

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN SIN CONDENA

Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado Presidente de la Audiencia de Madrid

Introducción

La prisión provisional, como es bien sabido, tiene el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal. En esa perspectiva, se le atribuye un lugar secundario dentro del proceso, como instituto de carácter instrumental predispuesto para asegurar el normal desarrollo de aquél y, eventualmente, en un momento posterior, la aplicación de una pena privativa de libertad.

Esta consideración formal del asunto¹, en apariencia pacífica, oculta cuando menos dos aspectos centrales de la institución. Uno es que, en la práctica de la generalidad de los países y aunque varíen las magnitudes estadísticas y la significación porcentual, la prisión provisional ocupa un lugar privilegiado en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir, cuando menos, dos cosas. La primera es que, desborda funcionalmente los límites que le están asignados en tal caracterización formal, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y accesoriedad, puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata². La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización -en general

bastante generosa- del instrumento que nos ocupa. En efecto, el tópico, sin duda fundado, de que el proceso tiene una inevitable dimensión penalizadora³, ha tenido que ser revisado al alza, a la luz de los datos de que se dispone, en el sentido sugerido por Nobili: «hoy asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación, de manera pronta y ejemplar, dentro del juicio penal... Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada ecuación carneltuttiana»⁴. Y en esta transfiguración la prisión provisional desempeña un papel nuclear⁵.

La segunda -que sin duda tiene que ver con la anterior- es que, la prisión provisional, además de un instrumento tan esencial como sugiere lo que acaba de decirse, es también un problema. Yo diría que **el problema** por antonomasia del proceso penal; sobre todo del proceso penal de los países que se han dotado de una disciplina constitucional del mismo que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia.⁶

¹ Para un desarrollo de este punto de vista, en la doctrina española, cfr. J. M. Asencio Mellado, *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 41 y ss.

² El papel realmente desempeñado por la prisión provisional produce todo un efecto transformador del sistema penal en su conjunto, como muy bien lo ponen de manifiesto E. Carranza, M. Houed, L. P. Mora y R. Zaffaroni, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, San José de Costa Rica, 1983, págs. 65-66.

³ «...no solamente se hace sufrir a los hombres que son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes. Esta es, desgraciadamente, una necesidad, a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto». (F. Carnelutti, *Las miserias del proceso penal*, trad. de S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1959, pág. 75).

⁴ M. Nobili, *La disciplina costituzionale del processo (I). Appunti di procedura penale*, edición ciclostilada, Bolonia-Perugia, 1976, pág. 249.

⁵ Hasta qué punto es así, lo pone de manifiesto el hecho de que, en términos de opinión generalizada, sobre todo tratándose de determinados delitos, «no hay justicia», cuando a la constatación del hecho y el descubrimiento del posible autor no sigue de manera inmediata la prisión provisional.

⁶ Este carácter problemático de la prisión provisional se ha hecho particularmente visible últimamente en la reacción frente a la misma de una nueva categoría de imputados excelentes, que en países como Italia y España se han convertido en usuarios del proceso penal, con ocasión de la persecución de graves actos de corrupción. Así, en el caso de nuestro país, son reveladoras las manifestaciones acerca de la crueldad de la prisión provisional y la ardorosa reivindicación, frente al uso de la misma, del principio de presunción de inocencia, generosamente difundidas por algunos políticos afectados y por exponentes de su entorno jurídico. En el caso italiano, aparte la proliferación de expresiones de ese tipo, resulta por demás significativo que el consenso de ciertos sectores del arco parlamentario, antes siempre reacios a la reforma del instituto, se haya producido en el contexto de las actuaciones derivadas del proceso *manipulite* y de otros del mismo género, de modo que la tan insistentemente reclamada modificación legislativa en la materia lleva fecha de 8 de agosto de 1995.

Vicisitudes constitucionales de la libertad personal

Franz Neumann, en un texto muy citado, a propósito del concepto de libertad como libertad jurídica, ponía de manifiesto que «la libertad es, más que otra cosa, ausencia de constricción» y que esta idea, que es la propia de la teoría liberal de la libertad, es clave para entender el constitucionalismo, en cuyos orígenes la libertad se concibe como «negativa», en el sentido hegeliano de «unilateral». Ello debido a que tiene como «presupuesto el individualismo filosófico: la idea de que el hombre es una realidad prescindiendo del sistema político en que vive» y que «el poder político, incorporado en el Estado, será siempre extraño al hombre, que no puede y no debe identificarse con aquél»⁷.

Este modo de concebir la libertad es, pues, el propio del constitucionalismo liberal, que tiene como presupuesto una drástica separación de la esfera pública y la esfera privada. El individuo es el **dominus** dentro de ésta, mientras el Estado ejerce su señorío en el ámbito de las relaciones políticas y sociales y no puede interferir legítimamente en aquélla si no es por algún motivo de interés público.

La progresiva abolición de esa separación de esferas que se identifica con el advenimiento del Estado social y el paso a la democracia pluralista, lleva consigo un tratamiento constitucional mucho más articulado y complejo de la libertad. Esta deja de ser concebida en su dimensión exclusivamente negativa y se abre paso una idea de la misma como libertad positiva, como expresión de la persona, en tanto que ser social con pretensiones de autorrealización en un campo de relaciones intersubjetivas (civiles, políticas, socioeconómicas) mucho más amplio que el propio de la autonomía individual⁸.

Ahora bien, este paso en la evolución histórica no implica la disolución de la vieja libertad **negativa** en las libertades **positivas**. Aquel concepto, es un antecedente cronológico pero también un **prius** lógico y jurídico-constitucional de la categoría constituida por las segundas. Puesto que la capacidad de relación del sujeto como persona presupone su propia **previa** capacidad de

autodeterminación, es decir, de decisión desde la autonomía.

Esta dimensión del sujeto resulta así, en el moderno constitucionalismo, enriquecida, pero en modo alguno abolida como momento central, «la parte más significativa del sistema (jurídico-positivo) de los valores supremos (constitución), que se impone como parámetro universal de la legitimidad de los diversos actos de los poderes 'constituidos' (comprendido el legislador) y como medida de la licitud de los comportamientos de los sujetos privados en su actuación personal de disfrute y estructuración de las objetivas **chances of life** que el ordenamiento les ofrece»⁹.

La libertad personal del imputado

El uso de la prisión como forma de actuación del poder público interesa de manera inmediata a la libertad en su dimensión negativa y, en ese sentido (obviamente, salvo la privación de la vida), es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del **sistema de libertades**, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica.

En el proceso inquisitivo la prisión provisional fue, como bien se sabe, el modo normal de operar: «un **prius** necesario para la obtención de las pruebas», al decir de Grevi¹⁰. Lo propio de un orden procesal fundado en la tortura como el instrumento primordial de adquisición de conocimiento, en el que, por medio de toda una «tecnología del cuerpo» se expresa la «microfísica del poder», en la sugestiva interpretación de Foucault¹¹.

Una larga evolución histórica que es la del pensamiento ilustrado y la de la construcción de la propia categoría constitucional de la libertad, llevó a la abolición formal de la tortura en la experiencia procesal y, con ello, a la disociación, asimismo formal, de la tortura y la prisión provisional.

