

“relativas” de la pena simplificaba demasiado la discusión, y ello contribuyó a enriquecer el panorama bibliográfico sobre el tema¹⁵⁰⁸.

Los partidarios de estas teorías, llegan a la conclusión de que la pena aunque sea socialmente útil, si es injusta carece de legitimidad. Por ese motivo se pone el énfasis en que el que sufra la pena, la merezca (merecimiento de pena como retribución justa por el injusto cometido), retomando énfasis la idea de que nadie puede ser sacrificado arbitrariamente por razones preventivas. Por esto, lo decisivo es, como señala FEIJÓO SÁNCHEZ, el merecimiento y ya no la tradicional idea de venganza¹⁵⁰⁹.

2.5 El merecimiento de pena

Los partidarios de las teorías retributivas contemporáneas opinan que el merecimiento justifica deontológicamente a la pena sin más, en el sentido de que “es justo que aquel que merece ser castigado, sea castigado”¹⁵¹⁰.

Por ello, pese a que, en principio, cuando se habla de retribucionismo “contemporáneo”, una de las primeras intuiciones posiblemente fuera la de suponer que se trata de una categorización que, en todo caso, habrá de dejar fuera de consideración todas las versiones retribucionistas emparentadas con conceptos asociados a la religión o con la noción de expiación interna de culpas, como señala ZIFFER¹⁵¹¹, el trabajo de DUFF parece demostrar que esto no sería del todo exacto¹⁵¹².

Dentro del marco de una teoría del merecimiento, DUFF plantea la inquietante pregunta de hasta qué punto un estado liberal no tiene nada que hacer cuando se trata de las almas de los ciudadanos y, adelantándose a las objeciones, reconoce que esto podría implicar un intento por invadir la “ciudadela del alma” de los afectados, en una

¹⁵⁰⁸ PUPPE, I., *El Derecho penal como ciencia*, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2014, pp. 101 ss; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento...*, p. 39; PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 16; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, *InDret* 2/2018, pp. 14 ss.; MAÑALICH, J.P., “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en KINDHÄUSER, U./MAÑALICH, J.P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 29 ss.

¹⁵⁰⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *La legitimidad...*, p. 24.

¹⁵¹⁰ PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 14. O dicho de otro modo: frente al autor del delito -y esto significa: deontológicamente- la pena estaría suficientemente justificada si ella es merecida.

¹⁵¹¹ ZIFFER, “Acerca...”, p. 42.

¹⁵¹² DUFF, A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

concepción que pareciera totalmente ajena a las versiones liberales de las teorías del merecimiento¹⁵¹³.

ROBINSON, y DARLEY, han sostenido la denominada teoría sobre la “utilidad del merecimiento”. Según ella, si el Derecho penal no respeta las intuiciones de justicia de la ciudadanía, está abocado de forma irremediable a la falta de colaboración y así a la ineficacia. Por ello, conforme sus trabajos teóricos, se comparta o no la teoría retribucionista o del merecimiento, sería útil a efectos de prevención de delitos (de ahí el concepto de “utilidad” en el nombre de la teoría), que el Derecho penal se configure castigando en función de la gravedad del delito y la culpabilidad del autor, y no en atención a otras consideraciones como su peligrosidad o el pronóstico de rehabilitación¹⁵¹⁴.

Por su parte, JAKOBS sostuvo que la idea de restablecimiento del Derecho por medio de la retribución solo presupone la lesión de una norma jurídica como tal y, frente a dicha situación se ha observado que la pena es la respuesta al hecho que, por su lado, debe ser entendido como una protesta en contra de la vigencia de la norma. En esa línea argumental se advierte una cierta identidad con respecto a las tesis de KANT cuando señaló que el merecimiento de pena acompaña a la lesión de una ley moral por cuanto la pena es un mal físico que debe ser unido moralmente con lo malo, que si bien no lo sea como consecuencia natural, sí como consecuencia de acuerdo a los principios de una legislación moral¹⁵¹⁵.

¹⁵¹³ Cfr. ZIFFER, “Acerca...”, pp. 41 ss. Ello, a partir de una discusión más amplia en materia de castigo, dentro de la cual se rescata la idea de que el castigo debería implicar elementos tales como el arrepentimiento y la reconciliación. Al tener que aceptar la carga de la pena, esto puede funcionar como la expresión material y coercitiva de la disculpa que el autor le debe a la comunidad cuyos valores afectó. De allí la significación que cabría asignar a formas de sanciones del estilo del trabajo comunitario.

¹⁵¹⁴ Conforme destaca VARONA GÓMEZ, “Derecho penal...”, p. 12, ROBINSON y DARLEY aportan un impresionante elenco de estudios empíricos que demuestran que los ciudadanos de diferentes contextos culturales están de acuerdo con la culpabilidad y el merecimiento de castigo respecto a un núcleo de conductas delictivas. Y un Derecho penal que no respete esas intuiciones de justicia ciudadanas es un Derecho penal abocado al fracaso o a un descenso importante en términos de prevención de la delincuencia, “porque solo si se gana credibilidad moral a ojos de la comunidad que regula, puede el Derecho penal, entre otras cosas, fortalecer las poderosas fuerzas relativas a la influencia social y la internalización de las normas”.

¹⁵¹⁵ Cfr. RÍOS CORBACHO, “Los fines...”, p. 431, en definitiva, la teoría absoluta conduce a decir que la pena siempre es lesión de la norma pues debe tratarse de un simple reestablecimiento de su vigencia; KANT, *La metafísica...*, p. 29, indica que el cumplimiento social insuficiente es el delito y el efecto jurídico de un delito es la pena; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 216; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 205, advierte la similitud con la retribución jurídica de HEGEL.

Conceptualmente se sostiene que la retribución es una reacción merecida. Lo que contiene, por tanto, un elemento descriptivo (la reacción) y uno normativo (el merecimiento). PÉREZ BARBERÁ sostiene la tesis de que el elemento descriptivo de la retribución hoy, que la caracteriza como reacción o respuesta, forma parte del concepto de pena, mientras que el elemento normativo -el merecimiento- pertenece a la justificación de la sanción. A su vez, solo si se trata de retribución institucionalizada podrá hablarse de pena o incluso de castigo; si el aspecto institucional falta, la retribución sería fácilmente caracterizable como venganza¹⁵¹⁶.

2.6 Objeciones frente al neo-retribucionismo

Desde un modelo de Estado social se exige una justificación externa más allá del merecimiento de una pena¹⁵¹⁷. Esa justificación es lo que FERRAJOLI identifica como “fin general justificador” que responde a un consecuencialismo no utilitarista para complementar el fin de distribución que se asienta sobre bases retribucionistas y mira al pasado¹⁵¹⁸.

Para CORCOY BIDASOLO, no puede ser casualidad que, en un momento de avance imparable del punitivismo, resurjan posturas retribucionistas, en las que podrían incluirse las relacionadas con la afirmación de la vigencia de la norma. Para la autora, la relación entre punitivismo y retribución es innegable y por mucho que en estas teorías se trate de limitar el alcance de la retribución aludiendo, esencialmente, a la proporcionalidad, lo cierto es que la fuerza simbólica de los términos no puede obviarse. Ante el avance imparable del punitivismo -ya visualizado en el Cap. II-, debe recordarse que “*el Derecho es un lenguaje y las palabras son determinantes, tienen una función simbólica que trasciende el mero simbolismo*”¹⁵¹⁹.

Según estas críticas a las corrientes modernas, la retribución, aun cuando se desarrolle a partir de conceptos filosóficos y se trate de convertirla en algo trascendente, atendiendo a la dignidad de la persona no deja de ser venganza institucionalizada. Se parte de que a quien ha lesionado los bienes de otro se le debe de

¹⁵¹⁶ PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 3.

¹⁵¹⁷ SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, *Concepto...*, p. 80.

¹⁵¹⁸ FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 256.

¹⁵¹⁹ CORCOY BIDASOLO, “Prevención limitada...”, p. 285.

infligir un sufrimiento de modo que padezca el mal que ha causado a la víctima¹⁵²⁰. Subyace ahí la misma idea equivalente al Talión, aunque actualmente la prohibición de las penas crueles, inhumanas o degradantes lleve a que sean sustituidas por otras.

Por ello se sostiene que el problema de las teorías retribucionistas no puede solucionarse, como pretenden los neoretribucionistas, estableciendo límites porque el error radicaría en la propia fundamentación, aún cuando, como una de las consecuencias de la retribución, se refieran a los efectos preventivos a la pena (lo que supone atribuirle funciones que son ajenas a la retribución)¹⁵²¹.

Sostiene CORCOY BIDASOLO que un Estado social y democrático de Derecho y laico no puede tener como función castigar sino, exclusivamente, proteger bienes jurídico-penales, es decir, valores esenciales de una determinada comunidad. Ello en base a que la función de la pena como castigo es característica de las religiones y de los estados absolutos, pero no puede serlo en un Estado moderno. Infligir un sufrimiento a un ciudadano titular de derechos fundamentales, no puede ser una función del Estado y ello no cambia cuando, desde el neoretribucionismo se afirma que infligir un sufrimiento es una exigencia de la justicia¹⁵²².

Esta idea de justicia en ciertos neoretribucionistas, más cercanos a HEGEL, se asemeja a las teorías de la pena entendidas como confirmación de la vigencia de la norma o el restablecimiento del derecho¹⁵²³ y versa sobre una concepción formal que únicamente podría ser legítima si se parte de que esa norma responde a los valores esenciales de una determinada sociedad¹⁵²⁴.

La idea de la afirmación de la vigencia de la norma como finalidad de la pena, entendida como fundamentación de la legitimidad de esta, aún cuando se sitúa en la prevención general positiva, nos conduce a la retribución ya que se trata también de una respuesta fundamentada en la idea de justicia, aún cuando en este caso en lugar de basarse en la compensación a la víctima se fundamenta en el resarcimiento al Estado.

¹⁵²⁰ *Ibidem*, p. 1.

¹⁵²¹ *Ibidem*, pp. 1-2.

¹⁵²² *Ibidem*, p. 2.

¹⁵²³ FRISCH, *Pena...*, pp. 11-12, se muestra muy crítico con las tradicionales teorías de la pena y entiende que la única finalidad legítima de la pena es garantizar un determinado estado del derecho, su vigencia y su carácter inquebrantable.

¹⁵²⁴ CORCOY BIDASOLO, "Prevención limitada...", p. 286.

Además, de no limitarse con contenidos materiales¹⁵²⁵, las consecuencias son idénticas a las que se llegaría defendiendo una teoría retribucionista, asentada en el causalismo ya que si bien se elimina la referencia expresa al mal infligido se sustituye por la idea de que respecto de cualquier norma que se infrinja hay que responder con una pena lo cual, materialmente es otra forma de la realización o exigencia de justicia¹⁵²⁶.

El mantenimiento de la función retributiva de la pena juntamente con sus funciones preventivas, constituye una manifestación de la dimensión simbólica del Derecho penal. La retribución se incluye en la dimensión simbólica, diversamente de la prevención, que indica sobre todo una dimensión instrumental. De cualquier modo, la concepción de la pena retributiva resulta funcional a la teoría de la prevención general estabilizadora. La teoría retributiva sería así, en realidad, una teoría general preventiva enmascarada que tendría un efecto de disciplina de la población¹⁵²⁷.

La nueva retribución se apoya en la psicología de lo profundo y busca un fundamento moderno para la antigua idea de la funcionalidad general preventiva de la pena entendida como satisfacción de las necesidades de retribución de la colectividad, asumiendo así, en sentido socio-psicológico, una función de calmar la demanda emotiva de seguridad de los ciudadanos frente a la criminalidad¹⁵²⁸ en la que pasa a jugar un papel importante la función de satisfacción de determinadas necesidades de psicología social¹⁵²⁹.

Finalmente, conforme sostiene AMBOS, también en el ámbito internacional se debe rechazar la *retribución* en cuanto fundamento o finalidad de la pena. Buscar la equivalencia al perjuicio sufrido en el caso de crímenes de masas resulta impensable¹⁵³⁰.

2.7 Retribución y prisión provisional

¹⁵²⁵ FRISCH, *Pena,...*, p. 12, defiende la teoría de la vigencia de la norma como única válida pero lo complementa introduciendo requisitos cercanos al merecimiento y necesidad de pena.

¹⁵²⁶ CORCOY BIDASOLO, "Prevención limitada...", p. 287.

¹⁵²⁷ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 217.

¹⁵²⁸ *Ibidem*, p. 217.

¹⁵²⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 204 y 307.

¹⁵³⁰ AMBOS, "Sobre los fines...", p. 204. No obstante lo anterior, los precedentes del TPI para la ex-Yugoslavia (TPIY) y el TPI para Ruanda (TPIR) le concedieron a la noción de retribución -frente a otros fines de la pena- un rol marcadamente preponderante, en términos tales, que esta llegó a quedar en pie de igualdad frente a la *intimidación* general, esto es, a la prevención general negativa.

Pese a que la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado prescribe como una de sus principales consecuencias que en ningún caso con la prisión provisional pueden perseguirse finalidades punitivas o de anticipación de pena se advierte que en la práctica ello no resulta así en todos los casos.

La retribución ocupa el primer lugar en orden a cuanto debe evitarse para impedir esa anticipación ilegítima, toda vez que la prisión provisional no puede de ningún modo buscar satisfacer sentimientos de venganza de la sociedad como respuesta ante un delito que aún no se sabe si fue cometido¹⁵³¹. Por ello se ha reconocido la calidad no retributiva como una de las características de la prisión provisional¹⁵³².

Pese a ello, y si bien la mayor identidad con finalidades de la pena durante el proceso se relaciona con los fines preventivos, se verifica en la implementación del instituto procesal, pretendidamente cautelar, la influencia de diversos postulados con base en las teorías absolutas hasta aquí revisadas.

En primer lugar se observa la presencia de conceptos retributivos en la determinación del elemento sustantivo de la prisión provisional -o *fumus commissi delicti*- desde la idea de proporcionalidad. Si la medida es la culpabilidad, aunque no tengamos un condenado sino un presunto inocente, la escala penal en expectativa, prevista para el delito que se está investigando, determinará el umbral por debajo del cual no podrá decretarse el encarcelamiento cautelar¹⁵³³. En ese sentido suele establecerse el mínimo de la pena en abstracto como límite y frontera que suele coincidir con el caudal de pena que no admitirá la eventual suspensión de la pena (piso mínimo).

Por otro lado, como señala MAÑALICH, resultando evidente el nexo funcional entre la privación de libertad tras la condena y la prisión provisional, debe sostenerse que si la detención es configurada institucionalmente como pena retributiva, o sea, como un modo adecuado de expresar reproche a la persona, la prisión provisional deviene difícilmente justificable. Por ello sostiene que si la pena es un reconocimiento

¹⁵³¹ GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial...*, p. 63; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, pp. 490-491.

¹⁵³² BARRERA HERNÁNDEZ, N., *La reforma de la prisión provisional*, tesis doctoral, Universidad de Alicante, 1999, p. 59.

¹⁵³³ Como la establecida en el art. 503.1.1° LECrim, pese a la excepción prevista en el art. 503.2 *in fine*.

negativo y su imposición exige merecimiento, la prisión provisional deberá ser considerada un acto tiránico¹⁵³⁴.

El estudio de las teorías absolutas resulta también de utilidad para observar dónde radica la mayor dificultad para legitimar presupuestos justificantes como la “alarma social” que, como vimos, ya han sido erradicados de las legislaciones pero subyacen en otras causales e incluso en las prácticas habituales de los tribunales que se expresan solapadamente tras fórmulas y automatismos.

Así, en muchas ocasiones, la referencia a una sensación o sentimiento social de muy imprecisos y difusos contornos objetivos y subjetivos -y por ello finalistas, formales y conceptuales-, se suma a razones preventivas y es considerada sin especificarse siquiera el concreto riesgo al que se pretende hacer frente. Ello lleva a desarrollar móviles o impulsos puramente retribucionistas en pos de un “rápido castigo” del “culpable”, funciones que son propias, en el mejor de los casos, de la pena¹⁵³⁵.

La prisión provisional basada en la alarma social cumple una función sedativa y retributiva, puesto que apacigua el ansia vengativa que todo delito grave naturalmente genera en la sociedad¹⁵³⁶. Como señala ASECIO MELLADO, la prisión decretada sobre la base de tal supuesto o en base a la “frecuencia delictiva” responde más que a exigencias de carácter preventivo a otras de naturaleza retributiva o vindicativa¹⁵³⁷ al pretender imponerse una sanción anticipada a la propia condena con la intención de satisfacer las demandas sociales de seguridad o, lo que es lo mismo, de contribuir a la tranquilidad ciudadana¹⁵³⁸.

Recordemos que el criterio de alarma social fue rechazado porque excluye el fundamento último de toda medida provisional o cautelar, cual es el de evitar una conducta dañosa o perjudicial del imputado durante la pendencia del proceso. Aquel no

¹⁵³⁴ MAÑALICH, J. P., “La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 28, n° 83, 2007, p. 179. Si la privación de libertad tras la condena, en cambio equivale funcionalmente a una medida de seguridad justificada prospectivamente, como intervención de táctica social sobre un enemigo peligroso, la prisión provisional durante el proceso parece resultar natural para este autor.

¹⁵³⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 176.

¹⁵³⁶ DALABRIDA, “La prisión...”, p. 405.

¹⁵³⁷ ASECIO MELLADO, *La prisión...*, pp. 87-88.

¹⁵³⁸ BARRERA HERNÁNDEZ, *La reforma...*, p. 157.

se basaba en la conducta del sujeto encarcelado sino de otros -la reacción comunitaria-, con lo que lo instrumentalizaba¹⁵³⁹.

Como se ha dicho en el Cap. III, si la prisión provisional se utiliza para satisfacer deseos sociales de seguridad, supone la formulación de un juicio de culpabilidad ya que se aplica para fines ético-retributivos (junto con otros de prevención general)¹⁵⁴⁰. Por ello, implica la anticipación de una pena pese a que el derecho a la presunción de inocencia obliga a no castigar al imputado a través de una medida cautelar que no puede tener un carácter retributivo de una infracción que aún no se ha establecido jurídicamente¹⁵⁴¹.

Ello también ocurre frente a la utilización de la prisión ante el peligro de evitación de reiteración delictiva el cual, recordemos, es objeto de crítica ante el hecho de que el Estado debe garantizar la seguridad ciudadana mediante otro tipo de políticas públicas, no instrumentalizando a los ciudadanos. Además, si esto se realiza respecto de sospechosos de un ilícito, no habría mayores obstáculos para permitirlo respecto de cualquier ciudadano.

Por ello, pese a que ciertos postulados retribucionistas pueden servir para, en algún caso, limitar el uso de la prisión provisional, en palabras del TC, las medidas cautelares y, en particular, la prisión provisional “no pueden ser impuestas ni con finalidad retributiva ni como un castigo prematuro, dado que el afectado sigue gozando de la consideración de inocente en tanto en cuanto no se ha producido una declaración definitiva de culpabilidad -en el sentido de responsabilidad jurídico-penal- con fuerza de cosa juzgada”¹⁵⁴².

Por lo tanto, no se puede atribuir a la prisión provisional una finalidad retributiva incompatible con su naturaleza y con el derecho a la presunción de inocencia¹⁵⁴³.

También puede observarse, desde una perspectiva criminológica, el etiquetamiento que el proceso produce en el sospechoso, máxime cuando este es ingresado en prisión. Tal utilización nos retrotrae a las ideas kantianas que se extienden

¹⁵³⁹ MÁLAGA DIÉGUEZ, “El fundamento...”, p. 145.

¹⁵⁴⁰ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, pp. 141 y 152.

¹⁵⁴¹ En igual sentido, CATALINA BENAVENTE/OUBIÑA BARBOLLA, “Prisión provisional:...” , p. 7.

¹⁵⁴² ATC 214/1998.

¹⁵⁴³ SSTC 66/1997; 156/1997; 14/2000; 47/2000; 8/2002; 23/2002; 155/2002; 209/2002; 187/2003; 229/2003; 145/2005.

a la actuación procesal penal previa a la sentencia e instrumentalizan al individuo desde antes de poder establecerse su culpabilidad.

Por ello puede decirse que desde el punto de vista de la justicia retributiva, una medida cautelar personal constituye una contradicción en los términos. La imposición de una medida cautelar sobre una persona se corresponde bastante bien con lo que KANT entendería como la reducción de la persona a cosa, que en todo caso será siempre el precio de una pena preventiva¹⁵⁴⁴.

En definitiva, el condicionar el proceso penal a la función de satisfacer pretendidas necesidades colectivas de punición supone, ni más ni menos, que el renacimiento de las teorías retributivas en su sentido más estricto, pues así entienden la pena esos ciudadanos cuyas necesidades se satisfacen¹⁵⁴⁵.

Según expone DÍEZ RIPOLLÉS, el criterio de las convicciones generales es irrenunciable en una sociedad democrática en relación con todos los subsistemas de control social, y entre ellos el Derecho penal, como punto de referencia primordial en la selección de los bienes jurídicos a proteger. Pero este debe extender su potencial legitimador a la concreta configuración del sistema de atribución de responsabilidad plasmado en la teoría jurídica del delito¹⁵⁴⁶.

Presupuesto del referido criterio es una sociedad democrática edificada sobre la existencia de ciudadanos con capacidad de análisis crítico y de asumir la responsabilidad por sus actos, de manera que supondría una contradicción en sus propios términos la pretensión de dotar de contenido a las convicciones generales a partir de sus componentes inconscientes, si lo que da sentido a tal criterio legitimador es la existencia de ciudadanos reflexivos y responsables¹⁵⁴⁷.

3. Teorías relativas

¹⁵⁴⁴ MAÑALICH, "La pena...", p. 179.

¹⁵⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 249.

¹⁵⁴⁶ *Ibidem*, pp. 250-251.

¹⁵⁴⁷ *Ibidem*, pp. 250-251.

Se ha denominado como teorías relativas a aquellas que justifican el castigo en base a su utilidad¹⁵⁴⁸. A partir de ello se prioriza la evitación delictiva como medio de protección de intereses sociales determinados¹⁵⁴⁹.

Contrariamente a lo propuesto por las teorías absolutas, que conciben la pena como un fin en sí mismo, aquí su imposición será justificada solo en aquellos casos en que fuera necesaria para cumplir un beneficio social¹⁵⁵⁰. Su reverso, la pena inútil¹⁵⁵¹, es considerado una expresión de tiranía y de venganza injustificada¹⁵⁵².

En ese sentido se dio el paso de un aspecto retributivo con mirada retrospectiva hacia una orientación futura que tiene en cuenta los efectos que la pena puede generar, con cierto ánimo de mantener la convivencia social¹⁵⁵³, centrada en la prevención¹⁵⁵⁴.

Pese a que ya en la Grecia clásica y en Roma -con SÉNECA- encontramos manifestaciones de las teorías prevencionistas¹⁵⁵⁵, fue en la época de la Ilustración cuando se desarrolló con énfasis su fortalecimiento, como consecuencia de las doctrinas basadas en el contrato social como fundamento del Estado y del Derecho liberal cuya finalidad era la protección de la sociedad mediante la prevención del delito¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁴⁸ Al respecto de la denominación, señala MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 81, que las teorías preventivistas son llamadas relativas, ya que, a diferencia de la Justicia, que es absoluta, las necesidades preventivas son relativas y circunstanciales.

¹⁵⁴⁹ Para FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 258, estas teorías, consideran a la pena como un medio en mira de fines futuros.

¹⁵⁵⁰ SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, *Concepto...*, p. 87.

¹⁵⁵¹ Sobre esto FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 259, señala que el utilitarismo, en cuanto excluyente de las penas socialmente inútiles, es un presupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del Estado. Por ello no es casualidad que constituya un elemento constante y esencial de toda la tradición penal liberal.

¹⁵⁵² Cfr. CASTRO MORENO, *El por qué...*, p. 35.

¹⁵⁵³ RÍOS CORBACHO, "Los fines...", p. 433.

¹⁵⁵⁴ SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, *Concepto...*, p. 87.

¹⁵⁵⁵ PLATÓN, *Diálogos I*, Biblioteca Clásica Gredos, p. 408. Ver, por ej., el diálogo entre Protágoras y Sócrates, donde el primero expresa que: "Y si quieres reflexionar, Sócrates, qué efectos logra el castigo de los malhechores, esto te va a enseñar que los hombres creen que es posible adquirir la virtud. Porque nadie castiga a los malhechores prestando atención a que hayan delinquido o por el hecho de haber delinquido, a no ser quien se venga irracionalmente como un animal. Pero el que intenta castigar con razón no se venga a causa del crimen cometido -pues no se lograría hacer que lo hecho no haya acaecido-, sino con vistas al futuro, para que no obren mal de nuevo ni este mismo ni otro, al ver que este sufre su castigo. Y el que tiene ese pensamiento piensa que la virtud es enseñable. Pues castiga, a efectos de disuasión."

¹⁵⁵⁶ Cfr. JESCHECK, *Tratado...*, p. 99, sintetiza que MONTESQUIEU consideraba que lo más importante era el fin preventivo de la pena y VOLTAIRE atacaba los abusos de la Justicia penal del *Ancien Régime*.

Nos recuerda FERRAJOLI que en la época de la Ilustración, la función utilitaria de la pena se convirtió en la base del pensamiento penal reformador, asociándose a la doctrina de la separación entre derecho y moral¹⁵⁵⁷.

Ante las críticas apuntadas sobre la pena retributiva se consolidó la idea de que la pena solo se puede justificar a través de consideraciones preventivas. Eso significa que, en principio, no se pretende lograr algún tipo de justicia metafísica, sino producir un determinado estado de cosas positivo en el mundo. A pesar de este acuerdo, no resultó unívoca, a partir de ahí, la idea respecto de cuál sería el estado de cosas en concreto que se busca lograr ni el camino que debe conducir a él¹⁵⁵⁸.

Pero, sin duda alguna, la finalidad de la pena según las teorías relativas tiene como denominador común la utilidad, no se trata del castigo de un mal, sino de un instrumento para prevenir determinadas conductas, una situación de provecho a la que ya apuntaba BECCARIA cuando advertía que *“el fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”*¹⁵⁵⁹.

De allí se desprenden las dos grandes manifestaciones de estas ideas. Por un lado, la prevención especial, que justifica la pena en los fines que ha de cumplir sobre las personas que ya cometieron un delito. Y, por otro, las teorías de la prevención general, que la justifican en atención a los efectos que tiene sobre la sociedad en su conjunto y, específicamente, frente a aquellos que no han cometido un hecho delictivo¹⁵⁶⁰.

Analizaré por separado cada uno de estos subgrupos sin perjuicio de la combinación que podrá expresarse tras repasar sus principales premisas.

3.1 Prevención general

¹⁵⁵⁷ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 259.

¹⁵⁵⁸ PERALTA, J. M., “Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico”, *InDret* 2/2008, p. 4.

¹⁵⁵⁹ BECCARIA, *De los delitos...*, p. 51. Según el autor, una vez asumido el sentido utilitario, se trataría de elegir la pena y su método de imposición además de que, observada la proporción, se haga *“una impresión más eficaz y más durable en el ánimo de los hombres y menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”*.

¹⁵⁶⁰ SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, *Concepto...*, p. 88.

La teoría de la prevención general se centra en la influencia sobre la comunidad que, mediante las amenazas penales y la ejecución de las sanciones, recibe un mensaje sobre las prohibiciones legales. En consecuencia, se busca que la generalidad no se aparte de una conducta conforme a Derecho. De allí la denominación de prevención general que, al orientar la pena hacia el conjunto de los integrantes de la sociedad, actúa respecto de individuos que aún no han delinquido¹⁵⁶¹.

En las últimas décadas del S. XX se ha puesto de manifiesto una escisión dentro de esta postura, diferenciándose una prevención general negativa de una prevención general positiva. En la primera, la pena se impone para intimidar a los ciudadanos con la amenaza del castigo y así se les desanima a realizar actuaciones ilícitas. Tal intimidación emerge en el momento de la redacción de los tipos penales, es decir, al establecerse la conminación penal¹⁵⁶².

Por su parte, la prevención general positiva, llamada también estabilizadora o integradora, indica que la imposición de una pena confirma la validez del mandato contenido en la norma penal y la consiguiente expectativa de conducta, con lo que afirma la seriedad del Derecho¹⁵⁶³. Esta función se verificaría en el momento de la aplicación judicial.

a) *FEUERBACH Y BENTHAM*

En Alemania, este contexto teórico viene determinado, en su moderna construcción diseñada por FEUERBACH, por la “*actuación de la pena frente a la*

¹⁵⁶¹ Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, p. 89.

¹⁵⁶² Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 26. Mediante la pena se anuncia un mal a los miembros de la sociedad que deberá soportar en caso de cometer un delito. En ese sentido, el temor a padecer dicho mal debe neutralizar los impulsos criminales del destinatario de la norma. De este modo, el temor a sufrir la pena opera como un factor disuasorio de la realización de comportamientos asociados a ella. Se trata, en consecuencia, de la pena como un desaliento del comportamiento infractor

¹⁵⁶³ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 56; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 72; GÓMEZ RIVERO/MARTÍNEZ GONZÁLEZ/NÚÑEZ CASTAÑO, *Nociones...*, p. 42; GRACIA MARTÍN, “El sistema...”, p. 61; RÍOS CORBACHO, “Los fines...”, p. 433.

colectividad”. La pena es concebida como medio para evitar que surjan delincuentes de la sociedad. Para ello la conminación legal operaría como “coacción psicológica”¹⁵⁶⁴.

No obstante, con anterioridad a este planteamiento fue tratada como una coacción a través de la ejecución de la pena que se realizaba sobre los miembros de una comunidad, situación que llevó a cometer determinados excesos, al ser planteada desde un objetivo de “ejemplaridad” en la ejecución con un marcado carácter intimidatorio que podía llegar a ser brutal¹⁵⁶⁵.

Sin embargo, FEUERBACH señaló que la prevención general debía aparecer en otro momento, identificando la elaboración legal como el instante álgido, expresado en la pena señalada en la norma, sobre el que recae la función intimidatoria o disuasoria¹⁵⁶⁶.

Así FEUERBACH, a quien se conoce como el padre de la moderna ciencia del derecho penal alemán, fue el principal exponente de esta posición al desarrollar su “teoría de la coacción psicológica” según la cual la pena funciona como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan.

Se señaló entonces que, ante la imposibilidad real de que el Estado garantice la coexistencia de los ciudadanos simplemente recurriendo a intervenciones físicas, este debía optar por neutralizar la “*sensualidad de la transgresión de la norma*” con la amenaza de un mal de imposición posterior a la misma. La pena, entonces, operaría disuadiendo de la comisión de delitos¹⁵⁶⁷.

Para FEUERBACH estaba claro que el objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación general de todos los individuos como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. Asimismo que el fin de la ejecución de la pena correspondiente es el de dar fundamento efectivo a esa conminación, necesario para mantener la eficacia y la

¹⁵⁶⁴ MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias...*, p. 37; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 214; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 56; SÁNCHEZ OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, Buenos Aires, 2008, pp. 247 ss.

¹⁵⁶⁵ GÓMEZ RIVERO/MARTÍNEZ GONZÁLEZ/NÚÑEZ CASTAÑO, *Nociones...*, p. 27; RÍOS CORBACHO, “Los fines...”, pp. 432-433; PÉREZ TRIVIÑO, J.L., “Penas y vergüenza”, *ADPCP*, T. 53, 2000, pp. 344 ss. La ejemplaridad en la ejecución de la pena llevó a cometer determinados excesos como pudieran ser los azotes, apaleamientos y, con mucha profusión, ejecuciones públicas, con el ánimo de mostrar a la comunidad los castigos por haber cometido un hecho contrario a la legalidad vigente. En este sentido, se podría decir que son situaciones precursoras de lo que hoy es la pena vergonzante con el objeto de humillar al criminal frente a la comunidad, en lo general, y frente a la víctima, en lo particular.

¹⁵⁶⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, p. 48; SANZ MULAS, “La sanción...”, p. 28; RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 225; RÍOS CORBACHO, “Los fines...”, p. 433.

¹⁵⁶⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 225.

credibilidad de la amenaza legislada ya que, si no se aplicara, esta quedaría hueca, resultando ineficaz. También entendió, que como la ley intimida (coacciona) a todos los ciudadanos y la ejecución otorga efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato de la aplicación efectiva es, igualmente, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley que viene, en este segundo momento, a reafirmar la veracidad de su amenaza¹⁵⁶⁸.

Por su parte BENTHAM, en Inglaterra, en unos términos profundamente utilitaristas, basó la capacidad protectora de bienes jurídicos del Derecho penal en un recurso cotidiano: el miedo a un posible castigo en caso de comisión de un delito, generador en los sujetos de razones instrumentales para cumplir con las normas penales (que se cifran fundamentalmente en la evitación de la sanción)¹⁵⁶⁹.

Este miedo dependería así de la severidad de la pena, pero también del grado de certeza que exista en la detección y enjuiciamiento del delito, y de la celeridad con que se imponga la pena tras dicha comisión (aspectos que serían considerados mucho tiempo después por las teorías vinculadas al análisis económico del derecho¹⁵⁷⁰). Además, y como “*mecanismo psicológico*”, el temor no se basa en estas tres magnitudes contabilizadas de forma objetiva, sino que la disuasión es mayor o menor en función de la percepción subjetiva (individual o grupal) de ellas. Y, aún más allá, la disuasión dependería de la falta de utilidad subjetiva que para cada sujeto se derive de su percepción de esas magnitudes¹⁵⁷¹.

Para BENTHAM también el fin primordial de las penas radica en la prevención general de los delitos futuros, y ello se consigue mediante la intimidación de la población para inhibirlos de cometerlos. Así, según este autor el objeto general de todas las leyes es prevenir el daño¹⁵⁷².

Para ello BENTHAM desarrolló su teoría no solo sobre su fin principal (prevención) sino, también, respecto de su graduación, sosteniendo que, cuando un hombre necesita cometer un delito (de la clase que sea) se lo debe inducir a que cometa uno menos dañino antes que uno más lesivo. De igual modo, cuando un hombre ha decidido cometer un delito particular, el siguiente objetivo será evitar que haga más

¹⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 225; CASTRO MORENO, *El por qué...*, p. 44.

¹⁵⁶⁹ BENTHAM, J., “Antología”, Ed. Península, Barcelona, 1991, p. 63.

¹⁵⁷⁰ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I, “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal, *RDPC*, 2.ª Época, nº extraordinario 2, 2004, p. 57.

¹⁵⁷¹ RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 226.

¹⁵⁷² BENTHAM, “Antología”, p. 66.

daño del necesario para su propósito, es decir, hacer el menor daño de acuerdo con el beneficio esperado. Consideraba también que siempre debe recurrirse al modo de prevención más económico¹⁵⁷³.

Desde esta postura, para lograr el objetivo de prevención, el valor de la pena no debe ser menor en ningún caso que el suficiente para compensar el beneficio del delito, ya que de lo contrario, la pena sería superflua y el delito se cometería con seguridad y, por tanto, la pena sería globalmente ineficaz¹⁵⁷⁴.

Finalmente, según BENTHAM, la pena debía ejecutarse públicamente para que su difusión y eficacia sea mayor. En efecto, diferenciaba entre el 'valor aparente' de las penas que "es el mal probable que se presentaría a la imaginación del común de los hombres, por la vista o descripción de la pena, o por la vista de su ejecución"¹⁵⁷⁵ y su 'valor real' que "es el mal completo de la pena, que se sufrirá siendo impuesta"¹⁵⁷⁶.

Por ello encontramos en estas ideas rasgos economicistas ya que el destinatario de la norma es quien debe evaluar si el costo (mal) que supone la pena compensa, o no, el beneficio que podría reportarle al individuo la comisión de un delito¹⁵⁷⁷.

Aunque las teorías de FEUERBACH y BENTHAM son muy similares, es importante destacar que mientras para el primero lo central de la pena es el momento de la amenaza y su funcionamiento como mecanismo psicológico primitivo, para BENTHAM lo importante es la imposición del dolor y su funcionamiento como mecanismo prudencial (económico en un sentido amplio)¹⁵⁷⁸.

Ahora bien, especialmente desde mediados del S. XX, se produjo una reacción fuerte frente a las visiones preventivo-generales como las de BENTHAM o FEUERBACH que fueron acusadas de justificar un verdadero "terror penal". La consecuencia fue la de afirmar que la prevención general podía alcanzarse por métodos más sutiles, no reprimiendo a los potenciales delincuentes sino afirmando positivamente el propio

¹⁵⁷³ *Ibidem*, pp. 68-71.

¹⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 71.

¹⁵⁷⁵ BENTHAM, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, (trad.) LÓPEZ BUSTAMANTE, J., imprenta de Manuel Saurí, Libro I, Cap. IV, Barcelona, 1838, p. 19.

¹⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 20.

