

Origen y críticas del fundamento cautelar de la prisión preventiva

Por Julio Gonzalo Miranda[1]

Introducción [\[arriba\]](#)

Suele sostenerse que la cultura legal responde solo a sus componentes teóricos y comprende preferencialmente los desarrollos que la doctrina ha elaborado, dejando fuera los valores, las creencias y los prejuicios. Sin embargo, pese a que estos no siempre son formulados conceptualmente guían, en los hechos, el comportamiento de los actores.

Por ello muchos de los cambios que han incrementado el uso de la prisión preventiva tienen su origen “fuera de la cultura legal y se imponen a esta por medio de decisiones legislativas” que a la vez son originadas por las presiones ejercidas por actores políticos y medios de comunicación[2].

Puede afirmarse entonces que en una comprensión cabal de la cultura jurídica entendida como el sustrato que desde la mentalidad de los individuos sostiene sus hábitos y prácticas, la presión ejercida por el clima que se ha descrito no resulta extraña a las prácticas efectivamente vigentes[3].

Ahora bien, de conformidad con la mayoría de los bloques constitucionales, integrados por las Constituciones, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación (Tribunales Superiores de los Estados, TEDH y Corte IDH), la prisión preventiva ha sido entendida como la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral[4].

De allí la premisa procesal vastamente sostenida de que la aplicación de una medida cautelar durante el proceso no reviste tensión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia sino que se ampara en una concepción meramente cautelar ligada con la potestad más fuerte del Estado de garantizar la realización de los juicios criminales y la efectiva concreción de la eventual pena a que se arribe tras un juicio.

La naturaleza del principio de inocencia tiene relación directa con la prisión preventiva en su dimensión de regla de tratamiento del imputado. Pero también la cultura social conoce acerca de la actividad procesal y a su vez repercute en la consideración de la prisión preventiva y sus funciones, debiendo tomar protagonismo en dicha área la función pedagógica de la presunción de inocencia.

Dedicaré el presente trabajo a analizar el instituto procesal desde sus fundamentos iniciales con una visión crítica de su justificación. Para ello, identificaré las principales posturas.

Comenzaré observando la historia de la institución y las razones que indican que su fundamento legítimo es meramente cautelar pese a que en la práctica se observen desviaciones.

1. Los orígenes históricos del encarcelamiento previo a la sentencia [\[arriba\]](#)

No existen elementos que permitan afirmar ni desmentir el uso de la prisión preventiva por parte de las sociedades existentes en la Edad Antigua.

Con respecto a la sociedad griega (a partir del año 480 a.C.) si bien se ha afirmado que descartaba el uso del encarcelamiento preventivo[5], también se ha verificado que en tal período la prisión se utilizaba en tres sentidos: como pena, como medida de espera del juicio (para delitos especialmente graves, para sorprendidos in fraganti, y cuando no pagaban la fianza impuesta), y para obligar a los deudores al pago de deudas[6].

El origen verificado de la prisión preventiva se puede encontrar más claramente en la época de la civilización romana[7]. Aun existiendo discusión entre los historiadores del derecho respecto del uso de la prisión como pena, no la hay en torno a su utilización para retener al acusado antes del juicio[8].

La llamada “vincula”[9] fue especialmente considerada en el período monárquico, siendo la regla para la mayoría de delitos, mientras que en el período de la República (509 a.C. a 29 a.C.) se multiplicó el uso de la fianza (fideiussio[10]) para liberar al acusado[11]. La detención se utilizaba para evitar la huida del pendiente de juicio o del que esperaba la condena a muerte o la ejecución de la pena por estar confeso sustentada en la elevada probabilidad de que se produjere la condena[12]. En la mayor parte de los casos afectaba a los extranjeros, soldados, esclavos y ciudadanos de clases bajas, traidores y prisioneros de guerra[13].

En la época del Imperio (29 a.C.-476 d.C.) incluso se permitió que el damnificado tuviera bajo su custodia al acusado para los delitos privados -delicta-[14]. La prisión mantuvo la finalidad de asegurar la ejecución de la condena para los confesos[15], mas existió un período, entre el año 29 a.C. y el 17 a.C., en que a los ciudadanos romanos no se les podía imponer arresto provisional[16].

El Código de Justiniano[17] recogió una serie de “garantías”, análogas a las actuales de jurisdiccionalidad, duración máxima de prisión[18], y una suerte de habeas corpus[19].

Debe diferenciarse la Alta Edad Media (711 d.C. hasta fines del S. XII), donde proliferaban los Fueros -lo que implicó una multiplicidad de regulaciones con respecto a la prisión preventiva[20]- y la cárcel seguía siendo considerada fundamentalmente un lugar de custodia para evitar la fuga[21], de la Baja Edad Media -en que se intentó superar ese localismo jurídico propio de los fueros municipales-, siendo Las Siete Partidas la obra más importante en el territorio peninsular hispano[22].

Aquí surge el germen de la utilización de la cárcel no solo para retener a acusados a la espera del juicio sino también como un tipo de pena (aunque limitada para siervos, no para hombres libres), hasta que en el S. XVIII su empleo se consolidó como forma de cumplimiento de pena.

Desde la Baja Edad Media y durante la Edad Moderna (1492 a 1808) el Tribunal del Santo Oficio o Inquisición, destinado a la persecución y castigo de delitos contra la fe, se destacó por la utilización -como regla- de la prisión para poder someter a tortura al acusado con el objetivo de obtener su confesión. Por ello esta prisión no

era preventiva ni punitiva, sino coactiva[23] como forma de obtención de pruebas y, en gran medida, aflicción inmediata de quien ya se consideraba “semiculpable”[24], confundiendo la figura del imputado con la del reo, de quien se pretendía que se juzgara a sí mismo mediante el arrepentimiento que presuponía la culpa[25].

La Inquisición incluyó a la cárcel dentro de las penas que podía imponer, a diferencia de la jurisdicción penal común donde aquella mantuvo las mismas características que en la Baja Edad Media (mera aplicación cautelar o de custodia, limitada a los delitos graves en que concurría un riesgo de fuga)[26].

Ahora bien, el cambio de paradigma identificado con la época ilustrada inauguró el desarrollo del derecho a la presunción de inocencia, y el reconocimiento del principio *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, que dio origen al Derecho penal moderno[27].

El Iluminismo estableció también las bases de justificación de la “concepción cautelar” de la prisión preventiva[28], que daría respaldo para que las legislaciones incluyeran al peligro de fuga y al riesgo de alteración de pruebas como fundamentos legítimos para su dictado.

Con la consolidación de los Estados constitucionales[29] se desarrolló el uso de la restricción de la libertad ambulatoria para los individuos sospechosos de la comisión de delitos con un fundamento cautelar pese a que no fue siempre establecido con tal función[30]. Una vez aceptado este como sustento principal de la decisión se mantuvo como medida de la misma, aun con variantes respecto al contenido particular que legalmente avala la restricción ambulatoria antes de la sentencia.