Ese paso hizo, sin duda, mucho más tolerable la existencia de la prisión provisional, ya como instrumento de un proceso penal formalmente sin tortura, pero no despejó todas las perplejidades acerca de la legitimidad

⁷ F. Neumann, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, trad. de G. Sivini. Il Mulino, Bolonia, 1973, págs. 36-37.

⁸ Cfr. A. Baldassarre, voz «Libertà. I) Problemi generali», *Enciclopedia Treccani*, Roma, vol. XIX, pág. 18 y ss.

⁹ A. Baldassarre, *op. cit.*, pág. 16.

¹⁰ Cfr. V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Giuffrè, Milán, 1976, p. 3. Esta obra es una versión ampliada de la voz «Libertà personale dell'imputato», *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1974, vol. XXIV, pág. 315 y ss.

¹¹ Cfr. M. Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1986, págs. 33-35.

del instituto, en el que Beccaria había visto, sin sombra de duda, «una especie de pena»¹². Y no podía ser de otro modo, si se considera que, mucho antes, ya hubo autores que hallaron dificultades para distinguir entre tortura y cárcel. Así, Baldo, a cuyo juicio «mala mansio, id est carcer, est species torturae»¹³.

En cualquier caso, lo cierto es que la abolición de la tortura hizo más precaria la justificación de la privación preventiva de libertad dentro del proceso. Podría decirse que vino a restar **legitimidad** a la misma, de ahí la necesidad de buscar para ella nuevos fundamentos.

Prisión provisional y presunción de inocencia

Tal como se le concibe actualmente, el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión. De un lado, es regla probatoria o regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado¹⁴. No obstante la diversa matriz cultural originaria de cada una de estas dimensiones¹⁵, hoy aparecen estrechamente interimplicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, y, en rigor, no es posible concebirlas separando a una de la otra. En efecto, si el imputado debe ser tratado **como si**¹⁶ 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. Por ello Ferrajoli ha conceptualizado a la presunción de inocencia como garantía, al mismo tiempo, de **libertad** y de **verdad**¹⁷.

Aunque cabe rastrear antecedentes del principio que nos ocupa en momentos históricos anteriores¹⁸, lo cierto es que su primera teorización moderna se produce teniendo como marco el pensamiento jurídico de la *Ilustración*. En este punto es de referencia obligada la expresiva 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»¹⁹. Y también la propuesta de Filangieri, de «tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito»²⁰. Ambos autores, representativos de la matriz continental del principio, antes aludida, cifran lo esencial del mismo en servir de fundamento a un nuevo modo de concebir la condición y situación procesal del imputado. Tal es igualmente el sentido con que aquél resulta acogido en un texto tan significativo como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789²¹.

Consolidada la abolición formal de la tortura, establecido un marco procesal -también formalmente- presidido por el principio de presunción de inocencia, la cuestión de la prisión provisional, de su legitimidad, permanecerá en el pensamiento liberal demandando una justificación y recibiendo de los autores con matices diferenciales, pero siempre con un tinte de claro malestar de fondo en sus manifestaciones al respecto; malestar que se expresa inequívocamente en el afán de rodear a

¹² C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 60.

¹³ Cit. por P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, Milán, 1953, vol. I, pág. 237. Ciertamente, como señala el propio Fiorelli -nota (13), pág. 238- *mala mansio* no era equivalente a cárcel sin más, sino a un tipo, especial por su rigor, de prisión provisional.

También, a juicio de J. Marcos Gutiérrez, la prisión provisional en la «melancólica y espantosa morada» que es la cárcel, *atormenta*. (En *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804, vol. I, pág. 210).

¹⁴ Cfr. al respecto, por todos, G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979, págs. 28-30.

¹⁵ Mientras, como señala Illuminati, la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado hunde sus raíces en el legalismo del pensamiento ilustrado continental, su caracterización como regla de juicio tiene su antecedente en el pragmatismo de la gnoseología judicial anglosajona. (En *op. y loc. cit.*).

¹⁶ En efecto, lo que activa la necesidad actual de afirmación concreta del principio es, precisamente, la emergencia de la imputación. Lo señala bien gráficamente, desde una perspectiva externa A. Arteta: «Nadie puede ser inculcado por el guardián de la ley salvo aquél a quien apuntan indicios objetivos de culpa; ese tal es presuntamente inocente porque antes ha parecido probablemente culpable» («De la guerra gállica», en *El País*, 13 de junio de 1996).

¹⁷ L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de N. Bobbio, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 549.

¹⁸ Cfr. L. Ferrajoli, *op. cit.*, págs. 549 y 550.

¹⁹ En *op. cit.*, 16, pág. 52.

²⁰ C. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermin Villalpando, Madrid, 1821, t. III, pág. 81.

²¹ «Toda persona se presume inocente hasta que sea declarada culpable» (art. 9).

la práctica de la institución de cautelas de difícil si no imposible prestación, como lo demuestra una ya bien dilatada experiencia en la materia.

Ninguna postura tan clara en este sentido como la de Carrara, que subordinará su uso a «las necesidades del procedimiento», haciendo hincapié en que «tiene que ser brevísima», que «no es tolerable sino en graves delitos» y que «hay que procurar suavizarla» mediante la libertad bajo fianza; admitiendo su prolongación sólo para dar respuesta 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; 3º, de **defensa pública**, para impedirle a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno»²². Más tarde, en un trabajo titulado «Inmoralidad del encarcelamiento preventivo», proclamará la **injusticia** de la institución, si bien como «una injusticia necesaria»²³.

Por diferentes razones, contribuyeron eficazmente a aportar claridad a la polémica cuestión de las relaciones entre la prisión provisional y el principio de presunción de inocencia algunos caracterizados exponentes de la escuela positiva y, después, de la conocida como escuela técnico-jurídica. Lo hicieron por la vía de prescindir del elemento problemático del asunto: la presunción de inocencia; poniéndola en discusión o bien propugnando su

eliminación, en el caso de la primera, por motivos de defensa social²⁴, y negándola también en el supuesto de la segunda, por medio de su representante más significativo, Manzini, con argumentos de carácter procesal, pero no exentos de reminiscencias igualmente defensistas. Según este autor, 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 presume la inocencia del imputado, demanda el buen sentido, ¿por qué se procede contra él?». Para, en fin, mediando directamente en el tema que nos ocupa y argumentando por reducción al absurdo, preguntarse, sin duda como provocación a sus contradictores: «Por qué no abolir la prisión preventiva?»²⁵.

La problemática justificación de la prisión provisional

Hace unos años, Pavarini, al concluir una estimulante introducción crítica a la criminología, se refería, sin identificarle, a un famoso jurista que tiempo atrás había negado la condición de «buen» penalista a quien, el hecho de serlo, no le produjese **mala conciencia**²⁶. Pues bien, si el derecho y el proceso penal son fértiles en ocasiones para la activación de ese sentimiento, es probable que nunca con tan buenas

²² F. Carrara, *Programa de derecho criminal*, trad. de Ortega Torres y Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, vol. II, N° 897, pág. 375.

²³ F. Carrara, «Inmoralidad del encarcelamiento preventivo», en *Opúsculos de derecho criminal*, trad. de Ortega Torres y Guerrero, Temis, Bogotá, 2ª ed., 1978, vol. IV, pág. 226. El autor manifiesta haber tomado la expresión de Mesnard, aunque sin cita de la obra (en *Programa*, loc. cit., pág. 373).