¹⁵⁷⁷ Cfr. SÁNCHEZ OTHARÁN, J.F., *Protección penal del medioambiente y disuasión. Una mirada desde el análisis económico del derecho*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2018, p. 242.

¹⁵⁷⁸ Cfr. RODRÍGUEZ HORCAJO, "Pena...", p. 226.

Derecho frente a la totalidad de la sociedad. Esta “nueva” visión fue denominada como prevención general positiva y rápidamente se disgregó en teorías de lo más diversas¹⁵⁷⁹.

La teoría de la prevención general positiva se encontró en primer plano en la discusión en el Derecho penal contemporáneo. Las finalidades que se pretenden alcanzar con ella son muy variadas, a tal punto que se ha dicho que “...como mucho por casualidad resultan compatibles” entre sí¹⁵⁸⁰.

b) *JAKOBS*

Quizás por ser una de las teorías de la prevención general positiva más estudiada, merece mencionarse la visión, muy cambiante, de JAKOBS. Para este autor, en términos similares a cuanto expresara CARRARA a finales del S. XIX, la pena opera como un sistema que reafirma la confianza de la sociedad en las normas vigentes frente a la desautorización de las mismas contenida en su infracción¹⁵⁸¹.

JAKOBS entendió que la sanción penal posee una función de mantenimiento de la norma como modelo que orienta las relaciones sociales y que, en los contactos sociales, solo es posible una orientación cuando los comportamientos de las personas no son imprevisibles. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible¹⁵⁸².

De ese modo, se afectarán los contactos sociales cuando una parte decepciona la expectativa de otra de que se cumplan las normas vigentes y, por ello, es necesario que todos mantengan en orden su círculo de organización, respetando las expectativas de los demás, para evitar que se produzcan efectos exteriores mediante los cuales podrían resultar dañados otros¹⁵⁸³.

JAKOBS parte para ello de la concepción de LUHMANN del Derecho como instrumento de estabilización social, que orienta las acciones e institucionaliza las

¹⁵⁷⁹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, pp. 88-89; RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 226.

¹⁵⁸⁰ Cfr. PERALTA, “Prevención...”, p. 4.

¹⁵⁸¹ JAKOBS, G., “La pena como reparación del daño”, en REYES ALVARADO, Y. (Coord.), *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Ed. Legis, Bogotá, 2005, pp. 344-345; RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 226.

¹⁵⁸² JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 9.

¹⁵⁸³ *Ibidem*, p. 11.

expectativas. Concretamente, las funciones de protección y orientación se evidenciarían confirmando la confianza en la norma por parte de los que ya confían en ellas. De este modo, la pena no pretende intimidar o amedrentar al penado o a terceros para que se abstengan de cometer delitos, sino que busca fortalecer la confianza de la colectividad en la norma y que todos sepan cuáles son sus expectativas producto de la fidelidad al Derecho y de la aceptación de las consecuencias en caso de infracción (“ejercicio en el reconocimiento de la norma”)¹⁵⁸⁴.

Conforme a esta idea, el Derecho penal no puede sanar las consecuencias del delito ni la pena determina una reparación del daño, sino que lo importante es la adecuada motivación a los ciudadanos para que eviten los comportamientos contrarios al Derecho. Por ello se sostiene que la contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de aquella y la desautoriza. Tal desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación¹⁵⁸⁵.

En resumen, según el propio JAKOBS, la “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales” y el contenido de la pena es una réplica “que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”¹⁵⁸⁶.

C) ZIPF, HASSEMER Y MIR PUIG

ZIPF entendió que debía limitarse la agravación o aumento de la pena con fines preventivos-generales (aumento de una pena singular con el objeto de lograr la disminución del delito en la colectividad). Esta discusión se dio en Alemania a fines de la década de los '60 y de allí surgió el concepto de defensa del ordenamiento jurídico que tenía como finalidad la limitación de la prevención general. Ligado a ello se

¹⁵⁸⁴ PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* n° 23, 2000, p. 295.

¹⁵⁸⁵ JAKOBS, *Derecho penal...*, pp. 12-13.

¹⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 14; SANZ MORÁN, A. J., “Las teorías penales hoy”, *Estudios de Filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 147. Como sostiene RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 227, JAKOBS ha ido depurando su teoría de determinados elementos para quedarse en una visión tremendamente abstracta que lo lleva a ser considerado como un defensor de una teoría absoluta.

modificó la concepción sobre la prevención general; las opiniones comenzaron a decantarse por una línea intermedia, haciendo hincapié en forma creciente sobre el aspecto positivo del efecto de integración¹⁵⁸⁷.

Desde un ejemplo dado por ZIPF, si la prevención especial exige la aplicación de una pena de prisión de corta duración, solo podrá imponerse su cumplimiento efectivo cuando sea imprescindible para la defensa del orden jurídico. Es decir, cuando esté en juego la fidelidad al Derecho de los ciudadanos, lo que significa limitar la prevención general positiva¹⁵⁸⁸.

HASSEMER planteó que la intimidación es un concepto del pensamiento autoritario, donde el que es intimidado es el más débil y de ello puede basarse la idea de que el Estado, al castigar al delincuente, muestra su superioridad sobre él. Por ello, tal concepción es muy restringida y una contradicción en sí misma porque el destinatario de la amenaza penal es, en un orden civil, también autor de esa amenaza¹⁵⁸⁹.

Desde tal premisa se entiende que las leyes penales deben apartar al ciudadano del delito lo cual posee apoyo en las constituciones. Por tal motivo, lo que hace la prevención general positiva -a diferencia de la prevención general intimidatoria- es preguntarse por las condiciones que permiten a las personas mantenerse fieles al Derecho. Entre esas condiciones se ubica la claridad en la condena del delito, en la conminación penal y en su aplicación.

Pero ello, más allá de que así se fortalece el Derecho penal, no sería el núcleo esencial de la pena puesto que la fe en el Derecho no es el sometimiento a través del miedo ante la amenaza, sino el resultado de la racionalidad de la ley y su aplicación, y es la confianza que se funda en la validez general de las normas¹⁵⁹⁰.

En este cuadro, la pena continúa vinculada a su justificación empírica; pero la persecución de los fines de prevención solo se admiten mediante una reacción proporcional al hecho ilícito y a la culpabilidad del autor¹⁵⁹¹. En tal aspecto puede

¹⁵⁸⁷ Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal...*, p. 107.

¹⁵⁸⁸ Cfr. MIR PUIG, "Función...", p. 55.

¹⁵⁸⁹ HASSEMER, *¿Por qué castigar?...*, p. 96.

¹⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 97.

¹⁵⁹¹ En *ibidem*, p. 97, expresa textualmente que "al Derecho penal ya no le interesa la pura integración, sino conseguir el reconocimiento y el apoyo de la población. Esto significa, por ejemplo, que el objetivo de su mensaje a los ciudadanos no son solo, como decía la teoría de la prevención general negativa, las prohibiciones contenidas en la Parte Especial del Código penal, como el asesinato y el homicidio, sino

observarse claramente la limitación que se efectúa a la prevención general negativa desde esta posición.

MIR PUIG ofreció una alternativa representada por un sector doctrinal encabezado por el propio HASSEMER y por ZIPF y ROXIN¹⁵⁹². La variante, si bien posee en su contenido ideas básicas de la prevención general, es caracterizada como una tendencia limitadora de la teoría original.

Al rechazar la prevención general positiva, MIR PUIG permite ampliar la injerencia del Derecho penal a la esfera interna del ciudadano, pero admitiendo aquella cuando opere como límite a la tendencia puramente intimidatoria que cae en el terror penal por el abuso en la amenaza sancionatoria¹⁵⁹³.

Esta postura exige que la prevención general no solo se intente por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático, lo que supone limitarla mediante una serie de principios que deben restringir el Derecho penal en este modelo de Estado¹⁵⁹⁴.

El Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho aconseja relegar las alternativas de la retribución o prevención en favor de una prevención limitada, que permita la combinación de necesidades de protección de la sociedad no solo con las garantías ofrecidas por la retribución, sino también con las que ofrecen los principios limitadores¹⁵⁹⁵.

d) Otras distinciones dentro de la prevención general

Pese a que no siempre se realiza, se debe distinguir en el marco de la prevención general positiva, entre dos posibles sujetos de la pena: la sociedad entera como una unidad y cada miembro de esta individualmente. Para ello resulta útil designar la teoría

también y sobre todo las garantías penales que se contienen en la Constitución, como el Derecho a la defensa, a ser oído o a apelar a una instancia superior en caso de condena”.

¹⁵⁹² Cfr. SANZ MORÁN, “Las teorías...”, pp. 56-57.

¹⁵⁹³ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, pp. 82-83.

¹⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 83.

¹⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 95, señala que solo de esa forma -prevención limitada- podrán conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención general positiva. Así, el Derecho penal al prohibir los delitos mediante normas primarias -dirigidas a los ciudadanos- persigue motivar al ciudadano para que no delinca.

con dos términos diferentes: si se tiene en mente dirigir efectos en toda la sociedad puede hablarse de prevención-integración. Por el contrario, cuando el sujeto al que se dirigen los efectos de la pena es el individuo se habla de prevención-educación¹⁵⁹⁶.

Respecto de la prevención-educación cabe distinguir a su vez entre dos posibles conceptos de norma: uno que pone el acento sobre el contenido de valor de cada norma individual, mientras que otro destaca el valor de la normas como parte del orden jurídico. Si se parte de un Estado liberal, parece que este no puede reclamar de sus ciudadanos más que el respeto por el orden jurídico y, por ende, por la norma de conducta como parte de este y cualquier contenido moral que exceda estos límites se manifestaría como inaceptable¹⁵⁹⁷.

PERALTA señala la necesaria relación entre la prevención general positiva y la prevención general negativa al precisar que la complementación de la teoría de la prevención-educación con la prevención general negativa puede dar cuenta, además, de una manera más acabada, de la dimensión negativa de la pena. La imposición de pena es un daño que, cuando es anunciado, provoca miedo (por lo menos al autor potencial), y ese daño no deja de ser el objetivo inmediato de la pena¹⁵⁹⁸.

La pena comprende además dos puntos de vista: uno comunicativo, el reconocimiento del orden jurídico, y otro intimidatorio o aflictivo¹⁵⁹⁹. La teoría de la prevención general negativa es una teoría liberal de la pena, que puede dar cuenta de la realidad de ella, sin que por ello se deba renunciar a su parte comunicativa¹⁶⁰⁰.

Por su parte, las funciones de la prevención general positiva se clasifican en tres: a) una función explicativa de la pena, ya que esta teoría explica el funcionamiento de la pena en el cuerpo social; b) una función legitimadora de la pena y del Derecho penal, ya que la pena estaría justificada en tanto que es necesaria para mantener la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico; y c) una función limitadora de necesidades preventivo-especiales y preventivo-negativas o intimidatorias¹⁶⁰¹.

¹⁵⁹⁶ PERALTA, "Prevención...", p. 4.

¹⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 5.

¹⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹⁵⁹⁹ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 113-114.

¹⁶⁰⁰ PERALTA, "Prevención...", p. 23.

¹⁶⁰¹ Cfr. CRESPO, E. D., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2016, p. 124.

La pena bajo este prisma tendría dos efectos principales: a) un efecto sociopedagógico de aprendizaje o de ejemplaridad, de manera que configura el conocimiento sobre la juridicidad de la generalidad de la población (de este modo los ciudadanos interiorizarían que la opción por el delito no es rentable, conservando, de ese modo, la lealtad por el Derecho); y b) un efecto de confianza en la protección dispensada por el ordenamiento y las normas. A su vez la combinación de los dos genera una sensación de integración de una comunidad jurídica que funciona, y eso consigue el restablecimiento de la paz jurídica o un efecto de pacificación social con efectos preventivos en sí mismo¹⁶⁰².

Señala FEIJÓO SÁNCHEZ que lo que caracteriza a las teorías preventivas es que ya no se busca la influencia psicológica en los individuos con tendencias a delinquir, sino que se introducen en el debate los efectos de la psicología social que encierra la praxis penal. De este modo, se entiende que si la aplicación de una sanción penal se considera justa por la generalidad, tendría un efecto integrador a largo plazo. A esos fines, la pena ya no contaría como destinatario con la generalidad de los ciudadanos como potenciales delincuentes, sino como sujetos que cumplen con las leyes viniendo a reforzar, estimular, o fortalecer la conciencia jurídica o la fidelidad o lealtad al Derecho de la mayoría¹⁶⁰³.

MIR PUIG distingue otras dos variantes dentro de la prevención general positiva: a) la tendencia fundamentadora y ampliadora de la intervención del Derecho penal (cuyo origen más inmediato puede hallarse en WELZEL, según quien el Derecho penal no se limita a evitar determinadas conductas dañosas y peligrosas, sino -con mayor ambición- influir en la conciencia ético-social del ciudadano en su actitud interna hacia el Derecho); y b) la tendencia limitadora que es desarrollada por el propio MIR PUIG y que intenta poner freno a la prevención general intimidatoria y/o a la prevención especial¹⁶⁰⁴.

3.2 Críticas a la prevención general (y propuestas limitadoras)

¹⁶⁰² Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La legitimidad...*, p. 85.

¹⁶⁰³ *Ibidem*, p. 83.

¹⁶⁰⁴ MIR PUIG, S., "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", *ADPCP*, 1986, pp. 49 ss.

Como ya adelantara, dentro de las críticas destacadas sobre las teorías preventivistas se ha sostenido que, hasta la llegada de las posturas limitadoras y de la evolución del desarrollo del principio de proporcionalidad, justificaban una ampliación del Derecho penal con fines intimidatorios que habilitó los excesos en regímenes totalitarios conduciendo al terrorismo penal¹⁶⁰⁵.

En tal sentido, la utilización como “chivos expiatorios” de los individuos sometidos penalmente, emerge de la posibilidad de castigar desproporcionada y exageradamente hechos delictivos de diferente gravedad que se desprende de estas concepciones ya que, al castigarse no por el delito cometido sino en miras de que otros no caigan en conductas criminales, se produce una instrumentalización o cosificación del ser humano.

Estas críticas revelaron una problemática en relación a los derechos fundamentales. Se ha dicho que es por ello que KANT desechaba cualquier tipo de finalidad de la pena que no sea la concreción de la justicia y que HEGEL opinaba que la fundamentación de la pena desde un prisma preventivo se equipara al acto de levantar un palo frente a un perro (con lo que los seres humanos desde un preventivismo estricto no serían tratados sino precisamente como perros)¹⁶⁰⁶.

También algunos autores afirman que la pena que mira la autoafirmación del poder punitivo del Estado deviene necesariamente en puro retribucionismo, al acoger una concepción autoritaria y expansiva del *ius puniendi*¹⁶⁰⁷.

Por otra parte, otro de los aspectos más criticados de las teorías relativas recae sobre la ausencia de comprobación empírica. En ese sentido, se resalta la imposibilidad científica de establecer la capacidad de influencia de la pena en las decisiones individuales y la relación que se establece entre aumento de pena y reducción de

¹⁶⁰⁵ GÓMEZ RIVERO/MARTÍNEZ GONZÁLEZ/NÚÑEZ CASTAÑO, *Nociones...*, p. 27; SANZ MULAS, “La sanción...”, p.29; GRACIA MARTÍN, “El sistema...”, p. 61; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 83; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 75; ROXIN, *Derecho penal...*, p. 31; CRESPO, *Prevención general...*, p. 112; ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones...*, p. 138; FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 279.

¹⁶⁰⁶ En ese sentido, leemos a BINDING, a través de VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, (trad.) PÉREZ DEL VALLE, C., Ed. Comares, Granada, 1995, p. 45, cuando se pregunta “¿Y cómo puede justificar la teoría relativa que el delincuente -que todavía es una persona- pueda ser denigrado como objeto de un experimento para comprobar si el hecho de que a él se le imponga una pena puede obstruir en el futuro esa fuente de males para otras personas iguales a él?”.

¹⁶⁰⁷ En ese sentido CASTRO MORENO, *El por qué...*, p. 73; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 78; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 237, sostiene que la prevención general positiva, amén de su presentación como doctrina superadora de los inconvenientes de la concepción tradicional intimidatoria, se muestra como una doctrina de corte autoritario.

delincuencia¹⁶⁰⁸. Tal crítica recae tanto sobre la prevención general negativa como sobre la positiva.

Por ello se ha llegado a decir que estas teorías se fundamentan sobre una intuición, ilusión o ficción¹⁶⁰⁹ ya que la presunción de que el individuo realiza cálculos costo-beneficio antes de cometer un delito se enlaza en la carencia de basamento empírico de aquellas pues se dirigen a la contemplación del ser humano como un ser absolutamente racional, un frío calculador de ventajas y desventajas de la comisión de un delito. Ello pese a que la mayoría de los sujetos no se plantea la imposición de la pena como una certeza sino que, por el contrario, actúa delictivamente en el pensamiento de que no será descubierto y, por tanto, no será penado.

CRESPO señala que el problema del control empírico de las estrategias preventivo-generales se ha vuelto más difícil con la ampliación de la perspectiva de análisis a través del cambio de acento de los aspectos negativos a los positivos. Así, la prevención general positiva resulta ser un entramado normativo-empírico, que solo es accesible parcialmente al examen empírico¹⁶¹⁰.

Por otra parte, como crítica valorativa, se ha sostenido que los sistemas punitivos originados en estas teorías resultan poco deseables por su irracionalidad, al concederle mayor relevancia a la intensidad de las motivaciones o pasiones que a la gravedad del delito. Por tal motivo la pena a imponerse es determinada más por los aspectos psicológicos del hecho que por su efectiva lesividad¹⁶¹¹.

En línea similar, las críticas desde un punto de vista político-criminal sostienen que la consecuencia lógica de una política penal basada en la prevención general implica una tendencia hacia el endurecimiento de las penas, sin que ello se corresponda con una incidencia en la criminalidad. La prevención general negativa al considerar que

¹⁶⁰⁸ Sobre este punto resalta FEIJÓO SÁNCHEZ, *La legitimidad...*, p. 44, que la prevención general negativa se sostiene sobre premisas empíricas falsas e incompatibles con conocimientos científicos.

¹⁶⁰⁹ Cfr. CASTRO MORENO, *El por qué...*, p. 47.

¹⁶¹⁰ CRESPO, *Prevención general...*, p. 153.

¹⁶¹¹ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La legitimidad...*, p. 41; JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 28. RÍOS CORBACHO, "Los fines...", p. 434, señala que por ello para intentar solventar esta cuestión el legislador ha de pensar, además, de la intimidación de los ciudadanos, en la valoración que estos hacen de dicho comportamiento, en la gravedad del mismo y en la importancia del bien jurídico afectado, además de la consideración de medidas alternativas.

la intimidación aumentará con más pena nunca resolvió de manera correcta el aspecto del merecimiento de la pena ni de la proporcionalidad del castigo¹⁶¹².

Según SILVA SÁNCHEZ, este tipo de teorías asignan a la pena un complejo de fines de índole diversa pero todos con un factor común: el predominio de elementos ético-sociales. En ese entendimiento, el Derecho penal no puede ni debe reducirse a la intimidación de autores potenciales, contemplados como sujetos que realizan cálculos racionales, sino que además debe tenerse en cuenta la relación del Derecho penal con los demás medios de control social para tratar de influir positivamente en el arraigo social de las normas¹⁶¹³.

Desde la prevención general positiva se le asigna al Derecho penal la misión de reforzar la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición para el cumplimiento de las normas¹⁶¹⁴. Se postula que estas posturas describen de manera aséptica y tecnocrática el modo como funciona el sistema social, pero no realizan una valoración crítica del mismo¹⁶¹⁵.

Como señala ZUGALDÍA ESPINAR, “la teoría sistémica conduce a una concepción preventivo integradora del Derecho penal en el que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema buscando un fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales, pero no su modificación o crítica”¹⁶¹⁶.

Por otro lado, del concepto de la prevención general positiva como prevención-educación no se pueden derivar ni los bienes jurídicos que deben ser protegidos ni el monto de pena. Por ello es necesaria la complementación de esta teoría con la teoría de protección de los bienes jurídicos y con la prevención general negativa¹⁶¹⁷.

¹⁶¹² Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La legitimidad...*, p. 57.

¹⁶¹³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 229 ss.

¹⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 231; FEIJÓO SÁNCHEZ, *La legitimidad...*, p. 83. Así, lo que caracteriza a estas teorías es que ya no se busca la influencia psicológica en los individuos con tendencias a delinquir, sino que se introducen en el debate los efectos de la psicología social que encierra la praxis penal.

¹⁶¹⁵ Especialmente críticos de la prevención general positiva se muestran también ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual...*, pp. 42-43, quienes entienden que, según esta teoría, el delito sería una especie de “mala propaganda para sistema”, y la pena sería la forma en que el sistema hace su “publicidad neutralizante”. En concreto, para estos autores, la función de la pena para las teorías de la prevención general positiva implicaría sostener una ilusión.

¹⁶¹⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 76.

¹⁶¹⁷ PERALTA, “Prevención...”, p. 26.

Y es así, puesto que solo en la medida en que las conminaciones penales traduzcan fielmente las valoraciones sociales, se puede esperar que la sociedad acepte las normas y se motive racionalmente el comportamiento de los ciudadanos. De tal modo, el legislador tendrá una mayor profusión en su aceptación social y, desde el punto de vista jurídico-penal, se atenderá a una mayor eficacia de la prevención general¹⁶¹⁸.

Como apunta MUÑOZ CONDE, en una sociedad moderna no cabe otro aspecto jurídico-penal que el preventivo pero tampoco se puede prever una validez categórica del mismo por cuanto pueden establecerse situaciones en las que un sujeto, independientemente del delito que cometa, conculque la norma y ello conlleve la aplicación de una consecuencia jurídica pero esto no haga que disminuya la criminalidad¹⁶¹⁹.

Por ello, nuevamente MIR PUIG, desde su postura limitadora del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho, considera que, para evitar resultados absurdos, la prevención general debe ser limitada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena¹⁶²⁰.

3.3 Prevención general y prisión provisional

Resulta suficiente la lectura de las legislaciones para confirmar la tesis de que se viene utilizando la prisión provisional con finalidad de prevención de delitos. De tal manera ya en el curso del proceso penal se anticipa la pena en busca de una mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad. La inclusión legislativa sin embargo no significa que tal utilización sea legítima *per se* en un Estado social y democrático de Derecho¹⁶²¹.

La relación con postulados preventivos se verifica con claridad a partir de algunos de los conceptos ya estudiados que subyacen a la justificación de la prisión

¹⁶¹⁸ RÍOS CORBACHO, "Los fines...", p. 434.

¹⁶¹⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, Ed. Temis, Bogotá, 2004, pp. 127-128.

¹⁶²⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 83.

¹⁶²¹ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 222.

provisional, siendo este paradigma donde encontramos la mayor cantidad de similitudes con las finalidades de la pena desde las medidas adoptadas durante el proceso.

Como venimos viendo, en la prisión provisional, en distintas instancias de la decisión -tanto en el plano legal como en el judicial-, se alude, para justificar la medida, además de a “la gravedad de la pena”, a la frecuencia con la que se cometan hechos análogos, la protección de la víctima, la seguridad ciudadana y la alarma social como criterios que atienden a la finalidad de protección del orden público¹⁶²².

Así, en algunos casos se ha hecho explícito en sede legislativa el establecimiento de ciertas disposiciones normativas en vista a fines ‘punitivos’. V.gr., se considera que se persigue la prevención general al establecerse *delitos inexcusables*¹⁶²³.

Se ha sostenido también que la prisión provisional cumple la función de prevención general cuando se admite, como motivo para disponerla, la perturbación del orden público producida por el mismo.

La alarma social es un criterio ajeno que, palmariamente, excede de la propia naturaleza cautelar y eminentemente procesal de la prisión provisional, para entrar en una dimensión más propia de la pena misma o de las medidas de seguridad en el que la medida cautelar, como instrumento de una política de prevención de dudosa constitucionalidad, desempeña un papel propio de aquellas¹⁶²⁴.

Se verifica aquí una función de prevención general positiva, ya que respondería a la necesidad de tranquilizar a la sociedad. La prisión provisional aparece de ese modo claramente expuesta como una auténtica pena anticipada¹⁶²⁵.

A ello se une el peligro de que la existencia de una habilitación legal expresa para acordar la prisión provisional en casos que, explícita o implícitamente, busquen calmar ansias sociales de seguridad, lleve a una aplicación indiscriminada -o cuanto menos imprevisible- de esta medida, al presumir jueces y tribunales que cualquier

¹⁶²² Cfr. BERNARDINI, “El peligro...”, p. 7; HASSEMER, “Los presupuestos...”, pp. 105-108; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 243.

¹⁶²³ Cfr. DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 94.

¹⁶²⁴ ASENSIO MELLADO, *La prisión...*, p. 128; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 176.

¹⁶²⁵ CUENCA MIRANDA, “La prisión...”, p. 35.

ausencia de reacción inmediata podría tener efectos negativos desde una perspectiva preventivo-general¹⁶²⁶.

La tesis que aquí se defiende sostiene que las finalidades de prevención y defensa social que en muchas ocasiones se aparejan a la prisión provisional son ilegítimas, puesto que parten de considerar la culpabilidad del imputado¹⁶²⁷. Por eso la presunción de inocencia juega aquí un papel esencial.

Recordemos para ello que FEUERBACH sostuvo, entre otras cosas, que *“la coerción previa únicamente es posible cuando tiene como presupuesto hechos reales que permiten al Estado reconocer la certeza o probabilidad de la lesión. La coerción posterior, por su parte, solo es posible presuponiendo ya la lesión jurídica, siendo su objeto la obtención de un bien como reparación”*¹⁶²⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe decirse además que si la discusión todavía se mantiene sobre la naturaleza de la pena, con mucha mayor razón deberá evaluarse su razonabilidad para el dictado de la prisión provisional, medida instrumental que se adopta respecto de un individuo de quien aún no se ha establecido su responsabilidad penal.

Defiendo la idea de que la prisión provisional no puede tener los fines de la pena. Ni preventivo-generales, ni preventivo especiales y mucho menos retributivos, debiendo atenderse solo los cautelares. No es minoritaria la comunidad científica que respalda similar posición¹⁶²⁹.

Sin embargo, no puede desconocerse que la realidad demuestra que la prisión provisional se ha puesto al servicio de fines diferentes a los deseables. Asegurar que el sujeto no vuelva a delinquir (pese a que aún no se ha determinado si delinquiró en primer lugar) o satisfacer un sentimiento de seguridad ciudadana son circunstancias que han convertido en la práctica a la prisión provisional en una medida de prevención, quebrando los principios esenciales de la misma y su excepcionalidad¹⁶³⁰.

¹⁶²⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, "Presunción...", p. 5.

¹⁶²⁷ Para FERRAJOLI, *Derecho...*, pp. 551-553, ello resulta indiscutible.

¹⁶²⁸ VON FEUERBACH, P.J.A.R., *Tratado de derecho penal*, (Trad.) ZAFFARONI, R./HAGEMEI, I., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 51-52.

¹⁶²⁹ LLOBET RODRÍGUEZ, "Prisión preventiva...", p. 178; DEL RÍO LABARTHE, G., *Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano*, tesis doctoral, Universidad de Alicante, p. 50; BACIGALUPO, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 139; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, pp. 231 ss.

¹⁶³⁰ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 236.

Si, como vimos, la teoría de la prevención general negativa es una teoría liberal que puede dar cuenta de la realidad de la pena, sin que por ello se deba renunciar a su parte comunicativa¹⁶³¹, ello también tiene rendimiento al observar la regulación de la prisión provisional (basada en sus fines) y sus efectos (funciones manifiestas y latentes)¹⁶³² pero no por ello legitima su uso.

Así, se reconocen fines de prevención general cuando la detención previa al juicio se dicta con un sentido de pretender dar ejemplaridad de la acción de la justicia antes de juzgar, tanto para tranquilizar a la sociedad a través de la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad, como para amedrentar a posibles delincuentes¹⁶³³. A ello se suman problemas probatorios en las fases intermedias del proceso que incluyen una complaciente inversión de la carga de la prueba.

La inmediata inculcación de un sospechoso con su ingreso en prisión sin especificar siquiera el concreto riesgo al que se pretende hacer frente, representa una exacerbación infundada o desproporcionada de la finalidad de prevención especial negativa (intimidación individualizada)¹⁶³⁴, que se ampara tras la prevención general en este punto, y no es tarea propia de las medidas cautelares en un Estado de Derecho¹⁶³⁵.

Ello es resultado también de la crisis de la seguridad ciudadana -surgida principalmente como consecuencia del aumento de la criminalidad callejera- y el temor colectivo que genera ese sentimiento. Así se ha llegado a crear una verdadera ideología del orden que descubre la falacia de cierto liberalismo que solo funciona en la medida en que no pelagra la posición hegemónica de las capas sociales dominantes y que no sería más que una teoría preventivo-general tendiente a la estabilización social¹⁶³⁶.

Prueba de ello es que la discusión crítica sobre los fines legítimos de la medida cautelar, su subsidiariedad respecto de otras medidas menos intromisivas, la

¹⁶³¹ PERALTA, "Prevención...", p. 23.

¹⁶³² SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 249.

¹⁶³³ *Ibidem*, p. 236.

¹⁶³⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, pp. 176-178.

¹⁶³⁵ Pese a que, como constataba MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "El abono de la prisión provisional a la multa", *BMJ*, 1049, 1976, p. 7, "aunque la prisión provisional no es pena anticipada sino medida de aseguramiento procesal, encierra un daño que la aproxima a la pena, particularmente en cuanto a su función intimidatoria". Cfr. también RAGUÉS I VALLÉS, R., "¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena", *InDret* 3/2020, p. 117.

¹⁶³⁶ BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 25; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 237.

indemnización civil en casos de absolución y demás limitaciones que aquí se defienden, solo aparece frente a la opinión pública cuando el involucrado resulta ser un personaje públicamente conocido, usualmente envuelto en una investigación por delitos económicos que implican un grave perjuicio al erario público, pero no ante actos ilícitos cometidos por personas anónimas -para la opinión pública- pertenecientes a sectores postergados de la sociedad.

En síntesis, la prisión provisional no puede ser concebida como medio general de control o como instrumento de prevención general. Mirar a esta medida como una institución de seguridad pública es el riesgo más grave que conlleva a su abuso¹⁶³⁷. Ella, así como cualquier otra medida coercitiva de carácter personal, no puede asumir funciones preventivas que están reservadas a la pena, siendo las únicas finalidades que se justifican las estrictamente procesales¹⁶³⁸.

La provisoria declaración de antijuridicidad y culpabilidad que compone el *fumus comissi delicti* como uno de los elementos de la decisión, basado en la apreciación de indicios racionales de criminalidad o del estándar probatorio que eventualmente se determine, tampoco puede, a mi criterio, identificarse con un efecto de reafirmación de la vigencia de la norma (supuestamente violada) mediante la mera actividad procesal¹⁶³⁹, atento a la precariedad de la instancia en que se establece.

Recordemos aquí que la presunción de inocencia en cuanto regla de trato solo resulta vencida ante una sentencia condenatoria firme, ya que esta es la única decisión que garantiza que se han respetado la totalidad de garantías del debido proceso y que se han valorado todas las pruebas a las que el ejercicio de la acción del Estado tuvo acceso para disponer la medida más gravosa de la que puede disponer como es la pena de prisión¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁷ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 243.

¹⁶³⁸ DEL RÍO LABARTHE, *Las medidas cautelares...*, p. 139.

¹⁶³⁹ Como señala SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, p. 148, una parte importante de la doctrina considera que la simple apertura del procedimiento penal ya tiene efectos tanto en el plano comunicativo como en el aflictivo; cfr. también RAGUÉS I VALLÉS, "¿Realmente..?", pp. 116-117; PASTOR, "Acerca de...", p. 793; FREUND, "Sobre la función...", p. 93.

¹⁶⁴⁰ En igual sentido la CSJN ha dicho recientemente que "toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme" (367/2018/CS1, Expte. N° 48669/2015, cons. 18°).

La prisión provisional solo procederá entonces cuando se vea palmariamente puesta en peligro la posibilidad de que el juicio se lleve a cabo y no existan otras medidas que lo garanticen.

Ello no impide reconocer que la sociedad, aun desconociendo las circunstancias concretas de cada caso, perciba cuestionado al orden normativo y, por ello, hay quienes sostienen que la mera reacción estatal inicial -que incluye la realización del propio proceso penal- contribuiría a la reafirmación de las normas¹⁶⁴¹.

Tal concepción abonaría la eficacia de las teorías estudiadas no solo para la prisión provisional sino ya desde la primera actuación procesal que afecta derechos individuales pues son innegables los efectos que en la opinión pública puede tener la simple publicidad de la intervención estatal conforme se ha desarrollado.

Ello no supone desconocer el efecto de inmediatez de las medidas procesales iniciales, que se contraponen a la lentitud en que transcurre habitualmente el resto del proceso y el lapso excesivo que suele atravesarse antes de arribar a una sentencia firme¹⁶⁴².

Pero dicha observación de la tarea judicial habitual no implica reconocer legitimidad sobre el accionar estatal ya que no puede concebirse la labor investigativa, tendente a realizar un proceso justo como una herramienta de combate contra la inseguridad en desmedro de las garantías de los ciudadanos, so riesgo de caer en un régimen autoritario y un retroceso en el respeto por los derechos fundamentales reconocidos universalmente.

Por ello tiene poco sentido y constituye un intento inadecuado hablar acerca del alcance de la idoneidad efectiva o fáctica de un instrumento cuya aplicación está prohibida para esa finalidad por buenas razones a partir de la inclusión de la presunción de inocencia en las Convenciones internacionales y en el orden constitucional. La única forma de limitar el abuso de la prisión provisional es tomándose en serio los derechos fundamentales¹⁶⁴³.

¹⁶⁴¹ RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 117.

¹⁶⁴² *Ibidem*, p. 118, sostiene que “es evidente que *de facto* la voluntad de aplacar la alarma social con una rápida respuesta sigue desempeñando un papel de primer orden en las decisiones que sobre la prisión preventiva se acuerdan en España”.

¹⁶⁴³ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 244; HASSEMER, “Los presupuestos...”, pp. 124-125; MUÑOZ CONDE, F., “Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la Prisión Provisional”, en *Prisión provisional*,

Por otra parte, respecto del posible efecto intimidatorio frente a potenciales delincuentes y la reafirmación de la confianza de aquellos ciudadanos que se perciben a sí mismos como potenciales víctimas caben las mismas críticas antes sostenidas sobre la imposibilidad de corroboración empírica de tales efectos.

Como reconoce RAGUÉS I VALLÉS, la posibilidad de legitimar en un caso concreto la prisión provisional de un imputado para evitar que se vea debilitada la función preventivo-general de la pena topa con graves problemas prácticos, pues resulta sumamente difícil determinar en qué medida la inacción estatal tras la comisión de un presunto delito incide en realidades tan difusas como el grado de intimidación de los potenciales delincuentes o la confianza de los ciudadanos fieles al Derecho¹⁶⁴⁴.

Las sensaciones colectivas no dependen, por lo general, de los efectos de un caso concreto, sino -como vimos en el Cap. II- de las vivencias personales y de la información recibida por millones de personas a lo largo de mucho tiempo, siendo prácticamente imposible determinar hasta qué punto la actividad o la pasividad del Estado tras la comisión de un único delito puede influir en ellas¹⁶⁴⁵.

Estas objeciones sobre la improbabilidad empírica, ya expuestas para criticar las teorías relativas, obtienen mucho más valor a la hora de evaluar la prisión provisional por tratarse de individuos que deben ser considerados como inocentes.

La imposibilidad de determinar la entidad del perjuicio que, en términos preventivo-generales, puede ocasionar el mantenimiento en libertad de un imputado, impide legitimar una prisión provisional acordada con la voluntad de preservar los fines asignados a la eventual sanción, no pudiendo sostenerse que un perjuicio de imposible determinación sea sensiblemente superior al ocasionado por la privación de libertad del imputado¹⁶⁴⁶.

Pero los peligros que en cualquiera de aquellos casos pretenden neutralizarse no se corresponden con los fines tradicionalmente asignados al proceso penal

Detención Preventiva y Derechos Fundamentales, (Coord. BARBERO SANTOS, M.), Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, p. 225.

¹⁶⁴⁴ RAGUÉS I VALLÉS, "Prisión provisional...", p. 722.

¹⁶⁴⁵ En igual sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 12; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, pp. 138-139; RAGUÉS I VALLÉS, "Prisión provisional...", p. 722.

¹⁶⁴⁶ Coincide con ello GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Prisión...*, p. 13. Discrepa LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., "La prisión provisional a la luz de la Constitución", en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J./ARAGÓN REYES, M. (Coords.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Vol. 1, Madrid, 1998, p. 392, quien considera que la ilegitimidad de la prisión provisional para aplacar la alarma social se debe a su inidoneidad para conseguir tal fin y no a la falta de proporcionalidad en sentido estricto.