Beccaria, Carrara y otros autores liberales clásicos[31], aun reconociendo que la prisión preventiva vulneraba la presunción de inocencia y configuraba una pena anticipada, admitían su procedencia bajo algunos supuestos, criticando habitualmente su duración, sus excesos y desviaciones[32]. Ferrajoli[33] considera que fue así como el pensamiento clásico acabó por justificar la utilización de la prisión preventiva ante diversas necesidades.

Recordemos que la prisión logró su afirmación como pena dominante entre los S. XVIII y XIX. En la época de los pensadores clásicos, las principales penas aplicables eran las pecuniarias, las corporales, la pena de muerte y las penas infamantes[34].

Por ello, el pensamiento clásico, si bien sentó las bases de los futuros discursos legitimantes de la prisión preventiva, y aún recibe críticas por ello[35], lo hizo en un contexto en el cual el uso de esta medida de coerción procesal resultaba sustancialmente menos lesiva que las graves penas que se les imponían a los condenados, con lo que respetaba una vertiente de proporcionalidad[36].

Pese al cambio ilustrado, la tensión entre la regla de tratamiento del imputado como inocente y la detención preventiva no fue resuelta. La prisión preventiva nunca fue dejada de utilizar ni ha sido masivamente demandada su abolición a lo largo de los siglos en que se desarrolló el sistema judicial penal que, aun con modificaciones progresivas, hoy rige.

La inclusión de la presunción de inocencia en distintos tratados internacionales de DDHH[37] en el S. XX y a partir de allí su establecimiento definitivo y su previsión normativa en las constituciones y en los códigos procesales orientados de acuerdo a los principios del estado de derecho -que ya venían legislando el instituto desde el siglo anterior-, reforzó el fundamento cautelar pero nunca autorizó explícitamente la anticipación de una pena a la sentencia.

Sin embargo, la interpretación restrictiva que tanto la Corte IDH como el TEDH han hecho de la prisión preventiva, no resultó eficiente contra su uso masivo, ya que en la práctica puede verificarse un exceso frente al fundamento estrictamente garantizador de los fines del proceso[38].

Asimismo la concepción y configuración de la prisión preventiva sufrió un “paréntesis suspensivo” importante durante la vigencia de los regímenes fascistas y gobiernos autoritarios, en particular en Alemania[39] e Italia, que ahondaron el giro opresor[40].

Más allá de tales interrupciones, la concepción cautelar del encarcelamiento previo a sentencia se vio reforzada en las legislaciones sobre el final del S. XX y principios del siglo actual a partir de los procesos de reforma procesal que profundizan el modelo acusatorio y la oralidad e intermediación de las investigaciones.

Para completar el desarrollo histórico cabe agregar que más allá de la positivización que se consolidó y la estandarización que siguió a la suscripción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el S. XX desarrolló como aporte a la demarcación de la grave medida la limitación temporal del encarcelamiento preventivo[41].

Por otra parte, el Derecho penal, orientado hoy a la prevención de riesgos, ha modificado el concepto procesal poniéndolo a su servicio, dirigiéndolo con aval normativo también a la evitación de riesgos futuros en algunos sistemas cuando, v.gr., se concibe a la prisión preventiva como obligatoria para ciertos delitos y al haberse añadido con posterioridad a la segunda guerra mundial, la finalidad de proteger bienes jurídicos por su intermedio, fundamento que no se vincula al de aseguramiento preventivo con el sentido cautelar con que el instituto fue concebido[42].

2. La regulación de la prisión preventiva [\[arriba\]](#)

Las constituciones decimonónicas[43], sobre la base de los principios de la Ilustración, desterraron el uso de la prisión preventiva con una finalidad coactiva aboliendo el tormento y destacando su carácter excepcional, limitándola a aquellos delitos que tuvieran señalada pena de prisión y para la consecución del único fin de evitar la fuga. Asimismo fomentaron que la situación ordinaria del procesado en espera de juicio fuera la de libertad bajo fianza.

Las razones necesarias para el dictado de la medida se encuentran incorporadas en los códigos que regulan el proceso en nuestro ámbito. Ejemplos de ello pueden observarse en los CPP de Argentina, Chile[44], Colombia[45], Perú[46] y Uruguay[47] y en la LECrim española[48] (por citar solo algunos en el ámbito hispanoamericano) que intentan dar sustento de legitimidad al encarcelamiento durante el proceso frente a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad

ambulatoria constitucionalmente consagrados, a partir de redacciones legislativas que, con mayor o menor precisión, señalan a los jueces en qué supuestos corresponde cautelar al acusado.

En el área procesal penal se ha sostenido que la finalidad esencial de la prisión preventiva no puede ser otra que la de garantizar la presencia del investigado en el acto del juicio oral, puesto que la prueba ha de surgir bajo la vigencia de los principios inherentes al proceso penal (inmediación, contradicción, oralidad y defensa), de manera que, si el acusado no está presente, el juicio no se puede celebrar salvo supuestos muy excepcionales[49].

Esta doctrina sostiene que debe reforzarse el carácter cautelar de esta medida en un sentido tanto negativo (o de derogación de los estándares que nada tengan que ver con dicha naturaleza y sí con los sentimientos sociales de vindicta o de prevención, tales como la “alarma social” o el grado de “frecuencia” de comisión de determinados delitos) como positivo (consistente en circunscribir materialmente la adopción de la prisión preventiva exclusivamente al peligro de fuga para el imputado)[50].

En Argentina, el Código Procesal Penal Federal, de progresiva aplicación, contempla en sus arts. 220 y 221 al peligro de fuga y al peligro de entorpecimiento como posibles razones adjetivas para decidir la detención durante el proceso.

La orientación cautelar es la que se percibe asimismo en la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales que, siguiendo la de la Corte IDH y el TEDH, subordinan el uso legítimo de la prisión preventiva 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”, advirtiendo continuamente que “lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena”[51].

La CN argentina contiene, a semejanza del art. 9 DDHyC, en un mismo art. -el 18- la prohibición de la aplicación de la pena estatal sin sentencia judicial previa y definitiva de condena, y una referencia al “arresto” (que no debe ser sino en virtud de orden escrita de autoridad competente) del que algunos autores desprenden una autorización constitucional ante la necesidad del proceso penal de encarcelar preventivamente en algunos casos[52].

Las normas vigentes presuponen la aceptación de que la prisión preventiva debe ser concebida y aplicada como una medida cautelar. Las disposiciones supranacionales así como la jurisprudencia que las interpreta y aplica no dejan espacio para las dudas en cuanto a su fin último[53] aunque, como veremos, algunos de los fundamentos habilitados legalmente para su dictado y la interpretación que de ellos realizan los Tribunales aún reflejan motivos sustantivos o preventivos.