²⁴ Cfr. al respecto G. Illuminati, en *op. cit.*, págs. 17-18.

²⁵ V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6ª edición actualizada por G. Conso y G. D. Pisapia, Utet, Turin, vol. I, págs. 226-227.

Recientemente Luciano Varela Castro («Fundamentos político-constitucionales y procesales», en *El tribunal de jurado*, de varios autores, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 97) ha atribuido a Manzini la identificación del principio de presunción de inocencia con el de *in dubio pro reo*, adscribiéndome a mí a la misma posición. El hecho de que no concrete el texto del autor italiano en qué apoya esa afirmación obliga a pensar que se trata de una imprecisa cita de referencia, que es, sin duda, equivocada. [En efecto, Manzini, como aquí se ha puesto de manifiesto de forma precisa, a partir de los presupuestos ideológicos del fascismo, niega abiertamente el principio de presunción de inocencia. Tratándose del *in dubio pro reo*, cuestiona su operatividad como principio exegético en el plano de la interpretación, tanto de la ley penal sustantiva como de la procesal penal: «en efecto, en la duda, nada autoriza a plegar la ley a favor del imputado: ni la razón ni el derecho», escribió; pero lo admite como criterio de valoración de la prueba producida en el juicio (cfr. *op. cit.*, págs. 130-131).

Mi posición al respecto («La función de las garantías en la actividad probatoria», en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, varios autores, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 231-234; también en, varios autores, *Valoración de la prueba*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, págs. 73-110), se cifra en cuestionar la pretensión de autonomía conceptual del principio *in dubio pro reo* frente al de presunción de inocencia, por entender que todo lo que no es acreditada culpabilidad queda comprendido en el ámbito de esta última, cuya afirmación definitiva después de un juicio sólo puede ser incondicionada. Cuando se parte -que no es el caso de Manzini- de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación (cualquiera que sea la causa) sólo puede confirmar el *status* de inocencia preexistente. Lo contrario lleva forzosamente a la distinción inaceptable entre una absolución por inexistencia de pruebas y otra **sólo por** insuficiencia de éstas; y, como consecuencia, a establecer **categorías de inocentes**. Otra cosa es que el Tribunal Constitucional, por razones esencialmente pragmáticas, incluso de agenda, tenga necesidad de establecer algún criterio-filtro en el acceso al recurso de amparo. Pero de este dato, de hecho, no deberían derivarse perturbadoras consecuencias de índole conceptual.

²⁶ M. Pavarini, *Introduzione a... la criminologia*, Le Monnier, Florencia, 1980, pág. 148. Hay traducción al castellano de I. Muñagorri, con el título *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Siglo XXI*, México, 1983.

razones como cuando la actividad del profesional concernido tiene que ver con la justificación teórica²⁷ y, sobre todo, con la práctica de ese inquietante instituto que sigue siendo la prisión provisional.

Se ha podido comprobar en el caso de Carrara, paradigmático por su sinceridad. Y es también advertible en un autor, Hélie, de obligada referencia cuando se trata de discurrir sobre la naturaleza y razón de ser de la prisión provisional. Es sintomático que el autor se encuentre en el deber de iniciar su discurso con la afirmación de que «la privación preventiva de libertad (**détention préalable**) de los inculpados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado tal en juicio, donde no hay condena». Después, señalará que aquélla, «si se la descompone en sus diferentes elementos, es a la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y un medio de instrucción»²⁸.

En la expresión de Hélie, la prisión provisional no es (realmente) una pena sólo porque (jurídicamente) no debe serlo, habida cuenta, sobre todo, del momento en que opera. Lo que equivale a aceptar la evidencia de que entre una y otra se da una clara comunidad de naturaleza, que se hace patente tanto en la identidad de los bienes personales afectados en cada caso como por el modo en que se produce esa afectación. Así la única diferenciación posible entre ambos institutos habrá que buscarla en un dato externo: su función formal-procesal²⁹. Y es precisamente esta la dirección en la que se han proyectado los esfuerzos tendentes a proponer criterios de discernimiento convincentes entre ambas instituciones.

Grevi, sistematizando las posiciones doctrinales que concurren en este punto acerca de las funciones que

suelen atribuirse a la prisión provisional, ha distinguido una especial preventiva y otra cautelar; para, dentro de ésta, diferenciar la que constituiría una «cautela de tipo instrumental, en orden al desarrollo del proceso» y otra «de tipo final, en orden a la ejecución de la eventual condena»³⁰.

a) Prisión provisional y prevención especial.

Quienes asocian ambos términos estableciendo entre ellos una relación de funcionalidad, lo hacen asociando a la condición de justiciable el valor de indicador de una peligrosidad específica, en cierto modo ya acreditada, que es la que justificaría la medida. Esta 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.

Como ha señalado Amato, si en todos los casos los fines predicados de la prisión preventiva implican un grado de identificación entre imputado y culpable, en este supuesto se llega al máximo³¹. Lo que no impide que existan opiniones -no necesariamente adscribibles a la escuela positiva- que consideran que tal es la función prevalente de la medida cautelar personal, con plena conciencia, por lo demás, de lo que implica. Paradigmático es el caso de Foschini, que atribuye a la prisión preventiva, entre otros, el fin de asegurar «principalmente la inmediatez o la solicitud del efecto reactivo de la colectividad jurídicamente organizada, respecto del delito cometido»³².

En este caso no existe, pues, duda: el efecto profiláctico que se busca por medio de la privación preventiva de libertad, parte explícitamente de la presuposición de que el imputado podría reincidir en el delito cuya realización ya se le atribuye sin ambages.

²⁷ Como ha escrito Illuminati, «la prisión provisional ha representado siempre, en la época moderna, un aspecto del proceso penal cuya existencia no ha podido llegar a justificarse nunca de manera plenamente convincente» (en *op. cit.*, pág. 40).

²⁸ M. Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Ch. Hingray, Paris, 1853, vol. V, pág. 748.

²⁹ Naturalmente, el criterio de discernimiento es el del fin jurídico-formal o interno, puesto que vista desde una perspectiva criminológica externa, la función que efectivamente cumple la prisión provisional en el modo de ser real del proceso en la generalidad de nuestros países, es, como se ha dicho antes, la de una anticipación de los efectos de la pena.

³⁰ Cfr. *op. cit.*, págs. 44, 51 y 59.

³¹ G. Amato, *op. cit.*, pág. 376.

³² G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, Giuffrè, Milán, 2ª ed. 1965, vol. I, pág. 526. «Efecto reactivo -concluye el autor- que constituye el alma de la pena y que, si se tuviera que esperar al agotamiento del proceso, a menudo resultaría perdido y siempre en todo caso debilitado, con la consiguiente pérdida o disminución de eficacia de las actuaciones penales». No menos clara es la posición de L. Granata sobre el particular, cuando afirma su convicción de que «no se puede tener un proceso penal, por así decir, **desarmado** hasta el pronunciamiento definitivo de condena». (En *La tutela della libertà personale nel diritto processuale penale*, Giuffrè, Milán, 1957, pág. 46). Acerca de la doctrina española en este punto, puede verse J. M. Ascencio Mellado, *op. cit.*, págs. 37-39.