(descubrimiento de la verdad y actuación de la ley penal). Muy por el contrario, son peligros íntimamente vinculados con las teorías justificativas de la pena de orientación consecuencialista¹⁶⁴⁷.

Las posturas contrarias reconocen, en fin, que la función de la prisión provisional absorbe las de la pena que está destinada a asegurar¹⁶⁴⁸. Pero, a mi juicio, ello nada dice respecto de su legitimidad.

Por ello si, como se dijo, la pena preventiva tendría como fin reforzar, estimular, o fortalecer la conciencia jurídica o la fidelidad o lealtad al Derecho de la mayoría de los ciudadanos, debemos preguntarnos si ello también puede realizarse mediante el proceso penal inconcluso y la prisión provisional.

Ello más allá de los casos en que aquel que es provisionalmente detenido resulta finalmente absuelto. El descrédito social en tales supuestos invertiría incluso tales efectos, según mi modo de ver, de una manera mucho más grave que si el error recayera a la inversa¹⁶⁴⁹.

Según mi criterio, el fortalecimiento de la seguridad jurídica solo vendrá de la mano de procesos que respeten los derechos fundamentales y alcancen el objetivo de llegar a una sentencia que responda únicamente a las evidencias reunidas y no mediante la anticipación de un daño grave e irreparable al sospechoso que no sea excepcionalmente necesario para alcanzar ese fin.

4. Prevención especial

Se ha sostenido que para superar la “irracionalidad” que se esconde tras los planteamientos retributivos, las teorías de la prevención especial se suman a las de la prevención general ya que defienden la imposición de un mal para la consecución de un

¹⁶⁴⁷ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 94.

¹⁶⁴⁸ Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, “Prisión provisional...”, p. 722, quien resalta que la contribución de la prisión provisional inmediata del presunto delincuente a reforzar tanto el carácter intimidatorio de la pena como la confianza de los restantes ciudadanos en la eficacia del sistema puede echarse a perder si se confirma en la opinión pública la sensación de impunidad que genera el hecho de que tras su detención los presuntos delincuentes “entren por una puerta y salgan por otra”.

¹⁶⁴⁹ Pese a que, al decir de RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 119, absurdamente tales situaciones de prisión provisional seguidas de absolución son esgrimidas incluso por algunos como una saludable muestra de la imparcialidad de los tribunales enjuiciadores y de la vigencia de la presunción de inocencia.

bien de mayor entidad. Aunque algunas ideas que han influido en ellas, como las lombrosianas, no responden a un paradigma necesariamente racional como veremos.

Contrariamente a lo que sucede con las teorías preventivas de carácter general, que se dirigen a la colectividad, la idea de prevención especial se propone evitar la comisión de delitos por parte de una persona determinada que ya ha delinquido¹⁶⁵⁰. En resumen, aquí “*la pena busca evitar que quien la sufre vuelva a delinquir*”¹⁶⁵¹. Como este tipo de prevención no se dirige a la generalidad de la población, sino a individuos determinados, también se la ha denominado prevención individual¹⁶⁵².

Esta idea, si bien ya se encontraba en la Antigua Grecia con PLATÓN¹⁶⁵³ o en la moral escolástica del Medioevo¹⁶⁵⁴, se extendió a partir del último tercio del S. XIX como alternativa a la prevención general¹⁶⁵⁵. Fue defendida por distintas posiciones entre las que se destacaron el correccionalismo en España, la Escuela Positiva en Italia y la teoría “moderna” de VON LISZT en Alemania¹⁶⁵⁶.

4.1 RÖDER Y VON LISZT

Se conoce que VON LISZT asistió a los cursos de ejecución penal de RÖDER¹⁶⁵⁷, quien fue uno de los principales impulsores de esta teoría para la cual se inspiró en la postura filosófica de KRAUSE. Según sus ideas la pena era “el medio racional y necesario para ayudar a la voluntad, injustamente determinada, de un miembro del Estado, a ordenarse por sí misma porque, y en cuanto, la desarmonía que nace de su

¹⁶⁵⁰ Entre muchos otros, RÍOS CORBACHO, “Los fines...”, p. 434.

¹⁶⁵¹ MIR PUIG, *Bases...*, p. 91.

¹⁶⁵² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 84. Denominación utilizada, también, por JESCHECK, *Tratado...*, p. 95.

¹⁶⁵³ PLATÓN, *Diálogos I...*, p. 409.

¹⁶⁵⁴ VIALE AMUCHÁSTEGUI, M.P., “Alternativas jurídicas a la sanción penal”, *Revista Argumentos* n° 2, junio 2016, p. 108.

¹⁶⁵⁵ Aunque, como reconoce GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 281, en la teoría penal de los S. XVI y XVII se reconoció explícitamente la idea de “utilidad” de la pena para el penado.

¹⁶⁵⁶ Podrían añadirse *las doctrinas pedagógicas de la enmienda*; la denominada *new penology* (que surge a finales del S. XIX en EEUU, cuando en 1870 el congreso de Cincinnati proclamó la insensatez de la “pena determinada”); el *Movimiento de la defensa social* (inspirado en VON LISZT, iniciado en Italia por GRAMÁTICA y continuado en Francia gracias a la línea moderada de la *Nueva defensa social* de MARC ANCEL) (cfr. FERRAJOLI, *Derecho...*, pp. 265-269; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 85).

¹⁶⁵⁷ ELBERT, C. A., *Franz von Liszt: teoría y práctica en la política-criminal 1899-1919*, Ed. Amerian, Buenos Aires, 2017, p. 24.

desorden perturba la armonía de todo el organismo racional de aquel” y ello justificaba su fin¹⁶⁵⁸.

Para RÖDER, la causa del delito se hallaba en la inmoralidad (arbitrariedad inmoral) de un hombre, que se manifiesta exteriormente y se dirige a la perturbación del orden social del Derecho. Esto configuraría la razón jurídica inmediata de la pena¹⁶⁵⁹ y su fin: el restablecimiento, por todos los medios, de la voluntad pervertida.

Esta teoría no se ocupaba del aspecto exterior del hombre, sino del interno, del espíritu, y consideraba al delincuente como a un ser incapacitado de hacer un buen uso de su libertad exterior, necesitado de una segunda educación¹⁶⁶⁰. Tal postura aludía al respeto de la dignidad humana al rechazar tanto la ejecución de seres humanos como la prisión perpetua, ya que ello no responde a “un proceder impío, y para nada se cuida de humanizar al criminal, despertando y favoreciendo en él mejores impulsos”¹⁶⁶¹.

Frente a la prevención general, la prevención especial elabora la justificación de la pena con base en el esfuerzo que realiza ante el sujeto que ya ha delinquido. Esta idea de prevención “modesta” -en el sentido de que se dirige a una pequeña parte de la población que carga con el prejuicio de la peligrosidad criminal-, se despliega en la Escuela sociológica del Derecho penal alemana liderada por VON LISZT. Este autor defiende, dentro de su concepto de “pena-fin”, y basándose en los efectos reales que la coacción penal tiene frente al delincuente, que esta institución estatal disminuye las probabilidades de reincidencia a través de tres mecanismos: “*corrección, intimidación e inocuización*”¹⁶⁶².

VON LISZT -reconocido por ROXIN “como el político criminal alemán más significativo”¹⁶⁶³- guiado por la idea del fin, consideró que la pena debía proteger bienes jurídicos y que para imponerse debe ser inexcusablemente necesaria. Por ello la pena correcta -es decir, la pena justa- es la necesaria¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁵⁸ RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal* -Madrid, 1876- (Trad.) GINER, F., Ed. Maxtor, Valladolid, 2002, p. 236.

¹⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 238.

¹⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 239.

¹⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 247. Allí, RÖDER, también reconoce que las condenas de muchos años provoca el empeoramiento del condenado durante el encierro.

¹⁶⁶² PEÑARANDA RAMOS, “La pena...”, p. 281; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 91; RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 227.

¹⁶⁶³ ROXIN, *Derecho penal...*, p. 85.

¹⁶⁶⁴ Cfr. VON LISZT, *La idea del fin...*, p. 78.

Se sostuvo desde este contexto que la pena es coacción y, como tal, puede tener una doble naturaleza: a) motivación o coacción indirecta, mediata, psicológica (la pena otorga al autor del delito motivos idóneos para disuadirle de cometer el delito); o b) fuerza o coacción directa, inmediata y mecánica (la pena es el secuestro del autor del delito, la inocuización transitoria o permanente¹⁶⁶⁵).

Por su parte, si la corrección, la intimidación y la inocuización, son los efectos inmediatos de la pena y, a la vez, las formas posibles de protección de bienes jurídicos, a cada una de las tres formas de pena le corresponden tres categorías de delincuentes. De allí, VON LISZT, realiza su célebre clasificación¹⁶⁶⁶.

La pena alcanzaría sus consecuencias de prevención especial con relación a un concreto tipo: el primero, frente a delincuentes necesitados y capaces de corrección¹⁶⁶⁷; el segundo, frente a delincuentes no necesitados de corrección¹⁶⁶⁸; y, el tercero, frente a delincuentes incapaces de corrección¹⁶⁶⁹. De allí la corrección (resocialización, rehabilitación) sería la manifestación de la prevención especial positiva, mientras que la intimidación y la inocuización, la expresión de la prevención especial negativa¹⁶⁷⁰.

4.2 El Positivismo criminológico italiano

El eclecticismo de VON LISZT, al respetar la presencia de la pena en los Códigos, pudo ejercer amplia influencia en las teorías penales y en las numerosas reformas de signo 'político-criminal' introducidas en las legislaciones del S. XX¹⁶⁷¹. En la misma época, el Positivismo Criminológico italiano también defendía una línea de

¹⁶⁶⁵ *Ibidem*, pp. 80-81.

¹⁶⁶⁶ *Ibidem*, pp. 83 ss.

¹⁶⁶⁷ Se refiere, en sus propias palabras, a los principiantes en la carrera de la delincuencia que aún pueden ser puestos a salvo, pero solo con una educación severa y prolongada, cuya duración mínima no debería bajar de un año.

¹⁶⁶⁸ En este grupo incorpora a los delincuentes llamados ocasionales, caracterizados porque el delito es un episodio, un error surgido preponderantemente de influencia externas. En estos casos, la pena debe ser una advertencia contundente, un escarmiento

¹⁶⁶⁹ VON LISZT, *La idea del fin...*, pp. 83-84, incorpora dentro de este grupo a los delincuentes incorregibles, caracterizados por su habitualidad, a quienes compara con un miembro enfermo que contagia a todo el organismo, afirma que "la célula cancerosa del delincuente habitual, en rápido crecimiento, se extiende cada vez más intensamente en nuestra vida social". Afirma que la sociedad debe protegerse de este tipo de delincuentes pero, si no queremos asesinarlos y no se los puede deportar, únicamente queda la cadena perpetua como pena necesaria.

¹⁶⁷⁰ Cfr. RODRÍGUEZ HORCAJO, "Pena...", p. 227.

¹⁶⁷¹ Cfr. MIR PUIG, *Bases...*, p. 44.

intervención penal similar pero llevó los principios de la prevención especial a su última consecuencia: la sustitución de las penas por medidas de seguridad, renunciando con ello a influir en la concepción de la pena, cuya idea misma rechazaba¹⁶⁷².

La Escuela Positiva italiana, enmarcada en el naturalismo y el positivismo criminológico que imperaban en la segunda mitad del S. XIX, aplicó el método inductivo-experimental en el estudio del delincuente. Su origen se encuentra en la obra de LOMBROSO “L’uomo delinquente” -publicada por primera vez en 1876- donde formuló su tesis del delincuente nato, dando nacimiento a la antropología criminal.

El delincuente nato y atávico sería el resultado de un desarrollo evolutivo incompleto, tomando estas ideas de DARWIN¹⁶⁷³, centrándose en que aquel es un ser antropológicamente inferior, más o menos desviado o degenerado. Por ello el objetivo de la pena debía dirigirse a identificar las defensas más adecuadas de la sociedad ante el peligro que representa¹⁶⁷⁴.

A tal punto llegó la investigación científica que LOMBROSO creyó encontrar ciertos rasgos anatómicos que caracterizaban a los delincuentes natos y atávicos (v.gr., frente huidiza y baja, gran desarrollo de pómulos, gran desarrollo de las arcadas supraciliares, etc.).

Evidentemente, estos criterios rechazaron todo tipo de planteamiento racional que era ofrecido por otras escuelas, como las de la prevención general negativa donde se reconocía en el delincuente, de algún modo, un cierto grado de lógica al elegir u optar por el delito evaluando las consecuencias de su obrar¹⁶⁷⁵.

Ahora bien, si existieran personas que por su propia naturaleza están abocadas a delinquir, no sería entonces de mucha utilidad la existencia de códigos penales que recojan leyes claras y tipos penales estrictos en cuanto a su norma de prohibición primaria, estableciendo penas para disuadir a los potenciales delincuentes, ya que se partiría de que estos presentan una tendencia innata hacia la delincuencia¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷² Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 84.

¹⁶⁷³ Cfr. GARRIDO, V./STANGELAND, P./REDONDO, S., *Principios de criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 260.

¹⁶⁷⁴ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 267.

¹⁶⁷⁵ Varias décadas después estos parámetros serían retomados desde el Análisis económico del derecho. Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber”, *Revista Economía industrial*, Nº 398, 2015, pp. 55-64.

¹⁶⁷⁶ Cfr. GARRIDO/STANGELAND/REDONDO, *Principios...*, p. 260.

Como vimos en el Capítulo 1, los dos discípulos más conocidos de LOMBROSO fueron FERRI y GARÓFALO. El primero publicó en el año 1878 su obra titulada Sociología criminal, donde proclamaba una férrea defensa del positivismo. A diferencia de su maestro, este autor atribuyó más importancia en la etiología de la delincuencia a factores sociales, económicos y políticos. En su idea, la criminología debía estudiar a la delincuencia desde dos aspectos: como un hecho individual pero, también, como un fenómeno social¹⁶⁷⁷.

Por su parte GARÓFALO, en su obra titulada Criminología (1885), sostuvo que el origen de la delincuencia se hallaba en una deficiencia psíquica o moral, hereditaria, cuyo resultado se evidenciaba en una falta de desarrollo de sentimientos altruistas e incapacidad de adaptación a la vida en sociedad. Desde esa óptica, creía que era justo defender a la sociedad de la delincuencia aunque para ello fuera necesario eliminar al delincuente, con el objeto de conseguir una sociedad más sana¹⁶⁷⁸.

4.3 El correccionalismo en España

Las teorías de RÖDER se expandieron en España dado que la idea de enmienda o corrección del delincuente se encontraba enraizada en la tradición senequista y cristiana. Sin embargo, los correccionalistas españoles no asignaron a la pena un único fin de corrección, sino que lo combinaron con otros fines, principalmente el de expiación e intimidación¹⁶⁷⁹.

La vertiente de la prevención especial positiva tiene hoy una implicación constitucional, ya que el art. 25.2 CE establece que *“las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”*. Este precepto, que podría marcar un hecho diferencial en la teoría de la pena, ha perdido esa capacidad debido a la lectura reduccionista que del mismo ha hecho el TC cuando, reiteradamente, sostuvo que *“no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y*

¹⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 261.

¹⁶⁷⁸ *Ibidem*, pp. 261-262.

¹⁶⁷⁹ Cfr. CEREZO MIR, *Derecho penal...*, p. 94. Las figuras más destacadas de correccionalismo español fueron CONCEPCIÓN ARENAL, LUIS SILVELA, PEDRO DORADO MONTERO y FÉLIX DE ARAMBURU Y ZULOAGA.

penitenciaria, que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes”¹⁶⁸⁰.

Ya no se persigue el fin ilustrado de castigar menos, sino el de castigar mejor¹⁶⁸¹. Para lograr esos fines, se plantea la corrección -para los delincuentes corregibles- mediante la educación o socialización intentando convencer al sujeto de que debe respetar las normas sociales; o la intimidación, que opera en la memoria del sujeto que ha sufrido la pena con el fin de que se abstenga de recaer en el futuro en la conducta delictual.

Las teorías correccionalistas ven en la pena, más que un mal para el que la sufre, una medicina para el alma, un bien similar a una función pedagógica.

En resumen, estas posturas se caracterizan por entender al delincuente como un ser antropológicamente inferior, con un grado mayor o menor de desviación y, por ello, a la sanción se le asigna también una función terapéutica. El que delinque, según estas tesis, ya no goza de libre albedrío, sino que depende del grado de determinismo de su conducta, equiparándose a un animal que se mueve por necesidad natural¹⁶⁸².

Dentro del mundo jurídico español se destacó DORADO MONTERO con su postura correccionalista-positivista. Este autor no fue partidario pleno de las ideas de la Escuela positiva y, por tanto, puede calificárselo como positivista crítico en cuanto intentó una síntesis de las ideas de la escuela correccionalista y de la escuela positiva. Para él el delincuente era un ser inadaptado, anormal social que, por tanto, debía ser objeto de un tratamiento tutelar¹⁶⁸³.

DORADO MONTERO sostenía que la transformación que se avecinaba en las concepciones penales y, en consecuencia en la vida social, consistía en el abandono total de la punición de los delincuentes y en no emplear en ningún caso con ellos otra cosa que no sea una medida de protección tutelar¹⁶⁸⁴. Es aquí donde enlaza con la concepción correccionalista, donde la pena es considerada una tutela o un bien para el delincuente.

¹⁶⁸⁰ V.gr., SSTC 160/2012, de 20 de septiembre y 128/2013, de 3 de junio.

¹⁶⁸¹ Cfr. FALCÓN Y TELLA/FALCÓN Y TELLA, *Fundamento...*, p. 191.

¹⁶⁸² *Ibidem*, p. 205.

¹⁶⁸³ Cfr. CEREZO MIR, *Derecho penal...*, pp. 97-99.

¹⁶⁸⁴ Cfr. FALCÓN Y TELLA/FALCÓN Y TELLA, *Fundamento...*, p. 197.

4.4 MAURACH Y ZIPF

Según MAURACH y ZIPF, la prevención especial tiende a impedir que se cometan delitos por medio de una influencia directa sobre el propio autor, quien a través de un adecuado influjo debe ser conducido a llevar en el futuro una vida libre de penas¹⁶⁸⁵.

Si el delincuente no se adapta a las exigencias de una convivencia organizada o, inversamente, si puede hacerlo, es posible distinguir, respectivamente, una *prevención especial negativa*, que atribuye a la pena la función de eliminar o de alguna manera neutralizar al infractor, y una *prevención especial positiva*, que asigna a la pena la función de corregir al delincuente.

La prevención especial negativa concibe la pena cumpliendo una función de evitar que el infractor exprese en sus relaciones sociales su mayor o menor peligrosidad¹⁶⁸⁶, y por ello la pena tiene un efecto de inocuización o eliminación del transgresor, como alguien peligroso ante el colectivo social¹⁶⁸⁷.

Para la prevención especial positiva importa que la pena, desarrollando una función admonitoria o resocializadora, impida que el delincuente recaiga en el delito, consiguiéndose la amonestación normalmente a través de penas no privativas de libertad o privativas de libertad de corta duración¹⁶⁸⁸.

Por eso, señalan MAURACH y ZIPF, si el autor es alguien integrado socialmente, como especialmente sucede con delincuentes ocasionales y de situación (sobre todo en casos de imprudencia), el medio primario de reacción, aquí, es la pena pecuniaria. Si la imagen de la personalidad del autor no está intacta y no se halla aun socialmente integrado, es necesaria una intervención resocializadora con el objeto de capacitar al individuo para una participación consciente y responsable en la vida social.

Concordante con el estado que presente el sujeto, los principales medios de reacción son la remisión condicional de la pena (resocialización ambulatoria) y la influencia mediante la ejecución de la pena privativa de libertad (resocialización

¹⁶⁸⁵ MAURACH/ZIPF, *Derecho penal...*, p. 107.

¹⁶⁸⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 73.

¹⁶⁸⁷ RÍOS ARENALDI, *Individualización judicial...*, pp. 127-128.

¹⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 134; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 73. Entre quienes son partidarios de la prevención especial positiva se cuentan, por ej., QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 123-124.

estacionaria), consiguiéndose la combinación entre el tratamiento ambulatorio y el estacionario a través de la libertad condicional. En este punto ha adquirido creciente importancia la idea de impedir la desocialización¹⁶⁸⁹, de la cual surge, en casos adecuados, la preeminencia de las sanciones ambulatorias por sobre las estacionarias, derivándose de ello muchas posibilidades para la labor de asistencia mientras transcurre el cumplimiento condicional de la pena¹⁶⁹⁰.

Previo a entrar en las críticas que se formulan a estas ideas debe mencionarse que el ideal resocializador se extendió por los derechos penales y penitenciarios de la mayoría de los países, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, destacando fuertemente en los años 40 y 50 en EEUU y los países escandinavos.

4.5 Críticas a la prevención especial

Cabe decir que después de más de un siglo en el que prácticamente nadie disputaba la inclusión de la resocialización entre los fines de la pena (en solitario o, más usualmente, junto con la disuasión y/o la retribución), a partir de mediados de los años setenta se produjo una tormenta perfecta en su contra. Desde el punto de vista empírico se extendió por ese entonces la idea de que la resocialización, simplemente, “no funcionaba”¹⁶⁹¹.

Desde un prisma axiológico, conservadores, liberales y criminólogos críticos la atacaron por ilegítima. Si bien, y dado que cada uno veía la injusticia en un aspecto diferente de la resocialización, los candidatos a sustituirla eran bien distintos entre sí: nada o mucho menos Derecho penal, en el caso de la criminología crítica; y un Derecho penal basado en el merecimiento, en el caso de los críticos liberales y de los conservadores (si bien con distintos grados de dureza)¹⁶⁹².

No solo se pusieron en duda las posibilidades, o incluso la legitimidad, de reinserción o rehabilitación del autor a través de la imposición de una pena sino que también se advirtió que ella fracasa en los casos en los que el autor ya no podrá cometer

¹⁶⁸⁹ BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 12, 28, 133, 408-409 y 417.

¹⁶⁹⁰ MAURACH/ZIPF, *Derecho penal...*, p. 108; RÍOS ARENALDI, *Individualización judicial...*, p. 134.

¹⁶⁹¹ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis Económico del Derecho...”, p. 61.

¹⁶⁹² *Ibidem*, p. 61.

ese delito, v.gr. porque ya no es autoridad -en delitos especiales- o porque atendiendo a las circunstancias particulares el supuesto de hecho ya no puede repetirse¹⁶⁹³.

También la teoría de la prevención especial ha mostrado ciertos inconvenientes cuando viene determinada por la peligrosidad de la conducta realizada. Ello puede apreciarse ante la situación de no poder aplicar una pena a quien no es peligroso por no ser necesaria la prevención de delitos para tales sujetos¹⁶⁹⁴. Por ello frente a estas posturas se han alzado distintas voces críticas desde puntos de vista tanto teóricos como prácticos.

Se ha aludido, v.gr., a que su utilización como fin autónomo daría lugar a la imposición de penas desproporcionadas a los delincuentes peligrosos que hubieran cometido delitos de poca gravedad pero de forma reincidente y, en el otro extremo, se encontrarían aquellos supuestos en los que cabría imponer una pena leve a pesar de que sea motivada por la ejecución de un siniestro asesinato¹⁶⁹⁵.

Por ello debe tenerse en cuenta que la prevención-especial al basarse en la peligrosidad del sujeto, puede presentar graves problemas para establecer un límite al *ius puniendi*, ya que la necesidad de sanción puede suponer una ruptura del principio de proporcionalidad, aplicándose penas de duración indeterminada. Allí la pena durará lo que dure la peligrosidad del criminal que se intenta resocializar, y eso es algo que no puede pronosticarse al momento de la sentencia¹⁶⁹⁶.

También se ha advertido acerca del grave riesgo para las garantías penales, en especial respecto del principio de responsabilidad penal por el hecho -señalándose que la lógica de estas teorías llevaría a la renuncia del Derecho penal del hecho hacia un derecho penal de autor- pues, al fundamentarse la reacción estatal punitiva únicamente en la situación de peligrosidad, debiendo adecuarse la pena a esta, podría prescindirse de la determinación de los tipos delictivos, de la prohibición de la analogía y de la irretroactividad de la ley penal favorable¹⁶⁹⁷.

Los estudios del análisis económico del Derecho advierten de estos peligros y analizan herramientas para superarlos. Como señala ORTIZ DE URBINA, en este punto es crucial mantener la proporcionalidad entre las penas y los delitos desde la legislación,

¹⁶⁹³ CORCOY BIDASOLO, "Prevención limitada...", p. 290.

¹⁶⁹⁴ RÍOS CORBACHO, "Los fines...", p. 435.

¹⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 435, nota 35.

¹⁶⁹⁶ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La legitimidad...*, p. 64.

¹⁶⁹⁷ RÍOS CORBACHO, "Los fines...", p. 435, nota 36.

en especial cuando se trata de agravantes. El sentido de ello será evitar que se prevean penas elevadas para delitos de gravedad media. En efecto, si un delito de gravedad media es castigado con una pena elevada, el delincuente podría optar por cometer un delito más grave considerando que tiene poco que perder y mucho que ganar, v.gr., lesionando a la víctima para poder escapar¹⁶⁹⁸.

Desde el punto de vista práctico, también la teoría de la prevención especial ha suscitado críticas en cuanto a que para su aplicación se necesita una ingente cantidad de recursos económicos que incluso es difícil de asegurar en países desarrollados. Dicha situación genera la idea de que se aplicaría sobre un grupo pequeño de personas y por tanto su eficacia plantea serias dudas¹⁶⁹⁹.

Por todo ello, como destacó MIR PUIG, la prevención especial no puede, por sí sola, justificar el recurso a la pena. En algunos casos será innecesaria para la prevención especial, en otros no será posible y en algunas ocasiones no será lícita, pese a lo cual la impunidad del sujeto sería absurda¹⁷⁰⁰. Sin embargo, este autor no considera que deba desecharse la prevención-especial absolutamente ya que “en muchos casos contribuye a la evitación de delitos una configuración de las penas que tienda a impedir la recaída en el delito.”¹⁷⁰¹

¹⁶⁹⁸ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho...”, p. 50.

¹⁶⁹⁹ RÍOS CORBACHO, “Los fines...”, pp. 435-436, nota 37.

¹⁷⁰⁰ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 86. Aquí, MIR PUIG, realiza una clasificación de los delincuentes al estilo de v. LISZT, para graficar sus dichos. Así, entiende que los delincuentes primarios u ocasionales no demuestran peligro de volver a delinquir, por tanto no sería necesario frente a ellos ni la intimidación, ni la resocialización, ni la inocuización. También considera que puede resultar innecesaria la prevención especial en aquellos casos en que se han cometido delitos graves, por ejemplo los condenados por *delitos graves* en el período nacional-socialista, juzgados muchos años después de finalizada la guerra: pese a la gravedad de sus actos, con una situación política diferente dejaron de ser peligrosos. Tampoco sería necesaria la prevención-especial en aquellos delitos graves en que el delincuente actuó estimulado por circunstancias externas o particulares que, con seguridad, no volverán a repetirse. Asimismo, considera que el delincuente habitual no puede a veces ser resocializado, y tampoco lo afecta la intimidación de la pena. Por otro lado, parece que la resocialización no funciona con delincuentes por convicción, políticos, terroristas, donde no cabría intentar la persuasión mediante un tratamiento. En ese sentido, considera MIR, que en un Estado democrático la resocialización nunca debe obtenerse sin el consentimiento del penado. En sentido similar, FEIJÓ SÁNCHEZ, *La legitimidad...*, p. 73. STRATENWERTH, *Derecho penal...*, p. 32, menciona en relación con los absurdos denunciados por MIR PUIG, que como ya lo señalaba VON LISZT, “solo la pena necesaria es justa”, pero, desde un punto de vista preventivo-especial, únicamente es necesaria aquella pena que hace falta para evitar que el autor de un delito no reincida. Por eso, existirían delitos graves que deberían quedar impunes cuando el peligro de una recaída sea prácticamente nulo; mientras que, al contrario, sería necesario aplicar una pena grave a aquellos autores que, si bien pueden actuar sin culpabilidad -por padecimiento de una perturbación psíquica- son peligrosos. Lo mismo sucedería con el infractor crónico cuya culpabilidad o delincuencia no fueran muy graves, las consecuencias serían igualmente insoportables.

¹⁷⁰¹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 87.

Por otra parte, la concepción preventivo-especial de la pena prescinde totalmente del libre albedrío. En este sentido se destaca que la absolutización de la prevención especial, considerando a los delincuentes como peligrosos que hay que controlar, parte de una visión mecanicista de las personas. Esto plantea problemas de compatibilidad con una concepción del ser humano como un ser autónomo, libre y responsable mientras no existan evidencias de lo contrario (como puede ocurrir ante una enfermedad mental)¹⁷⁰².

Por similares razones se rechaza la idea extrema de la escuela positiva que considera al delincuente como un animal carente de libertad sujeto a las leyes de la necesidad natural; ya que se trata de visiones deterministas donde se anula completamente su libertad¹⁷⁰³. En este sentido, la evolución de los estudios sobre neurociencias podrá aportar en el futuro mejores respuestas¹⁷⁰⁴.

Finalmente, desde un punto de vista empírico, las altas tasas de reincidencia hacen que estas teorías sean fuertemente cuestionadas ya que de la experiencia de los sistemas penitenciarios no se pudo constatar una relación entre inversión y efectos preventivos positivos. Se produjo una idealización del sistema penitenciario y la realidad demostró que la esperanza en el logro de sus objetivos estaba infundada y sobrevalorada¹⁷⁰⁵.

Por ello, algunos autores señalan a la resocialización, en cuanto fin de la pena de prisión, como un mito¹⁷⁰⁶, una utopía, o una ficción¹⁷⁰⁷, que no se sostiene empíricamente. Asimismo, se pone en tela de juicio la metodología de educar para la libertad en condiciones de privación de la misma, dado que las condiciones de vida intramuros son completamente diferentes a las existentes fuera de la prisión¹⁷⁰⁸.

Entre estas críticas deben incluirse las surgidas tras observarse cómo las prácticas resocializadoras intentadas a lo largo de los años sesenta y setenta en diversos

¹⁷⁰² FEIJÓO SÁNCHEZ, *La legitimidad...*, p. 64.

¹⁷⁰³ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 267.

¹⁷⁰⁴ Cfr., entre otros, DEMETRIO CRESPO, "Presentación...", pp. 24 ss.; DÍAZ ARANA, "Neurociencias y Derecho...", pp. 47-89; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la culpabilidad...*, pp. 17 ss.

¹⁷⁰⁵ Cfr. CASTRO MORENO, *El por qué...*, p. 95.

¹⁷⁰⁶ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 99.

¹⁷⁰⁷ Cfr. CASTRO MORENO, *El por qué...*, p. 95, sostiene que lo referido a la conducta futura del delincuente penado queda reservado, únicamente, al ámbito de las conjeturas. Por ello no es posible presumir la idoneidad preventivo-especial de modo genérico respecto de la pena, sino que eso, debería ser averiguado con mayor exactitud mediante un estudio pormenorizado de la pena.

¹⁷⁰⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, *La legitimidad...*, p. 71.

países escandinavos han supuesto una decepción¹⁷⁰⁹. Ante esta situación, en dicha región surgió una corriente doctrinal (con posteriores triunfos legislativos) de abandono de la ideología resocializadora como función exclusiva del Derecho Penal y de recuperación de un sistema tradicional garantista que ha sido definido como neoclásico en el que los hechos y la pena se ven determinados antes de la comisión del hecho y de la ejecución de la sentencia.

Lo anterior supuso el intento de volver a una estricta vinculación con los principios liberales clásicos (vinculados tradicionalmente a la teoría de la prevención general) de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad que la ideología resocializadora había puesto en entredicho¹⁷¹⁰.

4.6 Posiciones más actuales

En Italia, DONINI¹⁷¹¹ evalúa favorablemente la teoría de la prevención especial positiva, en la medida que contendría un “fundamento ético de la pena”, ya que solo mirando a la resocialización del reo “el Estado demuestra que se preocupa de su destino y deviene creíble como guardián de los valores que son capaces de afirmarse sin instrumentalizar al hombre más allá de los límites aceptables y respetando su dignidad”.

En opinión de SÁNCHEZ-MÁLAGA¹⁷¹², aquello a lo que DONINI hace referencia no es la justificación de la pena, sino más bien una exigencia que en la democracia constitucional se formula al Estado: el principio de humanidad de las penas. En esa misma línea, MIR PUIG sostiene que las múltiples objeciones que se dirigen contra las teorías de la prevención especial deben ser tenidas en cuenta, “pero no para rechazarla de plano sino para concebirla de forma adecuada”, lo cual exige limitar sus pretensiones y aumentar sus medios¹⁷¹³.

¹⁷⁰⁹ A partir de los años 70 este modelo entró en crisis, fundamentalmente por la falta de resultados prácticos, comprobada por los datos sobre reincidencia y el aumento de la criminalidad.

¹⁷¹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, *InDret* 1/2007, Barcelona, p. 5.

¹⁷¹¹ DONINI, M., *Teoría del Reato. Una Introduzione*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1996, p. 90.

¹⁷¹² SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, *Concepto...*, p. 89.

¹⁷¹³ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 145.

Para SILVA SÁNCHEZ “...en una sociedad en la que crecen la marginalidad y la precariedad, la apelación a la plena autorresponsabilidad del delincuente en todo caso tiene algo de cínico..., el compromiso resocializador del Derecho penal se manifiesta como reconocimiento implícito de que la dinámica social tiene efectos de marginación y exclusión (de desocialización) que, en parte, conducen al delito y que han de ser compensados”¹⁷¹⁴.

BESIO HERNÁNDEZ se centra en los fines de prevención especial al discurrir sobre la determinación judicial de la pena y sostiene la idea de que la decisión cuantitativa de esta tiene el sentido normativo de traducir en una medida específica de sanción el contenido del hecho delictivo y de procurar, antes que la resocialización, la no desocialización del autor con la pena privativa de libertad¹⁷¹⁵.

En esa medida, SÁNCHEZ-MÁLAGA¹⁷¹⁶ indica que la resocialización, al igual que el principio de humanidad de las penas, opera como principio limitador de la potestad punitiva del Estado y no como justificación de la pena. Así toda privación de libertad en un Estado social y democrático de Derecho deberá ajustarse a unas condiciones mínimas acordes con la dignidad del preso y proporcionarle -no imponerle- la posibilidad de resocialización. Esta posibilidad no implica la aplicación de un tratamiento obligatorio y necesariamente médico, sino brindar al reo oportunidades para su vida luego de la privación de la libertad.

Actualmente existe relevante literatura empírica que muestra que, una buena cantidad de programas de rehabilitación funcionan. El análisis económico añade un punto extra y es que, además de conseguir efectos, lo hacen con una buena relación entre estos y sus costes lo cual es un poderoso argumento para pedir su implementación¹⁷¹⁷.

En este sentido puede seguir discutiéndose si la función socializadora es o no un fin de la sanción punitiva, pero resulta claro que la responsabilidad de la socialización constituye un límite del sistema penal, en general, y de la pena, en especial. En el reconocimiento de esta misión negativa radica lo que puede encontrarse de duradero y fecundo en los hallazgos de la teoría de la prevención especial. En efecto, ella no puede

¹⁷¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 49.

¹⁷¹⁵ BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales...*, p. 133 y 408-409.

¹⁷¹⁶ SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, *Concepto...*, p. 90.

¹⁷¹⁷ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho...”, p. 61.

proveer a la pena de idoneidad socializadora, porque esta es contradictoria con su naturaleza desocializadora y con las circunstancias en que se la emplea; en cambio, ha mostrado -y debe mostrar todavía mucho más- lo que la pena no debe ser y las fronteras que no le es legítimo sobrepasar ni siquiera con el pretexto de que lo exige la prevención general¹⁷¹⁸.

De acuerdo con lo expresado, la función limitadora de la prevención especial opera en dos sentidos. Por una parte, exige prescindir de la pena siempre que sea posible, evitando de ese modo los efectos sociales negativos que le son propios y reservándola únicamente para los casos de extrema necesidad; por la otra, requiere que aún cuando sea indispensable acudir a ella, sus formas y su modo de ejecución se conciben de manera que causen los menores perjuicios al afectado, en especial, desde el punto de vista de su socialización. De estas premisas fundamentales derivan numerosas consecuencias prácticas de carácter político criminal¹⁷¹⁹.

4.7 Fines preventivo especiales en la prisión provisional

En este contexto teórico cabe analizar la posibilidad de que la prisión provisional prevenga en forma individual la comisión de delitos o adopte funciones resocializadoras.

Asociar prisión provisional y prevención especial significa aceptar como justificable el valor de indicador de una peligrosidad específica que, en cierto modo, ya se presume acreditada¹⁷²⁰. La prevención especial operaría como un reconocimiento de la peligrosidad del sujeto imputado que justificaría la detención preventiva del mismo en la perspectiva de que no ha de delinquir en el tiempo que esta se le aplica, hasta que pueda haber sentencia condenatoria, si este es el caso¹⁷²¹.

