

La prisión preventiva como equivalente funcional de la pena

Por Julio Gonzalo Miranda[1]

1. Cuestiones preliminares [\[arriba\]](#)

A partir de reconocer que la fundamentación de la prisión preventiva 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-temporal[2] que no atiende a la perspectiva de la equivalencia aflictiva entre 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 preventiva y la pena de prisión. Es decir, cuáles son los perjuicios que sufre el sujeto sometido a prisión preventiva, valorando en qué medida son equiparables a los propios de la pena de prisión[3]. Luego referiré a la teoría de los equivalentes funcionales de la pena como posible marco teórico especialmente adecuado 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 infligido.

2. La identidad en las consecuencias del encarcelamiento preventivo y la pena [\[arriba\]](#)

El abono o el cómputo del tiempo en prisión ha venido siendo la prueba de la equivalencia entre la prisión preventiva y la pena[4]. Los códigos penales de

nuestro sistema establecen que el tiempo de duración de la prisión preventiva se abona en su totalidad en caso de condena a pena privativa de libertad, en la causa en que dicha privación haya sido acordada[5] 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[6].

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 suficientemente relevante para generar una distinción y describir de modo diverso las distintas categorías de encarcelamiento[7].

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 pena[8]. 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 produce[9].

El Tribunal Constitucional Español sostuvo que la situación de prisión preventiva tiene un mayor contenido aflictivo que la pena de prisión[10]. Para reconocer la mayor aflicción que conlleva, también el Tribunal Supremo -sin especificar en qué concretos perjuicios se materializa- consideró suficiente la privación potencial de derechos que sufre el preso preventivo[11].

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 preventiva significa una pérdida de expectativas que ya supone un perjuicio mayor[12].

El encarcelamiento siempre va a ser el mismo porque se van a recrear en él los mismos padecimientos, el distanciamiento afectivo, los traumas psico-físicos[13], 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 preventiva “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 aquella[14].

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 preventiva para el sospechoso encarcelado[15].

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 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 libertad[16].

La prisión preventiva no permite llevar a cabo una labor resocializadora (o, al menos, “no desocializadora”), ya que está limitada cualquier intervención en tal sentido en el ámbito penitenciario sobre el sujeto aún no condenado. Si se analiza la vinculación de la teoría de la prevención especial negativa de la pena con la prisión preventiva, 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 de comunicación, 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 sociedad[17].

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, etc[18].

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 tanto para el sujeto como para la comunidad de un modo unificado al de la propia pena[19].

Por todo ello, la capacidad desocializadora de la prisión preventiva no es menor que la de la pena de prisión, especialmente cuando la primera se prolonga durante varios meses o años[20] a lo que se suma la incertidumbre del interno preventivo sobre su situación jurídica.

El mundo circundante olvidará acaso que el sujeto fue condenado o absuelto tras un juicio, pero no que “estuvo en la cárcel”[21]. Ello se maximiza, en los casos más publicitados, por la condena social y la realización de juicios paralelos, escenario donde 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 condenado[22].

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 tecnológicos[23] o por las trabas o inconvenientes para acceder y seleccionar los medios de prueba que son mayores a las que se le presentan a 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 Estado[24], con lo que en la sentencia pueden jugar razones de psicología social que influyen en las decisiones judiciales. Es decir, que si se ha dictado prisión preventiva será más difícil que se absuelva a esa persona.

En esa línea, si estudiáramos el sesgo confirmatorio en los jueces, fuertes intuiciones llevan a creer que 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 [\[arriba\]](#)

La prisión preventiva, 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 (mediante el cómputo 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 preventiva 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 coincidencias[25].

La apreciación consiste en primer lugar en identificar acontecimientos que tengan una finalidad análoga a una determinada herramienta[26] -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”[27]).

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 primera[28].

Por ello, pese a que autores como Castellví Monserrat sostienen que la prisión preventiva no es una sanción porque su fin no es castigar[29], ello parece recrear la idea del “fraude de etiquetas” que con buenos argumentos denuncian Ferrajoli[30], Andrés Ibáñez[31] y Bovino[32].