3. La naturaleza cautelar [\[arriba\]](#)

Como se ha visto, la concepción cautelar como construcción dogmática significó un avance en materia de derechos frente a prácticas que utilizaban el encarcelamiento como medida punitiva (concepción sustantivista) mayoritariamente aceptada previo a la época liberal clásica. Pese a ello, la

finalidad ya se encontraba en la máxima de Ulpiano “carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet”[54].

La consolidación de la naturaleza cautelar como fundamento de la restricción de la libertad ambulatoria se reflejó en la motivación de la decisión basada en los presupuestos análogos a los de las medidas cautelares en materia civil (fumus boni(s) iuris y periculum mora) que, en el orden penal, están comprendidos por el fumus commissi delicti y el periculum libertatis[55].

Sin embargo, algunos autores se muestran escépticos en admitir la posibilidad de trasplantar y adaptar al proceso penal la teoría de las medidas cautelares que doctrinalmente ha sido creada, aceptada y transmitida durante las distintas generaciones y países para el proceso civil, ante los principios diferenciados que regulan ambas materias[56].

La consideración de la legitimidad de la prisión preventiva solo en tanto y en cuanto sea considerada una medida cautelar[57], la distingue -al menos en un plano semántico- de cualquier medida punitiva y con ello intenta alojarla fuera del umbral prohibitivo de la presunción de inocencia[58]. Tal fundamento blindaría al instituto ante las exigencias constitucionales pese a que, de cualquier modo, debe verificarse si en todos los casos se cumple.

Por ello, el difícil intento de reconocer en la actualidad a la prisión preventiva un fundamento procesal (y no penal-sustantivo) suele partir de la afirmación de la presunción de inocencia y de su reconocido carácter central como inspirador de la disciplina constitucional del proceso, que impone una consideración de los preceptos que la definen dirigida a dotar a la medida de una funcionalidad instrumental al servicio de aquel[59].

Así, los autores contemporáneos, como lo hacían los pensadores de la Ilustración, afirman, generalmente, que la prisión preventiva es compatible con la presunción de inocencia solo si el encarcelamiento se dirige a ciertas finalidades concretas no punitivas.

Tanto entonces como ahora la prisión preventiva no es considerada pena en la legislación y por ello no está prohibida y además está justificada. Su finalidad marcaría el límite entre la legítima reglamentación del derecho constitucional a la libertad durante el proceso y su ilegítima alteración[60]. Pese a ello, es abundante la literatura que reconoce a la medida cautelar personal como una verdadera pena anticipada[61].

La concepción cautelar, tal como se manifestó, se caracteriza especialmente por asumir que la prisión preventiva es, de hecho, conceptualmente distinta respecto a la prisión como pena y como tal responde al cumplimiento de unos fines, típicos de este tipo de resoluciones, orientados a asegurar el proceso y la ejecución de la eventual sentencia[62].

La distinción se sostiene, al menos en principio, como mera consecuencia de identificarse y describirse dos fenómenos diversos dadas diversas propiedades externas. Es decir, ciertas características distintivas, relevantes conceptualmente, que la pena y la prisión preventiva presentan desde el punto de vista empírico[63].

La configuración de la prisión preventiva como medida cautelar viene dada entonces por ese fin primordial (único que es considerado legítimo para una buena parte de la literatura[64]) de asegurar la presencia del imputado en el proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y el sometimiento a la ejecución de la presumible pena a imponer[65], garantizando la realización del juicio y conjurando ciertos riesgos que aseguren la efectividad de la sentencia, marcando así su consustancial instrumentalidad respecto de aquel[66].

Suelen afirmarse como propias de las medidas cautelares en general, las características de jurisdiccionalidad[67], temporalidad[68], instrumentalidad[69] y homogeneidad[70]. De allí que la naturaleza jurídica de la prisión preventiva se reconduce a la de las medidas cautelares penales de naturaleza personal[71].

Las medidas de coerción procesal (sean reales o personales) se basan en un pronóstico de mera probabilidad (sospecha) y tienen por objeto el aseguramiento de los fines del proceso; por eso se dicen “cautelares” del concreto proceso en que se adoptan. Así, la coerción material puede caracterizarse como “final y definitiva”, mientras que la coerción procesal es, por definición, “instrumental y provisoria”[72].

La doctrina procesalista mayoritaria admite la prioridad que la función cautelar tiene en la prisión preventiva en estos términos instrumentales tanto en los países de Europa occidental como en Latinoamérica[73]. En esa clave de lectura, el dato de la gravedad del delito podrá ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado vaya a tratar de sustraerse a la acción de la justicia, impidiendo la andadura procesal, en particular la investigación, pero no como un adelanto de pena o como un pacificador social[74]. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado, ya que tales consideraciones responderían -caso contrario- a una consideración del derecho penal de autor.

Sin embargo, como se adelantó, el análisis de algunos supuestos legales de admisión de la medida pone en crisis la exclusividad de esta finalidad de aseguramiento procesal, reconociéndose una dualidad entre fines aseguratorios y preventivos, ambos de carácter provisorio[75]. Así, la cuestión se ha convertido en un problema para los jueces sobre cuyas espaldas recae el peso de dotar de contenido a esas disposiciones, sin alejarlas del cuadro constitucional[76].

Es por tanto la interpretación judicial, expresada en las decisiones pertinentes, la que determina en última instancia la identidad de la prisión preventiva en cada ordenamiento, incluido allí el supuesto de hecho relevante. Y por tal motivo, la delimitación de los supuestos, así como el modo de acreditar los mismos deben venir realizados del mejor modo posible por la legislación sobre la base de los fundamentos político-constitucionales considerados legítimos, limitando de esa forma la discrecionalidad judicial[77].

En este marco, Pastor acepta la utilización de la prisión preventiva pese a que en un principio suscribía una posición “filo-abolicionista”, considerando hoy al instituto como parte de la esencia misma del proceso, el cual no podría desarrollarse sin el imputado[78].

Ferrajoli ha señalado críticamente la prisión sin juicio y la afectación al principio de inocencia. Sin embargo, al igual que Pastor, no reniega de la posibilidad de

imponer en algún caso la medida de coerción sobre el imputado. De hecho, parece admitir el encierro carcelario después del juicio y antes de que la sentencia adquiriera firmeza[79].

También Bovino reconoce que una persona imputada de la eventual comisión de un hecho punible puede sufrir medidas que afectan y restringen el ejercicio y goce de sus derechos pero no tal como es entendido y justificado el encarcelamiento preventivo por la doctrina dominante en la actualidad. La cuestión, para este autor, consiste en determinar cómo se puede garantizar la protección de los fines del proceso, sin una injerencia tan violenta como la que produce la prisión preventiva. A su juicio, todo depende, esencialmente, de una reelaboración del principio de proporcionalidad[80].