¹⁷¹⁸ CURY URZÚA, E., "La prevención especial como límite de la pena", *ADPCP*, T. 41, mes 3, 1988, pp. 696 ss.

¹⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 696.

¹⁷²⁰ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 226; ANDRÉS IBÁÑEZ, "Presunción...", pp. 26-27.

¹⁷²¹ MORILLAS CUEVA, L., "Reflexiones sobre la prisión preventiva", en *Anales de derecho*, Vol. 34, n° 1, 2016, p. 13.

Esta cuestión se relaciona fundamentalmente con el peligro de evitación delictiva como uno de los riesgos que, como vimos, se le asigna habitualmente a la medida pretendidamente cautelar del proceso.

Por otra parte las ideas expuestas también repercuten en el momento concreto de cumplimiento de la privación de libertad en relación con las medidas y posibilidades que a la persona se le presentan dentro del establecimiento carcelario en relación a su resocialización (o “no desocialización”).

Si bien ya fueron vistas las distintas posiciones que ilustran la discusión sobre la legitimidad del peligro de reiteración delictiva corresponde volver a considerar aquí a esta causal en cuanto a la equivalencia de funciones que se reconocen en la prisión provisional en confronte con la pena. Este fundamento que es reconocido todavía en legislaciones como la española refleja claramente un criterio de prevención especial cimentado sobre el concepto de peligrosidad¹⁷²².

En virtud del mismo se hace un juicio de prognosis en el que, partiendo de la conducta considerada probablemente delictiva que se le imputa a un individuo en el proceso y de las circunstancias del inculpado, se especula sobre cuál puede ser su conducta en un futuro inmediato¹⁷²³.

Para afirmar que el individuo es peligroso en este sentido, se ha dicho que habría que suponer que es culpable¹⁷²⁴. Pero no debe olvidarse que el criterio de culpabilidad, en sus diversas acepciones y entendimientos doctrinales, es imprescindible que esté probado y sustentado en una sentencia definitiva. Como señala HASSEMER la persecución de fines de prevención supone que se encuentre sólidamente probado ese especial presupuesto del Derecho penal material: la culpabilidad del autor¹⁷²⁵.

Por ello, como sostenemos, la base de la prisión provisional es la antítesis de este razonamiento pues ha de partir de la presunción de inocencia del sujeto, lo que no deja de ser una auténtica paradoja, imprescindible pero contradictoria porque el final, por transitoria que sea la situación, es el ingreso en un centro carcelario.

¹⁷²² DEL RÍO LABARTHE, *Las medidas...*, p. 66.

¹⁷²³ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 225.

¹⁷²⁴ Cfr. DEL RÍO LABARTHE, *Las medidas...*, p. 67.

¹⁷²⁵ HASSEMER, “Los presupuestos...”, p. 116.

En síntesis, mientras la decisión sobre la prisión provisional debe partir del amparo que brinda la presunción de inocencia, la prevención de peligros delictivos parte, si se la adopta mediante esta institución, de la previsión no constatada de culpabilidad delictiva¹⁷²⁶ y el pronóstico futuro de reiteración.

Como hemos visto, la prevención especial es función típica de la pena, junto a la función reeducativa indicada por la CE. Por ello si no es admisible, a la luz de la presunción de inocencia, la anticipación de un tratamiento ejemplar o -a mayor razón- reeducativo, del mismo modo se debe excluir que la detención pueda ser dispuesta para prevenir la responsabilidad del imputado que remite a la peligrosidad criminal del supuesto autor y busca la neutralización de actividad delictiva independiente ulterior¹⁷²⁷.

Aquí también la referencia conduce a que son peligros íntimamente vinculados con las teorías justificativas de la pena de orientación consecuencialista¹⁷²⁸. De tal modo, fijar una premisa normativa cuyo supuesto de hecho esté constituido por cualquiera de esos motivos implica indefectiblemente *sustantivizar* a la prisión provisional en perjuicio del imputado. Ello así en tanto que la tutela de la sociedad pasaría de representar un fin punitivo a uno procesal con lo cual se borraría el límite conceptual entre prisión cautelar y punición, violándose, en consecuencia, el principio de inocencia en su manifestación de regla de tratamiento¹⁷²⁹.

Además aquí es donde mayores riesgos tiene el sistema de caer en un verdadero *Derecho procesal penal de autor*¹⁷³⁰. Así, la amenaza de ceder ante un fenómeno en el que el sujeto ya no respondería penalmente por lo que hace, sino por cómo es, no ha sido superada por completo, sino que se mantiene como un peligro plenamente vigente a la luz de la expansión del Derecho penal¹⁷³¹. Con mayores razones el proceso penal,

¹⁷²⁶ MORILLAS CUEVA, "Reflexiones...", p. 24.

¹⁷²⁷ DEL VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 94.

¹⁷²⁸ *Ibidem*, p. 94.

¹⁷²⁹ *Ibidem*, p. 94.

¹⁷³⁰ Puede resultar interesante a este respecto la observación de las características del llamado Derecho penal del enemigo, de lucha contra determinados perfiles criminales que implica una merma de garantías procesales que realiza CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2006, pp. 110-111, cuando caracteriza "el Derecho penal del enemigo como Derecho penal de autor". En tal sentido, no deja de ser significativo que en el vigente art. 503 LECrim, se admita la posibilidad de aplicar la prisión provisional sobre la base, fundamentalmente, de perfiles criminales.

¹⁷³¹ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, V., *¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?*, Ed. INEJ, Nicaragua, 2007, p. 309.

donde debe mantener fuerte arraigo el principio de presunción de inocencia, debe cuidarse de ser gobernado por tales consideraciones.

La prisión provisional no es una pena ni puede servir para penar. Los fines de prevención que persigue la pena solo pueden alcanzarse racionalmente mediante la aflicción del sujeto que ha realizado probadamente el hecho delictivo, pero no mediante la del sospechoso¹⁷³².

Como reseña ANDRÉS IBÁÑEZ¹⁷³³, coligar a la condición de justiciable el valor de indicador de una peligrosidad específica, en cierto modo ya acreditada, responde a una finalidad de prevención de la realización de otros delitos por parte del imputado y, al mismo tiempo, desempeña también una función ejemplarizadora, llegándose así a un grado máximo de identificación entre imputado y culpable.

En estos casos no existe duda. El efecto profiláctico que se busca a través de la privación de libertad parte, explícitamente, de presuponer que el imputado podría *reincidir* en el delito cuya realización ya se le atribuye sin rodeos¹⁷³⁴.

El respeto del principio de la dignidad de la persona humana se vería quebrantado si se autorizara una pena anticipada, como sucedería si se le asignan, al igual que las penas, funciones de protección de bienes jurídicos a la detención provisional. La penalización del imputado sin previa condena lo degradaría a la condición de un mero objeto¹⁷³⁵.

En cualquier caso, todo automatismo resultante de los antecedentes penales para pronosticar el peligro de reincidencia debe ser evitado. Su adopción, en estos casos, responde a una clara intención punitiva, de sanción anticipada, como remedio o satisfacción a las demandas sociales de seguridad¹⁷³⁶, contraria, por lo tanto, al derecho fundamental a la presunción de inocencia¹⁷³⁷.

Ya se han revisado en el Capítulo anterior las opiniones que consideran que esta es una función prevalente de la medida cautelar personal, con plena conciencia, por lo

¹⁷³² En contra de los fines preventivos, también LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., "Prisión provisional mínima", en DA COSTA ANDRADE, M./ANTUNES, M.J./AIRES DE SOUSA, S. (Coords.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. 3, 2009, pp. 897-922.

¹⁷³³ ANDRÉS IBÁÑEZ, "Presunción...", p. 5.

¹⁷³⁴ *Ibidem*, p. 5.

¹⁷³⁵ LLOBET RODRÍGUEZ, J., "La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)", *Revista de derecho procesal*, n° 2, 1995, p. 560; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 231.

¹⁷³⁶ ASENCIO MELLADO, *La prisión...*, p. 98.

¹⁷³⁷ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 226.

demás, de lo que implica. La razón de ello suele ser asignada a que la larga duración de los procesos actuales impide a la pena cumplir dicha función preventiva. Quienes aún en estos casos defienden la validez del encarcelamiento reconocen en el proceso una finalidad de tutelar a la sociedad y, al mismo tiempo, pretenden que el encarcelamiento provisional siga distinguiéndose de la pena. La pretensión es, sin embargo, ininteligible¹⁷³⁸.

Si lo único que distingue a la prisión provisional de la punitiva es el fin perseguido por una y otra no se ve cuál pueda ser la diferencia cuando ambas persiguen la misma finalidad. Ni la peligrosidad por la gravedad de un crimen ni el peligro de reiteración se vinculan a la seguridad o eficacia del procedimiento judicial. Ellos representan, antes bien, una trasmisión directa de fines del Derecho penal preventivo a un Derecho procesal penal también preventivo¹⁷³⁹. O, en todo caso, un reconocimiento de fines extraprocesales a la prisión provisional que conlleva una "estructuración de la prisión preventiva en clave de defensa social" llamada necesariamente a operar sobre la "presunción de culpabilidad" como presupuesto¹⁷⁴⁰.

Por ello, comparto con HASSEMER, el rechazo a la configuración de la prisión provisional como medida de seguridad toda vez que un concepto tan difuso como el de peligrosidad no sería suficiente para justificar una privación de libertad de un ciudadano cuya culpabilidad no ha sido establecida.

Como fuere, más allá de un importante rechazo doctrinario y jurisprudencial, no se ha erradicado la tendencia a incluir en los códigos de procedimiento disposiciones normativas de corte *prima facie* sustantivista. Como vimos, se ha hecho explícito en sede legislativa el objetivo de establecer ciertas disposiciones normativas en vistas a fines 'punitivos'.

La vinculación entre los fines de la pena y la prisión provisional no hace más que ahondar el mal uso que de esta se continúa realizando. Tal postura reconoce, en fin,

¹⁷³⁸ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, "Presunción...", p. 5; CUENCA MIRANDA, "La prisión...", p. 35; DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 94.

¹⁷³⁹ En igual sentido, MAIER, *Derecho Procesal...*, p. 392.

¹⁷⁴⁰ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho...*, pp. 563-564; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 235; ANDRÉS IBÁÑEZ, "Presunción...", p. 5.

que la función de la medida cautelar absorbe, al menos en algunos casos, las de la sentencia que está destinada a asegurar¹⁷⁴¹ (que aún puede ser absolutoria).

Le danger de répétition francés ha sido acogido por el TEDH¹⁷⁴² y por el TC¹⁷⁴³ como ya vimos. Pero no ha podido eludirse la conclusión de que ello responde a una finalidad propia de medidas de seguridad predelictuales¹⁷⁴⁴.

Se ha analizado la posición de RAGUÉS I VALLÉS que distingue entre la prevención especial positiva¹⁷⁴⁵ y la negativa¹⁷⁴⁶, reconociéndole a esta última cierta utilidad en casos restrictivamente seleccionados¹⁷⁴⁷. La necesaria legitimación solo parece concurrir para su posición en aquellos supuestos en los que, además de existir una elevada probabilidad de reincidencia, la entidad de los bienes jurídicos en peligro puede considerarse sensiblemente superior al daño que se origina al imputado con su privación de libertad¹⁷⁴⁸.

Defiendo aquí que no es ese el fin del proceso penal. Si así lo fuera el procedimiento estaría estipulado de otro modo. Además advierto una trampa en el razonamiento que pretende comparar la protección de, v.gr., el bien jurídico “vida”

¹⁷⁴¹ Para RAGUÉS I VALLÉS, “Prisión provisional...”, p. 731, la “tan demonizada vinculación entre la prisión provisional y los fines de la pena” no lleva necesariamente a una aplicación desmesurada de esta figura, sino que, por el contrario, tiene un potencial claramente limitador de dicha aplicación. Por eso, en su opinión, solo puede considerarse legítima la prisión provisional como medio de prevención de delitos en aquellos casos en los que, si el imputado permanece en libertad, existe un riesgo grave y concreto de alteración de la paz social o de lesión o puesta en peligro grave de los bienes jurídicos más importantes, sin que para conjurar dicho peligro exista ningún medio menos lesivo que la privación de libertad del imputado. A ello añade la necesidad de que, a la vista de los indicios obrantes en las actuaciones, pueda sostenerse la existencia de una alta probabilidad (y no solo de meros indicios) de futura condena del sujeto procesado.

¹⁷⁴² Casos *Stogmuller, Clooth, Toth, “W. c. Suiza”* y *Matzenetter* entre otros.

¹⁷⁴³ Desde la STC 40/1987.

¹⁷⁴⁴ En igual sentido, SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 223; ASECIO MELLADO, *La prisión...*, p. 87; BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, p. 25, entre otros.

¹⁷⁴⁵ RAGUÉS I VALLÉS, “Prisión provisional...”, p. 723, sostiene que desde el punto de vista de la ponderación de intereses en conflicto parece difícil argumentar que los daños ocasionados por el retraso en la resocialización de un sujeto están en condiciones de legitimar la inmediata privación de su libertad.

¹⁷⁴⁶ Según RAGUÉS I VALLÉS, “Prisión provisional...”, p. 724, no cabe descartar la posibilidad de recurrir legítimamente a la prisión provisional como forma de asegurar un último fin que, en determinados casos, el legislador puede atribuir a la pena de prisión, consistente en proteger ciertos bienes jurídicos del concreto peligro que para ellos puede entrañar el mantenimiento en libertad del imputado.

¹⁷⁴⁷ Aunque con una fundamentación distinta, aquella conclusión coincide en buena medida con la defendida por GONZÁLEZ RUS, “La pretensión...”, p. 1357, quien basa su propuesta en el deber de autoridades y funcionarios de impedir la comisión de nuevos delitos. Se oponen a esta clase de planteamientos SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 228 (por entender que se basan todos ellos en una “presunción de culpabilidad”); HASSEMER, “Los presupuestos...”, pp. 118-119; BIGLIANI/BOVINO, *Encarcelamiento preventivo...*, p. 89, entre otros.

¹⁷⁴⁸ RAGUÉS I VALLÉS, “Prisión provisional...”, p. 724.

(protegido por el tipo penal de homicidio), ya que es evidente que este tiene más peso que “la libertad” o los “fines del proceso”, pero, además de que el primero es en todos los casos un peligro hipotético, y el segundo una privación de derechos efectiva, no es ello lo que se debe contemplar ya que el proceso penal no está llamado a tal función, que debe ser cumplida estatalmente por otro medio.

Además el peligro difícilmente pueda ser considerado como inminente o al menos lo será solo por instantes. Sostener aquel argumento significaría entonces adoptar cualquier tipo de medida preventiva en cualquier escenario y por cualquier autoridad. No digo que ello no deba realizarse -con la ponderación necesaria- sino que no es el juez investigador de unos hechos aún inciertos quien debe adoptar ese compromiso protector.

Por otra parte, aún de ser admitida, la prevención especial que se ajustaría a un campo limitado de casos al ser justificante de la pena, también lo sería en la instancia procesal previa.

En otro caso habría que mantener indefinidamente detenidas a todas las personas con tendencias criminales, contrario al objeto del art. 5 CEDH. Resulta interesante el voto del juez J. Cremona en el asunto *Matznetter* del TEDH, quien no admitió la posibilidad de la detención ante el peligro genérico de reincidencia, sosteniendo que: “La prevención del crimen en general depende justamente de otras autoridades y otros medios”.

Además, aun cuando la causal estuviera permitida por el CEDH, ello no autorizaría un quebranto de la presunción de inocencia, ya que dicho instrumento supone solamente un mínimo de derechos que debe complementarse con aquellos límites necesarios que surgen del principio del Estado de Derecho¹⁷⁴⁹.

En síntesis, no es legítimo atribuir a la prisión provisional la finalidad espuria de prevención especial dirigida a evitar la comisión de delitos por el preso preventivo, porque esta concepción se asienta en una presunción de culpabilidad y no en el principio de inocencia.

No hay duda de que la valoración de dicha peligrosidad solo puede encontrar su normal fundamento en la hipótesis de que efectivamente sea culpable del delito que se le imputa. Este uso directamente defensivo de la prisión provisional en función de

¹⁷⁴⁹ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 225.

prevención de la peligrosidad conlleva innegablemente una ejecución anticipada de la pena¹⁷⁵⁰.

Resulta de interés también el voto discrepante del juez *Balladore Pallieri*, en el mismo caso del TEDH, quien estimó que “tal peligro no basta, según el Convenio, para legitimar una detención preventiva, al menos cuando se trata solamente de un peligro abstracto y general y no es una amenaza precisa de una infracción determinada”, y añadió que el peligro de repetición implica que el imputado haya cometido anteriormente delitos, que no pueden ser los que están siendo enjuiciados, porque sobre estos recae el principio de presunción de inocencia, previsto en el art. 6.2 CEDH¹⁷⁵¹.

Siendo ello así, una propuesta a considerar radica en que la decisión sobre la detención en estos casos no deba ser tomada por el juez instructor del caso actualmente en trámite, porque se encuentra afectada su percepción de los hechos. Y, además, los elementos con los que cuenta en el expediente en trámite no son los necesarios para resolver una detención basada en posibles peligros futuros sobre la razón de hechos pasados, que deben juzgarse independientemente.

Otra solución posible es que las medidas de prevención -que sin duda deben darse desde el Estado- se encuadren, exclusivamente, en los programas de protección de víctimas y testigos para evitar esa contaminación del juez instructor que antes señalara y por estar aquellos diseñados de manera interdisciplinar y especialmente capacitados para el supuesto.

Si ello implicara, según el caso, limitar el derecho fundamental a la libertad personal, deberá garantizarse la proporcionalidad de la medida mediante la actuación de un juez civil.

Habilitar a estos fines la actuación del juez penal que está interviniendo sobre un hecho pretérito -aún para casos concretos y específicos en los que se tengan considerables pruebas que permitan llegar a la presunción de que se cometerán delitos graves- brinda mayores herramientas al evidente abuso que de esta institución se da en la actualidad, con todas las consecuencias nocivas que ello trae aparejado para la sociedad.

¹⁷⁵⁰ MORENO CATENA, *Derecho Procesal...*, p. 525; ANDRÉS IBÁÑEZ, “El juez...”, p. 19; SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 228.

¹⁷⁵¹ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 223.

En cualquier caso, la prisión provisional no debe ser una anticipación de la pena; no tiene un fin de prevención especial de evitar la comisión de delitos de la persona a la que se priva de libertad; tampoco tiene como fin “calmar la alarma social”, ni lograr que el imputado “colabore” con la investigación penal de los hechos, ya que se estarían vulnerando la presunción de inocencia, el derecho a la libertad y la defensa en juicio¹⁷⁵².

4.8 La resocialización en prisión

Pese a mi posición, es evidente que la prisión provisional continúa disponiéndose con estos fines, tanto en los países que contemplan en su legislación este supuesto como en los que no. Por ello debe evaluarse con fines prácticos si al actuar la prisión durante el proceso como una medida de seguridad desde una perspectiva preventivo-especial, el cumplimiento de la misma repercute en ese fin “resocializador” o “no desocializador”.

La inocuización aparece evidente, pero la resocialización parece más problemática ya que las legislaciones penitenciarias suelen impedir la inclusión del preso preventivo en los planes rehabilitadores estipulados para el penado, debiendo estar separados dentro del establecimiento carcelario, limitándose “*la reeducación y reinserción social*” a “*los sentenciados a penas y medidas de seguridad*”¹⁷⁵³.

El intento de no violentar la presunción de inocencia al impedir que se trate como culpable a efectos de tratamiento penitenciario a quien todavía no se sabe si delinquirá termina, paradójicamente, repercutiendo en su contra por no poder aprovechar el tiempo en prisión para -en términos de BESIO HERNÁNDEZ- evitar la no desocialización.

¹⁷⁵² MORENO CATENA, *Derecho Procesal...*, pp. 285-286.

¹⁷⁵³ Como señala, RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, pp. 120-121, la imposibilidad de tratamiento hace que *la prisión preventiva devenga una mera retención física del sujeto para mantenerlo a disposición de la autoridad judicial*, una privación de libertad con la que no se pretende ningún efecto de reinserción aun cuando su duración puede prolongarse durante varios años. El art. 3.4 del Reglamento Penitenciario establece que “*en cuanto sea compatible con su situación procesal, los presos preventivos podrán acceder a las actividades educativas, formativas, deportivas y culturales que se celebren en el centro penitenciario, en las mismas condiciones que los penados*”, pero sin vincular dichas actividades a un tratamiento resocializador.

Como puede intuirse -sin perjuicio del análisis que se hará en el último apartado del Capítulo-, la capacidad desocializadora de la prisión provisional de larga duración no es menor que la de la pena de prisión, con lo que ello conlleva en términos sociales, familiares, laborales y de estigmatización del sujeto afectado¹⁷⁵⁴.

En cualquier caso, a la prisión provisional no se le puede asignar una función resocializadora¹⁷⁵⁵. Sin embargo, se reconoce que ello no puede significar que el imputado que aun así es detenido no pueda participar en actividades intramuros que eventualmente podrían tener una finalidad educadora que, por otra parte repercute en el plazo de cumplimiento de la pena efectiva en caso en que se abone su estancia en prisión *a posteriori*.

Dicha participación se ve como beneficiosa siempre y cuando se establezca sobre la base de la libertad del imputado de tomar o no parte. La presunción de inocencia es un principio protector del imputado, por lo que no tendría sentido que funcionara en contra de este cuando quisiera trabajar, estudiar, o someterse a un tratamiento psicológico o médico en prisión.

5. Teorías mixtas

5.1 Sobre las teorías mixtas y las unidimensionales

No puede dejar de mencionarse el devenir de las ideas sobre el fin de la pena sin señalar los intentos de las teorías de la unión, también llamadas eclécticas o mixtas, que surgen como resultado de la observación de las virtudes y objeciones de las anteriores¹⁷⁵⁶. En relación con la prisión provisional, nos permiten brindar una mirada completa sobre la equivalencia de funciones que aquí se devela con un objetivo limitador, a partir de un mayor acercamiento a las finalidades que hoy se legitiman en la pena y sin desconocer la diferencia entre los fines y las funciones de un instituto¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵⁴ RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 123.

¹⁷⁵⁵ En igual sentido, LLOBET RODRÍGUEZ, “Prisión preventiva...”, p. 186.

¹⁷⁵⁶ PEÑARANDA RAMOS, “La pena...”, p. 287, afirma que incluso las posiciones de FEUERBACH, BENTHAM o VON LISZT (y hasta las de KANT y HEGEL, según algunas interpretaciones) observadas con detalle podrían ser consideradas en algún sentido como ‘teorías mixtas’ de la pena.

¹⁷⁵⁷ Como explica FERRAJOLI, *Derecho...*, pp. 325 ss., cuando se habla de funciones de la pena se está aludiendo al plano descriptivo, al ser, es decir, para qué sirve la pena en la realidad. Cuando, por el contrario, se alude a su finalidad, se alude al plano prescriptivo o directivo, al deber ser, a para qué

El fracaso de las teorías anteriores, en cada una de sus concepciones estrictas, no elude su consideración ni descarta de plano sus postulados sino, por el contrario, lleva al análisis de sus ideas para arribar a conclusiones que permitan encontrar un punto justificante de la intervención estatal punitiva que aún no se encuentra definido en la discusión¹⁷⁵⁸. Las teorías de la pena deben adecuarse a la época actual y describir de mejor modo los fines legítimos en un contexto de limitación por parte de los principios que emanan de los Estados Constitucionales actuales y de la positivización desarrollada a partir de los Instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Así, las teorías eclécticas se presentan como tejidos teóricos que concilian las diferentes finalidades de la pena. Ya sea según el momento en el que esta actúe o como mero bagaje conceptual que permita fundamentar su vigencia.

Es mayoritario en la doctrina aceptar que una visión en exceso unilateral del problema lleva a soluciones incorrectas. Por tanto, si la pena puede justificarse de algún modo es recurriendo a distintos argumentos, tengan distinta o la misma naturaleza -es decir, se mezclen argumentos deontológicos y consecuencialistas, o se mezclen distintas visiones consecuencialistas entre sí-, lo que, de un modo u otro, lleva al predominio de teorías mixtas¹⁷⁵⁹.

Podemos considerar como teorías mixtas a todos los intentos de justificación de la pena que no son unidimensionales, entendiéndose por estos últimos a aquellos que, para la solución de todos los supuestos imaginables, se orientan o bien únicamente en función del merecimiento, o bien únicamente en función de las consecuencias. Ello, por

debe existir la pena. En el primer caso se está diciendo lo que en la realidad ocurre (este plano pertenece a la sociología, la estadística, la psicología), y en el segundo lo que debería ocurrir (la respuesta pertenece a la filosofía, a la teoría política, a la teoría del Derecho). Tampoco debe pasarse por alto la diferencia entre justificación y explicación. La justificación es siempre un argumento normativo con el que se pretende legitimar un acto o una práctica; la explicación, en cambio, es siempre un argumento reconstructivo a través de la cual se pretende dar cuenta de las razones fácticas de un acto o de una práctica (Cfr. PÉREZ BARBERÁ, "Problemas...", p. 16).

¹⁷⁵⁸ Como señala CORCOY BIDASOLO, "Prevención limitada...", p. 291, los bienes jurídico-penales resultan mejor protegidos con la prevención, lo cual no implica desconocer que las ideas de justicia y de vigencia de la norma son relevantes en cuanto legitiman el Derecho penal por dar respuesta y aplicarse a los valores más relevantes comunes de una sociedad. A su vez, la función preventivo-intimidatoria de la pena es evidente, con lo cual la finalidad de prevención general positiva y negativa se complementan y ninguna de ellas es válida sin la otra.

¹⁷⁵⁹ RODRÍGUEZ HORCAJO, "Pena...", p. 229; STRATENWERTH, *Derecho penal...*, p. 40; FALCÓN Y TELLA/FALCÓN Y TELLA, *Fundamento...*, p. 208; CASTRO MORENO, *El por qué...*, p. 114.

cierto, sin perjuicio de todas las diferencias relevantes que pudieran presentarse entre las distintas concepciones multidimensionales¹⁷⁶⁰.

Las concepciones unidimensionales¹⁷⁶¹ no están en condiciones de ofrecer una justificación moral completa de la pena jurídico-estatal, que es en definitiva de lo que aquí se trata¹⁷⁶². Ello ha quedado demostrado a través de ejemplos extremos, que ilustran cuán inadecuadas son tales concepciones y muestran que tanto las teorías que absolutizan la retribución como las que absolutizan la prevención son insostenibles¹⁷⁶³.

El análisis de estas combinaciones servirá para observar cómo se reproducen, en la justificación de la prisión provisional, las conclusiones a las que sobre ellas se arriba. No está de más señalar que todas las teorías de la pena confluyen en la necesidad de ponerlas en relación con la obligación del Estado de proteger los bienes jurídico-penales -intereses sociales que por su importancia merecen la protección del Derecho penal- como función nuclear y a la vez límite de la intervención coercitiva¹⁷⁶⁴.

5.2 Eclecticismo. Teorías de la unión

Tras las iniciales concepciones unidimensionales, lo más habitual es afirmar la justificación preventiva de la pena (con mayor o menor acento en una teoría específica) y aceptar simultáneamente la idea central del merecimiento, evitando lo más “absoluto” de las teorías absolutas (su no referencia a fines) y lo más preventivo de las teorías preventivas (su potencial no garantista). Puede sostenerse así que la retribución juegue un papel limitador en la finalidad de reducir la comisión de delitos, de modo que la

¹⁷⁶⁰ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 5.

¹⁷⁶¹ RODRÍGUEZ HORCAJO, *La pena:...*, p. 5; PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 5.

¹⁷⁶² PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 11, señala que el hecho de que ni siquiera los más enérgicos defensores de la retribución estén dispuestos a reconocer que sea admisible que la pena estatal se desentienda por completo de fines y de consecuencias es, sin dudas, una buena señal para una teoría mixta. A la vez no parece plausible que alguien recurra en última instancia a la retribución como “barrera absoluta” contra consideraciones preventivas si, al mismo tiempo, ve en las teorías absolutas la encarnación de un principio moral incorrecto.

¹⁷⁶³ Cfr. *Ibidem*, p. 5.

¹⁷⁶⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, “Prevención limitada...”, p. 291, sostiene que, pese a las críticas que se han vertido en su contra, la referencia al bien jurídico-penal sigue siendo esencial y posibilita el respeto de la antijuridicidad material y la exclusión de una interpretación formal de los tipos penales

pena pretenda este objetivo pero sin desatender ideas como las de proporcionalidad, merecimiento y culpabilidad¹⁷⁶⁵.

Las teorías de la unión, en un primer momento, se reconocieron con dos variables diferentes dependiendo de la importancia que se le otorgue a las ideas de realización de justicia (planteamiento retribucionista) o a las exigencias preventivas. La primera es la denominada teoría aditiva o conservadora y la segunda teoría ecléctica o progresista¹⁷⁶⁶.

La teoría de la unión aditiva halla el fundamento de la pena en la idea de justicia y es ella la que fija el marco de la pena a imponer. En ese campo (de la pena justa) el juez tendrá libertad para moverse atendiendo las exigencias de la prevención y elegir la pena útil para el delincuente concreto. El principio de culpabilidad, se sostiene, poseería una función de garantía dado que la única pena lícita sería la adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor¹⁷⁶⁷.

En suma, esta tesis ve en la retribución el fundamento de la pena, y los fines preventivos adquieren un mero papel complementario dentro de ese marco¹⁷⁶⁸. De manera más franca, JAKOBS ha pasado a hablar de “*retribución relativa*”¹⁷⁶⁹.

A la teoría de la *unión aditiva*, se le objeta intentar concordar lo incompatibles atrayendo hacia ella los inconvenientes de las teorías absolutas y de las relativas, con lo que “al intentar convencer a todos, no consigue convencer a nadie”¹⁷⁷⁰.

La teoría dialéctica de la unión (planteo preventivo) es, por su parte, una teoría relativa de la pena que acepta a la culpabilidad como límite en la individualización judicial. En el marco de una prevención mixta, se sostiene que el punto de partida de toda teoría debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena solo puede ser preventivo.

De acuerdo a la postura de ROXIN, la prevención especial y la general deben figurar conjuntamente como fines de la pena ya que los hechos delictivos pueden evitarse tanto mediante la influencia sobre el particular como sobre la colectividad¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶⁵ Cfr. RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 228.

¹⁷⁶⁶ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 88.

¹⁷⁶⁷ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 82.

¹⁷⁶⁸ Cfr. RODRÍGUEZ HORCAJO, “Pena...”, p. 228.

¹⁷⁶⁹ *Ibidem*, p. 226.

¹⁷⁷⁰ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 87.

¹⁷⁷¹ Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, p. 95.

ROXIN diferencia tres momentos en el proceso de aplicación del Derecho penal en los cuales se acentúan los significados de la prevención general y la prevención especial. En primer lugar, el momento de *conminación penal* donde predomina la prevención general. Este es un estadio temprano, donde el delito aún no se ha cometido y únicamente actúan el efecto intimidatorio y el efecto de aprendizaje¹⁷⁷².

Un segundo momento es el de la *imposición* de la pena mediante la sentencia. Allí hay que tomar en cuenta las necesidades preventivo-especiales en la misma medida que las generales. Así, mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de culpabilidad. Por otra parte, en los delitos leves y de mediana gravedad, cabe más tolerancia cuando sea necesario, en virtud de la prevención especial¹⁷⁷³.

Por último, en la *ejecución* de la pena pasa a primer plano la prevención especial. Sin embargo ROXIN deja claro que no se trata de una división estricta de los fines de la pena en los diferentes estadios de la aplicación del Derecho penal. Sino de una ponderación diferenciada, pues si la conminación penal conserva su función motivadora, la ejecución tampoco perderá totalmente el efecto preventivo-general¹⁷⁷⁴.

Según lo anterior, la teoría bajo análisis, acoge en su seno tanto los enfoques preventivos-generales como los especiales, pasando uno u otro al primer plano según el momento de aplicación del Derecho penal¹⁷⁷⁵.

Para ROXIN, en la teoría de la unión, no puede entrar en consideración la retribución, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención¹⁷⁷⁶. Sin embargo, su postura considera al principio de culpabilidad como limitación de la intervención estatal punitiva, siendo este un elemento decisivo que debe ser considerado en la teoría de la prevención mixta¹⁷⁷⁷.

Por ello se ha dicho que una de las estrategias a la que más acuden los partidarios de las teorías mixtas para demostrar que su punto de vista es el más

¹⁷⁷² Cfr. ROXIN, "Cambios en la teoría de la pena", en *La teoría del delito en la discusión actual*, (trad.) ABANTO VÁSQUEZ, M., Ed. Grijley, Lima, 2013, p. 82.

¹⁷⁷³ *Ibidem*, p. 83.

¹⁷⁷⁴ ROXIN, *Derecho penal...*, p. 97.

¹⁷⁷⁵ *Ibidem*, p. 98.

¹⁷⁷⁶ *Ibidem*, p. 99.

¹⁷⁷⁷ PÉREZ BARBERÁ, "Problemas...", p. 5. También ZIFFER, "Acerca...", p. 30, devela cierto ocultamiento de los fines retributivos de la pena que se reconocen en diversas versiones de la prevención general positiva como así también en las teorías de la unión, bajo el manto de la "culpabilidad como límite de la prevención".

plausible consiste en presentar al principio retributivo como moralmente *incorrecto*, pese a que después, ellos mismos, terminan recurriendo a él para complementar o para limitar al principio de la prevención¹⁷⁷⁸.

Así, a la teoría *dialéctica de la unión*, se le critica que continúe acudiendo a la culpabilidad para limitar la pena imponible, dado que resulta muy difícil determinar su precisión y exactitud. También se le achaca el haber sustituido el concepto de culpabilidad (como el “poder obrar de otra manera”) por otro sin contornos precisos por basarse en consideraciones referentes a la necesidad y merecimiento de pena, olvidando que toda la teoría del delito quiere responder a la pregunta de la necesidad y merecimiento de pena y no solo la teoría de la culpabilidad¹⁷⁷⁹.

La retribución termina funcionando como presupuesto de la prevención general positiva en tanto el mantenimiento del orden y la paz sociales y el fortalecimiento de la conciencia jurídica de la comunidad por medio del Derecho penal, solo son posibles si existe y se satisface una necesidad social de retribución justa, como presupuesto de la prevención general positiva¹⁷⁸⁰.

El mantenimiento de la función retributiva de la pena, juntamente con sus funciones preventivas, constituye una manifestación de la dimensión simbólica, diversamente de la prevención, que indica sobre todo una dimensión instrumental. De cualquier manera, la concepción de la pena retributiva resulta funcional a la teoría de la prevención general estabilizadora. La teoría retributiva sería así, dándose vuelta la ecuación, una teoría general preventiva enmascarada¹⁷⁸¹.

5.3 El merecimiento de pena como justificación dirigida al autor del delito

PÉREZ BARBERÁ señala que una teoría mixta consistente tiene que sostener la *corrección* moral de ambos principios, es decir, del principio retributivo y del principio preventivo, ambos como derivados del principio deontológico y del principio

¹⁷⁷⁸ *Ibidem*, p. 6.

¹⁷⁷⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, p. 88; CASTRO MORENO, *El por qué...*, p. 120.

¹⁷⁸⁰ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 216.

¹⁷⁸¹ *Ibidem*, p. 217.

consecuencialista, respectivamente. Defiende, por eso, una teoría genuinamente *dualista*¹⁷⁸².

Es simplemente *justo* -y por tanto correcto- que solo aquel que merece ser penado reciba una pena y que esta se corresponda con la medida de su merecimiento. Ese es el “bien intrínseco” de la retribución y en esa conjunción se resume todo lo que del principio retributivo cabe legítimamente inferir. Clarificar el significado correcto del término “retribución” es importante, pues no pocas dificultades de fundamentación que aquejan a las teorías mixtas provienen de la comprensión incorrecta de este principio¹⁷⁸³. En especial aquellas que lo asimilan inevitablemente a la venganza¹⁷⁸⁴.

En defensa de este concepto PÉREZ BARBERÁ sostiene que es necesario, ante todo, considerar a la retribución como un principio moral correcto, pero solo en su exclusivo ámbito de aplicación, esto es, en la justificación de la pena como acto particular frente al autor del delito¹⁷⁸⁵. Para esa justificación la retribución es razón suficiente. La retribución, en cambio, no justifica a la pena como acto particular frente

¹⁷⁸² PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 6. Se gana muy poco si, para relativizar el papel del merecimiento en la justificación de la pena, se afirma que él cumple una función solo para *limitar* -y no para justificar- la pena. Pues también dicha afirmación presupone la corrección moral del principio retributivo. De lo contrario, debería admitirse que se está dispuesto a limitar la pena con un elemento moralmente *incorrecto* ya que el merecimiento es uno de los elementos constitutivos del concepto mismo de retribución.