Además, nada nos aporta la distinción teleológica para reconocer la afectación 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 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[33].

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’[34].

Luego de evaluarse las finalidades de uno y otro instituto -labor que excede el presente trabajo- deben distinguirse las funciones manifiestas y latentes[35]. Más allá del discurso jurídico que asigna a la prisión preventiva 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 fines[36]. Y aun cuando, sin poder ser ello 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 ella[37], 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 alguna de las dimensiones sea completa o incompleta[38]; y d) que la asimilación puede haber sido ya institucionalizada[39] (en mayor o menor medida) o no[40].

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.

4. Conclusiones [\[arriba\]](#)

La prisión preventiva es, por tanto, un equivalente funcional de la pena[41] 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 la dimensión aflictiva es completa -incluso la sobrepasa- y con la dimensión simbólica lo es en un modo que no puede determinarse cuantitativamente pero que resulta evidente; y d) la asimilación puede considerarse ya institucionalizada a partir de la determinación legal del instituto cautelar y del cómputo reconocido (y también con la consideración de la proporcionalidad en relación con el presupuesto material).

Así, a la hora de evaluar la prisión preventiva, la utilidad de esta teoría vendrá dada, en cuanto aquí interesa, no solo a obtener argumentos limitadores de la pena[42], sino que el beneficio del análisis vendrá dado también por 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 preventiva (en un análisis previo a las consecuencias “reparadoras” que luego de ello puedan 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 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 intramuros[43] y la propia “pena del proceso” reconocida, entre otros, por Pastor[44], se incorporan sin dificultad a la dimensión aflictiva ya que la propia “carga” del proceso penal[45], 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 detención[46], el componente aflictivo de la actuación estatal ya es alto a partir de la privación de derechos sufrida durante el proceso[47], y es mayor aun cuando es utilizada para ello la prisión preventiva. 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 que no se trata de pena en sentido estricto o formal[48], muestra una auténtica equivalencia funcional con su dimensión aflictiva y, parcialmente, con la simbólica[49].

Como señala Bovino la metáfora de los fines procesales no distingue lo que en el mundo es igual: tanto el encarcelamiento preventivo como la pena son medidas represivas[50].

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[51], y pese a que para otros como Castellví

Montserrat la prisión preventiva no sería una manifestación del ius puniendi porque carece de la finalidad aflictiva que caracteriza a las sanciones[52], 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 inocentes[53].

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 desaprobado[54].

Y al momento de decidir la prisión preventiva 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 a la presunción de inocencia[55].

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 condenatoria dictada. Ahora bien, normalmente la equivalencia será incompleta, por lo que deberá tener lugar una rebaja de la pena ejecutable[56] en una medida de cuantificación que deberá determinarse legislativamente.

Notas [\[arriba\]](#)

- [1] Julio Gonzalo Miranda. Doctor en Derecho -Universidad de Barcelona-; Fiscal General Federal -Argentina-; contacto: gonza_miranda@hotmail.com.
- [2] 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.
- [3] En similar empresa, 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.115.
- [4] Lo cuestionan Sergi, N., “Límites temporales a la prisión preventiva”, en Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 121; Ragués i Vallés, “¿Realmente..?”, p. 131; 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. 299.
- [5] V.gr. art. 58 CP español.
- [6] En este caso es necesario que el delito enjuiciado fuera previo a la prisión preventiva padecida. Es decir, el mal ha de ser posterior a ambos hechos delictivos y haber sido padecido por uno de ellos.
- [7] Dei Vecchi, D., Peligrosidad judicial y encarcelamiento cautelar, Ed. Ad-Hoc, 2015, p. 50.
- [8] Cfr. Ragués i Vallés, “¿Realmente..?”, p. 116.
- [9] Vacani, La cantidad de pena..., p. 341.
- [10] 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 aflictividad- 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”.
- [11] 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.
- [12] 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.
- [13] 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 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./Lleopard, 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 preventiva 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.