Desde una postura compatibilista, la prisión preventiva de los acusados previa al juicio no debe ser la regla general, pero su libertad debe estar subordinada a garantías que aseguren su comparecencia en los actos procesales y, en su caso, para la ejecución de la sentencia condenatoria.

4. Las críticas al encarcelamiento cautelar [\[arriba\]](#)

Más allá del despliegue argumental y de la persistente complacencia de legisladores y jueces con la concepción cautelar, compartida también por gran parte de los juristas, parece quedar, al menos entre algunos otros, un sabor a paradoja producido al afirmarse contemporáneamente el derecho a la libertad ambulatoria, la presunción de inocencia y la legitimidad del encarcelamiento preventivo. Ello tiene como consecuencia el desarrollo de cuestionamientos que se dan, ya sea respecto de todos los supuestos en que legalmente se autoriza la medida, o ante algunos de ellos.

Tales críticas se basan en que, más allá del principio de excepcionalidad -que en la práctica se advierte vastamente ignorado-, los requisitos y exigencias materiales del encarcelamiento preventivo no funcionan habitualmente para proteger la libertad de las personas y la presunción de inocencia[81].

Así, si se observa la discusión académica, resulta evidente que la concepción cautelar de la prisión preventiva no ha logrado eliminar por completo algunas objeciones que a tal justificación podrían dirigirse.

Las críticas pueden dividirse en tres grupos: a) las que afirman la incompatibilidad de la prisión preventiva con la presunción de inocencia sin más y tildan aquella de inconstitucional; b) la basada en que, aun cuando fueren compatibles la prisión preventiva y la presunción de inocencia, ello no implica necesariamente que los fines cautelares justifiquen privar de su libertad a personas que aún no han sido condenadas, por no encontrarse demostrado que un bien (aseguramiento del proceso) valga más que el otro (la libertad individual) en cada caso; y c) la relativa a que no todos los fines alegados para encarcelar son genuinamente cautelares[82] y por ello debe desvelarse su verdadera naturaleza y erradicar los que no lo sean de la legislación y de la praxis[83].

Las refutaciones a la prisión cautelar también pueden dividirse en críticas (u objeciones) externas e internas[84]. Las identificadas como a) y b) encuadrarían en

el primer segmento. El grupo c) se incluiría en el segundo ya que cuestiona supuestos parciales de la legislación o de su aplicación.

A tales críticas puede sumarse la que, aceptando la concepción cautelar y la regulación de la misma, advierte un marcado abuso en su concreta utilización en los tribunales[85], producto fundamentalmente de la mala delimitación legal que habilita la discrecionalidad judicial y una errática utilización de los presupuestos habilitantes por parte de los magistrados.

4.1 La postura abolicionista

En Argentina, en cabeza de la postura abolicionista de la prisión preventiva, se encuentra Vitale[86]. Otros destacados autores como Pérez Barberá la han cuestionado razonablemente en el pasado[87]. Cabe señalar que la crítica se realiza desde diversos planos y argumentos (políticos, utilitaristas, eficientistas, economicistas, axiológicos, religiosos y normativos). Aún de forma desordenada aportan elementos en pos de considerar a la prisión preventiva como una pena y, a la vez, concluir con la inutilidad de aquella. El peso de estas propuestas aporta respuestas a cada una de las justificaciones de la medida y es creciente su formulación teórica.

En esta línea se han pronunciado también sobre la inconstitucionalidad del encarcelamiento preventivo autores como Ferrajoli, quien ha señalado que está demostrado que el fundamento cautelar es incapaz de reducir el desarrollo patológico de la privación de libertad sin juicio, y ello radica en su incoherencia con la proclamada presunción de inocencia, enmascarada bajo el “patético sofisma” de la naturaleza no penal del instituto que ostenta la misma debilidad que aquejó a la posición de los ilustrados[88].

Para Ferrajoli, los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; “y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por “necesidades procesales”, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por “necesidades penales”[89].

Esta cuestión ha sido objeto de análisis desde antiguo y ha permanecido vigente hasta nuestros días gracias a la discusión sostenida por diversos juristas[90] quienes, entre otras consideraciones, entienden que si se demostrase que no hay en la cumbre del sistema ningún principio que pueda entrar en conflicto con el derecho a la libertad de los imputados durante el proceso penal, habría que descartar de plano a la prisión preventiva como institución válida[91].

4.2 La ponderación de los bienes en juego

Dentro de las críticas externas también existen las posturas que cuestionan que no se evalúe seriamente si los fines de realización del proceso deben prevalecer en cada caso ante el derecho a la libertad personal.

Esta objeción, cercana a la anterior que es más extrema, proviene de aquellos que niegan que la finalidad cautelar de la prisión preventiva sea razón suficiente frente a la presunción de inocencia y ataca el argumento de fondo según el cual el encarcelamiento previo a condena está justificado por la preeminencia del valor

por él tutelado (realización y conclusión del proceso) por sobre el valor protegido por el derecho restringido (la libertad ambulatoria)[92].

El debate se centra en libertad versus necesidades procesales y, según la visión de Bovino, el constituyente ha optado, claramente, por la primera, objetivada en la presunción de inocencia, como principio estructural del derecho procesal penal -y del derecho penal en sentido amplio-, por lo que no se podría invocar la necesidad de garantizar el resultado de la investigación para restringir los alcances del principio salvo casos excepcionales[93].

Para que el fin atribuido a la medida que anula por completo el derecho protegido -la libertad ambulatoria- pueda justificar la magnitud de esa restricción, ese fin debe ser, necesariamente, axiológicamente superior a la libertad conculcada[94]. Si fuera de idéntico valor, por ejemplo, no podría justificar la anulación íntegra del derecho a la libertad del imputado, pues se debería adoptar una solución de compromiso que permitiera equilibrar la tensión entre la restricción y el ejercicio del derecho[95].

El rendimiento de la presunción de inocencia en este campo significaría entonces que se ha reconocido mayor valor a la libertad individual que a la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal[96] y dado que los fines procesales revisten menor jerarquía que la libertad ambulatoria del inocente, solo podrían permitirse, en todo caso, restricciones mínimas a la libertad del imputado, que jamás pueden asemejarse, por su intensidad o duración, a la pena misma[97].

Por otra parte, según la mirada de Bovino los tratados de derechos humanos no permiten a los Estados aplicar una medida de la calidad e intensidad del encarcelamiento preventivo sino que solo contemplan el arresto inicial para comparecer ante el juez[98]. Es decir, no está realmente habilitada en la normativa supranacional ya que, más allá de la presunción de inocencia -que es un principio limitador por definición-, no encontramos en el orden supranacional norma alguna que permita que a una persona sometida a persecución penal se le aplique una medida represiva idéntica a la pena y por la misma cantidad de tiempo[99].