¹⁷⁸³ *Ibidem*, p. 13.

¹⁷⁸⁴ Sostiene GARCÍA AMADO, “Retribución...”, pp. 323 ss., que la tipificación de determinadas conductas como delictivas debe estar sujeta a razones que pueden y deben ser también razones morales que permiten elevar determinados bienes o intereses a la condición de bienes penales, de bienes o intereses merecedores de protección penal. Y ellas son las que llevan igualmente a exonerar de responsabilidad penal a quien no actuó culpablemente. Pero que sean razones morales las que justifican que una conducta se tipifique como merecedora de pena y que también lo sean las que exoneren del castigo al que no obró con libertad y siendo dueño de sus actos no tiene nada que ver con entender que la aplicación de la pena implique venganza. Que, según parámetros no meramente jurídico-positivos, sino también morales, un sujeto merezca la pena que se le aplica no equivale a decir que al recibir la pena esté padeciendo una venganza por su mal hacer.

¹⁷⁸⁵ Sin embargo, como sostiene RÍOS CORBACHO, “Los fines...”, p. 431, se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de aceptar las teorías absolutas cuando sea el delincuente el que desea su propio castigo, ya que no constituye ninguna pena el hecho de que a alguien se le ocurra un castigo que el mismo desea. Pero ello también ha hecho que se pongan en duda las teorías preventivas cuando el autor del ilícito se resocialice por sí mismo, tanto es así que la prevención general amenazadora se modifica si el autor comete el delito para ser castigado, además de que la prevención general negativa no será útil cuando el mismo autor sea maltratado de acuerdo a su voluntad y, la positiva, por su parte, parece superflua si el autor se retracta palmariamente de la máxima que niega la vigencia de la norma, declarando su utilidad, por ello, incluso se ha puesto de manifiesto que para solventar las críticas expuestas se debe acudir a la prevención general amenazadora de la colectividad con el ánimo de solventar los posibles problemas de la teoría absoluta y de la crisis de ese derecho penal preventivo. Por similares motivos, SCHÜNEMANN, B., “Aporías de la pena en la filosofía”, *InDret* 2/2008, pp. 11-12, destaca la innecesariedad de la aplicación en el campo de los fines de la pena de las tesis neo-absolutas.

a la sociedad. Y no corresponde que lo haga porque esta última clase de justificación es terreno exclusivo del principio consecuencialista o preventivo¹⁷⁸⁶.

Por ello, no correspondería insistir en la necesidad de aplicar pena a un inocente invocándose razones preventivas. Pues, en ese caso, sería el principio preventivo el que, inconsistentemente, invadiría el ámbito moral exclusivo del principio retributivo¹⁷⁸⁷.

De ello se sigue que la comprensión correcta del principio retributivo se agota en una prohibición de castigo al inocente, -lo que coincide con el principio de inocencia - y que la comprensión correcta del principio preventivo se agota por su parte en un mandato de castigar, solo si ello puede generar consecuencias valiosas en ese sentido¹⁷⁸⁸. Por ello nunca es admisible imponer pena a un inocente y sí lo es no imponer pena a un culpable¹⁷⁸⁹.

CORCOY BIDASOLO sostiene un concepto de “prevención limitada y concepción de la teoría del delito a partir del merecimiento y necesidad de pena” que parte de considerar que el abandono de las teorías de la retribución y la adopción de teorías preventivas, conlleva el abandono del concepto fáctico-objetivo del delito¹⁷⁹⁰.

Por ello, independientemente de la teoría de la pena que se adopte, la legitimación de la conminación penal solo será legítima cuando se cumplan dos condiciones: el merecimiento -históricamente emparentado con la retribución- que presupone que el hecho constituye una injerencia relevante en cuanto afecta a bienes jurídico-penales, y la necesidad de pena, que la autora enlaza con la responsabilidad personal o culpabilidad y con el principio de oportunidad¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁶ PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 13.

¹⁷⁸⁷ *Ibidem*, p. 13.

¹⁷⁸⁸ *Ibidem*, p. 15.

¹⁷⁸⁹ *Ibidem*, p. 13. Por supuesto que la sociedad requiere y necesita una justificación consecuencialista de la pena como institución: al ciudadano fiel al derecho debe dejársele en claro, por ejemplo, por qué es justo que él financie la pena, que entre todas las reacciones institucionales posibles es, además de la más cruenta, la más onerosa. Pero la pena como institución debe ser justificada también frente al autor del delito, esto implica que como institución debe ser justificada también deontológicamente.

¹⁷⁹⁰ CORCOY BIDASOLO, “Prevención limitada...”, p. 291.

¹⁷⁹¹ *Ibidem*, p. 292. Así, se puede atender tanto a cuestiones de prevención especial, estrechamente relacionadas con la responsabilidad personal o culpabilidad, como a cuestiones político-criminales en atención a la búsqueda de un mejor funcionamiento de la Administración de justicia. La imposición de una pena en concreto o su sustitución o complementación con una medida de seguridad deberá concretarse atendiendo a la responsabilidad personal del imputado. Para ZIPF, si la prevención especial exige la aplicación de una pena de prisión inferior a los seis meses de duración, solo podrá imponerse cuando sea imprescindible para la defensa del orden jurídico. Eso únicamente sucederá, según este autor, cuando esté en juego la fidelidad al Derecho de los ciudadanos, lo que significa prevención general positiva. Cfr. MIR PUIG, “Función...”, p. 55.

Partimos entonces de la conclusión de que la pena además de ser merecida debe ser socialmente útil¹⁷⁹². Por ello, en la pena siempre es el merecimiento condición necesaria -y no por ello necesariamente venganza¹⁷⁹³- mientras que, la prevención nunca es condición suficiente.

Además, es esencial que la finalidad de prevención se ajuste a través de los principios limitadores del Derecho penal derivados de un Estado social y democrático de Derecho¹⁷⁹⁴. De esta forma la pena no se legitima tanto por la confirmación de la vigencia de la norma o el restablecimiento del derecho sino por la función de protección de bienes jurídico-penales¹⁷⁹⁵.

La obligación de velar por la socialización primaria de quienes participan en la convivencia no es un cometido al cual la pena pueda servir positivamente -como lo pretende la teoría de la prevención especial-. No obstante, constituye una obligación de la organización social de la que esta tampoco puede desentenderse cuando verifica que no ha conseguido asegurarla en el momento y con los instrumentos de que debió servirse para ello y tiene que recurrir a la sanción punitiva para defender las condiciones de posibilidad de su existencia¹⁷⁹⁶.

La diferencia esencial, desde el punto de vista de CORCOY BIDASOLO, entre la confirmación de la vigencia de la norma y la función de protección de bienes jurídico-penales estriba en que la norma debe de ser interpretada teleológicamente de forma que se compruebe, en el caso concreto, que los hechos son idóneos *ex post* para lesionar los bienes jurídico-penales que esa norma pretende proteger¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹² GARCÍA AMADO, "Retribución...", p. 332.

¹⁷⁹³ La retribución no es venganza por su maldad intrínseca ni precio de una ofensa personal o grupal, es, a la postre, compensación porque se le reconoce libre y él, en cambio, no ha respetado los fundamentos de la libertad ajena o los bienes con los que cada conciudadano suyo puede ser libre también GARCÍA AMADO, "Retribución...", p. 332.

¹⁷⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, "Prevención limitada...", p. 293, refiere al principio de culpabilidad, el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos y el de *ultima ratio*, que abarca los de subsidiariedad y fragmentariedad. Siendo también afectados, el principio de legalidad, entendido materialmente por la mala técnica legislativa que se sigue; y el de proporcionalidad, con el establecimiento de penas muy graves para hechos poco lesivos o estableciendo la misma pena para conductas con desvalor muy diferente.

¹⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 291.

¹⁷⁹⁶ CURY URZÚA, "La prevención...", pp. 696 ss.

¹⁷⁹⁷ CORCOY BIDASOLO, "Prevención limitada...", p. 292, añade que la consecuencia lógica de lo anterior es que el fundamento del castigo se encuentra en la conducta, no en el resultado. No se trata de castigar para restablecer la situación previa a la lesión del derecho subjetivo de una persona o la vigencia de la norma, sino de castigar conductas que sean idóneas para afectar bienes jurídico-penales. La finalidad es motivar al ciudadano a no realizar esas conductas lesivas, ello con independencia de que se haya producido o no un resultado lesivo. El injusto típico se consuma con que *ex post*, atendiendo todas las

Cuando el efecto preventivo que puede esperarse es desdeñable, de la pena no resta más justificación que la retributiva, y eso lleva a que haya que contar con razones fuertes de merecimiento para el castigo. Es decir, no cualquier comportamiento que pueda reputarse de inmoral o personalmente reprochable puede justificar el merecimiento de una respuesta tan grave como la pena. Cuando el merecimiento es condición suficiente, han de ser muy fuertes sus razones para aplicar el castigo¹⁷⁹⁸.

También el argumento de la prevención pone coto a un retribucionismo exagerado o a la pretensión de penar cualquier conducta que pueda sentirse como inmoral en algún sentido. No toda conducta reprochable merece una pena, especialmente si la pena no tiene efectos sociales positivos¹⁷⁹⁹.

Por su parte, como se ha analizado, una teoría netamente consecuencialista que tacha a la retribución de irracional, tiene sin duda un importante problema: su no vinculación con límites. Tendríamos, un arma muy potente y justificada en términos exclusivamente consecuencialistas, lo que nos aboca a un poder punitivo estatal incontrolable¹⁸⁰⁰.

Por ello esta idea, bastante reiterada entre los autores retribucionistas y entre los que defienden algún tipo de teoría mixta con tintes absolutos, puede ser solventada partiendo de que la teoría de la pena, en su sentido más tradicional, solo se encarga de lo que podemos denominar como “justificación en sentido estricto” de la pena. Pero esto no es todavía una justificación total de esta institución, sino que su “justificación en sentido amplio” pasa por asociar la teoría de la pena con una teoría de los límites penales, que debe ser estudiada en conexión con la primera pero en todo caso de manera autónoma¹⁸⁰¹.

Tales límites se vinculan indefectiblemente con los derechos fundamentales recogidos en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales relevantes a tal efecto. Sin embargo, este planteamiento puede resultar en parte “involucionista”, si

circunstancias concurrentes *ex ante*, se pruebe que la conducta era idónea para lesionar el bien jurídico-penal protegido.

¹⁷⁹⁸ GARCÍA AMADO, “Retribución...”, p. 333. Tenemos con ello un sólido motivo para la despenalización de algunos delitos escasamente graves y cuya pena tiene dudoso valor preventivo; por ejemplo, cuando se trate de conductas socialmente muy aceptadas o habituales y cuya reprochabilidad no sea grande.

¹⁷⁹⁹ *Ibidem*, p. 333.

¹⁸⁰⁰ RODRÍGUEZ HORCAJO, *La pena:...*, p. 6.

¹⁸⁰¹ *Ibidem*, p. 6.

no se consigue vincular los límites al Derecho penal con su tarea de prevención general social, pudiéndose hablar entonces de “límites preventivos a una pena preventiva”¹⁸⁰².

5.4 Ideas de las teorías mixtas en la prisión provisional

Como se ha advertido, la justificación de la pena encuentra muchos problemas para alcanzar una teoría uniforme. Con mayor razón debemos cuestionar la utilización de estas finalidades si queremos explicar la prisión provisional y limitar los abusos en que se incurre al adoptar una decisión en un estadio procesal en el que aún no se encuentra probado ni el ilícito investigado ni su autoría.

Es evidente que una teoría unidimensional de la pena, que tantas críticas ha cosechado, sea cual sea la orientación, no resulta suficiente a la hora de poner a la prisión provisional en relación con la sanción. Aunque sí aporta elementos para entender cómo afectan sus ideas al instituto cautelar.

Las teorías eclécticas o que buscan compatibilizar postulados justificantes a la par de encontrar límites democráticos aportan también algunas ideas que permiten repensar el uso actual de la prisión provisional.

De la observación de las teorías mixtas de la pena surge la posibilidad de apreciar también la justificación de la prisión provisional de un modo diferenciado de acuerdo a quien se dirige.

La prisión provisional tiene una doble faz, una dirigida a la sociedad que percibe la función simbólica y punitiva de disuasión general propia de la pena (aspecto descriptivo), y otra dirigida hacia los órganos de poder que se atiende más al plano de las finalidades atribuidas por la legislación (programa normativo o prescriptivo). El reconocimiento de sus funciones latentes (no declaradas) muestra que la prisión provisional anticipa la pena en el curso del proceso penal, superándose así la ficticia distinción de que la misma es una mera medida cautelar procesal¹⁸⁰³.

¹⁸⁰² *Ibidem*, p. 6.

¹⁸⁰³ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 254, concluye que si bien las funciones descriptivas no llegan a deslegitimar del todo la prisión provisional, resulta innegable que las prescripciones no pueden sino derivar de las descripciones. Así, no se trata propiamente de sustituir el análisis finalista por otro funcional.

Pero pese a la equivalencia de funciones que se advierte en la práctica, la falta de merecimiento ante la ausencia de culpabilidad declarada en juicio impide que la decisión provisional se limite desde el principio de proporcionalidad en ese campo. A ello se suma que la aflicción que produce la prisión provisional es, en ocasiones, mayor a la de la condena, conforme desarrollaré en el apartado siguiente.

Además debe atenderse a que la acusación durante el proceso no necesariamente guardará identidad con la que se alegará en el juicio y su calificación legal¹⁸⁰⁴. Por ello no puede meritarse si la evidente aflicción que implica la prisión provisional guarda proporción con el daño presuntamente causado.

Homenajear a la vigencia de la norma prohibitiva y pura secuela de la búsqueda del orden por el orden aplicando la prisión provisional sin más tampoco alcanza para justificar la medida procesal.

Si quien delinquiró no es un enemigo al que exterminar, sino un ciudadano cuyo uso de la libertad se respeta pero no se puede asumir, porque con su acción pone en peligro el disfrute igual de la libertad por cada uno¹⁸⁰⁵, mucho menos lo es el aún sospechoso.

El individuo culpable merece pena por haberse aprovechado de su libertad para perjudicar un bien individual o colectivo, pero la privación de derechos fundamentales del imputado no puede ser considerada un precio a pagar para proteger los bienes jurídicos sino solo una medida excepcional para impedir la frustración de la realización del juicio, en circunstancias de riesgo procesal grave y comprobado con un alto grado de probabilidad.

No existe hasta entonces una conducta típica establecida y, en su caso, los riesgos que no sean de entidad y signifiquen palmarias posibilidades de frustración del proceso por delitos graves deben correr a cargo del Estado, en virtud del principio de inocencia consagrado como Derecho fundamental¹⁸⁰⁶.

¹⁸⁰⁴ RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 129, sostiene que en la práctica es muy frecuente que, para justificar la privación cautelar de libertad, se atribuyan a la persona investigada por las acusaciones hechos delictivos de mayor gravedad que finalmente no se acaben materializando en la condena, ya sea porque no se consideran probados por el órgano enjuiciador o bien porque no se reputan incardinables en los tipos delictivos esgrimidos por las partes acusadoras

¹⁸⁰⁵ GARCÍA AMADO, “Retribución...”, p. 332.

¹⁸⁰⁶ Pese a ello RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 127, señala que, en muchos casos, la efectiva concurrencia de un perjuicio para la presunción de inocencia puede cuestionarse argumentando que, cuando un sujeto finalmente es condenado, el hecho de que se le haya menoscabado tal derecho

Máxime, cuando se postula que una teoría de la pena tiene que pasar por una definición minimalista de la misma, para permitir que su justificación sea una labor verdadera que se base en la capacidad del castigo limitado para el mantenimiento de los sistemas sociales¹⁸⁰⁷.

Se ha advertido también la imposibilidad de demostrar la efectividad de argumentos tanto utilitaristas como deontológicos. A la dificultad de respaldar tales postulados con evidencia empírica, por respeto al principio de inocencia se suma el impedimento de no poder valorarse en el escenario procesal inconcluso ni la compensación de riesgos entre la sociedad (que reconoce y garantiza libertades a cambio de un precio) y el ciudadano libre (en cuanto este se arriesgaría a la pena si delinque)¹⁸⁰⁸, ni los límites que impone el principio de culpabilidad, toda vez que ellos implican que solo sea penado el que obró con libertad y siendo dueño de sus actos.

La vinculación de principios penales con la capacidad preventiva de la pena, dentro de una teoría de la pena compleja, otorga una perspectiva útil en la discusión práctica, y añade elementos desde la doctrina para rearmarse ante el avance expansivo del Derecho penal. Como sugiere RODRÍGUEZ HORCAJO, cambiar el discurso político-criminal imperante por el de la eficacia que existiría tras la defensa de las garantías (empíricamente contrastable y, por tanto, no discutible) quizás sea una manera de retomar el paso perdido por la academia¹⁸⁰⁹.

En el instituto cautelar, con respecto a, v.gr., la causal de evitación de reiteración delictiva, se ha dicho que al incurrir el procesado en un nuevo ilícito, se vería truncada la posibilidad de aplicación de la ley, con lo que el fin de prevención especial negativa se vería resquebrajado si el Estado no interviene de forma rápida sobre dicho sujeto y este sigue delinquirando tras su primera detención¹⁸¹⁰. Pero, como se ha sostenido aquí, este proceder -además de no estar consolidado siquiera como justificación de la pena- encuentra graves problemas frente a la presunción de inocencia

durante la privación cautelar de libertad se acaba revelando como un perjuicio merecido, de tal modo que la medida cautelar habrá supuesto simplemente una anticipación de la pena legítima.

¹⁸⁰⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, *La pena:...*, p. 8.

¹⁸⁰⁸ GARCÍA AMADO, "Retribución...", p. 332.

¹⁸⁰⁹ RODRÍGUEZ HORCAJO, *La pena:...*, p. 8. La suma de una pena orientada a futuro y su limitación con principios absolutos que perfeccionan su función sería la mejor manera de prevenir delitos y, de manera indirecta, de mantener el sistema social.

¹⁸¹⁰ RAGUÉS I VALLÉS, "Prisión provisional...", p. 722. De la misma manera, una omisión del Estado a la hora de actuar puede afectar otras finalidades que se le atribuyen a la sanción penal, tanto de prevención general negativa (restando valor intimidatorio a la sanción penal) como positiva (debilitando la confianza de los ciudadanos en la vigencia de las normas penales).

y, también, frente al derecho fundamental a la libertad y el derecho de defensa en juicio.

Por su parte, el principio de resocialización (prevención especial positiva) no puede utilizarse para una manipulación de la conducta o la conciencia individual que impida la futura libertad para delinquir, sino como oferta de medios para la reintegración social en libertad y de acuerdo con los requerimientos del derecho a la libertad¹⁸¹¹. En el caso de la prisión provisional ello se evaluará para ser tenido en cuenta únicamente en los casos en que una sentencia condenatoria ratifique la sospecha inicial.

Por todo ello, si como ha señalado PÉREZ BARBERÁ al analizar las teorías expresivas, no corresponde insistir en la necesidad de aplicar pena invocándose razones preventivas pues el principio preventivo invadiría inconsistentemente el ámbito moral exclusivo del principio retributivo¹⁸¹², mucho menos resulta legítimo justificar de tal modo la aflicción que produce la prisión provisional frente a quienes deben ser considerados inocentes¹⁸¹³.

Además, al igual que en la pena, una justificación de la prisión provisional como institución tiene que fundamentar por qué tiene que ser aplicada precisamente la más dolorosa de todas las posibles respuestas.

Finalmente, una justificación consecuencialista que toda sociedad requiere y necesita para cualquier intromisión estatal en derechos fundamentales (al ciudadano debe dejársele en claro, por ej., por qué es justo que él financie la prisión provisional) y, especialmente, para las más cruentas y más onerosas, debe ser justificada también frente al sospechoso. Es decir, como institución debe ser justificada también deontológicamente¹⁸¹⁴.

En términos hegelianos, si el que actúa defectuosamente es honrado como persona moral, esto es, como contraparte de un contrato a través de la atribución de responsabilidad (“considerándose a la pena como formando parte de su propio derecho

¹⁸¹¹ GARCÍA AMADO, “Retribución...”, p. 332.

¹⁸¹² PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 13.

¹⁸¹³ *Ibidem*, p. 13, De ello se sigue que la comprensión correcta del principio retributivo se agota en una prohibición de castigo al inocente, lo que refuerza el principio de inocencia del modo ya analizado y que la comprensión correcta del principio preventivo se agota en un mandato de castigar solo si ello puede generar consecuencias valiosas en ese sentido, pero siempre respecto de personas culpables declaradas en juicio.

¹⁸¹⁴ En relación a la pena, cfr. PÉREZ BARBERÁ, “Problemas...”, p. 15.

es que se honra al criminal como sujeto racional”)¹⁸¹⁵, el imputado a quien se la aplica la prisión provisional también debe serlo, sin la más mínima duda.

III. La prisión provisional como equivalente funcional de la pena

1. Cuestiones preliminares

A partir de reconocer que la fundamentación de la prisión provisional se manifiesta en fórmulas que en muchas ocasiones no reflejan los verdaderos motivos que llevan a su dictado, se evidencia que gran parte de los problemas que aquella padece guardan íntima relación con la identidad entre las consecuencias materiales de su aplicación y las de la pena de prisión.

Ello lleva a analizar de forma sistemática de qué manera el reconocimiento en la práctica de tal equivalencia que se verifica más de forma descriptiva que prescriptiva, puede aportar límites a los abusos en su utilización en pos de una mejor protección de las garantías constitucionales en el sistema penal.

Resulta preciso identificar concretamente cuáles son los puntos en que ambas decisiones de privación de libertad coinciden. La afectación de derechos permitirá reconocer la identidad con la pena y cuáles son las funciones legítimas y cuáles las subrogadas que colaboran con el uso espurio de la medida cautelar y la sitúan como una verdadera sanción anticipada.

La apreciación de la equivalencia entre las funciones de ambos institutos para su posterior distinción no solo permite problematizar el caso, sino también derivar de ella consecuencias precisas y generalizables con un enfoque actual que supere la literatura atemporal que domina a los planteamientos teóricos especializados y que, a la vez, sirva como punto de despegue para nuevos desarrollos en la materia.

La doctrina se encuentra mayormente gobernada por una fenomenalidad espacio-temporal¹⁸¹⁶ que no atiende a la perspectiva de la equivalencia aflictiva entre

¹⁸¹⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹⁸¹⁶ Como sostiene VACANI, P., *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa. Tomo I: Prisión Preventiva*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 73, la necesidad de comprensión del tiempo de prisión con el sistema de protección de los derechos fundamentales de los detenidos es tanto mayor cuanto más vasto es el conocimiento de ese espacio.

ambas decisiones estatales, lo cual lógicamente distorsiona su necesaria interpretación normativa.

Para abordar la cuestión señalaré, en primer lugar, los elementos que se advierten en paridad desde el universo fenomenológico y jurídico entre la prisión provisional y la pena de prisión. Es decir, cuáles son los perjuicios que sufre el sujeto sometido a prisión provisional, valorando en qué medida son equiparables a los propios de la pena de prisión¹⁸¹⁷. Luego referiré a la teoría de los equivalentes funcionales de la pena y al desarrollo del principio de proporcionalidad como posibles marcos teóricos especialmente adecuados para acometer el análisis.

Finalmente, una vez efectuada la anterior comparación, se tratará de dar respuesta a si esa equivalencia aparece como legítima o si, en todo caso, su develamiento permite alcanzar soluciones desde el Derecho vigente con sentido limitador y señalar, para cuando se verifique la equivalencia ya sufrida, el modo de compensar el daño afligido.

2. La identidad en las consecuencias del encarcelamiento preventivo y la pena

El abono o el cómputo del tiempo en prisión ha venido siendo la prueba de la equivalencia entre la prisión provisional y la pena¹⁸¹⁸. El CPE establece que el tiempo de duración de la prisión provisional se abona en su totalidad en caso de condena a pena privativa de libertad, en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, con relación a las penas que puedan imponerse al condenado en otras causas que tenga pendientes, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión (art. 58)¹⁸¹⁹.

Esta previsión legal se sustenta en las idénticas consecuencias que el encarcelamiento tiene para la persona encerrada sea cual fuere el fin institucional en cada caso. Una primera observación no reflejaría propiedad alguna que fuere lo

¹⁸¹⁷ En similar empresa, RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 115.

¹⁸¹⁸ Lo cuestionan SERGI, “Límites temporales...”, p. 121, RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 131; VACANI, *La cantidad de pena...*, p. 299.

¹⁸¹⁹ En el segundo caso es necesario que el delito enjuiciado fuera previo a la prisión provisional padecida. Es decir, el mal ha de ser posterior a ambos hechos delictivos y haber sido padecido por uno de ellos.

suficientemente relevante para generar una distinción y describir de modo diverso las distintas categorías de encarcelamiento¹⁸²⁰.

Sin embargo, la solución legislativa puede ser vista también como una decisión hasta cierto punto sorprendente, al compensar en la ejecución del castigo una medida cautelar cuyo carácter punitivo suele negarse y cuyos presupuestos aplicativos son distintos de los de la pena¹⁸²¹. A ello se suma la crítica que señala que todo el saber teórico al respecto ha quedado aferrado a la racionalidad de su medida en tiempo lineal como privación temporal de la libertad despojada de las circunstancias en que esta se produce¹⁸²².

El TC sostuvo que la situación de prisión provisional tiene un mayor contenido afflictivo que la pena de prisión¹⁸²³. Para reconocer la mayor aflicción que conlleva, también el TS -sin especificar en qué concretos perjuicios se materializa- consideró suficiente la privación potencial de derechos que sufre el preso preventivo¹⁸²⁴.

La determinación de tales perjuicios resulta ciertamente complicada, por no decir imposible, al exigir juicios de naturaleza hipotética, en la medida en que obliga a aventurar, v.gr., qué eventuales beneficios podría haber obtenido el sujeto si el período pasado en prisión se hubiera cumplido como parte de la ejecución de la pena. Pero lo cierto es que en el caso de la prisión provisional significa una pérdida de expectativas que ya supone un perjuicio mayor¹⁸²⁵.

El encarcelamiento siempre va a ser el mismo porque se van a recrear en él los mismos padecimientos, el distanciamiento afectivo, los traumas psico-físicos¹⁸²⁶, la

¹⁸²⁰ DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 50.

¹⁸²¹ Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 116.

¹⁸²² VACANI, *La cantidad de pena...*, p. 341.

¹⁸²³ STC 57/2008. Respecto de ella, en la STS 395/2012, ANDRÉS IBÁÑEZ analizó que “el Tribunal Constitucional, abandonando el terreno de lo formal-conceptual ha llevado su discurso al plano de la efectividad -la afflictividad- práctica de la medida de que se trata. Y ha puesto de relieve que la privación de libertad que impone la prisión provisional tiene, incluso, un plus de gravamen sobre el que es propio de la condena en régimen de cumplimiento”.

¹⁸²⁴ STS 412/2010, de 7 de mayo (ponente ANDRÉS IBÁÑEZ), señalando que en la citada resolución del TC se había reconocido que “*las dos modalidades de privación de libertad contempladas no son asimilables, por el carácter sensiblemente más gravoso de una de ellas*”. Cfr. también RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 123.

¹⁸²⁵ Ello por cuanto, conforme sostiene RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 124, durante el período de privación cautelar no se habrá podido contar siquiera con la expectativa de aquellas medidas penitenciarias que suponen una menor intensidad en la privación de libertad.

¹⁸²⁶ Como desarrolla vastamente VACANI, *La cantidad de pena...*, p. 339, ello puede incluir diferentes expresiones. Desde las secuelas de enfermedades padecidas, la degradación del cuerpo como consecuencia del déficit alimentario o del aislamiento prolongado, el estrés y opresión cotidiana, la

desvalorización social y la precariedad económica, etc. No importa, en todos estos aspectos, si se trata de un encierro punitivo o de uno preventivo.

Por ello, si bien la homogeneidad es una característica de las medidas cautelares que tiende a asegurar que no se sobrepase la medida de la eventual pena y su sustancia, ello tendrá rendimiento, en cuanto al respeto por la proporcionalidad para su dictado y duración pero no en cuanto a la evitación de similares o peores efectos que los buscados con la decisión definitiva del proceso. Además, cuando la medida cautelar sea de distinta sustancia (medidas alternativas que debieran tenerse por prioritarias antes de adoptar el encarcelamiento excepcional), dicha homogeneidad no se verificará.

Como señala LANDROVE DÍAZ la prisión provisional “se convierte en una verdadera pena de privación de libertad, con todos sus inconvenientes y ninguna de sus ventajas” con lo que resulta peor que aquella¹⁸²⁷.

La restricción a la libertad ambulatoria, sin posibilidad de salida, y el daño natural que ello conlleva es, naturalmente, el principal efecto negativo de la prisión provisional para el sospechoso encarcelado¹⁸²⁸.

En tal afectación cabe incluir los perjuicios colaterales propios de toda pérdida de libertad, tanto en el ámbito familiar como profesional. El preso preventivo tiene vedadas una serie de posibilidades de salida del centro penitenciario que el condenado

angustia por sucesivos traslados hacia distintos centros penitenciarios, etc. Las estadísticas acreditan que el número de suicidios entre presos preventivos suele ser mayor. En SEEBODE, M., *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, Berlín, 1985, pp. 40-41, se citan fuentes que acreditan que entre la comunidad de presos preventivos el número de suicidios es cinco veces mayor. Datos más recientes y próximos en BEDOYA, A. /MARTÍNEZ-CARPIO, P.A./HUMET, V./LEAL, M.J./LLEOPART, N. “Incidencia del suicidio en las prisiones de Cataluña: análisis descriptivo y comparado”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 11, 2009, disponible en scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202009000200002, revelan que entre 1990 y 2005 en España “el 23,8% del conjunto de la población reclusa eran preventivos, mientras que la mayoría de los internos que cometieron el suicidio eran preventivos (52,5%)”, siendo que el 21,3% de los casos se produjeron durante la primera semana de ingreso en el centro penitenciario, y “esto mismo se ha demostrado estadísticamente en EEUU, Canadá y otros países”. Como reproduce RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 125, no puede ignorarse que mientras el reo condenado suele contar con tiempo suficiente para prepararse en todos los sentidos para padecer la pena privativa de libertad, la prisión provisional irrumpe siempre de manera abrupta en la vida profesional y el entorno familiar del detenido, lo que se traduce en una mayor afectación psíquica, provocada asimismo por la incertidumbre acerca de la duración de su pérdida de libertad.

¹⁸²⁷ LANDROVE DÍAZ, G., “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, *EPC*, nº 7, 1982-1983, p. 286. En la doctrina española también BARONA VILAR, *Prisión provisional*, p. 150, señaló en su momento que “la privación de libertad a través de la prisión provisional viene a suponer un mal mucho mayor que la privación de libertad a través de la pena privativa de libertad”.

¹⁸²⁸ Como identifica sistemáticamente RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 121, se ve afectado el *derecho fundamental a la libertad* de la persona investigada (art. 17 CE), que se ve menoscabado con el ingreso cautelar en prisión sin apenas posibilidad de salida, salvo ciertos permisos extraordinarios.

sí tiene a su alcance. El mero hecho de que aquel no cuente siquiera con tales expectativas permite añadir un componente de mayor aflicción a la privación cautelar de libertad¹⁸²⁹.

La prisión provisional no permite llevar a cabo una labor resocializadora (o no desocializadora), ya que está vedada cualquier intervención en tal sentido en el ámbito penitenciario sobre el sujeto aún no condenado. Como se ha visto al analizar la vinculación de la teoría de la prevención especial negativa con la prisión provisional, los detenidos procesados no pueden acceder al tratamiento penitenciario de los condenados, ni realizar actividades (intra o extramuros) laborales, académicas, culturales o deportivas, que puedan ser tenidas en cuenta por el sistema para el cómputo de sus beneficios.

A ello cabe sumar el menoscabo a su reputación (descrédito ante la mirada social, que llega tras el cristal de los medios sin respeto por la presunción de inocencia) e intimidad.

De estudios realizados desde el análisis económico del derecho para la pena de prisión podemos extraer también consecuencias sobre los costos para el sospechoso que no provienen únicamente del impacto de la detención, sino también del efecto que tiene en el resto de la sociedad¹⁸³⁰.

Al respecto, se identifican como costes asociados: 1) el estigma de la detención (el etiquetamiento como delincuente provoca una degradación social y pérdida de respeto general); 2) las pérdidas en términos de relaciones sociales que pueden verse afectadas de manera sensible; y 3) los costes relacionados con las oportunidades vitales: la posibilidad de perder un trabajo, de limitar el desarrollo de su educación, la ruptura de pareja, el deterioro de su salud, etc¹⁸³¹.

Además, pese a que la legislación contempla en general la separación entre detenidos en distinta situación legal, se dan de todos modos situaciones de convivencia que asimilan sus condiciones y se suman al efecto estigmatizante con consecuencias

¹⁸²⁹ JERICÓ OJER, L., "La nueva redacción del art. 58.1 CP: el análisis de una reforma anunciada", *InDret* 3/2011, p. 5, también reconoce que "la situación real de los presos preventivos es muchísimo peor que la de los condenados, puesto que al no haber sido sentenciados no pueden ser clasificados ni tratados, de manera que se le imposibilita el disfrutar de algunos beneficios que la legislación penitenciaria vincula a la evolución del tratamiento".

¹⁸³⁰ SÁNCHEZ OTHARÁN, *Protección penal...*, p. 270.

¹⁸³¹ *Ibidem*, p. 271.

tanto para el sujeto como para la comunidad de un modo unificado al de la propia pena¹⁸³².

Por todo ello, la capacidad desocializadora de la prisión provisional no es menor que la de la pena de prisión, especialmente cuando la primera se prolonga durante varios meses o años¹⁸³³ a lo que se suma la incertidumbre del interno preventivo sobre su situación jurídica.

Como vengo señalando, el mundo circundante olvidará acaso que el sujeto fue condenado o absuelto tras un juicio, pero no que “estuvo en la cárcel”¹⁸³⁴. Ello se maximiza, en los casos más publicitados, por la condena social y la realización de juicios paralelos, escenario donde, como vimos en el Cap. II, se verifican las idénticas consecuencias sociales -y, tras ellas, sus efectos en el fuero interno del sospechoso- entre el ingreso en prisión de un imputado y de un condenado¹⁸³⁵.

A ello debe sumarse la dificultad de ejercer debidamente la defensa en juicio. En muchas ocasiones conseguir pruebas, estando en prisión, se dificulta por la falta de acceso a medios tecnológicos¹⁸³⁶ o por las trabas o inconvenientes para acceder y

¹⁸³² Más allá de que habitualmente se disponga que los procesados y condenados no pueden compartir espacios, se incrementa la población reclusa, con las consecuencias negativas de hacinamiento, aumento del coste de las instalaciones, funcionarios, etc. cfr. LANDROVE DÍAZ, “Prisión preventiva...”, p. 286.

¹⁸³³ En este sentido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D., “El abono de la prisión provisional en el Proyecto de Código Penal”, *EPC*, 6, 1981/82, pp. 87-88, resaltó que “la influencia nociva de la prisión preventiva, especialmente entre los jóvenes y primarios, ha sido repetidamente puesta de relieve. La incertidumbre del interno preventivo sobre su situación jurídica, las condiciones de vida propias de los penados que tiene que soportar, en ocasiones durante tres o cuatro años, sin poderse acoger -por otra parte- a los beneficios de la redención de penas por el trabajo, la desconexión familiar, social y laboral, son factores que afectan de forma negativa a su personalidad y explican cumplidamente sus conflictivas conductas dentro de los establecimientos penitenciarios”.

¹⁸³⁴ Similar, LANDROVE DÍAZ, “Prisión preventiva...”, p. 286.

¹⁸³⁵ Investigaciones sobre el efecto de sanciones informales (como es el estigma) han demostrado que en algunos casos son más importantes que las sanciones legales formales. Cfr. SÁNCHEZ OTHARÁN, *Protección penal...*, p. 270.

¹⁸³⁶ Como acertadamente sostiene RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 129, ello resulta especialmente evidente en aquellas causas cuya adecuada defensa requiere recabar elementos probatorios de localización difícil como, por ejemplo, mensajes electrónicos o archivos digitales que no resultan accesibles desde un centro penitenciario sin acceso a internet. La búsqueda que puedan efectuar los familiares, amigos o letrados del procesado de tales fuentes de prueba por regla general no será igual de efectiva que la que pueda realizar el propio afectado. Y la obtención de los medios de prueba que no están al alcance de dichas personas recabando el auxilio del juez de instrucción impiden el filtrado de aquellas pruebas incriminatorias que, en ejercicio de sus derechos fundamentales, el investigado podría realizar en caso de encontrarse libre. Asimismo, en aquellos casos en los que el sujeto haya pasado mucho tiempo privado cautelarmente de su libertad, la prisión preventiva puede acabar siendo un motivo para que dicho sujeto renuncie incluso a defenderse y pacte un reconocimiento de culpabilidad con la acusación, especialmente cuando dicho acuerdo tenga como consecuencia que se acabe rebajando la pretensión acusatoria hasta una pena que, una vez descontado el tiempo ya pasado en

seleccionar los medios de prueba que son mayores a las posibilidades con las que cuenta aquel que transcurre el proceso en libertad.