Como escribe Illuminati, no faltan autores que, partiendo del dato de experiencia de que existen imputados calificables de objetivamente peligrosos con un despreciable margen de duda, se muestran partidarios del reconocimiento de fines extraprocesales a la prisión preventiva, cautelares en sentido impropio, que no tendrían por qué implicar anticipación de la pena. No obstante, sin negar la realidad de ese riesgo, advierte también del que conlleva una «estructuración de la prisión preventiva en clave de defensa social» llamada necesariamente a operar sobre la «presunción de culpabilidad» como presupuesto. La única forma coherente de tratar tales situaciones es, a su juicio, la rápida conclusión del proceso. Y, en cualquier caso, en supuestos como los aludidos «es -dice- prácticamente imposible que el eventual peligro de futuros delitos no vaya acompañado de un bastante más tangible peligro de fuga», sobre cuya base se podría operar con una finalidad más propiamente cautelar³³.

b) Prisión provisional y aseguramiento del desarrollo del proceso. Aquí se asigna a la institución el papel de cautela instrumental y de carácter específicamente procesal, puesto que lo pretendido con ella es garantizar la fluidez en el desarrollo de las actuaciones del proceso. De una parte, manteniendo al imputado a disposición del juez o, bajo la autoridad de éste, a disposición del órgano encargado de la investigación, donde la misma corra a cargo del ministerio público; y, por otra, evitando eventuales acciones del imputado orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables.

Esta es, de las tres opciones contempladas, aquélla en que la asimilación de imputado a culpable se da en menor grado. A veces, incluso se argumenta en forma no demasiado convincente que hasta un imputado inocente podría verse tentado «a manipular el cuadro probatorio»³⁴ para asegurarse la absolución, en su caso

debida; lo que, al no ser descartable en hipótesis, vendría a demostrar que la medida cautelar en sí misma carecería en este caso de implicaciones culpabilizadoras.

De cualquier manera, nunca podría dejar de considerarse que la prisión provisional podría también limitar las posibilidades de realización de una defensa adecuada y, desde luego, una flexible relación con el encargado de la misma. Que no toda actividad de investigación relacionada con el imputado es susceptible de aseguramiento por esa vía, como ocurre con el interrogatorio, facultativo para el imputado en tanto que medio de defensa, más que medio de prueba en sentido propio. Y que, si adoptada con el sentido instrumental aludido, la prisión preventiva tendría que responder a una necesidad realmente existente y justificable de aquella garantía y cesar necesariamente una vez cumplida su finalidad cautelar-procesal.

c) Prisión provisional y aseguramiento de la eventual condena. Una vez concluida la fase de investigación y asegurada con ella en lo esencial la futura productividad de las fuentes de prueba, la función cautelar-procesal de la prisión preventiva podría -al menos en teoría- carecer de fundamento o perderlo en términos estimables. Pero tampoco parece descabellado contemplar la posibilidad de cierta implicación **necesaria** entre ambas modalidades o dimensiones de la institución (cautelar-instrumental y cautelar-final), puesto que un efectivo aseguramiento de fuentes de prueba claramente de cargo, obtenido durante el mantenimiento -y sobre todo si merced al mantenimiento- del imputado en prisión, reforzaría los motivos para prolongar ésta ante el riesgo de fuga que podría generar en él el miedo real a una ya más previsible condena. De ahí que la diferenciación que suele hacerse doctrinalmente entre este supuesto y el anterior, si admisible en términos analíticos, no esté llamada a desempeñar un gran papel en la experiencia procesal penal, donde ambos jugarán normalmente como

³³ Cfr. G. Illuminati, *op. cit.*, págs. 43-44.

En la doctrina española, sobre la neutralización del peligro de fuga y consiguiente evitación de la frustración del proceso como justificación constitucionalmente aceptable de la prisión provisional, pueden verse: J. Fernández Entralgo, «Detención y prisión provisional», en *Privaciones de libertad y derechos humanos, Juces para la Democracia-Hacer*, Barcelona, 1987, págs. 81, 82; y J. Banacloche Palao, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 382-383.

³⁴ Así, Grevi, *op. cit.*, p. 55. Amato, en cambio, sostiene que este modo de entender la prisión provisional «sólo en parte se sustrae a la identificación entre imputado y culpable» porque, a su juicio, «el temor [de que pueda alterarse interesadamente el 'cuadro probatorio'] se funda en la hipótesis de que el imputado, para demostrarse inocente, tenga necesidad de alterar el estado de los hechos: lo que quiere decir, evidentemente, que es culpable». (En *op. cit.*, págs. 376-377).

momentos de un **continuum** en el que la eficacia del primero reforzará la conciencia de la **necesidad** del segundo.

En todo caso, el espacio **natural** de juego de esta dimensión de la prisión provisional como garantía de sometimiento del imputado a una pena eventual, siempre sería la fase del enjuiciamiento.

También aquí los autores han expresado su preocupación por evaluar lo que de asimilación de las figuras de imputado y culpable pudiera haber en el supuesto que se contempla y, así, el grado de compatibilidad del mismo con el principio de presunción de inocencia.

Pues bien, a este respecto y, leída desde nuestra realidad constitucional, no puede ser más interesante la posición de Grevi. Entiende este procesalista 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**», lo que, a su juicio, no plantea ningún problema de compatibilidad esencial con aquel principio, en la forma que lo expresa el artículo 27.2 de la Constitución italiana³⁵. Sin embargo, concluye, «una justificación de ese género sería mucho más difícilmente sostenible cuando la Constitución sancionase una presunción de inocencia verdadera y propia, ya que no tendría explicación posible el empleo de semejante medida cautelar con una persona considerada **tout court** inocente. Esta misma medida puede tener sentido, en cambio, ante la presunción de no culpabilidad, ya que cuando se trata de un sujeto que "no es considerado culpable hasta la condena definitiva" queda cierto espacio para la adopción de una cautela asociada a la eventualidad de una condena, en el que perfilar concretamente el **periculum in mora** (o **periculum libertatis**, según un típico lenguaje jurisprudencial) bajo la especie de peligro de fuga»³⁶.

La ilegitimidad esencial de la prisión preventiva. El punto de vista de Luigi Ferrajoli

La lectura de los procesalistas que con sensibilidad constitucional se han ocupado de la prisión preventiva permite advertir, invariablemente en ellos, el fondo de mala conciencia, el malestar a que antes he aludido, que tiene entre sus afectados antecedentes, tan ilustres, como los de Carmignani³⁷ y Carrara, por citar sólo algunos. Tal sentimiento se hace bien patente en estos años, por ejemplo, en Illuminati, cuando reconoce con sinceridad que incluso un intento como el suyo de buscar la compatibilidad de la prisión provisional con la presunción de inocencia haciendo pagar a ésta el menor precio posible, es «siempre insatisfactorio frente a una interpretación rigurosa» de la segunda³⁸. Y asimismo, en Nobili, cuando con ocasión del tratamiento de la presunción de inocencia, denuncia un «intento de amplio alcance, dirigido a recuperar en la práctica para la represión penal aquellos espacios que parecerían cerrados por las garantías constitucionales reconocidas»³⁹.

Luigi Ferrajoli⁴⁰ es el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, 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, al margen del derecho, se ofrece racionalizado a posteriori por medio de un proceso argumental que tiene como sustento una clara petición de principio. 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

³⁵ Este precepto, en su literalidad original, dice: «L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva».

³⁶ V. Grevi, *op. cit.*, pág. 61.