4.3 La crítica interna

Finalmente, la crítica interna admite la prisión preventiva pero no en todos los casos legislados y sostiene que, por aplicación del principio pro homine, solo se debe acudir al encierro cautelar para garantizar la comparecencia al proceso del imputado y su presencia para la ejecución del fallo, ya que la función legítima de la detención judicial o encarcelamiento preventivo consiste en evitar la fuga del acusado y garantizar la ejecución de la pena corporal.

Estas objeciones (que aceptan la función cautelar de la medida) advierten y denuncian la sustantivización de motivos que son utilizados para respaldar el dictado de la decisión bajo el amparo de supuestos objetivos procesales que no son, por lo que solo en determinados casos no se estaría respetando la protección que brinda la presunción de inocencia[100].

En esta línea encontramos a los autores[101] que sostienen que los ordenamientos que mantienen motivos de adopción de la prisión preventiva que distorsionan gravemente la naturaleza cautelar de esta medida, la afectan bajo argumentos

como el “peligro de alteración del orden público” o la “alarma social” que, pese a sus orígenes espurios, permanecen anclados en la normativa.

La discusión se da fundamentalmente en orden a la causal que busca evitar la “reiteración delictiva” que persiste en algunos ordenamientos procesales, como el español[102].

4.4 El abuso judicial

Finalmente, aun regulada en concordancia con los principios así entendidos, con los recaudos formales impuestos por el ordenamiento jurídico, y con el límite temporal impuesto por la normativa interna[103] e internacional[104], se sigue aplicando abusivamente la prisión preventiva en un problema que no parece estar cerca de solucionarse[105].

Solimine[106] destaca que es en el campo de la praxis donde se observa el uso abusivo y patológico del instituto, fogueado por permanentes campañas de “ley y orden” -propias del Estado de Policía- y en cuya ejecución se violan sistemáticamente los DDHH de las personas privadas de libertad, debiendo ser este el ámbito en el que vale concentrar todos los esfuerzos para neutralizar las consecuencias negativas del instituto.

Pastor señala que en Argentina en relación con los procesos penales seguidos contra ex-funcionarios públicos “proliferan así las prisiones preventivas obligatorias, masivas, salvajes y totalmente injustificadas, la evolución de los procesos hacia sentencias condenatorias a ser obtenidas sin pruebas y sin reales oportunidades de defensa efectiva, de lo cual el mantenimiento de la prisión preventiva en fase de juicio es la demostración más notable”[107], incluyéndose estas prácticas en la doctrina del Derecho penal del enemigo.

Si estudiamos el sistema que intenta Ferrajoli, incluso la consideración más procesal de la prisión preventiva, seguiría albergando una aporía difícil de desactivar. Y, al final de cuentas, tampoco es posible eludir la evidencia de que, en rigor, ese modo de concebir el instituto no es el que se realiza en la práctica, lo que añade, en este plano, un nuevo nivel de contradicción[108].

Este resulta perceptible con toda nitidez en el razonamiento que sostiene que “lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena”[109]. Como si la dimensión definitiva e irreversiblemente punitiva de la prisión preventiva radicase en el dato externo del fin eventualmente perseguido con ella, o del modo en que este es denominado, en lugar de ser una implicación material, esencial, de la propia naturaleza del instituto, que le constituye en todo caso.

Naturalmente, la grave medida cautelar admite usos diferenciales y es susceptible de gradaciones en la intensidad de su componente de penalización inmediata. En efecto, en su utilización cabe registrar desde prácticas que se mueven incluso por debajo del estándar legal, hasta las que representan los puntos más altos de una lectura constitucional de aquel.

Pero, es evidente que, incluso en estos casos, la cuestión sigue siendo seriamente problemática, como lo demuestran las dificultades de los Tribunales para moverse

en un camino salpicado de obstáculos como los representados por los indicadores legales de "peligrosidad" y reiteración delictiva.

En cualquier caso, esos elementos conflictivos difícilmente eludibles recaen bruscamente sobre el momento judicial, haya o no conciencia de ello en quien lo gestiona[110]. Aquí toman valor las teorizaciones que aporta la psicología cognitiva y los sesgos que, como integrantes de la sociedad, los jueces poseen (especialmente el sesgo confirmatorio).

Conclusiones [\[arriba\]](#)

El repaso histórico de las razones que incorporaron la posibilidad de detener a un individuo antes de que sobre él recayera sentencia y, con su desarrollo, la evolución del fundamento cautelar de la medida de coerción más grave que puede adoptarse en el proceso penal permite actualizar y clasificar las críticas que se realizan sobre el uso abusivo de la medida por parte de los tribunales.

El reconocimiento de la exclusiva función que debe cumplir la detención preventiva, aún con razonables cuestionamientos, sienta las bases sobre las que luego puede legislarse y decidirse legítimamente la prisión antes de la sentencia.

Al descartarse las motivaciones que exceden dicho fundamento, puede debatirse con mayor utilidad y base teórica el límite de la medida tanto en términos materiales como probatorios y de duración del encarcelamiento.

Algunas críticas aún resultan plausibles, ya que incluso reconociendo el fundamento cautelar como exclusiva razón para el dictado de la medida sobre el imputado, no encuentra respuesta el argumento que pone en tela de juicio distinto valor que los principios en juego poseen en nuestro sistema.

Sin embargo, la conciencia de ello por parte de los jueces debiera ayudar a limitar la discrecionalidad y erradicar la arbitrariedad a la hora de decidir la provisional pero gravísima medida de afectación de derechos respecto de personas que deben seguir siendo consideradas inocentes hasta una eventual sentencia condenatoria.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona-; Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad Pompeu Fabra/Universidad de Barcelona; Magíster en Sistema de Justicia Penal, Universidad de Lleida; Fiscal General ante los Tribunales Orales Federales, Argentina; contacto: gonza_miranda@hotmail.com.

[2] Riego, C., "Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina". En: *Sistemas Judiciales*, año 7, n° 14, 2010, p. 8.

[3] Due Process of Law Fundation, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, <http://www.dplf.org/es/recursos/independencia-judicial-insuficiente-prison-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>, 4 de septiembre de 2013, p. 17.

[4] Cfr. Gimeno Sendra, V., "La prisión provisional y derecho a la libertad", en Barbero Santos, M., *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos*

Fundamentales. Ediciones de Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, p. 141.

[5] Alonso Fernández, J.A., Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España, tesis doctoral, UIC, Barcelona, 2017, p. 22; Gutiérrez de Cabiedes, P., La Prisión Provisional, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 38.

[6] Oliver Olmo, P., La cárcel y el control del delito en Navarra entre el antiguo régimen y el estado liberal, tesis doctoral, Universidad del País Vasco, 2000, p. 55; Alonso Fernández, Pasado y presente..., p. 23.