Además, las probabilidades de condena aumentan porque la liberación de quien estuvo mucho tiempo detenido preventivamente puede ser vista para la sociedad, como un error judicial con su correspondiente escándalo mediático y consecuencias patrimoniales para el Estado¹⁸³⁷, con lo que en la sentencia pueden jugar las razones de psicología social que influyen en las decisiones judiciales. Es decir, que si se ha dictado prisión provisional será más difícil que se absuelva a esa persona.

Como vimos al identificar el sesgo confirmatorio en los jueces (Cap. II) las razones que llevan a tomar una decisión vienen dadas, en buena medida, desde el entorno social y cultural que, casi inevitablemente, repercute en la decisión jurisdiccional.

3. La teoría de los equivalentes funcionales de la pena

Viene desvelándose hasta aquí el modo en que la prisión provisional, sin ser pena, posee en ocasiones fundamentos, utilización y consecuencias propias de aquella.

Tal sinceramiento en cada uno de los planos (justificativo, legal, aplicativo, comunicacional, aflictivo), aparece como un buen punto de partida, pese a la gran cantidad de historia transcurrida, para encontrar, además de la erradicación de falsas etiquetas y derogación del fraude argumental, límites a la introducción ilegítima de elementos impropios en la decisión sobre la problemática medida cautelar.

Permite considerar asimismo el modo en que la misma puede ser compensada una vez sufrida frente a la condena que recaiga. Ya sea que esta resulte condenatoria

prisión, permita al acusado gozar en un breve plazo de beneficios penitenciarios o del cumplimiento total, sin correr el riesgo de pasar por un juicio en el que pueden serle impuestas penas mayores. “En tal sentido cabe advertir cómo en ciertos casos las prisiones provisionales prolongadas estimulan claramente las renuncias a defenderse y los reconocimientos de culpabilidad.”

¹⁸³⁷ Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, G., “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento”, *InDret* 4/2015, p. 34, quien sostiene que además, no es descabellado pensar que esa responsabilidad puede hacer peligrar el principio *in dubio pro reo*, en la medida en que, ante el dilema entre condenar o absolver a una persona sobre cuya culpabilidad hay una duda que está en el límite de lo razonable, los Tribunales pueden sentirse inclinados a condenarla a fin de evitar que un individuo que muy probablemente ha cometido un delito se embolse una importante cantidad de dinero público como consecuencia de la absolución.

(mediante el abono del tiempo ya transcurrido en prisión) o absolutoria (mediante la eventual indemnización).

Si bien la presunción de inocencia en su dimensión de regla de trato lleva a afirmar que dos institutos tan graves como la pena y la prisión provisional no pueden ser considerados como equivalentes, la teoría que evoca los equivalentes funcionales de la pena puede servir para sistematizar la cuestión reflejando en qué planos teóricos se dan las coincidencias¹⁸³⁸.

La apreciación consiste en primer lugar en identificar acontecimientos que tengan una finalidad análoga a una determinada herramienta¹⁸³⁹ -en este caso, la pena-, aunque ello se dé parcialmente (v.gr., cuando se persigue mediante medidas judiciales previas a la sentencia la prevención de un “riesgo para la sociedad”¹⁸⁴⁰).

También alcanza a aquellas alternativas que generen efectos idénticos o análogos a los que produce la decisión reemplazada, en la medida en que con su aparición se cumplan en todo o en parte las funciones de la primera¹⁸⁴¹.

Por ello, pese a que autores como CASTELLVÍ MONSERRAT sostienen que la prisión provisional no es una sanción porque su fin no es castigar¹⁸⁴², ello parece recrear la idea del “fraude de etiquetas” que denunciaban FERRAJOLI, ANDRÉS IBÁÑEZ y BOVINO. Además nada nos aporta la distinción teleológica para reconocer la afectación

¹⁸³⁸ Los equivalentes funcionales surgen a partir de la teoría de sistemas de LUHMANN que JAKOBS toma para el Derecho penal y, en nuestro medio, han sido teorizados principalmente por SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, p. 119. Otros autores como RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho Penal Sustantivo...”, p. 136; RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, pp. 115 ss.; MAÑALICH, “La pena...”, p. 179; y GALAIN PALERMO, P., *Reparación a través del consenso como equivalente funcional de la pena*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2006, han utilizado la fórmula para referirse a institutos penales como la prisión provisional o la reparación de la víctima, y otros, lo han abordado desde la dogmática como WOLTER, “Estudio sobre la dogmática...”, pp. 31 ss.; MONTERO, F., “La regularización tributaria como equivalente funcional de la pena retributiva”, *InDret* 2/2020, pp. 33 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal*, Barcelona, 1997, p. 43; y SILVA SÁNCHEZ, “Restablecimiento...”, p. 7. También SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, pp. 351 ss. y VERA SÁNCHEZ, “Algunas variables...”, p. 53, desde el ámbito procesal, sin utilizar la expresión semántica de “equivalencia funcional” han analizado la relación entre los institutos con razonamientos teóricos similares.

¹⁸³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, p. 117, ejemplifica que si un medicamento produce un efecto idéntico o análogo a alguno de los producidos por otro es su equivalente funcional.

¹⁸⁴⁰ V. gr., DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 93.

¹⁸⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, p. 119.

¹⁸⁴² En este sentido CASTELLVÍ MONSERRAT, “Decomisar...”, p. 30, sostiene que lo característico y diferenciador de las sanciones no es su función preventiva -que aparece frecuentemente en otro tipo de medidas- sino la forma en que esta se persigue. Para VACANI, *La cantidad de pena...*, pp. 299 y 338, en cambio, el trato punitivo es el referente principal de la privación de libertad como corporalidad y, por ello, los sistemas penitenciarios modernos, particularmente en América latina, se han caracterizado porque su materialidad punitiva no se relaciona ni con la legalidad ni con las proporciones, debiendo considerarse el plano fáctico antes que el formal.

de derechos que ocurre visiblemente en un modo igual o peor que con la pena, e incluso con menores garantías, requisitos y beneficios.

Más allá de ello, en los casos en que, como se ha visto, ambos institutos comparten sus fines, deviene absurdo defender una distinción cuando se comparten los fines perseguidos, único rasgo pretendidamente diferenciador entre prisión cautelar y punitiva según la concepción cautelar.

De no reconocerse ello habría de cambiarse el foco de atención en el razonamiento justificativo de la medida cautelar, que ya no podrá estar dirigido a dar razones en favor de la limitación de la libertad ambulatoria para tutelar los fines del proceso, en cuanto diversos a los de la pena, porque proceso y pena comparten, al menos parcialmente, incluso sus fines ‘justificativos’¹⁸⁴³.

Luego de evaluarse las finalidades deben distinguirse las funciones manifiestas y latentes¹⁸⁴⁴. Más allá del discurso jurídico que asigna a la prisión provisional únicamente finalidades procesales de carácter cautelar para el aseguramiento del imputado en el curso del juicio, a fin de garantizar las finalidades del proceso penal de conocimiento o de ejecución, en realidad el encarcelamiento preventivo cumple finalidades de penalización anticipada, cuando las leyes procesales le asignan expresamente tales fines¹⁸⁴⁵. Y aun cuando ello no pueda ser declarado se cumplen funciones latentes propias de la sanción.

En torno a los posibles equivalentes funcionales de la pena, cuyo reconocimiento tendrá como efecto principal que su cumplimiento pueda ser “restado” de ella¹⁸⁴⁶, se establecen algunos criterios u opciones de clasificación: a) que dicha asimilación sea solo funcional, no estructural (o también estructural); b) que pueda darse con respecto a las dos dimensiones de la función de la pena estatal (la comunicativa y la fáctica) o solo con respecto a una de ellas; c) que la similitud con

¹⁸⁴³ DEI VECCHI, D., “Acerca de...”, pp. 202-203.

¹⁸⁴⁴ Cfr., SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, p. 249. El paradigma de análisis funcional en sociología utiliza la noción de función para designar la contribución de una institución social respecto a la sociedad y el mantenimiento del sistema. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, p. 122, parte para su análisis de las funciones de la pena, entre las que reconoce el restablecimiento del Derecho lesionado por el delito en el plano simbólico-comunicativo, pero también funciones accidentales en el plano de la psicología individual y social de la víctima, de terceros o del propio responsable.

¹⁸⁴⁵ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, pp. 257-258.

¹⁸⁴⁶ Como sostiene MONTERO, “La regularización...” p. 332, la presencia de un equivalente funcional de la pena provoca que el Estado vea *inhibida o reducida* la posibilidad de ejercer el *ius puniendi*, lo que vendría a fundamentar el abono de la prisión provisional en esta.

alguna de las dimensiones sea completa o incompleta¹⁸⁴⁷; y d) que la asimilación puede haber sido ya institucionalizada¹⁸⁴⁸ (en mayor o menor medida) o no¹⁸⁴⁹.

Debe aclararse que más allá de esta sistematización, entiendo que la consideración de un instituto como equivalente funcional o no de la pena nada dice respecto de su legitimidad.

La prisión provisional es, por tanto, un equivalente funcional de la pena¹⁸⁵⁰ y se da: a) tanto funcionalmente -aunque esto sea reconocido solo parcial y disimuladamente desde los fines legalmente adjudicados-, como estructuralmente; b) tanto respecto de la dimensión aflictiva como desde el aspecto comunicativo; c) la similitud con esta dimensión aflictiva es completa -incluso la sobrepasa- y con la dimensión simbólica lo es en un modo que puede determinarse cuantitativamente pero que resulta evidente, conforme lo analizado en el Cap. II-; y d) la asimilación puede considerarse ya institucionalizada a partir de la determinación legal del instituto cautelar y del abono reconocido (y también con la consideración de la proporcionalidad en relación con el elemento material).

Así, a la hora de evaluar la prisión provisional, la utilidad de esta teoría vendrá dada, en cuanto aquí interesa, no solo a obtener argumentos limitadores de la pena¹⁸⁵¹, sino que el beneficio del análisis vendrá también de las posibilidades que la teoría de los equivalentes funcionales puede prestar para abordar propuestas de *lege/sententia ferenda* para limitar el abuso de la prisión provisional (en un análisis previo a las consecuencias “reparadoras” que luego de ello pueda hacerse).

El reconocimiento de la pretendida medida cautelar como equivalente a la sanción penal puede brindar así, más allá de que el caso encuadre en una teoría

¹⁸⁴⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, p. 120, si la equivalencia aflictiva es completa, no debe tener lugar la ejecución de la sentencia condenatoria dictada. Ahora bien, normalmente la equivalencia será incompleta, por lo que deberá tener lugar una rebaja de la pena ejecutable.

¹⁸⁴⁸ ‘Institucionalizada’ significa aquí que el legislador le ha dado carta de naturaleza a la relación de equivalencia funcional o que esta se ha consolidado en el contexto de la aplicación judicial del Derecho penal.

¹⁸⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, p. 119.

¹⁸⁵⁰ El carácter de la prisión provisional (y otras privaciones cautelares de derechos) como equivalente funcional de las sanciones penales ya había sido reconocido en la STS 934/1999, de 8 de junio (ponente BACIGALUPO ZAPATER) “pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos”. MAÑALICH, “La pena...”, p. 95, lo rechaza cuando la privación de libertad tras la condena es configurada institucionalmente como pena retributiva.

¹⁸⁵¹ Como ocurre en el trabajo de SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, p. 120, quien sostiene que la consecuencia más importante es la posibilidad de prescindir de la pena estatal en todas sus dimensiones, incluida su propia imposición.

determinada, un importante servicio práctico en cuanto a la restricción de la utilización de la medida a los casos en los que se verifique su razonabilidad (necesidad, adecuación y proporcionalidad *stricto sensu*) y la detección de aquellos en los que se aleja de su legítimo fin permitirá erradicar su mal uso y diferenciar también sus funciones.

Las violaciones procesales por parte de agentes estatales, las malas condiciones carcelarias y de la vida intramuros¹⁸⁵² y la propia “pena del proceso” reconocida, entre otros, por PASTOR¹⁸⁵³, se incorporan sin dificultad a la dimensión aflictiva ya que la propia “carga” del proceso penal¹⁸⁵⁴, que puede incrementarse en virtud de violaciones procesales o tratos punitivos en prisión (por acción u omisión estatal), se observa asimilada.

Puede afirmarse a esta altura que, incluso sin que ocurran violaciones procesales o agravamientos ilícitos de las condiciones de detención¹⁸⁵⁵, el componente aflictivo de la actuación estatal ya es alto a partir de la privación de derechos sufrida durante el proceso¹⁸⁵⁶, y es mayor aun cuando es utilizada para ello la prisión provisional. Por ello, en mi opinión, no hace falta llegar al punto de que las cárceles sean deplorables para estimar la equivalencia.

La aplicación de un “principio de compensación” que tenga en cuenta las restricciones padecidas (y a las que pueda sumarse el eventual perjuicio causado por las condiciones carcelarias, la excesiva duración del proceso, los malos tratos, o la violación de otras garantías procesales) muestran la capacidad de rendimiento de esta teoría a la hora de reconocer el daño que sufre el sujeto que las experimenta que, pese a

¹⁸⁵² VACANI, *La cantidad de pena...*, pp. 97 ss.

¹⁸⁵³ PASTOR, “Acerca del...”, p. 66; SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, p. 149. MONTERO AROCA, J, “La ausencia del imputado en el proceso penal”, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981, p. 557, también advirtió que cuando se discutieron las excepciones a la necesaria presencia del acusado en el juicio oral tal excepción ha obedecido al “deseo de evitar los perjuicios que la presencia obligatoria ocasionaría al imputado, mayores (...) que la propia pena.”

¹⁸⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, p. 150.

¹⁸⁵⁵ Cfr. el vasto trabajo de campo de VACANI, *La cantidad de pena...*, pp. 97 ss. que sistematiza los diversos modos de “trato punitivo” que se verifican en las cárceles.

¹⁸⁵⁶ Entre otras la STS 1045/2013, sostuvo que dado que la pena es, por sí misma una reducción del status del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado. También las SSTs 934/1999, 283/2003, 391/2011, 52/2015, 151/2015, 332/2015, que reconocen que incluso la libertad provisional, por sí, es una medida de naturaleza restrictiva, con independencia de que sus efectos sean más o menos intensos atendiendo a las circunstancias personales del afectado (se incluyen, por ende, las comparecencias periódicas obligadas durante el proceso).

que no se trata de penas en sentido estricto o formal¹⁸⁵⁷, muestra una auténtica equivalencia funcional con su dimensión afflictiva y, parcialmente, con la simbólica¹⁸⁵⁸.

El CPE establece, claramente, en su art. 34, que las medidas cautelares, incluida en estas la prisión provisional, no se reputan penas. A ello se suma la doctrina del TC¹⁸⁵⁹, ya analizada. Pero descansar sobre tales afirmaciones significa volver a poner en un dato externo la diferencia y no reconocer las identidades en la propia naturaleza de los institutos. Como señala BOVINO la muletilla de los fines procesales no distingue lo que en el mundo es igual: tanto el encarcelamiento preventivo como la pena son medidas represivas¹⁸⁶⁰.

Por ello puede hablarse de una verdadera *pena preventiva* o *pena provisional*. Así como autores como VITALE afirman que el encierro en una institución carcelaria, posee siempre naturaleza de *pena*¹⁸⁶¹, y pese a que para otros como CASTELLVÍ MONSERRAT la prisión provisional no sería una manifestación del *ius puniendi* porque carece de la finalidad afflictiva que caracteriza a las sanciones¹⁸⁶², sí puede considerarse que aquella tenga naturaleza sancionadora -o equivalente- y su regulación puede vulnerar las garantías propias del *ius puniendi* ya que el principio de inocencia no existe para obligar al Estado a moverse con determinados fines, sino para impedir que este aplique medidas represivas a los inocentes¹⁸⁶³.

¹⁸⁵⁷ CASTELLVÍ MONSERRAT, "Decomisar...", p. 29, sostiene que, aún sin negar la evidente privación de derechos que supone su imposición, no por la mera afflictión que sufre el individuo debe admitirse que medidas cautelares como la prisión provisional sean consideradas como sanciones. Por ello, aunque la prisión provisional tenga un contenido afflictivo, para este autor no es una sanción porque carece de finalidad afflictiva.

¹⁸⁵⁸ Cuando habla de las malas condiciones de las cárceles, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, pp. 151-155, señala que la ejecución de la medida impuesta produce un efecto afflictivo adicional y contrario a Derecho que no se mueve en la dimensión simbólico-expresiva de la pena sino en la dimensión fáctico-afflictiva de esta.

¹⁸⁵⁹ Desde la STC 40/1987.

¹⁸⁶⁰ Según BOVINO, *Aporías...*, p. 31, así como no se puede aplicar una pena sin juicio, la aplicación anticipada ante la eventualidad de su no realización es un absurdo. Y el fin que se les asigne no puede justificar su pretendida legitimidad. Así como, por ej, tampoco se podría justificar que se trate a una persona como esclava para evitar una sedición, o para realizar el bien común.

¹⁸⁶¹ VITALE, *Encarcelamiento...*, p. 59. En idéntico sentido KEES, "La peligrosidad...", p. 7, afirma que "no es posible distinguir el encarcelamiento punitivo del preventivo aún si este último es dispuesto solo como un instrumento de neutralización de eventuales riesgos procesales"; BOVINO, A., *Justicia penal y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 98, sostiene que "el principio de inocencia no existe para prohibir al Estado imponer al inocente medidas sustancialmente represivas con fines también represivos, sino para *prohibir al Estado imponer al inocente toda medida sustancialmente represiva*, independientemente de los fines atribuidos a tal medida". Cfr. también DEI VECCHI, *Peligrosidad...*, p. 50.

¹⁸⁶² CASTELLVÍ MONSERRAT, "Decomisar...", p. 58.

¹⁸⁶³ BOVINO, *Aporías...*, p. 35.

Existe un cierto consenso en que la pena, conceptualmente, contiene dos elementos que deben ser analíticamente diferenciados: la desaprobación y la irrogación de un mal. La desaprobación es siempre una reacción, una respuesta. Como tal, se dirige hacia el pasado. Solo un hecho que ya ha sucedido puede ser aprobado o desaprobado¹⁸⁶⁴.

Y al momento de decidir la prisión provisional la realidad es que no se tiene ningún hecho pasado comprobado para tener en cuenta (solo una sospecha en algún modo -habitualmente pobre- determinada), mientras el mal igualmente se inflige.

Como sostiene PASTOR, el encarcelamiento preventivo funciona, en la práctica, como pena anticipada, sobre todo ayudado por las legislaciones que, prescindiendo, en general, de toda verificación de la existencia de los peligros procesales que lo autorizan (falta de demostración cierta de sus presupuestos), lo permite por razones sustantivas. De esta forma, el imputado queda en la misma situación que el condenado, con la única diferencia de que el primero careció de un juicio, de acusación, de prueba, de defensa y del respeto al principio de inocencia¹⁸⁶⁵.

Estas conclusiones refuerzan la necesidad de erradicar las causales que no responden estrictamente al aseguramiento del juicio y a cuestiones que exceden la propia necesidad cautelar.

Además, ponen en primer lugar el necesario respeto por la excepcionalidad de la medida y la subsidiariedad respecto de la contemplación de otras privaciones de derechos que busquen conquistar los mismos fines.

Ello, amén de la limitación temporal y, por supuesto, la erradicación de abusos y violaciones procesales.

Obviamente no se trata de penas en sentido estricto, pero el sujeto que las experimenta sí sufre un daño que muestra una auténtica equivalencia funcional con la pena.

A posteriori debe entrar en juego un principio de compensación. Si la equivalencia aflictiva es completa, no deberá tener lugar la ejecución de la sentencia

¹⁸⁶⁴ PÉREZ BARBERÁ, "Problemas...", p. 3.

¹⁸⁶⁵ PASTOR, "Escolios...", p. 287.

condenatoria dictada. Ahora bien, normalmente la equivalencia será incompleta, por lo que deberá tener lugar una rebaja de la pena ejecutable¹⁸⁶⁶.

4. El principio de proporcionalidad y el de inequivalencia

Por las razones antes apuntadas el cumplimiento de la prisión provisional, aun en condiciones aceptables de habitación, es más restrictivo de derechos que la propia pena y además se aplica sobre quienes deben considerarse inocentes.

Por ello, coincido con RAGUÉS I VALLÉS, con que para el cálculo que deberá hacerse en el caso de condena bien podría utilizarse una fórmula de abono mayor a la de “un día de pena por un día de prisión provisional” que se utiliza usualmente sin que para ello sea necesario reformar la ley española vigente, que deja abierta la interpretación¹⁸⁶⁷.

Un mayor “valor” cuantitativo de la medida cautelar, atento a su mayor gravedad cualitativa, haría además más estricto el trabajo de los jueces a la hora de disponer el encarcelamiento preventivo en la faz probatoria, justificadora, y a la hora de evaluar las medidas alternativas.

Por su parte, para el caso en que la sentencia sea absolutoria, ello tendrá efectos en torno a la determinación de la indemnización civil bajo estándares apropiados¹⁸⁶⁸.

Se ha sostenido que, si el tiempo pasado en prisión provisional se “compensa” cuando la persona acusada es finalmente condenada computándolo como cumplimiento de la pena, con mayor razón habrá de ser “compensado” cuando aquella es finalmente

¹⁸⁶⁶ STS 1045/2013. Similar, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, pp. 151-152: “Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello debe serle compensado en la pena impuesta”. Según DOMÉNECH PASCUAL, “¿Es mejor indemnizar...”, p. 18, si ya se le ha causado un perjuicio anticipadamente, que *ex post* se revela merecido y que por lo tanto el reo tenía indiscutiblemente la obligación de soportar, hay que ponderar ese daño para ajustar la magnitud de la pena y que esta no resulte desproporcionada.

¹⁸⁶⁷ RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, pp. 134 ss.

¹⁸⁶⁸ FERRER BELTRÁN, J., “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, en PAPAYANNIS, D./PEREIRA FREDES, E. (Eds.), *Filosofía del derecho privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 2 ss.; LLOBET RODRÍGUEZ, J., “Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, N° 1, 2009, p. 188; DOMÉNECH PASCUAL, “¿Es mejor indemnizar...”, pp. 24 ss.

absuelta para evitar que entrañe una incongruencia. Allí la compensación tendrá que ser monetaria, pues no puede serlo en especie¹⁸⁶⁹.

Analizar en este campo el principio de proporcionalidad puede sumar nuevas conclusiones a las ya alcanzadas en pos de establecer los límites de la prisión provisional a partir de su relación con la pena.

La proporcionalidad se refiere a que el inocente no debe padecer peor ni igual tratamiento que un culpable. Así, suele afirmarse que la medida no solo no debe igualar a la pena en cantidad, sino tampoco en especie¹⁸⁷⁰. Pero, como vimos, en la práctica privativa de derechos no solo la iguala sino que en muchos aspectos la supera.

Como se ha visto, el carácter gravemente afflictivo de la prisión provisional que es vista por la sociedad como una representación idéntica a la pena de prisión y, a la vez, “*es vivida por quien la padece como un auténtico castigo*”¹⁸⁷¹, no desaparece porque se la designe con el término “medida cautelar” y se la vincule exclusivamente con el fin del proceso.

A ello se suman los déficits legislativos, la dificultad probatoria y la proliferación de sentencias inmotivadas dentro de las bases de la fundamentación.

Por ello la medida de coerción debe distinguirse cualitativa y cuantitativamente de la sanción penal. Es el principio de proporcionalidad, en términos de inequivalencia, el que debe tener efectos limitadores ya que no existe proporción entre términos heterogéneos¹⁸⁷².

Más allá de ello, debe aclararse que el cómputo de un día de prisión, en términos mayores al efecto del abono que el de un día de pena¹⁸⁷³, vendría a aportar consecuencias compensatorias mejores pero no soluciona el problema de su raíz.

¹⁸⁶⁹ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, 9563, 2020, pp. 3 ss.; CAFFERATA NORES, J. I./HAIRABEDIÁN, M., “La indemnización de la prisión preventiva de quien resulte sobreseído o absuelto”, en *Eficacia del sistema y garantías procesales*, 2° ed., Ed. Mediterránea, 2010, pp. 126 y 129. Para DOMÉNECH PASCUAL, “¿Es mejor indemnizar...?”, pp. 17-18, este argumento presupone que existe identidad de razón entre ambos supuestos, cuando a su juicio no la hay ya que no puede decirse que el abono de la prisión provisional constituye una “indemnización” otorgada al condenado por los daños que dicha prisión le ocasionó, sino simplemente un medio de calibrar el daño global que debe infligirsele en aplicación de la ley penal y que en ningún caso resulta indemnizable.

¹⁸⁷⁰ SABADINI, “El nuevo Código...”, p. 163.

¹⁸⁷¹ RAGUÉS I VALLÉS, “Prisión provisional...”, p. 717.

¹⁸⁷² VACANI, *La cantidad de pena...*, p. 465.

¹⁸⁷³ Tal la propuesta de RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 132, quien refiere a una “regla flexible de compensación”. Esta idea remite a la fórmula de 2x1 que tuvo su período de aplicación en Argentina

Debe recordarse que el principio de proporcionalidad “constituyó, históricamente, el primer límite temporal a la prisión preventiva”¹⁸⁷⁴. Por ello si bien nació como una consecuencia necesaria de la presunción de inocencia, pues exige que los sospechosos de un ilícito no reciban peor trato que los condenados¹⁸⁷⁵ y, además, que la duración de la medida no supere a la de la eventual pena, su sentido ha variado con el transcurso del tiempo y hoy no resulta suficiente para el desarrollo de la garantía.

Suele considerarse que la proporcionalidad en la prisión provisional se alcanza cuando se cumple el agotamiento del tiempo de la pena máxima prevista en abstracto para el delito imputado o el agotamiento del término de encierro efectivo correspondiente a la pena que pueda aplicarse en el caso concreto¹⁸⁷⁶.

Sin embargo, esta consideración del principio permite que, en muchos casos, la medida cautelar resulte de todos modos *igual o mayor* a la posible condena¹⁸⁷⁷. Es decir habilita una mayor restricción a la libertad individual en la prisión provisional. Por ello,

(Ley 24.390) aplicable a partir del momento en que se cumplen los dos años de prisión provisional, y a la previa Ley 23.070 que reconoció una mayor carga de castigo a la hora de la fijación de la pena para quienes sufrieron prisión preventiva durante la última dictadura cívico-militar en ese país.

¹⁸⁷⁴ SERGI, “Límites temporales...”, p. 11.

¹⁸⁷⁵ BOVINO, *Aporías...*, p. 46; SERGI, “Límites temporales...”, p. 121; SOLIMINE, M., *Libertad bajo caución y situación procesal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 31 ss.; BINDER, A., *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 200.

¹⁸⁷⁶ Resulta ilustrativo lo sentado por la Corte IDH, en el caso “Barreto Leiva vs Venezuela”, al definir al requisito de proporcionalidad como aquel “en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquella debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida (...) El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.

¹⁸⁷⁷ Ya que, al condicionar la libertad a la pena máxima, se habilita que la detención cautelar resulte desproporcionada en todos los casos en que la eventual condena admita la imposición de una pena inferior al máximo legal. Ello no solo presume la responsabilidad penal del imputado por el hecho que se le atribuye sino que, además, presume el máximo grado de culpabilidad por tal hecho. El aún vigente art. 312, inc. 2 CPPN argentino claramente ignora la restricción impuesta por el principio de proporcionalidad ya que autoriza a ordenar el encarcelamiento preventivo “aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional”, si se puede presumir fundadamente la necesidad de neutralizar un peligro procesal (art. 319). Esta disposición produce resultados equivalentes a la posibilidad de detener preventivamente a quien es perseguido por un hecho sancionado con pena de multa. Cfr. BOVINO, *Aporías...*, p. 37. Códigos más modernos tratan de restringir el plazo de la detención para cumplir con la concepción de equivalencia entendida en términos más actuales, como los arts. 238, párr. II (“La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso”) y 257, b (“Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada”) del CPP Costa Rica.

cabe cuestionar la racionalidad del concepto de proporcionalidad como estricta equivalencia entre medida cautelar y pena.

El sentido tradicional es, en consecuencia, el de *estricta equivalencia* entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo. Por este motivo el principio de proporcionalidad también ha sido denominado “prohibición de exceso”¹⁸⁷⁸.

Resulta claro a esta altura que la equivalencia trae problemas en este punto. El principio de proporcionalidad, con su significado actual, solo sirve para justificar, precisamente, lo que la presunción de inocencia prohíbe.

El fundamento constitucional no pretende impedir que las personas inocentes sufran penas más graves que las que puedan merecer luego de ser juzgadas y declaradas culpables. En todo caso, ese es el fin protector del principio de legalidad material, pues este es el que pone límites a la pena merecida a quien es declarado culpable¹⁸⁷⁹.

La interpretación del principio de proporcionalidad en términos de equivalencia produce graves consecuencias ya que permite, p.ej., que en la actualidad la aplicación del encarcelamiento preventivo no deje de ser considerada pena y produzca resultados más graves que, v.gr., los de la inquisitiva institución de la *poena extraordinaria* que permitía escapar del dilema absolución-condena, para los casos en los cuales no se alcanzaba la certeza necesaria para condenar, aplicando una pena reducida, conforme a la probabilidad¹⁸⁸⁰.

Cuando el imputado obtiene su libertad por exigencia del principio de proporcionalidad -v.gr., cuando agotó en prisión provisional el máximo de la pena eventualmente aplicable-, el encarcelamiento anticipado es más grave que la *poena extraordinaria*, pues -a pesar de la falta de pruebas-, se equipara a la eventual condena¹⁸⁸¹ con lo que ello habilita que la prisión provisional se continúe utilizando como pena a inocentes.

¹⁸⁷⁸ VACANI, *La cantidad de pena...*, p. 307; SERGI, “Límites temporales...”, p. 135.

¹⁸⁷⁹ BOVINO, *Aporías...*, p. 38.

¹⁸⁸⁰ Se trataba de la pena de sospecha, que permitía dosificar el castigo según el grado de certeza alcanzado por el juzgador: si lograba demostrar con certeza la responsabilidad del imputado, podía aplicar la pena máxima; en caso contrario, la sospecha autorizaba a aplicar una pena proporcional al nivel de verificación de la hipótesis acusatoria alcanzado en el proceso. A pesar de la perversidad del mecanismo, la falta de certeza, al menos, *reducía* la pena aplicable. La situación actual, paradójicamente, ni siquiera garantiza esa reducción. Cfr. MAIER, *Derecho procesal...*, t. I, p. 880.

¹⁸⁸¹ Conforme BOVINO, *Aporías...*, p. 39, la construcción del significado del principio de proporcionalidad que ha realizado el derecho procesal penal del siglo pasado ha terminado por reproducir una práctica aún más perversa que la *poena extraordinaria* de la más pura Inquisición porque ni siquiera respeta un

Por las razones expuestas, el principio de proporcionalidad no puede ser entendido en el sentido que se le reconoce actualmente, no solo por las consecuencias que tiene sino, además, porque la equivalencia temporal de la detención del procesado y del condenado jamás puede resultar “proporcional aritméticamente”, debido a la diferente *situación jurídica* en la que se halla el primero¹⁸⁸².

Si el principio de inocencia puede ser reglamentado pero no alterado, no resulta legítimo entender la proporcionalidad de la manera descrita, pues ello significa que el Estado está facultado a tratar al inocente *del mismo modo* que al culpable.

Según la percepción generalizada del principio de proporcionalidad, el principio de inocencia solo sirve para impedir que el procesado sea tratado peor que el culpable. Sin embargo, ese no es, ni puede ser, su sentido¹⁸⁸³.

Toda persecución penal impone a quien la sufre ciertas cargas, molestias y restricciones que no son impuestas a quien no se le imputa ningún hecho punible. Esta circunstancia, en sí misma, nada tiene de objetable. La cuestión relevante consiste en determinar cuál debe ser el límite de tales injerencias.

Cuanto debe quedar claro es que lo que está fuera de toda discusión es que tales privaciones de derechos no pueden *eliminar* el principio de inocencia, pues este ha sido previsto, precisamente, para proteger a las personas que deben soportar las intrusiones propias de la persecución penal¹⁸⁸⁴.

Se debe tener en cuenta que la limitación que evita que el procesado reciba un trato peor que el condenado deriva de exigencias materiales (principio de legalidad sustantivo) ya que tampoco al culpable se le puede imponer una pena más grave que la que merece según las reglas legales vigentes. Por ello si ese fuera el sentido del principio de proporcionalidad, su fundamento no derivaría de la presunción de inocencia, sino del principio de legalidad material. Si no fuera así, aquella no tendría sentido alguno, pues no podría impedir que el inocente recibiera el mismo trato que el culpable.

criterio sustantivo de proporcionalidad, pues se halla en peor situación la persona a quien se le imputa un delito leve que el imputado a quien se le atribuye un delito de extrema gravedad. Este último, por el límite temporal, solo cumplirá una parte de la pena eventualmente aplicable, pero aquel estará en peor situación, pues agotará completamente en prisión la pena eventualmente aplicable, es decir, estará en idéntica situación que un condenado.

¹⁸⁸² BOVINO, *Aporías...*, p. 39.

¹⁸⁸³ *Ibidem*, p. 40.

¹⁸⁸⁴ *Ibidem*, p. 40.

La única solución posible, frente a esta situación, consiste en atribuir un sentido al principio de proporcionalidad que resulte adecuado para lograr un respeto efectivo de la presunción de inocencia y, en consecuencia, para demarcar con precisión las injerencias legítimas que debe soportar el individuo sometido a persecución penal¹⁸⁸⁵. Para ello deberá contemplarse también la prohibición de “doble punición”¹⁸⁸⁶.

En este marco, se considera que la coerción procesal debe ser, necesariamente, menor a la coerción penal, debiendo establecerse la proporcionalidad en términos no equivalentes. Así lo ha sostenido la CIDH en el informe 12/96 al analizar la estrecha vinculación entre el principio de proporcionalidad -entendido en términos de equivalencia- y el criterio de retribución ya que esta aplicación del principio, se afirmó, desvirtúa la finalidad de la prisión cautelar, transformándola en una justificación para la imposición de una pena anticipada¹⁸⁸⁷.

A estas consideraciones, SERGI ha agregado que el criterio de proporcionalidad, debe ser dejado de lado cuando no opera como límite temporal para darle lugar a un criterio más restringido: el *principio de inequivalencia* o *prohibición de equivalencia* entre la pena y la prisión provisional. De acuerdo a esta nueva formulación del principio de proporcionalidad, la duración del encarcelamiento preventivo *nunca* puede equivaler a la duración de la pena¹⁸⁸⁸.

En Argentina existieron, como antecedentes, las leyes 23.070 (que reconoció una mayor carga de castigo a la hora de la fijación de la pena para quienes sufrieron prisión preventiva durante la última dictadura cívico-militar) y 24.390. Esta última (también conocida como ley del *2 x 1 -dos por uno-*) estableció, en su parte más

¹⁸⁸⁵ El principio de inocencia no significa que no pueda aplicarse ninguna medida de coerción sobre el imputado para garantizar la realización de los fines del proceso. De hecho, la protección de esos fines no solo autoriza aplicar medidas de coerción al imputado sino, también, a otras personas que no hayan sido acusadas, pero cuya presencia o intervención resulta necesaria. De allí, por ejemplo, la posibilidad de hacer comparecer a un testigo por la fuerza pública o, en el derecho anglosajón, la facultad del tribunal de aislar al jurado durante el juicio. Cfr. BOVINO, *Aporías...*, p. 40, nota 57.

¹⁸⁸⁶ Cfr. ZAFFARONI, E. R., “Las penas crueles y la doble punición”, en VACANI, P. (coord.), *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, pp. 358 y 365,

¹⁸⁸⁷ Cfr. BOVINO, *Aporías...*, p. 41.

¹⁸⁸⁸ SERGI, “Límites temporales...”, pp. 137 ss.; BOVINO, *Aporías...*, p. 41. VACANI, *La cantidad de pena...*, p. 42, defiende la tesis de que “la noción de tiempo de prisión es mucho más amplia que la noción abstracta y sin lugar, que remite al tiempo cronológico de la ley”.

cuestionada desde los medios de comunicación, que el tiempo de detención que sufría una persona en prisión provisional por más dos años debía computarse doble¹⁸⁸⁹.

La norma fue derogada tras un reclamo “masivo” de la opinión pública. Sin embargo, nunca se cuestionó cuál era el origen del problema y cómo ello repercutía en aquellos que eran privados de la libertad¹⁸⁹⁰.