³⁷ Cfr. *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Fratelli Nistri e Cc., Pisa, 1832, vol. III, págs. 237-238, donde al autor señala con claridad el problema que plantea la prisión preventiva como «mal, que el acusado sufre sin título de pena». También en *Elementos de derecho criminal*, trad. de A. Forero Otero, revisada por J. Guerrero; Temis, Bogotá, 1979, pág. 248, donde manifiesta que «la **captura** de los reos (...) conviene más peculiarmente al proceso inquisitorio».

³⁸ G. Illuminati, *op. cit.*, pág. 48.

³⁹ M. Nobili, *op. cit.*, pág. 293.

⁴⁰ Cfr. *op. cit.*, págs. 549 y ss.

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 cosa.

Una vez claro que el uso directamente defensivo de la prisión provisional en función de prevención de la peligrosidad del reo no puede ser considerado de otro modo que como una ejecución anticipada de la pena, Ferrajoli, con apoyo en datos bien observables de la experiencia procesal vigente, advierte que el fundamento de la función «cautelar final» de aquella -el peligro de fuga- está no tanto en el miedo a la pena misma -hipotética y lejana en el tiempo- como al que suscita el conocido uso habitual de la prisión preventiva. Mientras que lo que confiere **racionalidad** instrumental a la función más específicamente procesal de la prisión provisional es la exasperante lentitud de los ritmos y tiempos procesales. De aquí una conclusión en la materia: «Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su 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'»⁴¹. Y así resulta ser en la práctica, donde la prisión preventiva más que un elemento accesorio es uno de los ejes -y en ocasiones, más precisamente, el eje y el momento de máxima eficacia general preventiva- del sistema penal considerado en sus perfiles reales.

Esto es lo que hace afirmar al autor de **Derecho y razón** que «no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el

desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales»⁴². Convencimiento que le lleva a razonar la innovadora propuesta de «un proceso sin prisión provisional»⁴³. Por incontestables exigencias de principio y por la constatación empírica de que, en lo esencial, las **razones** con las que se ha tratado de avalar el uso de la prisión provisional -desde que se tiene conciencia de las dificultades de su justificación racional- las proporciona, precisamente, la aberrante lógica desviada no **del proceso**, sino de su degradado modo de ser actual. No se le oculta a Ferrajoli que su «propuesta puede aparecer a corto plazo como una quimera. Pero ello depende no tanto de razones lógico-jurídicas como sobre todo de la inercia de los aparatos y de la resistencia que siempre oponen las culturas conservadoras»⁴⁴. La inercia -no casual- de los aparatos es bien visible en la rentabilidad del uso de la prisión provisional con fines de control social. Tanto que, como pone de manifiesto el propio autor, incluso dentro de las coordenadas legales del sistema procesal vigente podría reducirse en términos verdaderamente sustanciales el recurso a la prisión provisional⁴⁵. Y no parece especialmente difícil imaginar -en esta sociedad posttecnológica- medios que, siendo infinitamente menos gravosos que aquella, para sus destinatarios, resultarían al mismo tiempo aptos para asegurar los objetivos **procesales** que se le atribuyen, si fuera ciertamente ésta la cuestión. Que evidentemente, no lo es.

La justificación de la prisión provisional en el ordenamiento español

La Constitución vigente (arts. 17.1 y 4) consagra la legitimidad de la prisión provisional y remite al legislador ordinario el tratamiento de su forma y

⁴¹ L. Ferrajoli, *op. cit.*, pág. 555.

⁴² En *op. cit.*, pág. 555.

⁴³ Cfr. *op. cit.*, págs. 559-561.

⁴⁴ En *op. cit.*, pág. 572. El peso de la «inercia de los aparatos» en esta materia es algo bien patente para cualquiera que cuente con alguna experiencia procesal. Y en cuanto a los factores culturales, en este caso subculturales, que tienen su mejor expresión en la categoría-muelle de la **alarma social**, nada más elocuente que el uso del criterio de «necesidad» que por instancias oficiales y por sus juristas de apoyo se hizo en defensa de «la patada en la puerta» como instrumento esencial de «lucha» contra la narcodelincuencia. Según ha quedado demostrado, ni el uso de ese aberrante instrumento tuvo efectos prácticos relevantes de contención de ese fenómeno; ni su feliz expulsión del ordenamiento llevó consigo algún retroceso significativo en la respuesta represiva al mismo. La permeabilidad de ciertos temas procesales a los usos ideológicos no puede ser más evidente, ni estos usos más peligrosos.

⁴⁵ De hecho, como ponen de manifiesto E. Carranza, M. Houed, L. P. Mora y R. Zaffaroni, en *op. cit.*, en concreto, pág. 49, en la realidad de los países objeto de estudio en la obra y en el período contemplado, se aprecia una diferencia sustancial de la incidencia de la prisión provisional entre aquéllos cuyo proceso penal se mueve en el ámbito del modelo europeo-continental, y los que lo hacen en el marco del proceso de tipo anglosajón. El 68,47% de presos sin condena sobre el total de encarcelados, en el primer caso, y el 22,57%, en el segundo.

Cfr. asimismo, E. Carranza, «Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa», en **Jueces para la Democracia. Información y Debate**, N° 26, julio de 1996, pág. 81 y ss.

duración, que se encuentra en los arts. 503, 504 y concordantes de la Ley de E. Criminal.

Este texto, en su actual redacción, subordina el uso de la medida a la concurrencia de determinadas condiciones:

1. Que se haya producido un hecho calificable de delito (no falta).

2. Que concurren «motivos bastantes» para su atribución a una persona.

3. Que el delito se encuentre sancionado con una pena superior según el nuevo Código Penal (Disposición transitoria 11ª) a tres años. Aunque en este caso podrá sustituirse por libertad provisional bajo fianza, si concurren (**cumulativamente**) los siguientes requisitos:

- carencia o cancelación de los antecedentes penales;
- creencia fundada de que no se va a eludir a la justicia;

- el delito no haya producido alarma;
- el delito no sea de los frecuentes en el territorio.

4. Que estando conminado el delito con pena menor de tres años, la prisión se considere necesaria en virtud de la concurrencia **de alguno** de los datos siguientes de:

- los antecedentes del imputado;
- las circunstancias del hecho;
- la alarma social producida;
- la frecuencia con que se cometan hechos análogos.

Por lo demás, en cuanto al tiempo de duración de la medida, el legislador español aunque establece determinados límites (art. 504.4), dada la elasticidad de éstos y la posibilidad de prórroga, deja un amplio margen de decisión al juez, si bien advirtiéndole que no deberá prolongar la prisión «más allá de lo necesario» (art. 504.3).

Como puede observarse con la lectura de los dos preceptos que se han desglosado, sólo el requisito de la

creencia fundada de que el inculpado no tratará de sustraerse a la acción de la justicia (obstaculizando el desarrollo del proceso, se entiende), como razón que justificaría la sustitución de la prisión por la libertad provisional, es susceptible de conectarse a una función propiamente procesal. Pero sucede, como se ha visto, que no puede operar por sí solo, sino en el conjunto de los demás elementos reseñados, entre ellos el de que «el delito no haya producido alarma», de matriz netamente defensiva. De este modo, es obligado concluir que el tratamiento que la prisión provisional recibe en nuestra Ley de E. Criminal responde esencialmente a ese tipo de exigencias⁴⁶.