[7] Cfr., entre otros, Gutiérrez de Cabiedes, La Prisión..., p. 38; Ramos Vázquez, I., "Detenciones cautelares, coactivas o punitivas. La privación de libertad en el derecho castellano como instrumento jurídico", Anuario de historia del derecho español, nº 77, 2007, p. 711; Oliver Olmo, La cárcel..., p. 55.

[8] Alonso Fernández, Pasado y presente..., pp. 26-27.

[9] Derivada del verbo vincere (atar, unir), refiere a los lazos, ataduras y cadenas, o al lugar en el que se encadenaba a los sujetos.

[10] Digesto 48.3.3.

[11] Cfr. Alonso Fernández, Pasado y presente..., p. 28; Gutiérrez de Cabiedes, La Prisión..., p. 38.

[12] Gutiérrez de Cabiedes, La Prisión..., p. 38.

[13] Etxebarria Akaiturri, A., Los foros romanos republicanos en la Italia centro-meridional tirrena. Origen y evolución formal, CSIC, Madrid, 2008, p. 227.

[14] Alonso Fernández, Pasado y presente..., p. 29.

[15] Digesto 48.3.5.

[16] Distinta era la consideración para los que tenían "condición servil". Cfr. Gutiérrez de Cabiedes, La Prisión..., p. 38; Ferrajoli, L., Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 628.

[17] C.I. 9.4.6.

[18] De seis meses.

[19] Gutiérrez de Cabiedes, La Prisión..., p. 38.

[20] Cfr. Ramos Vázquez, I., "Detenciones cautelares, coactivas o punitivas. La privación de libertad en el derecho castellano como instrumento jurídico", Anuario de historia del derecho español, nº 77, 2007, p. 713.

[21] Oliver Olmo, La cárcel..., p. 56.

[22] Cfr. Alonso Fernández, Pasado y presente..., p. 50. De la Partida 7ª, Tít. 29 ("De cómo deben ser recaudados y guardados los presos") y Tít. 30 ("De los Tormentos") puede extraerse la existencia y aplicación práctica de la prisión preventiva, como norma general eludible previo pago de fianza, a excepción de los infractores por delitos que llevaran aparejada pena de muerte o de mutilación de algún miembro para evitar el riesgo de huida u ocultación. Se prohibió a partir de allí que la prisión preventiva se pudiera cumplir de forma privada, en el domicilio particular del damnificado. Se contemplaba el tormento del preso preventivo como medio de investigación. Las Partidas no estipulaban la prisión preventiva por deudas, aunque como aquellas eran normas supletorias, seguían rigiendo los fueros locales existentes en cada ciudad, villa o territorio concreto. En el territorio hispano regía también la Novísima Recopilación de las Leyes de España (Tít. 35, Libro 5º, y Tít. 38, Libro 12º); también, Gutiérrez de Cabiedes, La Prisión..., p. 39; Barona Vilar, S., Prisión provisional y medidas alternativas, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1987, p. 17.

[23] Alonso Fernández, Pasado y presente..., p. 55.

[24] Barona Vilar, Prisión provisional..., p. 17; Vargas Vencedor, R., La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia, TFM, Universidad de Baja California Sur, México, 2017, p. 4.

[25] Barona Vilar, Prisión provisional..., p. 17; Gutiérrez de Cabiedes, La Prisión..., pp. 38-39.

- [26] Cfr. Ferrajoli, Derecho..., p. 550.
- [27] Cfr. Gutiérrez de Cabiedes, La Prisión..., p. 39.
- [28] Cfr. Dei Vecchi, D., Peligrosidad judicial y encarcelamiento cautelar, Ed. Ad-Hoc, 2015, p. 34; Polansky, J. A., "Sésamo: Un estudio sobre los discursos legitimantes de la prisión preventiva y un análisis sobre su constitucionalidad", Lecciones y Ensayos, N° 92, 2014, p. 174.
- [29] Cfr. Cárdenas Gracia, J.F., Del Estado absoluto al Estado neoliberal, Ed. Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, México, 2017, p. 105. Lo que denominamos Estado constitucional es una construcción de juristas, desarrollada por autores como Dworkin, Alexy, Ferrajoli, Nino, que expresa una concepción muy fuerte de los derechos humanos como fundamento y fin del Estado y del orden jurídico.
- [30] Cfr. Dei Vecchi, Peligrosidad..., p. 32.
- [31] Hobbes, Voltaire, Diderot, Filangieri, Condorcet, Bentham, entre otros.
- [32] Gutiérrez de Cabiedes, La Prisión..., p. 39.
- [33] Ferrajoli, Derecho..., pp. 550 ss.
- [34] Cfr. Pavarini, M., Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Muñagorri, I. (Trad.), Ed. Siglo XXI, México, 1996, pp. 36-37, recién con la aparición del sistema de producción capitalista, los establecimientos carcelarios se consagraron como lugares de ejecución de la pena. A partir del descubrimiento del valor económico de la libertad, su privación -a través de la cárcel- se alzó como la pena principal de las sociedades productoras de mercancías.
- [35] Ver, por todas, las expuestas por Bovino, A. "Contra la inocencia", en Justicia penal y derechos humanos. Libertad personal, políticas persecutorias, sexo y derecho penal, Bovino, A. (Dir.), Ed. del puerto, Buenos Aires, 2005, p. 109.
- [36] Que luego se fue desvirtuando ante la evolución de la presunción de inocencia y la consolidación de la pena de prisión.
- [37] Como la DADDH, Bogotá, 1948, entre otros ya señalados en el Cap. 1.
- [38] Coinciden, entre otros, Rodríguez Mourullo, G., "Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy", Lección pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el día 3 de diciembre de 2009, RJUAM, n° 22, 2010-II, pp. 223-246; Inecip, El estado de la prisión preventiva en Argentina, disponible en www.inecip.org; DPLF, Independencia judicial insuficiente...; Bovino, Aporías..., p. 12.
- [39] Bajo el régimen nacionalsocialista fueron introducidos en la reforma de 28 de junio de 1935 el riesgo de reincidencia y la "exclusión de la comunidad" como fundamentos de la prisión preventiva, Cfr. Nieva Fenoll, J., Derecho procesal III. Proceso penal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 281.
- [40] Gutiérrez de Cabiedes, La Prisión..., p. 39, en este período la libertad fue considerada no un derecho del individuo sino una "concesión del Estado, acordada en interés de la colectividad, que es preeminente sobre el de aquel. Así se concibe la prisión preventiva como una medida de seguridad procesal, necesaria para la defensa social que procede siempre que el hecho haya causado una grave alarma pública, suprimiéndose los términos máximos y ampliados los supuestos de captura obligatoria y automática, elementos algunos de los cuales han perdurado con posterioridad."
- [41] Maier, J.B.J., "La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy", revista pensamiento penal, 13 de abril de 2018, p. 11.
- [42] Maier, La privación..., p. 11. Ellos representan, como veremos, una transmisión directa de fines del Derecho penal preventivo al Derecho procesal penal.
- [43] V. gr. la Constitución Española, en su Tít. V. Las CE de 1837 y 1845 incluyeron una fórmula inspirada en el principio de legalidad, según la cual "no puede ser

detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban” (nullum coactio sine lege), manteniéndose tal previsión tras las reformas de 1869, 1876, 1931 y 1978.