A mi entender, la discusión no debió orientarse en función de la persona que se encontraba detenida, sino en la crisis del sistema en punto a los excesivos tiempos de duración de la investigación. Las obsoletas normas procesales y las más burocráticas prácticas judiciales permitían que un número importante de personas estuviera detenida preventivamente por largo tiempo sin que se resolviera su situación, desviándose la atención del verdadero problema, y eludiendo un debate profundo sobre cuáles eran las razones por las que el Estado disponía la medida cautelar y demoraba tanto tiempo en resolver los casos en forma definitiva¹⁸⁹¹.

En conclusión, con toda razón el TS¹⁸⁹² sostuvo que la prisión provisional tiene un carácter ya no equivalente sino “*sensiblemente más gravoso*” que la pena de prisión. Por ello, según RAGUÉS I VALLÉS, la regla de conversión “uno por uno” que aplican los tribunales españoles no puede considerarse justa, en la medida en que con ella se trata la prisión provisional como un equivalente funcional de la pena en el sentido más literal de la expresión cuando, en realidad, se causa a quien la padece un daño mayor al que ocasiona la propia pena¹⁸⁹³.

¹⁸⁸⁹ Existen ejemplos en otros sistemas donde se acepta que el abono no debe necesariamente ser el de computar un día de prisión provisional como un día de pena de prisión (v.gr., en Canadá), cfr. RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 134.

¹⁸⁹⁰ LEDESMA, “Justicia penal...”, p. 36. Pese a ser luego derogada esta norma, durante el tiempo que estuvo vigente se produjo la liberación de muchas personas que se encontraban en aquella situación y se instaló en la sociedad la idea de que el problema del aumento de la inseguridad era producto de ella, lo que motivó su supresión.

¹⁸⁹¹ *Ibidem*, p. 39.

¹⁸⁹² STS 412/2010.

¹⁸⁹³ RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, pp. 130-131. Para este autor debe concluirse que la regla según la cual un día de prisión preventiva debe equivaler a un día de pena de prisión no se sostiene de acuerdo con la teoría de los equivalentes funcionales. Por su parte, VACANI, *La cantidad de pena...*, p. 350, sostiene que el tiempo cronológico, como línea temporal que posee continuidad, dirección, métrica, se ve irrumpido por la experiencia temporal del trato punitivo en distintas modulaciones (su registro debiera permitir luego determinar la intensidad del trato aplicado).

Una mayor consideración aritmética del tiempo cronológico padecido en prisión provisional funciona como una “compensación” más adecuada¹⁸⁹⁴ pero aún más importante es la atención que genera sobre la necesidad de respetar los límites ante cada decisión privativa de derechos que se adopte durante el proceso.

A partir de los argumentos expuestos puede concluirse que con la prisión provisional se produce una reacción de los poderes públicos frente al delito que, en términos aflictivos, resulta más severa que la pena de prisión. La primera ocasiona una limitación más intensa de la libertad ambulatoria del afectado y, en muchos casos, con ella también se menoscaba con mayor o menor intensidad su derecho a la presunción de inocencia y su derecho de defensa, los que, por razones obvias, ya no tienen vigencia alguna en el caso de sujetos ejecutoriamente condenados¹⁸⁹⁵.

¹⁸⁹⁴ Para RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 137, todos estos factores deberían ponderarse mediante la aplicación de una regla flexible de abono, que “podría moverse entre la atribución a cada día pasado en prisión provisional de un valor de 1,1 días en supuestos de mínima afectación hasta los 2 días en los casos de afectación máxima”. También VACANI, *La cantidad de pena...*, p. 299, defiende que el contenido de esa medida puede resultar mayor a aquella que la define en tiempo de privación de libertad, si el trato ha excedido dicho valor, producto de haber sido cruel, inhumano o degradante. El tiempo es, para el autor, expresión de la violencia aplicada en prisión, y ella puede tener manifestaciones lícitas (aquellas que recaen solo sobre la privación de libertad) e ilícitas (aquellas que afectan otros derechos) constituyendo por tanto un trato arbitrario. En VACANI, *La cantidad de pena...*, p. 492, sostiene que la medida del castigo es una operación que, lejos de reducirse al cálculo matemático, permite representar las consecuencias que las penas prohibidas constitucionalmente tienen sobre la cuantificación penal, siendo estas -como las penas legales- traducibles en tiempo mensurable. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, pp. 153-155, para los casos de malas condiciones carcelarias identifica dos opciones: prescindir de la ejecución de la pena de prisión que vulnera ilícitamente derechos fundamentales limitándose el juez a la declaración simbólica del injusto culpable merecedor de pena; o, al menos, reducir la duración prevista para la pena imponible, partiendo de la base de que un día de prisión en tales condiciones es “mucho más que un día de prisión”. Y que, según la lógica de esta segunda opción, deben aplicarse criterios de “dos por uno” o de “tres por uno”, o lo que se entienda razonable, de modo que la ejecución de la mitad o de un tercio de la pena impuesta se considere aflicción suficiente.

¹⁸⁹⁵ En similar sentido, RAGUÉS I VALLÉS, “¿Realmente..?”, p. 130.

CONCLUSIONES

1) En la presente tesis he investigado sobre los principales problemas que ocasiona la prisión provisional, a partir de percibirla como una pena. Para tal fin el objeto de análisis fue abordado desde distintos planos, comenzando por el estudio del derecho fundamental a la presunción de inocencia que atraviesa toda el trabajo.

En su dimensión de “regla de tratamiento” la presunción de inocencia impone la obligación de tratar al imputado como si fuera inocente. Desde esta perspectiva se debe impedir la aplicación de medidas judiciales que impliquen una equiparación entre investigado y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que suponga una anticipación de la pena.

Estas consideraciones obligan a reducir al mínimo estrictamente necesario las medidas restrictivas que se impongan al imputado en el proceso. Estas solo son constitucionalmente posibles cuando no puedan ser sustituidas por ninguna otra medida menos gravosa, con la que se consiga el mismo objetivo (principio de excepcionalidad y *ultima ratio*), incluidos los controles telemáticos y la consideración sobre las posibilidades reales de fuga en el mundo actual.

Por su parte, no puede reconocerse una dimensión extraprocesal dentro de la protección judicial que brinda la presunción de inocencia. Ello no obsta advertir que las actividades que se desarrollan en el ámbito comunicacional pueden repercutir directamente en una decisión judicial, afectar las funciones propias de la actividad penal estatal y vulnerar otros derechos de los individuos involucrados. Todo ello debe enmarcarse y abordarse desde una función pedagógica del principio.

2) La actividad mediática tiene un rol preventivo general en cuanto a la cuestión criminal, involucrándose en la actuación del Derecho penal y en las funciones del proceso. La divulgación de noticias judiciales debe ser considerada como creadora de discursos sociales y, por consiguiente, como procesos de producción de sentido. Los medios de comunicación, incluidas las redes sociales, actúan sobre las representaciones sociales acerca de la actuación del sistema de justicia penal y esta dinámica tiene implicancias en los procesos de legitimación del Poder Judicial.

El importante rol mediático en los casos en que se produce el encarcelamiento de un sospechoso durante el desarrollo del proceso, colabora a la percepción en el receptor (público masivo) de que las diferencias entre la detención cautelar y la pena se diluyen con facilidad por el simbolismo equivalente de ambas y la transmisión poco instruida respecto del marco legal y teleológico de una y otra razón de confinamiento.

El mayor problema viene de la mano de la paradoja que se da cuando la libertad de expresión, que es concebida como un contrapeso contra el ámbito secreto del poder, deriva en un nuevo poder de difícil fiscalización y frente al cual el ciudadano está desamparado. A partir de los fenómenos de *agenda setting* y *framing* se concluye que el espectador no ve las cosas ni las situaciones reales sino imágenes que se proyectan y que han sido seleccionadas para él.

En el marco del Derecho penal simbólico la adjudicación a la prisión provisional del mismo sentido que el de la pena de prisión deviene en el fomento de una confusión que perjudica el cumplimiento de las finalidades de una y otra forma de prisión.

3) El extendido uso de la prisión provisional recibe respaldo popular debido a que resulta consistente con algunas intuiciones muy elementales compartidas por la mayoría de los ciudadanos. La detención del inocente alcanza así muchas veces mayores consecuencias que la propia pena, tanto para el involucrado como para la sociedad, cumpliendo con creces lo necesario para comunicar una respuesta firme mediante una imagen impactante y expedita en los tiempos que el negocio mediático demanda, trasladando a la sociedad esa sensación de respuesta urgente, a la vez que, claramente, exige menos requisitos que la sentencia de condena.

Pero las medidas excepcionales no suelen ser capaces de reducir el crimen, ya que prescinden de las verdaderas causas que llevan al posible aumento de la delincuencia, que no son investigadas ni atendidas con profundidad. Además, no puede darse por sentada la postura punitivista de la opinión pública en general. Ello a causa del sesgo que se produce en la elaboración de juicios complejos, dependiendo de la perspectiva con que se presente la información, debiendo interpelarse la idea recurrente de que la ciudadanía es punitivista casi por naturaleza y responsable de que el legislador aumente la coacción estatal. La ciudadanía, más que severidad penal, exige eficacia en el sistema de justicia.

4) La falta de consideración pedagógica de la presunción de inocencia tiene en el fenómeno de los “juicios paralelos” una de sus consecuencias más importantes. Las formas de estigmatización que se derivan de las locuciones propagadas con carácter binario (se simboliza habitualmente a “buenos” y “malos” ciudadanos), convierte a la representación social que el imaginario social tiene del proceso penal en una realidad alterada sin posibilidades de defensa equitativa para los afectados.

Los juicios paralelos suponen una penalización social anticipada (extralegal) no fundada en el debido proceso legal y son parte de un proceso criminalizador. La opinión pública funciona como un elemento de presión ante los jueces -al igual que los grupos de poder político o económico, entre otros- y como una herramienta de construcción de realidad y conocimiento (parcial y sesgado) ante la sociedad.

Se reconocen dos valores democráticos a defender en torno del principio de publicidad: el derecho del justiciable a un juicio público y el derecho de la ciudadanía a estar informada. La libertad de expresión es la piedra angular de la democracia, pues con ella se permite el desarrollo de la tolerancia, el pluralismo, pero también la supervisión y el control sobre aspectos trascendentes de la vida pública.

La evolución y resolución de un proceso judicial debería considerarse un espacio de encuentro con el ciudadano; una posibilidad para dirigirse a él, para expresarle cuáles son sus derechos y obligaciones generados por la vida en sociedad. Pero siempre custodiando que ello no implique lesionar derechos personalísimos y garantías constitucionales de las personas inmersas en un proceso judicial.

Se debe prevenir y, eventualmente, sancionar la afectación del derecho a la intimidad y al honor, a los derechos de la personalidad y a la imagen y, por otra parte, confrontar las tensiones que la divulgación de información genera para el desarrollo de las investigaciones y que en determinados momentos puede frustrar la misión última del proceso.

Encontramos una escasa incorporación de tales cuestiones en la legislación vigente, con un nivel de atención muy por debajo de las necesidades del problema que representan los principios en juego. Pero reconocemos que el problema no se aborda con soluciones legales abarcativas sino con la introducción de pequeñas regulaciones que preserven de los peligros en cada uno de los ámbitos e instituciones involucradas.

Resulta necesario desarrollar una nueva normativa procesal que recoja la evolución de las tecnologías de comunicación. Además, la implementación de la oralidad en todas las fases del proceso penal es una herramienta que permite dar mayor transparencia a las decisiones y que favorece su legitimidad frente a la sociedad. Ello repercute de un modo directo en la cultura judicial.

Es importante impedir que los jueces, mediante la creación de un ambiente determinado o a través de la discusión anticipada en los medios de comunicación, se vean afectados en su imparcialidad e, influidos por los medios de comunicación, dicten resoluciones injustas. Sin embargo, los órganos de persecución penal y los tribunales siempre disponen de suficientes medios para conducir un proceso penal ordenadamente, pese al “fuego mediático”.

Es exclusivamente la calidad de la prueba la que debe determinar si un proceso tiene lugar o no, si una detención debe ser decretada y si aquel tendrá por resultado una absolución o una condena.

5) La configuración de la prisión provisional solo puede estar determinada por el fin primordial de asegurar la presencia del imputado en el proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y el sometimiento a la ejecución de la presumible pena a imponer, garantizando la realización del juicio y conjurando ciertos riesgos que aseguren la efectividad de la sentencia.

Sin embargo se reconoce en la práctica una dualidad entre fines aseguratorios y preventivos. La pretendida medida cautelar personal funciona, en definitiva, como una verdadera pena anticipada. Las fórmulas expuestas en los códigos, opuestas al principio de taxatividad y certeza que debe tener toda causal que habilite la detención preventiva, no brindan al juez herramientas útiles para decidir sobre la probabilidad y verosimilitud del supuesto.

La utilización de estándares de prueba objetivos que, tras una labor epistemológica, recojan la distribución de error aceptada desde una decisión político criminal plasmada en la legislación puede ayudar a la concreción de la premisa normativa respecto del elemento material de la prisión provisional y limitar la discrecionalidad judicial a su respecto de un modo controlable intersubjetivamente.

Por su parte, el juicio de peligrosidad procesal exige la comprobación efectiva de circunstancias objetivas y ciertas, en un caso concreto, y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable del riesgo de que se trate. Los peligros procesales no se presumen. Es insoslayable una fundamentación empírica, y no normativa, que cimiente la regla de paso del dato indiciario a la pretensión, tal que esa regla constituya una genuina máxima de experiencia.

Con respecto al entorpecimiento de la investigación, el ocultamiento o destrucción de pruebas, se ha detectado que las clases de conductas y las acciones concretas subsumibles en esta categoría parecen sumamente variadas y, por ello, deben ser identificadas y descritas de modo específico en cada caso. Debe consignarse y ponderarse cuál es la prueba que se busca proteger y si ello es proporcional con el derecho fundamental afectado.

Por ello, la acreditación de las circunstancias probatorias de este riesgo debe ser también explícita y motivada sobre elementos indicativos concretos del peligro cierto, actual y relevante de destrucción probatoria. El derecho de defensa debe respetarse en todos los casos, aun cuando conspire contra el éxito de la investigación.

Además, la mayoría de los modos de entorpecer la investigación penal constituyen a su vez -de forma autónoma- delitos ya tipificados en la ley penal sustantiva y, toda vez que el encarcelamiento preventivo intentaría aquí prevenir la comisión de tales delitos, la prisión dictada por tales razones constituiría una verdadera medida de seguridad a fin de neutralizar la peligrosidad criminal del imputado.

El peligro de reiteración delictiva -junto a la protección de bienes jurídicos de las presuntas víctimas y la consideración de la habitualidad delictiva- como causal de dictado de la prisión provisional se ha eliminado en muchos ordenamientos. Sin embargo, se mantiene vigente en la legislación española y también, al menos para algunos delitos, en los ordenamientos procesales de Italia, Costa Rica, Alemania, Guatemala, Francia y Brasil, entre otros.

Es esencial erradicar el peligro de reiteración como causal de la prisión provisional, por arrogarse funciones de la pena que solo pueden basarse en la culpabilidad ya declarada mediante un juicio y por subrogar una tarea que el Estado debe materializar por otros medios.

6) La “alarma social” y la “alteración del orden público”, motivos ya suprimidos de la legislación, son criterios ajenos que claramente exceden de la propia naturaleza cautelar y eminentemente procesal de la prisión provisional para entrar en una dimensión más propia de la pena misma o las medidas de seguridad.

La finalidad a la que respondieran estos supuestos buscaba, en todo caso, satisfacer un sentimiento colectivo de indignación, sobrecogimiento o preocupación, propiciado por las especiales características de un hecho delictivo (gravedad, ensañamiento, notoriedad, repercusión mediática, desprestigio para las instituciones o funciones del Estado, etc.), circunstancias que, en general, son ajenas al imputado.

Usar la prisión provisional como instrumento apaciguador de ansias y temores presuntamente suscitados por el delito con un carácter intimidatorio o retributivo, resulta insostenible en un sistema que respeta los derechos de los ciudadanos y proclama la supremacía constitucional. Este tipo de causales no son más que “cortinas de humo” a través de las cuales el legislador logra un alargamiento de la política de seguridad, a la par que brinda un poder excesivo a la policía y a los medios de comunicación.

Pese a ello se siguen utilizando solapadamente, detrás de argumentos que refieren a las otras finalidades indicadas pero que, en realidad, continúan respondiendo a ese impulso preventivista o retribucionista. La prisión provisional puede aparecer así muchas veces como un bálsamo para la demanda de justicia para la víctima, o para la sociedad. Sin embargo no es una finalidad legítima.

Por ello la decisión sobre la medida de prisión provisional debe ser siempre subsidiaria y adoptarse solo cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional (v.gr. mediante controles telemáticos).

Asimismo, es necesario que la medida dure lo imprescindible para cumplir con su objetivo, para lo cual se requiere tramitar con preferencia y con la mayor urgencia posible los procesos penales que tengan presos preventivos y establecer la reevaluación periódica de la medida y un límite temporal a partir del cual el Estado deberá hacerse cargo del riesgo.

7) El Derecho penal y el Derecho procesal penal ya no pueden ser entendidos como sistemas autónomos, pero tampoco como uno al servicio del otro. El proceso debe funcionar como instrumento de garantía del derecho a la libertad y no como un elemento más en la política represora del Estado. La relación entre ambos puede definirse de mejor modo como “simbiótica”. Ello no implica necesariamente que toda institución procesal deba encontrar su lugar en la teoría del delito sino que, al resultar una relación recíproca basada en el respeto por las garantías consagradas, la “reconciliación” debe venir dada por un entendimiento global y una colaboración entre los instrumentos.

Ambos son solo dos elementos, entre muchos otros, que el juez emplea y hace interaccionar para arribar a la decisión penal en la actualidad. A ellos cabrá sumar la epistemología, la psicología social, la dialéctica, la sociología y las neurociencias, entre otros, para construir una verdadera ciencia global.

La asunción de una configuración sincrónica o de retroalimentación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal genera una visión más realista de lo que sucede en los tribunales. El destierro de las rígidas barreras metodológicas entre disposiciones penales y procesales permite cumplir de mejor forma la función de garantía o tutela de los derechos fundamentales de los intervinientes. A su vez, da buenos motivos para la pertinencia de una metodología del Derecho procesal penal que considere o se halle en la misma sintonía con los principios más importantes del Derecho penal.

La delimitación entre ambos sectores del derecho no posee efectos prácticos totalmente distinguibles. Sus diferencias no revisten importancia si, en cualquier caso, se favorece al reo (principio *favor rei* o *favor libertatis*). La coacción estatal está presente en todos los actos del procedimiento ya que este desde su inicio afecta sobremanera el libre desarrollo del individuo sometido a investigación.

En el campo de la prisión provisional, se debe avanzar siempre en pos de un estricto cumplimiento de la reserva de ley, única manera en que la afectación de los derechos no redunde en una verdadera afrenta contra la garantía de libertad de todos los individuos de la sociedad.

Para ello la elaboración y exteriorización legal de estrictos estándares emerge como una herramienta útil en el plano de la racionalidad legislativa y también a la hora de la decisión judicial para limitar la discrecionalidad de los magistrados y promover la interdicción de la arbitrariedad.

La legalidad procesal responde a la necesidad de desarrollar principios histórica y sistemáticamente asignados al derecho penal material pero que afectan también derechos fundamentales desde el derecho procesal y los garantizan.

8) Al advertirse la equivalencia entre la prisión provisional y la pena que se da en los distintos planos de análisis abordados, he atendido a la discusión sobre las teorías de la pena para verificar si, en torno a sus fines, se revela de mejor forma la confusión - expresa o solapada- entre ambos institutos, a fin de aportar herramientas con sentido limitador para enfrentar los problemas que trae la utilización de presupuestos sancionatorios en la medida pretendidamente cautelar.

Puede afirmarse hoy que, aunque sea mayoritariamente evitado por la literatura jurídica, la finalidad de la pena también tiene trascendencia en el desarrollo de institutos procesales como la prisión provisional. Las teorías de la pena no solo legitiman o justifican la imposición de una sanción tras un juicio en que se acredita un hecho delictivo sino que, además, orientan la aplicación práctica de todo el sistema penal.

En relación con las teorías retributivas originarias cabe concluir que la prisión provisional no puede de ningún modo buscar satisfacer sentimientos de venganza de la sociedad como respuesta ante un delito que aún no se sabe si fue cometido. Pese a ello, la prisión decretada en base a la “frecuencia delictiva” responde a exigencias de naturaleza retributiva o vindicativa al pretender imponerse una sanción anticipada a la propia condena con la intención de satisfacer las demandas sociales de seguridad o de contribuir a la tranquilidad ciudadana.

Resulta suficiente la lectura de las legislaciones para confirmar que se viene utilizando la prisión provisional con finalidad de prevención de delitos. La inclusión legislativa sin embargo no significa que tal utilización sea legítima *per se* en un Estado social y democrático de Derecho. Y, en este caso, quiebra los principios esenciales de la misma y su excepcionalidad.

Las finalidades de prevención y defensa social que en muchas ocasiones se aparejan a la prisión provisional son ilegítimas, puesto que parten de considerar la culpabilidad del imputado. Por eso la presunción de inocencia juega aquí un papel esencial.

Se reconocen fines de prevención general cuando la detención previa al juicio se dicta con un sentido de pretender dar ejemplaridad de la acción de la justicia antes de juzgar, tanto para tranquilizar a la sociedad a través de la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad, como para amedrentar a posibles delincuentes.

Ello es resultado también de la crisis de la seguridad ciudadana -surgida principalmente como consecuencia del aumento de la criminalidad callejera- y el temor colectivo que genera ese sentimiento. Así se ha llegado a crear una verdadera ideología del orden que descubre la falacia de cierto liberalismo que solo funciona en la medida en que no pelagra la posición hegemónica de las capas sociales dominantes y que no sería más que una teoría preventivo-general tendiente a la estabilización social.

Sin embargo, la prisión provisional no puede ser concebida como medio general de control o como instrumento de prevención general. Concebir esta medida como una institución de seguridad pública es uno de los riesgos más graves, que conlleva su utilización abusiva.

Si la prisión provisional se utiliza para satisfacer deseos sociales de seguridad, se aplica para fines ético-retributivos (junto con otros de prevención). Por ello, implica la anticipación de una pena pese a que el hecho de que el imputado deba ser considerado no culpable obliga a no castigarlo por medio de la prisión provisional. No se puede atribuir a la prisión provisional una finalidad retributiva incompatible con su naturaleza y con el derecho a la presunción de inocencia.

Defiendo la idea de que la prisión provisional no puede tener los mismos fines de la pena. Ni preventivo-generales, ni preventivo especiales, y mucho menos retributivos, debiendo atenderse solo los cautelares.

9) Asociar la prisión provisional a la prevención especial significa aceptar como justificable el valor de indicador de una peligrosidad específica que, en cierto modo, ya se presume acreditada.

En virtud del concepto de peligrosidad se hace un juicio de pronóstico en el que, partiendo de la conducta considerada probablemente delictiva que se le imputa a un individuo en el proceso y de las circunstancias del inculpado, se especula sobre cuál puede ser su conducta en un futuro inmediato.

Es aquí donde mayores riesgos tiene el sistema de caer en un verdadero *Derecho procesal penal de autor*. La amenaza de ceder ante un fenómeno en el que el sujeto ya no respondería penalmente por lo que hace, sino por cómo es, no ha sido superada por completo, sino que se mantiene como un peligro plenamente vigente a la luz de la expansión del Derecho penal que se extiende al proceso.

Una finalidad de prevención de la realización de otros delitos por parte del imputado (efecto profiláctico) que, al mismo tiempo, busca desempeñar una función ejemplarizadora, conduce a un grado máximo de identificación entre imputado y culpable. Si lo único que distingue a la prisión provisional de la punitiva es el fin perseguido por una y otra no se ve cuál pueda ser la diferencia cuando ambas persiguen la misma finalidad.

Ni la peligrosidad por la gravedad de un crimen ni el peligro de reiteración se vinculan a la seguridad o eficacia del procedimiento judicial. Ellos representan, antes bien, una transmisión directa de fines del Derecho penal preventivo a un Derecho procesal penal también preventivo. O, en todo caso, un reconocimiento de fines extraprocesales a la prisión provisional que conlleva una estructuración de la prisión provisional en clave de defensa social llamada necesariamente a operar sobre la "presunción de culpabilidad" como presupuesto.

La seguridad de la población, incluso cuando el bien jurídico presuntamente en peligro se encuentra individualizado y en cabeza de una persona en particular, debe ser abordada por políticas de seguridad que no pueden descansar ni esconderse detrás de la decisión de un Magistrado que interviene en la investigación de un hecho pretérito y distinto.

Una propuesta alternativa que debe ser considerada radica en que la decisión sobre la detención en estos casos no sea tomada por el juez instructor del caso actualmente en trámite -como aún ocurre en varios países-, porque se encuentra afectada su percepción de los hechos en base al estudio de, v.gr., los sesgos cognitivos que operan sobre el juez.

Otra solución posible es que las medidas de prevención -que sin duda deben darse desde el Estado- se encuadren, exclusivamente, en los programas de protección de víctimas y testigos para evitar la contaminación del juez instructor y por estar aquellos diseñados de manera interdisciplinar y especialmente capacitados para el supuesto. Por supuesto que, en tal caso, de afectarse derechos fundamentales las mismas deberán tener control jurisdiccional.

10) La prisión provisional refleja hoy una verdadera pena de privación de libertad, con todos sus inconvenientes y ninguna de sus ventajas con lo que resulta peor que aquella. El sinceramiento en cada uno de los planos (social, justificativo, legal, aplicativo, probatorio, aflictivo), aparece como un buen punto de partida, pese a la gran cantidad de historia transcurrida, para encontrar, además de la erradicación de falsas etiquetas y derogación del fraude argumental, límites a la introducción ilegítima de elementos impropios en la decisión sobre la problemática medida cautelar.

Si bien la presunción de inocencia, en su dimensión de regla de trato, lleva a afirmar que dos institutos tan graves como la pena y la prisión provisional no pueden asimilarse jurídicamente, la teoría que evoca los equivalentes funcionales de la pena permitió sistematizar la cuestión reflejando en qué planos teóricos se dan las coincidencias. En consecuencia, hay que concluir que la prisión provisional es un equivalente funcional de la pena de prisión.

El reconocimiento de la pretendida medida cautelar como equivalente a la sanción penal brinda un importante servicio práctico, en orden a la restricción de la utilización de la medida a los casos en los que se verifique su razonabilidad, y permite detectar muy claramente aquellos en los que se aleja de su legítimo fin alentando la erradicación de su mal uso y diferenciar también sus funciones.

Las violaciones procesales por parte de agentes estatales, las malas condiciones carcelarias y de la vida intramuros y la propia “carga” del proceso penal se confunden sin dificultad con la dimensión aflictiva de la sanción y, en los primeros casos, la agravan ilícitamente.

La posibilidad de aplicar un “principio de compensación” que tenga en cuenta las restricciones padecidas (y a las que pueda sumarse el eventual perjuicio causado por las condiciones carcelarias, la excesiva duración del proceso, los malos tratos, o la

violación de otras garantías procesales) muestran la capacidad de rendimiento de esta teoría a la hora de reconocer el daño que sufre el sujeto que las experimenta.

También se ha verificado parcialmente la equivalencia funcional con la dimensión simbólica de la pena de prisión. Por ello puede hablarse de una verdadera *pena preventiva* o *pena provisional* sin sentencia.

El reconocimiento de un mayor “valor” cuantitativo a los días sufridos en detención por imperio de la medida cautelar, atento a su mayor gravedad cualitativa, haría más estricto el trabajo de los jueces a la hora de disponer el encarcelamiento preventivo en la faz probatoria, justificadora, y a la hora de evaluar las medidas alternativas.

La medida de coerción procesal debe distinguirse cualitativa y cuantitativamente de la sanción penal. Es el principio de proporcionalidad, en términos de inequivalencia, el que debe tener efectos limitadores ya que no existe proporción entre términos heterogéneos.

De todos modos debe reconocerse que el cómputo de un día de prisión, en términos mayores al efecto del abono que el de un día de pena, vendría a aportar consecuencias compensatorias mejores pero no soluciona el problema de su raíz ya que esta consideración del principio permite que, en muchos casos, la medida cautelar resulte todavía *igual o mayor* a la posible condena. Por ello, se cuestiona la racionalidad del concepto de proporcionalidad como estricta equivalencia entre medida cautelar y pena. Ya que, al igual que toda compensación, llega tarde, cuando el daño ya está hecho.

Por las razones expuestas, el principio de proporcionalidad no puede ser entendido en el sentido que se le reconoce actualmente, no solo por las consecuencias que tiene sino, además, porque la equivalencia temporal de la detención del procesado y del condenado jamás puede resultar “proporcional aritméticamente”, debido a la diferente *situación jurídica* en la que se halla el primero. Sostener lo contrario significaría que el Estado está facultado a tratar al inocente *del mismo modo* que al culpable.

Tampoco al culpable se le puede imponer una pena más grave que la que merece según las reglas legales vigentes. Por ello, si ese fuera el sentido del principio de proporcionalidad, su fundamento no derivaría de la presunción de inocencia, sino del

principio de legalidad material. Si no fuera así, aquella no tendría sentido alguno, pues no podría impedir que el inocente recibiera el mismo trato que el culpable.

La coerción procesal debe ser, necesariamente, menor a la coerción penal, debiendo establecerse la proporcionalidad en términos no equivalentes ya que esta aplicación del principio desvirtúa la finalidad de la prisión cautelar, transformándola en una justificación para la imposición de una pena anticipada.

El criterio de proporcionalidad, debe ser dejado de lado cuando no opera como límite temporal para darle lugar a un criterio más restringido: el *principio de inequivalencia* o *prohibición de equivalencia* entre la pena y la prisión provisional. De acuerdo a esta nueva formulación del principio de proporcionalidad, la duración del encarcelamiento preventivo *nunca* puede equivaler a la duración de la pena.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Ed. Dilex, Madrid, 2006.

ADC, CELS, DPLF, Dejusticia, IDL y otros, *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humano* Washington, DC, 1 de noviembre de 2012.

ALCÁCER GUIRAO, R., *Los fines del derecho penal (Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena)*, Ed. AD-Hoc, Buenos Aires, 2001.

ALEXY, R., *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, 2010, Ad-Hoc; *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 2ª edición, con nueva traducción al español de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España*, tesis doctoral, UIC, Barcelona, 2017.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Ed. Comares, Granada, 2001.

AMBOS, K., “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional”, *RDPyC*, 2ª Época, n.º 12, 2003.

AMELUNG, K., “Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin”, en SCHÜNEMANN, B. (Comp.), *Sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 18, 1996.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Democracia con jueces”, *Claves de razón práctica*, nº 128, 2002.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “El juez y la prisión provisional”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (Coord.): *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia, Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Ed. Trotta, Madrid, 2015.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Medios de comunicación masiva y proceso penal”, *Jueces para la Democracia* n.º 94, Madrid, 2019.

ANITUA, G. I./PICCO, V. A., “Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’”, en *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2012.

ANITUA, G.I., *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003.

ANTÓN MELLÓN, J. A./ÁLVAREZ JIMÉNEZ, G./PÉREZ ROTHSTEIN, P. A., “Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 9, 2015.

ANTÓN MELLÓN, J./ÁLVAREZ JIMÉNEZ, G./PÉREZ ROTHSTEIN, P. A., “Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas”, *RECP*, nº 43, 2015.

ARÉVALO, R., *Presunción de inocencia y libertad de expresión: el cumplimiento de ambos derechos en las noticias de los medios de comunicación escritos en Guatemala*, tesis de grado, Universidad Rafael Landívar, 2016.

ASENCIO MELLADO, J. M., *La prisión provisional*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad*, Diario La Ley, Año XXVI, nº 6211, de 16 de marzo de 2015.

BACIGALUPO, E., “Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación”, *ADPCP*, 1988.

BACIGALUPO, E., *Derecho penal, parte general*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BACIGALUPO, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

BALCARCE, F.I., *Presunción de inocencia -Crítica a la posición vigente*, Lerner, Córdoba, 1996.

BALSELLS CID, M., “Diferencias entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*”, Barcelona: <http://www.eljurista.eu/2014/11/11/diferencias-entre-el-derecho-a-la-presuncion-de-inocencia-y-el-principio-in-dubio-pro-reo/>

BAÑUELOS, J., “Videovigilancia en la sociedad panóptica contemporánea”, *Razón y palabra*, nº 31.

BARATA VILLAR, F., “De Ripper al pederasta: un recorrido por las noticias y los pánicos morales”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 4, Barcelona, 1999.

BARATA VILLAR, F., “Los *mass media* y el pensamiento criminológico”, en *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Buenos Aires, 2003.

BARATA VILLAR, F., “La devaluación de la presunción de inocencia en el periodismo”, *Anàlisi* 39, 2009.

BARATA VILLAR, F., *Alarmismos sociales y medios de comunicación. Perspectivas y enfoques sobre percepción de seguridad ciudadana - artículos especializados*, Cámara de Comercio de Bogotá, 2011.

BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2004.

BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1987.

BARRERA HERNÁNDEZ, N., *La reforma de la prisión provisional*, tesis doctoral, Universidad de Alicante, 1999.

BARRERO ORTEGA, A., “Juicios paralelos y Constitución: su relación con el Periodismo”, *Ámbitos*, nº 6, enero-junio, 2001.

BATISTA, N., “Medios de comunicación y sistema penal en el capitalismo tardío”, *CDJP*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Ed. Folio, Barcelona, 2002 (1764).

BEDOYA, A. /MARTÍNEZ-CARPIO, P.A./HUMET, V./LEAL, M.J./LLEOPART, N. “Incidencia del suicidio en las prisiones de Cataluña: análisis descriptivo y comparado”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 11, 2009, disponible en scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202009000200002.

- BELDA PÉREZ PEDRERO, E., “La presunción de inocencia”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, N° 5, 2001.
- BELTRÁN CALFURRAPA, R., “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, en *Rev. Polít. Crim.*, vol.7, n° 14, Santiago, 2012.
- BENAVENTE CHORRES, H., en “El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 1, 2009.
- BENTHAM, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, (trad.) LÓPEZ BUSTAMANTE, J., imprenta de Manuel Saurí, Libro I, Cap. IV, Barcelona, 1838.
- BENTHAM, J., “Antología”, Ed. Península, Barcelona, 1991.
- BERNAL CASTRO, C.A./MOYA VARGAS, M.F., *Libertad de expresión y proceso penal*, Colección Jus Penal, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.
- BERNARDINI, P., “El peligro de reiteración delictiva, ¿puede ser una causal para disponer la prisión preventiva?”, *Actualidad Jurídica* N° 151 A, 2010.
- BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BIDART CAMPOS, G., “Presunción de inocencia, derecho al honor, derecho a la información y libertad de prensa”, *El Derecho*, t. 165.
- BIDART CAMPOS, G. J., *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, vol. I-A, EDIAR, Buenos Aires, 2000.
- BIGLIANI, P./BOVINO, A., *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- BINDER, A., *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BONILLA RAMÍREZ, K. J., *La presunción de inocencia en cuestión*, tesis de máster, UAB, Bellaterra, 2018.
- BORDALÍ SALAMANCA, A., “La acción penal y la víctima en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, Valparaíso, 2º Semestre de 2011.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BORZI CIRILI, F., “Estándar de prueba suficiente. Apuntes de la epistemología jurídica de Larry Laudan al juicio de culpabilidad en el juicio por jurados bonaerense”, en RDPyC, vol. 5, n° 8, 2015.

BOVINO, A., “La prisión de presuntos inocentes”, *Revista de la Facultad de Derecho y C. S. de la Universidad Nacional del Comahue*, N° 1, 1993.

BOVINO, A., “Deslegitimación constitucional de la prisión durante el proceso”, en *Universitas Iuris*, Universidad Nacional de Rosario, año 3, N° 14, julio de 1997.

BOVINO, A. “Contra la inocencia”, en *Justicia penal y derechos humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal*, BOVINO, A. (Dir.), Ed. del puerto, Buenos Aires, 2005.

BOVINO, A., *Justicia penal y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

BOVINO, A., “Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo”, *Foro: revista de derecho* 8 (II Semestre), 2007.

BRUERA, M., “Cárcel”, *Universitas Iuris*, Publicación de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, año 2, N° 10, 1996.

BRUERA, M., “La privación de libertad durante el proceso: la banalidad del mal” en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.

BUNGE, M., *Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALERÉE, H., *Nuevo sistema de Derecho penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2004.

CAFFERATA NORES, J. I./HAIRABEDIÁN, M., “La indemnización de la prisión preventiva de quien resulte sobreesido o absuelto”, en *Eficacia del sistema y garantías procesales*, Ed. Mediterránea, 2ª edición, 2010.