Esto se hace explícito en el texto, como se ha visto, y lo confirman sin asomo de duda los primeros y más autorizados comentaristas del mismo. Así, Reus encuentra la justificación de la prisión provisional en la necesidad de dar satisfacción a las exigencias del «equilibrio social (...) el restablecimiento del derecho perturbado y la triste imposición de una pena»⁴⁷. Y con más claridad aún, si cabe, Aguilera de Paz, a cuyo juicio la ley «debe amparar a la sociedad asegurando al culpable y procurando garantías a la ejecución de la pena por medio de la prisión del inculpado»⁴⁸.

Es por ello que la búsqueda de un criterio de legitimación del instituto más fundado en exigencias de carácter procesal y más compatible, por tanto, con la naturaleza cautelar, haya tenido que orientarse hacia fuentes extralegales⁴⁹, antes, preferentemente, de origen doctrinal y ahora, afortunadamente, ya de rango constitucional.

En este momento, el difícil intento de dar a la prisión provisional un fundamento procesal (y no penal-sustantivo) suele partir de la afirmación del principio de presunción de inocencia y de su reconocido carácter

⁴⁶ Tanto es así que, como ha escrito Rodríguez Ramos, «los citados arts. 503 y 504 de la Ley de E. Criminal provocan en nuestra praxis lo que cabría llamar arbitrariedad legalizada, paradoja consistente en que el texto legal permite al juez, en la mayoría de los supuestos, cumplir la ley tanto si resuelve en favor de la libertad como si lo hace en favor de la prisión...», en «Prisión preventiva», *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, N° 39, abril de 1995, cit. por J. Banaelche Palao, en *op. cit.*, pág. 382.

⁴⁷ E. Reus, *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de setiembre de 1882 concordada y anotada extensamente*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1883, págs. 298-299.

⁴⁸ E. Aguilera de Paz, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Reus, Madrid, 2ª edición corregida y aumentada, 1934, vol. 4, pág. 188. Aunque el autor reconoce que «son muchos los que la impugnan como medida preventiva» (pág. 190) considera «admitido por todos los tratadistas el principio de la necesidad de la prisión provisional con los fines que ya tenemos indicados» (pág. 194), sin duda queriendo significar que entre los procesalistas la cuestión, cuando él escribe, es pacífica.

⁴⁹ Hay que señalar, sin embargo, que los arts. 506 y 507 de la Ley de E. Criminal, relativos a la prisión provisional incomunicada, conectan la decisión de adoptar la medida en esta modalidad y su duración a exigencias más precisamente procesales, como la de «evacuar las citas hechas en las indagatorias» y «evitar la confabulación». También puede reconocerse ese carácter al indicador del «riesgo de fuga», de los nuevos arts. 504 bis 2 y 539, que autorizan al juez a decretar la prisión provisional cuando no hubiera podido celebrarse la preceptiva comparecencia para decidir sobre ella, si bien con el deber de convocarla nuevamente para dentro de las setenta y dos horas siguientes.

central como inspirador de la disciplina constitucional del proceso, que impondría una reconsideración de los preceptos analizados, dirigida a dotar a la medida de una funcionalidad instrumental al servicio de aquél. Así, en esa nueva clave de lectura, el dato de la gravedad del delito tendrá que 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. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado.

Esta orientación es la que se percibe en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que siguiendo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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»⁵⁰.

El Tribunal Constitucional admite que la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado pudiera hacerse, en un primer momento, sobre la consideración preferente (y quizá exclusiva) de los datos de la gravedad del delito y de la pena. Pero, con carácter general, reclama que la ponderación del riesgo de fuga se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del afectado. Advirtiendo que la estimación que pudo justificar la decisión inicial no tendría por qué servir para fundar mecánicamente su mantenimiento, que exigirá en cada momento una revisión de la actualidad de los elementos de hecho

tenidos en cuenta inicialmente y de su aptitud para que se entienda vigente la necesidad de prolongación de la medida⁵¹.

Tanto la primera como las ulteriores decisiones deberá estar suficientemente fundadas, en el sentido de contener una clara referencia a los datos fácticos y una explícita apreciación de su relevancia jurídica.

Los aludidos criterios jurisprudenciales tienen la indudable virtud de situar la interpretación de los de carácter legal en un ámbito de racionalidad, que deberá presidir no sólo la adopción de la prisión provisional, sino también su misma duración, ofreciendo además algunas indicaciones instrumentales de referencia⁵².

Estas elaboraciones jurisprudenciales⁵³ han tenido, sobre todo, la utilidad de problematizar los usos tradicionales de la jurisprudencia ordinaria en tema de prisión provisional. Pero su capacidad de permear eficazmente la utilización real de la misma ha de encontrar un límite objetivo difícilmente salvable. Es el representado por el dato de que lo que se impone legalmente al juez es algo más que un uso limpiamente procesal de la medida, que difícilmente resultará cuestionado fuera de algunos casos muy particulares, de escasa significación estadística.

El juez y la prisión provisional

Señalaba Aguilera de Paz que en el terreno de la prisión provisional «los encontrados intereses del individuo y de la sociedad luchan abiertamente (...) más que en ninguna otra parte»⁵⁴, queriendo aludir, sin duda, y es claro que con una imagen muy de la época, a la patente naturaleza contradictoria del instituto. Hoy, desde nuestra perspectiva, habría que enmendar al buen procesalista, por un lado, haciendo hincapié en el claro interés público que expresa el principio constitucional de

⁵⁰ STC 128/1995, dictada en el «caso Sotos-PSV» y que expresa de forma acabada la posición del tribunal en la materia. Se elimina, pues, cualquier referencia al criterio legal de «alarma», virtualmente expulsado del discurso del tribunal, que, como resulta bien advertible, trata, además, con cautela el criterio, también legal, de la reiteración delictiva.

⁵¹ En el supuesto contemplado por la sentencia, el «caso Sotos-PSV», el tribunal decidió que si había habido motivos fundados para la adopción de la medida, no así ya para su mantenimiento en el momento del recurso, entrando claramente con esta decisión en una valoración de pura legalidad ordinaria que, en principio, daría pie para el traslado a la alta instancia de todos los casos de prisión provisional en curso en que pudiera cuestionarse la justificación de su continuidad.

⁵² Un tratamiento sistemático de estos criterios por la Comisión y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede verse en J. A. Del Olmo Del Olmo, «La determinación del "plazo razonable" de duración de la prisión provisional según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción en España», en *La Ley*, N° 4090, 30 de julio de 1996.

⁵³ La jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy reducida en la materia, habida cuenta de que la misma tiene un limitadísimo acceso a la casación, y sólo a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, que prevé esa posibilidad por infracción de precepto constitucional (art. 5.4).

⁵⁴ En *op. cit.*, pág. 189.

la presunción de inocencia, en el que late algo más que un bien individual, lo que sin duda modifica los términos del conflicto; y, por otro, advirtiendo que el alcance de éste es seguramente mayor y más radical de lo que desde su óptica pudiera parecer. Pero esto, reconociendo al mismo tiempo lo fundado de la preocupación que se desprende de su observación, que si en algo ha ganado con el paso del tiempo y la prolongación del debate, es en razones para mantenerse vigente con bastante mayor intensidad, a la luz de la mejor cultura constitucional.