[44] Tít. 5to., pfo. 4to. CPP.

[45] Libro II, Tít. 4to. CPP

[46] Libro III, Secc. 2da., Tít. 3 CPP.

[47] Libro I, Tít. VII, Cap. 2, Secc. III, CPP.

[48] Fue regulado por primera vez 1872 y, tras diversas reformas, hoy se encuentra en el art. 503 y ccdtes.

[49] Gimeno Sendra, V./Conde-Pumpido, C./Garberí Llobregat, J., Los procesos penales, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 144.

[50] Por todos, *Ibidem*, p. 141.

[51] V. gr., el Tribunal Constitucional español desde la STC 40/1987 y las SSTC 191/2004, 98/2002, 28/2001, 305/2000, 147/2000, 47/2000, 128/1995.

[52] Cfr. Maier, *La privación...*, p. 5.

[53] *Dei Vecchi, Peligrosidad...*, p. 44.

[54] *Digesto de Justiniano, Tít. III, Libro 48, Ley I (48.19.8.9).*

[55] Cfr. *Dei Vecchi, Peligrosidad...*, p. 34. La utilización de conceptos propios del proceso civil caracteriza a la medida como provisoria e instrumental lo cual también abona su naturaleza cautelar.

[56] Cfr. Barona Vilar, *Prisión provisional...*, pp. 52-53, quien si bien admite la posibilidad de trasplantar presupuestos, sostiene que debe tenerse en cuenta la distinción entre los procesos civiles y penales, debiendo tener el proceso penal una teoría propia que tenga en cuenta sus principios, directrices y pilares fundamentales.

[57] Para *Dei Vecchi, Peligrosidad...*, p. 49, la concepción cautelar asume como punto de partida la validez de tal postulado. Sin embargo, asume que la prisión preventiva es, y para ser legítima no puede sino ser, una medida cautelar, dado que su finalidad exclusiva es, y debe ser, la de tutelar los fines del proceso penal. Esto la distinguiría esencialmente de cualquier medida punitiva.

[58] *Ibidem*, p. 23; en sentido contrario Málaga Diéguez, F., “El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal”, en *Justicia 2002*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 126, sostiene que el conflicto entre tutela provisional y presunción de inocencia se produce con total independencia de la concreta finalidad perseguida mediante la tutela provisional: cautelar, aseguratoria de la prueba o protectora de la víctima; ya que si las medidas provisionales se admiten en los sistemas procesales penales actuales, ello se debe sencillamente a la necesidad de sacrificar parcialmente la presunción en aras de un fin que se reputa legítimo, con independencia del concreto objetivo elegido.

[59] Andrés Ibáñez, P., “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, *Cuadernos de Derecho Judicial* n° 18, 1996, p. p. 9.

[60] *Dei Vecchi, Peligrosidad...*, p. 34.

[61] Entre otros, Nieva Fenoll, J., *Derecho procesal III. Proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 281-282; Bovino, A., “Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo”, *Foro: revista de derecho* 8 (II Semestre), 2007, p. 41.

[62] Cfr. Asencio Mellado, J.M., *Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad*, *Diario La Ley*, Año XXVI, n° 6211, de 16 de marzo de 2015, p. 3 y Gudín Rodríguez-magariños, F., *Cárcel electrónica versus prisión preventiva*, UNED, febrero 2009, p. 5.

[63] Cfr. *Dei Vecchi, Peligrosidad...*, p. 49.

[64] Barona Vilar, *Prisión provisional...*, pp. 20 y 28; Bovino, *Aporías...*, p. 44; San Martín Castro, C., *Derecho procesal penal, t. II*, Ed. Alternativas, Lima, 2000, pp. 818 ss.; una lectura literal tanto de la CADH como del PIDCyP solo admitiría como

peligro procesal legítimo el peligro de fuga.

[65] Cfr. Cuenca Miranda, A., “La prisión provisional en el Derecho comparado y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Dorrego de Carlos, A. (Coord.), Régimen jurídico de la prisión provisional, Ed. Sepin, Madrid, 2004, p. 34.

[66] Gutiérrez de Cabiedes, La Prisión..., pp. 54-55; Barona Vilar, Prisión provisional..., pp. 20 ss.

[67] Ferrajoli, Derecho..., p. 555; Dei Vecchi, Peligrosidad..., p. 37.

[68] Característica que comporta notorias diferencias entre esta medida y las penas privativas de libertad. Cfr. Gudín Rodríguez-Magariños, F., Cárcel electrónica versus prisión preventiva, UNED, febrero 2009, p. 5; Sergi, N., “Límites temporales a la prisión preventiva”, en Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 3 ss.

[69] Dei Vecchi, Peligrosidad..., p. 35. La instrumentalidad implica que la medida es -y debe ser- aplicada exclusivamente en vistas a la tutela de los fines del proceso penal (como “instrumento del instrumento”).

[70] En cuanto proporcionada a la posible decisión definitiva. Cfr. Nieva Fenoll, Derecho procesal..., p. 254; Martín Ríos, M. del P., Medidas cautelares personales, Ed. Juruá, Lisboa, 2016, pp. 19 ss.

[71] Cfr. Gimeno Sendra, V., “La prisión provisional y derecho a la libertad”, en Barbero Santos, M. (Coord.), Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales, Ed. de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 1997, p. 149.

[72] González ferreyra solá, J.I., Debido proceso y prisión preventiva: Una lectura constitucional del encierro procesal, p. 7, en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/doctrina04_1.pdf

[73] Gimeno Sendra, V., La necesaria reforma de la prisión provisional, Diario La Ley 5411 de 5 de noviembre de 2011, p. 1324; Vargas Vencedor, La prisión..., pp. 19 ss.; Barona Vilar, Prisión provisional..., p. 20.

[74] Andrés Ibañez, “Presunción de inocencia...”, p. 9.

[75] Díaz Martínez, M., Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos, Diario La Ley, Año XXV, n° 5931, 13 de enero de 2004, p. 7; Málaga Diéguez, “El fundamento...”, pp. 117-120.

[76] Dei Vecchi, Peligrosidad..., p. 22.

[77] En similar sentido, Dei Vecchi, Peligrosidad..., p. 22.