CAFFERATA NORES, J., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2004.

CALVO SÁNCHEZ, M. C., “De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la ley Orgánica 10/1984 de 26 de diciembre” en *Rev. La Ley*, de 22 de marzo de 1985.

- CAMARENA ALIAGA, G. W., *Medios de comunicación y Poder Judicial, Tratamiento procesal y penal frente a los juicios paralelos*, tesis doctoral, Madrid, 2017
- CÁRDENAS GRACIA, J.F., *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, Ed. Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, México, 2017.
- CARRARA, F., “Inmoralità del carcere preventivo”, *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, Il Mulino, Bologna, 2004 [1872].
- CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, Ed. Temis, Bogotá, 1957.
- CASTELLS, M., “Comunicación, poder y contrapoder en la sociedad real. Los medios y la política”, *TELOS: Cuadernos de comunicación e innovación*, Madrid, 2008, n. 74.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., “Decomisar sin castigar”, *InDret* 1/2019.
- CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas (análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2008.
- CATALINA BENAVENTE, M. Á./OUBIÑA BARBOLLA, S., “Prisión provisional: ¿Una solución a los malos tratos?”, *InDret*, 4/2005.
- CHOCLAN MONTALVO, J. A., “El derecho constitucional a la presunción de inocencia”, en CGPJ – ESCUELA JUDICIAL, *Derechos procesales fundamentales*, 2004.
- CIANO, A., “Es posible y exigible el juzgamiento sin prisión”, en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- CLEMENTE CASAS, I., *Tres preguntas sobre el derecho a la presunción de inocencia: eficacia antes del juicio, fraudes “carrusel” de IVA e imputación de autoría dentro de organizaciones empresariales*, Universidad Rey Juan Carlos, 2009.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COLÁS TURÉGAÑO, A., “La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del juzgado de menores de Sevilla, núm. 1. Sentencia de 24 marzo 2011”, *Rev. boliv. de derecho* nº 19, enero 2015.
- COMPARATO, C. F., “Corrupción, nuevos enemigos y los límites del Estado de Derecho”, *RDP*, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1/2020.

CONSO, G./GREVI, V., *Comentario breve al Codice Di Procedura Penale*, CEDAM, Pádova, 2009.

CONTRERAS, G., “La influencia de las ciencias sociales en el derecho penal” en ARROYO ZAPATERO, L./NEUMANN, U./NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ed. de la Universidad Castilla-La Mancha, España, 2003.

CORCOY BIDASOLO, M., “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

CORCOY BIDASOLO, M., “La interpretación en derecho penal. Favor libertatis versus Favor securitatis. In dubio pro reo versus In dubio contra reo”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Ed. La Ley, 2010, pp. 143-172.

CORCOY BIDASOLO, M., “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./HORTAL IBARRA, J.C. (Coords.), *Constitución y sistema penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

CORCOY BIDASOLO, M., “Prevención limitada vs. neo-retribucionismo”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M./QUERALT JIMÉNEZ, J.J./CORCOY BIDASOLO, M./CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (Coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Ed. B de F., Montevideo - Buenos Aires, 2017.

CRESPO, E. D., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2016.

CUENCA MIRANDA, A., “La prisión provisional en el Derecho comparado y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en DORREGO DE CARLOS, A. (Coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Ed. Sepin, Madrid, 2004.

CURY URZÚA, E., “La prevención especial como límite de la pena”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. 41, mes 3, 1988.

DALABRIDA, S. E., “La prisión provisional en el ordenamiento procesal brasileño desde la regulación procesal española”, tesis doctoral. Universidad de Navarra, Pamplona, 2011.

DAMIÁN MORENO, J., “La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal”, en DORREGO DE CARLOS (Coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Ed. Sepin, Madrid, 2004, pp. 91-111.

DÁVILA-COLÓN, V., “La publicidad excesiva como amenaza a la presunción de inocencia y al derecho a un juicio justo e imparcial”, *47 Rev. Jurídica U. Inter.*, P.R. 151, 2012

DE AGUILERA GAMONEDA, J., “Perfil de los medios audiovisuales”, en BENITO, Á., (Coord.), *Comunicación y sociedad. Homenaje a Juan Beneyto*, Universidad Complutense, Madrid, 1983.

DE MIGUEL PASCUAL, R., *Teoría de la comunicación social*, CEF, Madrid, 2013.

DE URBANO CASTRILLO, E., “Presupuestos y fines de la prisión provisional”, en *Régimen jurídico de la prisión provisional*, DORREGO DE CARLOS, A. (Coord.), Ed. Sepin, Madrid, 2004.

DEI VECCHI, D., “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”, *Revista de Derecho*, Vol. XXVI, Nº 2, Diciembre 2013.

DEI VECCHI, D., *Peligrosidad judicial y encarcelamiento cautelar*, Ed. Ad-Hoc, 2015.

DEL MORAL GARCÍA, A., “Derecho a un juicio público, libertad de información y derechos al honor y a la vida privada: relaciones, conflictos, interferencias”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 2008/59.

DEMETRIO CRESPO, E., “Presentación”, en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.), *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2013.

DÍAZ ARANA, A., “Neurociencias y Derecho Penal desde una perspectiva funcional de la mente”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 11, Nº 84, enero-junio 2015.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos*, Diario La Ley, Año XXV, n° 5931, 13 de enero de 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Digesto de JUSTINIANO.

DOMÉNECH PASCUAL, G., “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento”, *InDret* 4/2015.

DONINI, M., *Teoría del Reato. Una Introduzione*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1996.

DUCE, M./RIEGO, C., *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002.

Due Process of Law Foundation (DPLF), *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, <http://www.dplf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>, 4 de septiembre de 2013.

DUFF, A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

DURÁN MIGLIARDI, M., “Sociedad y derecho: la influencia de la Escuela de Frankfurt y su teoría crítica en los orígenes del pensamiento de Habermas”, *Universum*, vol. 33, n° 1, Talca. jul. 2018.

ELBERT, C. A., *Franz VON LISZT: teoría y práctica en la política-criminal 1899-1919*, Ed. Amerian, Buenos Aires, 2017.

ERCOLINI, J., “Algunos apuntes sobre justicia y medios de comunicación”, en *Justicia argentina online. La mirada de los jueces*, CIJ.

ETXEBARRIA AKAITURRI, A., *Los foros romanos republicanos en la Italia centro-meridional tirrena. Origen y evolución formal*, CSIC, Madrid, 2008.

FALCÓN Y TELLA, M^a J./FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2005.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2007.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Ed. Civitas, Madrid, 2012.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Ed. Iustel, Madrid, 2014.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*, tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2004.

FERNÁNDEZ, D./MORILLO, G., “Garantías constitucionales frente a la "prisión preventiva"” en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.

FERRAJOLI, L., “Il giudizio penale”, en Nicosia, S. (Coord.), *Il giudizio. Filosofia, teología, diritto, estetica*, Carocci Editore, Roma, 2000.

FERRAJOLI, L., “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

FERRER BELTRÁN, J., “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* n° 15, 2007.

FERRER BELTRÁN, J., “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, UPCP, Vol. 4, N° 1, 2010.

FERRER BELTRÁN, J., “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”, en *Estándares de Prueba y Prueba Científica, Ensayos de Epistemología Jurídica*, VÁZQUEZ, C. (Coord), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

FERRER BELTRÁN, J., “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, en PAPAYANNIS, D./PEREIRA FREDES, E. (Eds.), *Filosofía del derecho privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.

- FERRER BELTRÁN, J./NIEVA FENOLL, J./GIANINNI, L. J., *Contra la carga de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2019.
- FILANGIERI, G., *Ciencia de la legislación* (trad. Ribera, J.), Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, t. III.
- FORTESCUE, J., *De laudibus legum Angliae*, Cap. 27, 1741.
- FOUCAULT, M., *“Vigilar y Castigar”*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.
- FREIDENBERG, F., *Los medios de comunicación de masas ¿también son actores?*, http://works.bepress.com/flavia_freidenberg/72/.
- FREUND, G., “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal”, en WOLTER, J./FREUND, G. (Eds.) *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2004.
- FRISCH, W., “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, *InDret* 3/2014.
- FUENTES OSORIO, J.L., “Los medios de comunicación y el derecho penal”, *RECPC*, 2005, nº 07-16.
- GALAIN PALERMO, P., *Reparación a través del consenso como equivalente funcional de la pena*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2006.
- GANÓN, G., “El encarcelamiento preventivo o el lento camino hacia el patíbulo de los desclasados bonaerenses”, en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- GARCÍA AMADO, J.A., “Retribución y justificación del castigo penal”, en (Coords.) POMARES CINTAS, E./FUENTES OSORIO, J.L.; (Dirs.) PORTILLA CONTRERAS, G./VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2019.
- GARCÍA ARÁN, M./PERES-NETO, L., “Discursos Mediáticos y reformas penales de 2003”, en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J. (Dirs.), *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, 2008.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, M. T., *Desarrollo moral y culpabilidad. Modelos conceptuales y aplicación empírica*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1997.

GARCÍA VIZCAÍNO, J., “Libertad bajo fianza”, en *El Derecho*, T. 92, Buenos Aires, 1981.

GARCÍA, G., “La prisión preventiva es una pena”, en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.

GARCÍA-LÓPEZ, E., *Psicopatología forense. Comportamiento humano y tribunales de justicia*, Ed. Manual Moderno, 2014.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

GARCÍA-PERROTE FORN, M. E., *Proceso penal y juicios paralelos*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, noviembre 2015.

GARRIDO, V., *Perfiles Criminales. Un recorrido por el lado oscuro del ser humano*, Ed. digital epl, 2012

GARRIDO, V./STANGELAND, P./REDONDO, S., *Principios de criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “La reforma de la prisión provisional en España”, en CIENFUEGOS SALGADO, D./NATARÉN NANDAYAPA, C. F./RÍOS ESPINOSA, C. (Coords.), *Temas de Derecho Procesal Penal de México y España*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2005.

GASCÓN, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa* nº 28, 2005.

GIMÉNEZ, G., "La concepción simbólica de la cultura", en *Teoría y análisis de la cultura*, Conaculta, México, 2005.

GIMENO SENDRA, V., “La prisión provisional y derecho a la libertad”, en BARBERO SANTOS, M. (Coord.), *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, Ed. de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 1997.

GIMENO SENDRA, V., *La necesaria reforma de la prisión provisional*, Diario La Ley 5411 de 5 de noviembre de 2011.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015.

GIMENO SENDRA, V./CONDE-PUMPIDO, C./GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

GODOY, E., “Instrumentos que permiten diseñar un uso eficaz de medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva”, en *Jurisprudencia de Casación Penal: selección y análisis de fallos -Justicia Nacional N° 3-*, MARTÍN, A.N./NARDIELLO, Á.G. (Dirs.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, pp. 19-52.

GÓMEZ MARTÍN, V., *¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?*, Ed. INEJ, Nicaragua, 2007.

GÓMEZ RIVERO, M.C./MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I./NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

GÓMEZ-BELLVÍS, A. B./FALCES-DELGADO, C. E., “Los efectos del contexto en la expresión de las actitudes punitivas: el caso del apoyo ciudadano a la prisión permanente revisable”, *REC*, 01-01, 2019.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, *InDret* 2/2018.

GOMIS, L., *Teoría del periodismo: Cómo se forma el presente*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001.

GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, J.I., *Debido proceso y prisión preventiva: Una lectura constitucional del encierro procesal*, p. 7, en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/doctrina04_1.pdf

GONZÁLEZ LAGIER, D., “Hechos y conceptos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n° 15, 2007.

GONZÁLEZ RUS, J.J., “La pretensión de configurar la prisión provisional en los casos de peligro de reiteración delictiva como una medida de seguridad. Posibles alternativas a la fundamentación de la misma”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M./LÓPEZ BARJA DE

- QUIROGA, J. (Coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 2, 2004.
- GRACIA MARTÍN, L., “El sistema de penas”, en GRACIA MARTÍN, L., (Coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GRANJA, M.C., “La Publicidad Procesal, camino hacia la legitimidad social”, *Revista Argumentos* n° 1, diciembre 2015.
- GREVI, V, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Ed. Giuffrè, Milán, 1976.
- GUARDA, L., “Ficción y realidad del principio de publicidad del juicio (la imaginación al derrumbe de la verdad)”, *Lecciones y Ensayos* n° 83, Buenos Aires, 2007.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica versus prisión preventiva*, UNED, febrero 2009.
- GUERRA PÉREZ, C., *La decisión judicial de prisión preventiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GUERRERO PALOMARES, S., “La presunción de inocencia en la actualidad”, ponencia desarrollada el 12 de mayo de 2017 en San Sebastián en el Curso denominado “Las garantías del proceso penal a la luz de la normativa de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, organizado por el Instituto Vasco de Criminología y el Ararteko (Defensoría del Pueblo Vasco) publicada en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/4_4243_3.pdf.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La Prisión Provisional*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- GUTIERREZ, M., *Punitivismo y eficientismo en el proceso de inflación penal argentino*, V Jornadas de Sociología de la UNLP, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Departamento de Sociología, La Plata, Argentina.
- GUZMÁN DALBORA, J. L., “El iluminismo penal en la obra de Manuel de Rivacoba”, *Revista de Derecho* (Valparaiso), vol. 1, núm. XXVI, 2005.
- HAACK, “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en *Estándares de Prueba y Prueba Científica, Ensayos de Epistemología Jurídica*, VÁZQUEZ, C. (Coord), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.
- HASSEMER, W., *Três temas de Direito Penal*, Ed. Esmpp, Porto Alegre, 1993.

HASSEMER, W., “Los presupuestos de la prisión preventiva”, en *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, (Trad.) ZIFFER, P., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

HASSEMER, W., *¿Por qué castigar?*, CANCIO MELIÁ, M./MUÑOZ CONDE, F. (Trads.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

HEBDIGE, D., *Subcultura. El significado del estilo*, Ed. Paidós, Barcelona, 2004.

HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., “Directiva (ue) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, diciembre 2016, Ediciones Universidad de Salamanca.

INECIP, *El estado de la prisión preventiva en Argentina*, disponible en www.inecip.org; DPLF, *Independencia judicial insuficiente*.

JAIRA I MANZANO, J./BARCELÓ I SERRAMALLERA, M., “Los derechos de la persona en sociedad”, en APARICIO PÉREZ, M.A. (Dir.), *Manual de Derecho constitucional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.

JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (Trads.) CUELLO CONTRERAS, J./SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J. L., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, G., “La pena como reparación del daño”, en REYES ALVARADO, Y. (coord.), *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Ed. Legis, Bogotá, 2005.

JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2006.

JERICÓ OJER, L., “La nueva redacción del art. 58.1 CP: el análisis de una reforma anunciada”, *InDret* 3/2011.

JESCHECK, H-H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, (Trads.) MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., Vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Lecciones de Derecho penal*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.

JIMÉNEZ RODRIGO, M. L./DOS SANTOS, R. A., “Derecho Penal de emergencia: Medios de comunicación y adopción de medidas penales excepcionales”, *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n° 67, jul./dic. 2015.

JIMÉNEZ SORIANO, R. A., *La presunción de inocencia y el derecho a la libertad de expresión en los medios de comunicación*, tesis de grado, Universidad César Vallejo, 2016.

JORGE BARREIRO, A., “La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Detención y Prisión Provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.

JOURDAN, C./GIL, P., “Feliz domingo” vs. “El último pasajero”, Qué imagen de juventud construye la televisión argentina (1980-2014)”, 2014, tesis de grado, UBA, Facultad de Ciencias Sociales.

JUANES PECES, Á., “Los juicios paralelos”, *Revista del Poder Judicial (PJ)* (Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas), 1999.

JUANES PECES, Á., “Independencia judicial y medios de comunicación”, en *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*, La Ley, Madrid, 2012.

JULIANO, M., “El fracaso de los esfuerzos reduccionistas y la estrategia abolicionista”, en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.

JUNG, C. G., *Obras completas. La dinámica de lo inconsciente: Sincronicidad como principio de conexiones acausales (1952)*, Vol. 8, Ed. Trotta, Madrid.

KALINSKY, B., “Antropología de la prisión preventiva. El caso del delito femenino” en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.

KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, (Trads.) CORTINA ORTS, A./CONILL SANCHO, J., Ed. Tecnos, Madrid, 2016.

KEES, J.M., “La peligrosidad en las medidas personales de coerción”, en *Rev. Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 2007.

- KEES, J.M., “Observaciones a la tesis procesal de la prisión preventiva”, en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- KINDHÄUSER, U., “Sobre la posible afectación de procesos penales por los medios de comunicación” en VAN WEEZEL, A. (Dir.), SCHLACK, A. (Trad.), *Humanizar y renovar el derecho penal - estudios en memoria de Enrique Cury*, 2013.
- KOSTENWEIN, E., “Prisión preventiva: entre los medios de comunicación y las autoridades política”, *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 06, N° 11, 2015.
- LAHIRE, B. *El espíritu sociológico*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2006.
- LAMADRID LUENGAS, M. A., *El principio de oportunidad como herramienta de política criminal*, tesis doctoral, UPF, España, 2016.
- LANDROVE DÍAZ, G., “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, *Estudios penales y criminológicos*, n° 7, 1982-1983.
- LANDROVE DÍAZ, G., “La reforma de la prisión provisional”, *La Ley*, n° 5926, enero de 2004.
- LANDROVE DÍAZ, G., *El Nuevo Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La vulneración del plazo razonable en el proceso penal*, Ed. Comares, Granada, 2005.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., “La prisión provisional a la luz de la Constitución”, en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J./ARAGÓN REYES, M. (Coords.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Vol. 1, Madrid, 1998.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Fines legítimos de la prisión provisional”, *Repertorio Aranzadi del TC*, n° 11, 1998.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “Prisión provisional mínima”, en DA COSTA ANDRADE, M./ANTUNES, M.J./AIRES DE SOUSA, S. (Coords.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. 3, 2009.
- LATORRE LATORRE, V., *Función jurisdiccional y juicios paralelos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- LEDESMA, Á., “Justicia penal, medios de comunicación y acceso a la información: ¿una tensa relación?”, en *Justicia argentina online. La mirada de los jueces*, CIJ.

LEDESMA, G., “Presos sin condena: inocentes condenados”, en *Ponencias*, VIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNLP, 1996.

LESCH, H., *La función de la pena*, Ed. Dickinson, Madrid, 1999.

LETURIA, F. J., “La problemática de los juicios paralelos en la jurisprudencia y doctrina española”, *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 2, 2017.

LLOBET RODRIGUEZ, J., “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)”, *Revista de derecho procesal*, n° 2, 1995.

LLOBET RODRÍGUEZ, J., “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 Jurídica de Puebla A.C.*, 2009, disponible en www.redalyc.org/pdf/2932/293222968006.pdf.

LLOBET RODRIGUEZ, J., “Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, N° 1, 2009.

LLORENTE I FERRERES, A., *Una concepción dinámica de la legitimidad del Poder Judicial en España: la igualdad ante la Justicia*, tesis de máster, Universitat Jaume I, 2013.

LÓPEZ BETANCOURT, E./FONSECA LUJÁN, R.C., “Jurisprudencia de Estrasburgo sobre el derecho a un proceso equitativo: sentencias contra España de interés para México”, *Revista de Derecho UNED*, n° 21, 2017.

LORENZETTI, R., “Prólogo”, en *Justicia argentina online. La mirada de los jueces*, CIJ.

LOZA ÁVALOS, C., *La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el NCPP*, www.lozavalos.com.pe, Lima, febrero 2013.

LUHMANN, N., *La realidad de los medios de masas*, (Trad. Torres Nafarrete, J.), Ed. Anthropos, Barcelona, 2000.

LUZÓN PEÑA, D-M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1979.

- MAIER, J., “La Constitución Nacional y los medios de coerción personal contra el imputado”, en *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981.
- MAIER, J., *Derecho Procesal Argentino. Fundamentos*, T. I, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- MAIER, J., *Derecho Procesal Penal: Actos Procesales*, T. III, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- MÁLAGA DIÉGUEZ, F., “El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal”, en *Justicia 2002*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El abono de la prisión provisional a la multa”, *BMJ*, 1049, 1976.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, 9563, 2020.
- MAÑALICH, J. P., “La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 28, n° 83, 2007.
- MAÑALICH, J.P., “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en KINDHÄUSER, U./MAÑALICH, J.P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Ed. BdF, Buenos Aires, 2011.
- MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, *RDPyC*, 3ª Época, n° 11, enero de 2014.
- MARTÍN RÍOS, M. DEL P., *Medidas cautelares personales*, Ed. Juruá, Lisboa, 2016.
- MARTÍN SERRANO, M., *Teoría de la comunicación. La comunicación, la vida y la sociedad*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ PARDO, V. J., “La prisión provisional. Régimen jurídico”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n° 7, enero-junio 2000.
- MARTINI, F, “Principios de justicia y prisión preventiva” en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.

- MATUS, J.P., “Beccaria, 250 años después: política criminal con base científica y utopía penal en su obra y en la actualidad”, en *RDPyC*, año IV, N° 04, mayo 2014.
- MAURACH, R./ZIPF, H., *Derecho Penal. Parte General*, I, (Trad.) BOFILL GENZSCH, J./AIMONE GIBSON, E., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MCCOMBS, M., *Estableciendo la agenda (el impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento)*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006.
- MIR PUIG, S., “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *ADPCP*, 1986.
- MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal parte general*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Prólogo*, en RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.
- MONTALVO ABIOL, J. C., “Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿Anomalía democrática o mal necesario?”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 16, julio 2012.
- MONTERO AROCA, J., “La ausencia del imputado en el proceso penal”, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981.
- MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008.
- MONTERO, F., “La regularización tributaria como equivalente funcional de la pena retributiva”, *InDret* 2/2020.
- MORENO CATENA, V. ET AL., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones sobre la prisión preventiva”, en *Anales de derecho*, Vol. 34, n° 1, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F., “Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la Prisión Provisional”, en *Prisión provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*,

- (Coord.) BARBERO SANTOS, M., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, Ed. Temis, Bogotá, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ TEJADA, J. A., “Populismo punitivo y una “verdad” construida”, Enero-Junio 2009, *Nuevo Foro Penal*, n° 72.
- NAVAS CASTILLO, F., “Libertad de expresión y derecho a la información”, en TORRES DEL MORAL (Dir.), *Libertades informativas*, Ed. Colex, Madrid, 2009.
- NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret*, enero 2016.
- NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal III. Proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.
- NINO, C.S., *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005.
- NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1980 -edición de 2016-.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Revista Ius et Praxis*, 11 (1), 2005.
- OLIVER OLMO, P., *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el antiguo régimen y el estado liberal*, tesis doctoral, Universidad del País Vasco, 2000.
- ORENES RUIZ, J. C., *Libertad de información y proceso penal. Los límites*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í, “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, n° extraordinario 2, 2004.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., “Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber”, *Revista Economía industrial*, N° 398, 2015.
- OVEJERO PUENTE, A.M., “Protección del derecho a la presunción de inocencia”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 40, 2017.
- PARDO, “Estándares de prueba y teoría de la prueba” en *Estándares de Prueba y Prueba Científica, Ensayos de Epistemología Jurídica*, VÁZQUEZ, C. (Coord), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 99-118.
- PARRA, W., “El sistema penal acusatorio como comunicación universal y como parte del proceso de construcción de una cultura jurídica en Colombia, basada en el respeto de los derechos humanos”, en *Criterios - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, Vol. 2. N.º 2, julio-diciembre de 2009.
- PASTOR, D., “Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, *Revista Nueva Doctrina Penal*, Tomo 1996/A, Ed. del Puerto, Buenos Aires.
- PASTOR, D., “Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, *Revista Nueva Doctrina Penal*, Tomo 1996/A, Ed. del Puerto, Buenos Aires.
- PASTOR, D., “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: homenaje a Claus Roxin*, Ed. Lerner, Córdoba, 2001, p. 807.
- PASTOR, D. R., *"El encarcelamiento preventivo", Tensiones: ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- PASTOR, D., “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, *Jueces para la democracia*, n° 49, marzo 2004.
- PASTOR, D., “Las funciones de la prisión preventiva” en *La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, *Revista de Derecho Procesal Penal*, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.
- PASTOR, D., “Juicios paralelos y actores extraprocesales”, *XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Nuevos sistemas de litigación. Ponencias generales y ponencias seleccionadas*, San Juan, septiembre de 2019.
- PAVARINI, M., *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, MUÑAGORRI, I. (Trad.), Ed. Siglo XXI, México, 1996.

- PAWLIK, M., *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un estado de libertades*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016.
- PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal: Principios del proceso penal*, T. I, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* n° 23, 2000.
- PEÑARANDA RAMOS, E., “La pena: Nociones generales”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- PERALTA, J. M., “Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico”, *InDret* 2/2008.
- PERES-NETO, L., *Criminología y ciencias de la comunicación* http://www.portalcomunicacion.com/monograficos_txt.asp?id=165&txt=115.
- PÉREZ BARBERÁ, G. E., “Prisión preventiva y excarcelación”, *La Ley*, Córdoba, diciembre de 1992.
- PÉREZ BARBERÁ, G., “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, *InDret* 4/2014.
- PÉREZ BARBERÁ, G., “Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal”, *Revista En Letra Derecho Penal*, 2015.
- PÉREZ GORDO, A. “Libertad personal y prisión provisional en la constitución, en la LECR y en los textos legales y jurisprudenciales” en *Justicia: rev. de derecho procesal*, n° I, 1984.
- PÉREZ LÓPEZ, “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”, *Derecho y Cambio Social*, www.derechoycambiosocial.com.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L., “Penas y vergüenza”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, T. 53, 2000.
- PLATÓN, *Diálogos*, t. IV, Ed. Gredos, Madrid, 1986.
- POLANSKY, J. A., “Sésamo: Un estudio sobre los discursos legitimantes de la prisión preventiva y un análisis sobre su constitucionalidad”, *Lecciones y Ensayos*, N° 92, 2014.

- POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- PRAT WESTERLINDH, C., “Los juicios paralelos y la imparcialidad judicial”, *Revista Doctrina y Jurisprudencia* (Nº 36), 2001.
- PRAT WESTERLINDH, C., *Relaciones entre poder judicial y los medios de comunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Estudios sobre derechos fundamentales”, Ed. Debate, Madrid, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Prisión provisional y medios de comunicación”, en BARBERO SANTOS, M., *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Ed. de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 1997.
- PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales, Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Ed. Marcial Pons, 2008.
- PUPPE, I., *El derecho penal como ciencia*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2014.
- QUILES, O. L., *Fundamentos y retos de educación social informal desde el análisis crítico de los medios de comunicación*, Ed. Universidad de Granada, 2004.
- QUINTERO JIMÉNEZ, C.A., *Entre verdades y mitos: un estudio de la fase intermedia del proceso penal*, tesis doctoral, UPF, Barcelona, 2019.
- QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., “Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada”, en *La Reforma del Proceso Penal Peruano*, Anuario de Derecho Penal 2004.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., “Prisión provisional y prevención de delitos. ¿Legítima protección de bienes jurídicos o Derecho penal del enemigo?”, en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, 2006.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., “¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena”, *InDret* 3/2020.

- RAMIA, J., “La presunción de inocencia en una inestable sentencia latina”, *Revista de Llengua i Dret*, nº 67, 2017, pp. 294-302.
- RAMOS VÁZQUEZ, I., “Detenciones cautelares, coactivas o punitivas. La privación de libertad en el derecho castellano como instrumento jurídico”, *Anuario de historia del derecho español*, nº 77, 2007.
- REDONDO ILLESCAS, S./ANDRÉS PUEYO, A., “La psicología de la delincuencia”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 28, núm. 3, septiembre-diciembre, CGCOP, Madrid, 2007, pp. 147-156.
- REDONDO ILLESCAS, S./ANDRÉS PUEYO, A., “Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 28, núm. 3, septiembre-diciembre, CGCOP, Madrid, 2007, pp. 157-173
- REVENGA SÁNCHEZ, M., *Los retrasos judiciales: ¿cuándo se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- RIEGO, C., “Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina”, en *Sistemas Judiciales*, año 7, nº 14, 2010.
- RÍOS CORBACHO, J. M., “Los fines de la pena a través del cine: aspectos filosóficos y penales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 15, 2011.
- RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal* -Madrid, 1876- (Trad.) GINER, F., Ed. Maxtor, Valladolid, 2002.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “Pena (Teoría de la)”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 16, abril 2019-septiembre 2019.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *La pena: un concepto mínimo para una justificación y limitación máximas*, Ponencia presentada en la Universitat de Barcelona el 17 de junio de 2019.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Configuración constitucional de la prisión provisional en la Constitución y la práctica del derecho*, t. 1, Pamplona, 1998.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy”, *Lección pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad*

Autónoma de Madrid el día 3 de diciembre de 2009, RJUAM, nº 22, 2010-II, pp. 223-246.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La verdad y las verdades en el proceso penal: ¿hacia una justicia ‘dependiente’ de los medios de comunicación?”, *Diario La Ley* Nº 5585, 2002.

ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, MUÑOZ CONDE, F. (Trad.), Ed. Bosch, Barcelona, 1972.

ROXIN, C., “El proceso penal y los medios de comunicación”, *Revista del Poder Judicial*, 1999/III.

ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000.

ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, (Trads.) LUZÓN PEÑA, D.M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./DE VICENTE REMESAL, J., T. 1, Ed. Civitas, Madrid, 2008.

ROXIN, “Cambios en la teoría de la pena”, en *La teoría del delito en la discusión actual*, (trad.) ABANTO VÁSQUEZ, M., Ed. Grijley, Lima, 2013.

RUBINOVICH, D., “Capítulo XIX: Justicia, publicidad y medios de comunicación masivos”, en PASTOR, D. (Dir.), *Un juez para la democracia. Debates acerca de jurisdicción y Estado constitucional en la obra «Tercero en discordia» de Perfecto Andrés Ibáñez*, 2016.

RUSCHE, G./KIRCHEIMER, O., *Pena y Estructura social*, Ed. Temis, Bogotá, 1984.

RUSCONI, M., “Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento”, en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.

SABADINI, P.N., “El nuevo Código Procesal Penal de la Nación y la prisión preventiva incontrolada: ¿programas de compliance en materia de control de riesgos?”, *En Letra*, año II, nº 3, t. I, 2015.

SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: Especial referencia a la libertad vigilada*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

SALVADOR CODERCH, P./[CASTIÑEIRA PALOU](#), M. T., [Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños](#), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

- SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho procesal penal*, t. II, Ed. Alternativas, Lima, 2000
- SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, A., *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2017.
- SÁNCHEZ OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, Buenos Aires, 2008.
- SÁNCHEZ OTHARÁN, J.F., *Protección penal del medioambiente y disuasión. Una mirada desde el análisis económico del derecho*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2018.
- SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- SANZ MORÁN, A. J., “Las teorías penales hoy”, *Estudios de Filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- SAPERAS, E., *Los efectos cognitivos de la comunicación de masas*, Ed. Ariel, Barcelona, 2004.
- SAPERAS, E., *Comunicación mediática y sociedad: manual de teorías de la comunicación*, Ed. OMM, Madrid, 2012
- SCHÜNEMANN, B. (Comp.), *Sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- SCHÜNEMANN, B., “Aporías de la pena en la filosofía”, *InDret* 2/2008.
- SEEBODE, M., *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, Berlín, 1985.
- SERGI, N., “Límites temporales a la prisión preventiva”, en *Nueva Doctrina Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- SGUBBI, F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal*, Barcelona, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal*, RDPyC, 2ª Época, n° 9, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en WOLTER/FREUND (Eds.), *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*, Vol. 47, n° 127, Medellín, Colombia, julio - diciembre 2017.

SILVA SÁNCHEZ, J-M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2018.

SOLIMINE, M., *Libertad bajo caución y situación procesal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.

SOLIMINE, M. A, “Prisión preventiva: Relaciones con el principio de inocencia y la discusión sobre su inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Procesal Penal N° 2*, Ed. IJ, Buenos Aires, Diciembre 2013.

SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, *RECPC*, 07-09, 2005.

STRATENWERTH, G., *Derecho penal, parte general I, el hecho punible*, (Trad.) CANCIO MELIÁ, M./SANCINETTI, M., Ed. Thomson Civitas (Aranzadi), Navarra, 2005.

STUMER, A., *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos*, Traducción de Reifarth Muñoz, W., Marcial Pons, 2018.

TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, FERRER BELTRÁN, J. (Trad.), Ed. Trotta, Madrid, 2009.

THAMAN, S., “Detención y prisión provisional en los Estados Unidos”, en *Detención y prisión preventiva*, Cuadernos de Derecho Judicial n° 18, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 193-226.

THOMPSON, J. B., *Los media y la modernidad. Una teoría de los medios de comunicación*, Ed. Paidós, Barcelona, 2010.

THURY CORNEJO, V., “Políticas comunicacionales, representaciones mediáticas y legitimidad judicial. Un estudio de caso sobre la Corte Suprema de la República Argentina”, *Doxa comunicación* n° 10, 2010.

- TOMÁS Y VALIENTE, F., “*In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 20, 1987, pp. 9-34.
- TORO, M. C., *La pena de prisión en busca de sentido. El fin de la pena privativa de libertad en los albores del siglo XXI*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2013.
- ULPIANO, *Digesto de Justiniano*, Libro XLVIII.
- VACANI, P., *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa. Tomo I: Prisión Preventiva*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.
- VANNINI, F., “El juicio penal en ausencia y el derecho a la libertad durante el proceso (desde las normas constitucionales)” en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- VARGAS LLOSA, M., discurso ante los miembros de la Sociedad Interamericana de Prensa, recuperado de <https://www.semana.com/noticias/articulo/vargas-llosa-critica-proliferacion-prensa-ligera/95960-3>, 4 de octubre de 2019.
- VARGAS VENCEDOR, R., *La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia*, TFM, Universidad de Baja California Sur, México, 2017.
- VARONA GÓMEZ, D., “¿Somos los españoles punitivos?”, *InDret*, 1/2009.
- VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, *InDret*, 1/2011.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, CDJ, CGPJ, Madrid, 1992, n° V.
- VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho procesal penal*, vol. 1, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1986.
- VERA SÁNCHEZ, J. S., “Algunas variables Político-Criminales del proceso penal”, *Revista de Estudios penales y Criminológicos*, n° 35, Universidad Santiago de Compostela, 2015.
- VERA SÁNCHEZ, J. S., “Sobre la relación del Derecho penal con el Derecho procesal penal”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 3, 2017.
- VERA SÁNCHEZ, J. S., “¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable?”, *acdi-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018.

- VERÓN, E., *La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*, Ed. Gedisa, Buenos Aires, 1998.
- VIALE AMUCHÁSTEGUI, M.P., “Alternativas jurídicas a la sanción penal”, *Revista Argumentos* n° 2, junio 2016.
- VIDAL CASTELL, D., “La transformació de la teoria del periodisme: una crisi de paradigma?”, *Anàlisi* 28.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Las alternativas a la prisión en la reforma de 2015”, en LANDA GOROSTIZA, J-M., *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2016.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio”, *InDret*, julio 2017.
- VILLANUEVA TURNES, A., “La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho”, *Revista catalana de dret públic*, n° 51, 2015.
- VITALE, G., *Encarcelamiento de presuntos inocentes: Hacia la abolición de una barbarie*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- VITALE, G./GARCÍA, G., “El "arresto" del artículo 18 de la Constitución Nacional no legitima la llamada prisión preventiva” en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- VITALE, G.L., “Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo a la pena)”, en VITALE, G./GARCÍA, G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- VON FEUERBACH, P.J.A.R., *Tratado de derecho penal*, (Trad.) ZAFFARONI, R./HAGEMEI, I., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, (Trad.) PÉREZ DEL VALLE, C., Ed. Comares, Granada, 1995.
- WEBER, M., *Economía y sociedad*, Ed. FCE, México, 1981.
- WOJTYLA, K., “La potencia de los medios de comunicación”, *Revista Id y Evangelizad*, Ciudad del Vaticano, 24 de enero de 1994.

WOLTER, J., “Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema penal que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena”, en WOLTER/FREUND (Eds.), *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2004.

YON RUESTA, R./SÁNCHEZ MÁLAGA, A., “Presunción de inocencia y Estado de Derecho”, *Revista Themis*, nº 51, 2005.

ZAFFARONI, E. R., “Las penas crueles y la doble punición”, en VACANI, P. (coord.), *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012.

ZAFFARONI, E. R./SLOKAR, A./ALAGIA, A., *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000.

ZIFFER, P., “Acerca del ‘resurgimiento’ del retribucionismo”, *Revista En Letra: Derecho penal*, Año IV, nº 6.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de derecho penal*, 3º ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Política criminal y prevención del delito: el deplorable restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción social del delincuente/enemigo”, *Centro de Estudios de Derecho Penitenciario, Revista Electrónica*, Universidad San Martín de Porres, año 1, nº 1, 2011.