Es por lo que ahora, si de una parte resulta difícil hacer oídos sordos al planteamiento radical de Ferrajoli (radical porque desnuda el problema en la raíz) y dejar de reconocer que incluso la consideración **más procesal** de la prisión provisional seguiría albergando una aporía difícil de desactivar; de otra, 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 contradicción.

Este segundo plano de la contradicción resulta perceptible con toda nitidez en el razonamiento del Tribunal Constitucional, cuando sostiene que «lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena»⁵⁵. Como si la dimensión definitiva e irreversiblemente punitiva de la prisión provisional radicase en el dato externo del fin eventualmente perseguido con ella, en lugar de ser una implicación material, esencial, de la propia naturaleza del instituto, que en todo caso le constituye.

Naturalmente, la terrible medida cautelar admite usos diferenciales y es susceptible a 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 entre nosotros, hoy por hoy, los puntos más altos de una lectura constitucional de aquél⁵⁶. Pero, es evidente que, incluso en estos casos, la cuestión sigue siendo seriamente problemática, como lo demuestra la cita jurisprudencial que acaba de hacerse y las aludidas dificultades del propio Tribunal Constitucional para moverse en un camino salpicado de obstáculos como los representados por los indicadores legales de «peligrosidad» y reiteración delictiva.

En cualquier caso, y como corolario de lo hasta aquí expuesto, hay una evidencia y es la de que todos esos ingredientes de conflictividad difícilmente eludible se precipitan aparatosamente sobre el momento judicial, haya o no conciencia de ello en quien lo gestiona.

Una primera cuestión, que en nuestro país no había sido vivida como tal hasta hace no mucho tiempo, es la relativa al estatuto y la posición procesal del órgano habilitado para acordar la prisión provisional. En concreto, es un asunto que forma parte del más complejo representado por el cuestionamiento general del sistema mixto y, en particular, de la figura y del papel del juez instructor, sobre el que aquí no cabe extenderse⁵⁷. En síntesis, lo que se debate es la aptitud del implicado en la investigación para decidir con el equilibrio (imparcialidad) necesario sobre la privación de libertad del indagado. Pues bien, saltando inevitablemente por encima de todo un cúmulo de aspectos que ahora no resulta posible considerar, lo cierto es que sea quien fuere el agente decisor, si lo que se trata de determinar es, precisamente, la existencia de bastantes indicios de delito a cargo de un sujeto en el estado actual del procedimiento, difícilmente podrá hacerse desde otra posición -directa o por subrogación implícita- que la del investigador, puesto que es a partir de los datos obtenidos por éste como habrá que decidir.

Cierto es que no resultará indiferente que la resolución se haya visto precedida de un trámite contradictorio y que pueda verse sucedida de la posible revisión en otra instancia. Pero, al fin, en los casos en que se haya impuesto la prisión provisional lo habrá sido sobre la base de datos -ellos sí **provisionales**- no obstante ser aquélla, en la realidad de sus efectos, tan definitivamente penalizadora, como bien se sabe.

Se ha denunciado con frecuencia la práctica judicial de la prisión provisional como uno de los campos en que más deficiente resulta ser el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones. Al margen de la incidencia de las actitudes personales en cada supuesto específico, ello obedece, en general, en una proporción significativa, al peso de la inercia de una larga tradición de falta de hábito en la materia. Baste señalar que la motivación, no obstante su papel central en la tarea jurisdiccional, sigue

⁵⁵ STC 40/87, citada a su vez en la STC 128/95.

⁵⁶ Aquí es de cita obligada la ya aludida STC 128/95.

⁵⁷ Sobre este punto remito a mis trabajos: «El ministerio fiscal entre 'viejo' y 'nuevo' proceso», en *La reforma del proceso penal*, de varios autores. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 81 y ss.; y «Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal», en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*, de varios autores. Cuadernos de derecho judicial; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 1995 y ss.

sin ser objeto de una disciplina específica: no se enseña, que es una de las razones por las que, en muchos casos, seguramente no llegará a aprenderse nunca.

Pero, no obstante esto, hay otra razón que grava notablemente el cumplimiento del deber de motivar⁵⁸ las decisiones relativas a la prisión provisional. Es la dificultad técnica de hacerlo, es decir, de hacer explícitas las verdaderas razones de aquéllas. Y, siendo éstas **confesables**⁵⁹, por legales, la dificultad de conseguir que en el discurso motivador resulten convincente o verosímilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia.

En el plano jurídico-formal, cuando se acepta esa compatibilidad de principio, la cuestión no puede ser más clara. Dicho con Grevi, «se trata de evitar que la garantía de la motivación pueda ser sustancialmente eludida -lo que no es raro que suceda en la práctica- mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso por medio de la perezosa repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación»⁶⁰. Ahora bien, no resulta posible desconocer que estas prácticas viciosas que ver tienen también con la circunstancia de que, por un lado, como apuntó Carmignani y se ha demostrado, «las leyes no pueden determinar concretamente por qué indicios puede el juez ordenar el arresto del reo»⁶¹, lo que se traduce inevitablemente en la atribución y el consiguiente uso de una discrecionalidad difícil de justificar en concreto⁶², máxime cuando, además, habría de hacerse sin prejuizar, al menos de forma expresa; de donde el notable nivel de

complejidad que la redacción de las resoluciones por las que se acuerda la prisión provisional presenta en cualquier caso, puesto que se trata de anudar los presupuestos jurídicos que habilitan para la adopción de la medida a referentes fácticos explícitos y mínimamente objetivables y contrastables, y de hacerlo sin anticipar criterios de valoración de la cuestión de fondo y, precisamente, en un estadio preliminar de la investigación. Además, y dado que la subsunción no puede operar por simple yuxtaposición de la norma al dato fáctico, en rigor, habría de articularse analíticamente su relación. En fin, hay que insistir, todo ello debería hacerse sin quiebra del principio de presunción de inocencia, que, como se ha visto, no puede dejar de sufrir en este asunto.

Los padecimientos de este principio, ya se ha dicho, comienzan en la propia Constitución, de la que recibe el tratamiento indefectiblemente problemático derivado de la presuposición de su compatibilidad con la prisión provisional, pero con una particularidad ya aludida, que debe hacer aquí de nuevo acto de presencia: es que en los medios del procesalismo -el italiano de postguerra- que dentro de nuestro ámbito de cultura, más y de mejor forma se ha ocupado de esta materia, la circunstancia de que la Constitución italiana hubiera puesto «el acento en la calificación de no culpabilidad, [es, precisamente, lo que] abre un cierto espacio a la previsión de institutos limitativos de la libertad personal, entre los que destaca la prisión preventiva»⁶³. De donde se infiere que una proclamación en positivo de la «presunción de inocencia» como derecho fundamental, del género de la que hace suya la Constitución española (art. 24.2), no

⁵⁸ Como se sabe, uno de los requisitos establecidos por el legislador liberal para acordar la prisión provisional es la concurrencia de «motivos bastantes» (art. 503.3 de la Ley de E. Criminal). Esta exigencia, ya desde los primeros comentaristas, se ha interpretado como un plus respecto de los «indicios racionales de criminalidad» que el art. 384 pone en la base del procesamiento. Así E. Reus, (cfr. *op. cit.*, vol. I, pág. 309). Por su parte, en la misma línea, Aguilera de Paz ve aquéllos como los «elementos que puedan servir de base y fundamento a un raciocinio por virtud del cual se le considere criminalmente responsable del delito al presunto reo, y que sea suficiente dicho raciocinio para que la conciencia del juez acepte la realidad de las sospechas deducidas contra él, y la convicción de culpabilidad que hasta entonces pueda apreciarse por los datos resultantes del sumario» (*op. cit.*, pág. 202).