[14] Landrove Díaz, G., “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, EPC, n° 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”.

[15] 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.

[16] 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”.

[17] 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. 270.

[18] Ibidem, p. 271.

[19] 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, G., “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, EPC, n° 7, 1982-1983, p. 286.

[20] 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”.

[21] Similar, Landrove Díaz, “Prisión preventiva...”, p. 286.

[22] Investigaciones sobre el efecto de sanciones informales (como es el estigma) han demostrado que en algunos casos estas son más importantes que las sanciones legales formales. Cfr. Sánchez Otharán, Protección penal..., p. 270.

[23] 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

inriminatorias 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 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 renunciaciones a defenderse y los reconocimientos de culpabilidad.”

[24] 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.

[25] 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, J.-M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2018, p. 119. Otros autores como 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. 136; Ragués i Vallés, “¿Realmente..?”, pp. 115 ss.; 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; 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 preventiva o la reparación de la víctima, y otros, lo han abordado desde la dogmática como 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, 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. 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, 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. 7. También Sanguiné, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 351 ss. y Vera Sánchez, J. S., “Algunas variables Político-Criminales del proceso penal”, *Revista de Estudios penales y Criminológicos*, n° 35, Universidad Santiago de Compostela, 2015, 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.

[26] 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.

[27] V. gr., Dei Vecchi, Peligrosidad..., p. 93.

[28] Silva Sánchez, Malum passionis..., p. 119.

[29] En este sentido Castellví Monserrat, C., “Decomisar sin castigar”, InDret 1/2019, 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.

[30] Ferrajoli, L., Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 552.

[31] 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.

[32] Bovino, A., “Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo”, Foro: revista de derecho 8 (II Semestre), 2007, p. 34, quien utiliza el término “muletillas”.

[33] V.gr., en el sistema español, que aún contempla las razones de “evitación de reiteración delictiva”,

[34] Dei Vecchi, D., “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”, Revista de Derecho, Vol. XXVI, N° 2, Diciembre 2013, pp. 202-203.

[35] 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.

[36] Sanguiné, Prisión provisional..., pp. 257-258.

[37] 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 preventiva en esta.

[38] 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.

[39] ‘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.

[40] Silva Sánchez, Malum passionis..., p. 119.

[41] El carácter de la prisión preventiva (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.

[42] 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.

[43] Vacani, *La cantidad de pena...*, pp. 97 ss.

[44] 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.”

[45] Silva Sánchez, *Malum passionis...*, p. 150.

[46] 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.

[47] Entre otras, en España, 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 preventiva, 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).

[48] Castellví Monserrat, “Decomisar...”, p. 29, sostiene que, aún sin negar la evidente privación de derechos que supone su imposición, no por la mera aflicción que sufre el individuo debe admitirse que medidas cautelares como la prisión preventiva sean consideradas como sanciones. Por ello, aunque la prisión preventiva tenga un contenido aflictivo, para este autor no es una sanción porque carece de finalidad aflictiva.

[49] 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 aflictivo adicional y contrario a Derecho que no se mueve en la dimensión simbólico-expresiva de la pena sino en la dimensión fáctico-aflictiva de esta.

[50] 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.

[51] Vitale, G., *Encarcelamiento de presuntos inocentes: Hacia la abolición de una barbarie*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 59. En idéntico sentido Kees, J.M., “La peligrosidad en las medidas personales de coerción”, *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 2007, 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.

[52] Castellví Monserrat, “Decomisar...”, p. 58.

[53] Bovino, *Aporías...*, p. 35.

[54] Pérez Barberá G., “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la

pena”, InDret 4/2014, p. 3.

[55] Pastor, D., “Ecolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, Revista Nueva Doctrina Penal, Tomo 1996/A, Ed. del Puerto, Buenos Aires, p. 287.

[56] 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, 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. 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.