Ya antes, J. Marcos Gutiérrez, estimulaba a los jueces a que «antes de arrestar a alguna persona reflexionen sobre la mayor o menor gravedad del delito que se le imputa, sobre el grado de prueba que hay contra ella...», en *op. cit.*, vol. I, pág. 210.

⁵⁹ Ya se ha señalado que el criterio de la «peligrosidad», siendo legal, parece haber sido expulsado del discurso explícito del Tribunal Constitucional.

⁶⁰ V. Grevi, *op. cit.*, pág. 149.

⁶¹ En *Elementos*, cit., pág. 250.

⁶² Piénsese en la dificultad de verbalizar razonadamente en el caso concreto un pronóstico como el de que el imputado «no tratará de sustraerse a la acción de la justicia».

⁶³ V. Grevi, *op. cit.*, p. 39. Frente a la propuesta de Manzini en favor de la fórmula: «Se presume la inocencia del imputado...», el comité de redacción «consideró oportuno adoptar una fórmula **menos drástica**». (Cfr. V. Falzone, F. Palermo y F. Cosentino (eds.), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Mondadori, 1976, pág. 98. (La cursiva es mía).

puede sino llevar consigo la cancelación o la drástica limitación de ese espacio, haciendo todavía más ostensible la aporía.

Ello implica que, en el caso español, la contradicción lógica tenga también un (todavía más) visible estatuto **constitucional**, puesto que la Constitución entra en llamativo y explícito conflicto consigo misma. Ahora bien, el hecho de que esa contradicción lógica se haya proclamado inexistente, o, mejor, irrelevante, por el Tribunal Constitucional, al declarar la legitimidad del uso -aunque no de cualquier uso- de la prisión provisional y su compatibilidad con la presunción de inocencia, no pacifica por eso la cuestión, ni puede eliminar las sombras que se agolpan sobre la misma y su repercusión en la conciencia del juez intérprete. Pues, sin desconocer, naturalmente, ni un ápice de su valor positivo a la Constitución, lo cierto es que ni el constituyente quiso, ni hubiera podido, arrogarse el papel del carrolliano Zanco-Panco, de **Alicia a través del espejo**⁶⁴; ni el texto fundamental, ningún texto fundamental, podría clausurar el horizonte axiológico, cerrando la puerta a la crítica del orden positivo desde una perspectiva **externa**; ni tampoco impedir que ésta se filtre -como factor de conflicto- en el momento aplicativo, complicándolo extraordinariamente.

Para concluir

Una reflexión como ésta tiene necesariamente que cerrarse con la convicción de que el trabajo de quien administra un instituto tan contaminado de ilegitimidad, y tan contaminante, como la prisión provisional, termina siendo, inevitablemente y aun en el mejor de los casos, **trabajo sucio**.

El juez penal que no esté dispuesto a engañarse ni engañar, ha de asumir con toda lucidez esta dimensión de la realidad de su oficio. No hacerlo así sería protagonizar una vergonzosa huida del conflicto, ya por cerrar los ojos -cosa bien difícil- a la verdadera naturaleza de la prisión provisional, o bien por la expulsión **de facto** del polo problemático del discurso:

el exigente principio de presunción de inocencia, actuando **como si** no existiera. Creo, no obstante, que hay una razonable y productiva tercera vía, no para salir de la contradictoria situación (lo que no es posible), sino para vivir en ella con cierto **productivo** realismo. Es una vía que no lleva a la resolución de la aporía, que evidentemente no está al alcance del juez, puesto que es sistémica, sino que, siendo ésta irresoluble, pasa por la necesidad de tenerla activa y lúcidamente presente.

Se trata, en suma, de reconocer que no existen prácticas **limpias** de la prisión provisional; ni siquiera cuando se producen mediante el uso de ese relativamente sofisticado instrumental de origen jurisprudencial a que se ha hecho referencia, pues, del principio al fin, la prisión provisional es siempre y ya definitivamente pena. Y es, precisamente, anticipando **de iure** y **de facto** ese momento punitivo como cumple el fin institucional que tiene objetivamente asignado.

Pues bien, sólo actuando con esa (**mala**) conciencia resultará viable -y no cabe duda que en esta labor serán de utilidad aquellos estándares idealmente racionalizadores- limitar, no ya dentro de lo posible, sino tendiendo siempre reflexivamente hacia lo **imposible**, el empleo del terrible instrumento, que, además -cierto que éste sería **otro** tema-, al dotar al insatisfactorio **statu quo** procesal de su conocida eficacia en términos de control social inmediato, contribuye activamente a la perpetuación del mismo en sus constantes actuales. Así, en esta materia, la **mala conciencia del juez** vendría a desempeñar el cometido de una atípica y última garantía del imputado, de carácter cultural. Porque, en efecto, la prisión provisional, más que, como ha escrito Asencio Mellado⁶⁵, «necesaria en la medida en que resulta **includible para garantizar el proceso penal**», lo es para asegurar la viabilidad del actual degradado modo de ser real **de este** proceso penal⁶⁶, que descansa ostensiblemente en la «confusión entre poder final y poder instrumental [y en la] **contaminatio** entre proceso y pena»⁶⁷. Si el proceso penal vigente en la generalidad de los países, puede permitirse ser como es, o sea,

⁶⁴ La referencia es al conocido pasaje: «Cuando yo uso una palabra -insistió Zanco Panco con un tono de voz más bien desdeñoso- quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos» (L. Carroll, **A través del espejo y lo que Alicia encontró al otro lado**, trad. y prólogo de J. Ojeda, Alianza Editorial, Madrid, 1973, pág. 116).

⁶⁵ En **op. cit.**, pág. 136.

⁶⁶ G. Pisapia ha hablado al respecto de «**expediente práctico** en un sistema procesal que no dé garantía de pronta solución (...) y no puede dar a la institución de la prisión provisional un fundamento racional ni una verdadera y propia justificación jurídica». «Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale», en **Criteri direttivi per una riforma del processo penale**, Convegno di studio «Enrico de Nicola», Giuffrè, Milán, 1965, p. 95.

⁶⁷ G. De Luca, «Principi costituzionali di libertà e istruzione formale», en Atti del convegno nazionale di studio su **I problemi della istruzione formale**, Bolonia, 1973, pág. 3, cit. por M. Nobili, «La procedura penale tra 'dommatica' e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica», en **La Questione Criminale**, N° 1 de 1977, pág. 87.

mantener el extraordinario grado de infidelidad al modelo ideal-constitucional, el impresionante nivel de disfuncionalidad y divergencia respecto de los fines proclamados en ese plano, que le caracteriza, es porque

la prisión provisional -y con ella el proceso- ocupa, en notable medida, y no de manera accidental, el lugar de la pena, y absorbe buena parte del papel represivo que a ésta jurídico-formalmente le corresponde.



VENDEDORAS DE POLLOS: *Francisco Amighetti.*