[78] Pastor, “Las funciones...”, pp. 117 ss. y Pastor, D., “Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, Revista Nueva Doctrina Penal, Tomo 1996/A, Ed. del Puerto, Buenos Aires, pp. 286 ss, por ello la duración del proceso debe ser lo más breve posible. Dei Vecchi, Peligrosidad..., p. 69, cuestiona esa consideración de conditio sine qua non que significaría que la prisión debiera subsistir durante todo el transcurso del proceso.

[79] Ferrajoli, Derecho..., pp. 55 y 59, “el imputado debe comparecer libre ante sus jueces”, así pues, esa contradicción en los términos que es la cárcel sin juicio podría eliminarse, al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia.

[80] Bovino, Aporías..., pp. 45-46.

[81] Ibidem, p. 46.

[82] Gimeno Sendra, “La prisión provisional...”, p. 151.

[83] Siendo esta última la más alegada.

[84] Como lo hace Dei Vecchi, Peligrosidad..., pp. 91 ss.

[85] O de una alteración externa de la percepción que incide en una deficiente aplicación judicial.

[86] Vitale, “Un proceso penal sin prisión...”, pp Vitale, G.L., “Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo a la pena)”, en Vitale, G./García,

G. (Comp.), *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011, pp. 1 ss.; García, G., “La prisión preventiva es una pena”, en *Abolicionismo...*, pp. 19 ss.; Rusconi, M., “Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento”, en *Abolicionismo...*, pp. 41 ss.; Kees, J.M., “Observaciones a la tesis procesal de la prisión preventiva”, en *Abolicionismo...*, pp. 69 ss.; Bruera, M., “La privación de libertad durante el proceso: la banalidad del mal” en *Abolicionismo...*, pp. 129 ss.; Ganón, G., “El encarcelamiento preventivo o el lento camino hacia el patíbulo de los desclasados bonaerenses”, en *Abolicionismo...*, pp. 147 ss.; Ciano, A., “Es posible y exigible el juzgamiento sin prisión”, en *Abolicionismo...*, pp. 191 ss.; Vitale, G./García, G., “El “arresto” del artículo 18 de la Constitución Nacional no legitima la llamada prisión preventiva” en *Abolicionismo...*, pp. 203 ss.; Kalinsky, B., “Antropología de la prisión preventiva. El caso del delito femenino” en *Abolicionismo...*, pp. 237 ss.; Juliano, M., “El fracaso de los esfuerzos reduccionistas y la estrategia abolicionista”, en *Abolicionismo...*, pp. 253 ss.

[87] Pérez Barberá, G.E., “Prisión preventiva y excarcelación”, en *La Ley*, Año 9, Córdoba, diciembre de 1992, pp. 1070 ss.; Fernández, D./Morillo, G., “Garantías constitucionales frente a la “prisión preventiva” en *Abolicionismo...*, pp. 119 ss., sostienen que se trata lisa y llanamente una pena anticipada.

[88] Ferrajoli, *Derecho...*, p. 555.

[89] *Ibidem*, p. 555.

[90] Mayoritariamente en Argentina, se expiden en favor de la inconstitucionalidad de la prisión anterior a la sentencia firme de condena, entre otros, García Vizcaíno, J., “Libertad bajo fianza”, en *El Derecho*, T. 92, Buenos Aires, 1981; Pérez Barberá, “Prisión preventiva...”, pp. 1070 ss.; Ledesma, G., “Presos sin condena: inocentes condenados”, en Ponencias, VIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, UNLP, 1996; Zaffaroni, E. R./Slokar, A./Alagia, A., *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000M; Bruera, M., “Cárcel”, *Universitas Iuris*, Publicación de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, año 2, No. 10, 1996, pp. 3 ss.; parece ser esta, también, entre los trabajos argentinos, la posición de Balcarce, F.I., *Presunción de inocencia -Crítica a la posición vigente*, Lerner, Córdoba, 1996. Esta es también la tesis que expuso Bovino, A., “La prisión de presuntos inocentes”, *Revista de la Facultad de Derecho y C. S. de la Universidad Nacional del Comahue*, N° 1, 1993 y en “Deslegitimación constitucional de la prisión durante el proceso”, en *Universitas Iuris*, Universidad Nacional de Rosario, año 3, N° 14, julio de 1997.

[91] Dei Vecchi, *Peligrosidad...*, p. 59.

[92] Ferrajoli, *Derecho...*, pp. 555-561, aunque con algunas reservas; Vitale, G., *Encarcelamiento de presuntos inocentes: Hacia la abolición de una barbarie*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 114.

[93] Bovino, *Aporías...*, p. 12.

[94] *Ibidem*, p. 29.

[95] Para Bovino, *Aporías...*, p. 31, la justificación de la privación de libertad del inocente invocando la necesidad de neutralizar los peligros procesales carece de sustento lógico. El principio de inocencia prohíbe aplicar una medida represiva a toda persona respecto de quien no se haya demostrado en juicio una imputación penal. Ello implica que para aplicar una sanción represiva por un hecho delictivo ya cometido debe demostrarse la responsabilidad del autor en un juicio. En síntesis, sin juicio previo no puede haber pena. No se puede justificar, entonces, que como no puede aplicarse una pena sin realizar un juicio, pueda anticipársela con el supuesto fundamento de que puede ocurrir un hecho futuro que no sea punible y que puede dificultar la realización del juicio.

[96] Y este mayor valor adquiere máxima trascendencia, especialmente, cuando

peligran los fines procesales, pues en los demás casos no existe necesidad de restringir la libertad. Si no fuera así, la garantía no tendría sentido limitador alguno.

[97] Cfr. Bovino, *Aporías...*, p. 29. En Argentina, la CSJN (en el caso “Todres”, CSJN, Fallos 280:297, 18/8/1971) derivó de una cláusula de garantía (art. 18 CN), el supuesto “derecho” de la sociedad a dictar medidas cautelares y, en ese sentido, cada vez que se pretende dar alcance a la presunción de inocencia se recurre al interés social que subyace a la facultad de ordenar medidas de coerción.

[98] *Ibidem*, p. 43. En efecto, el art. 7.5 CADH dispone: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.” El art. 9.3 PIDCyP, por su parte, establece: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.”

[99] *Ibidem*, p. 44. En todo caso lo que se advierte es una admisión de su existencia y aceptación silenciosa a partir de la regulación mediante cláusulas de garantía de ciertas cuestiones atinentes a su ejecución.

[100] Dei Vecchi, *Peligrosidad...*, pp. 49 ss., dice que las críticas a la función cautelar están mal dirigidas ya que solo sirven para decir que no es pena. Y que tampoco se evalúa si la realización del juicio vale más que la libertad del sospechoso. Identifica así objeciones internas (sustantivización) y externas (el mayor valor de llevar adelante al juicio frente al derecho fundamental conculcado).

[101] Gimeno Sendra/Conde-Pumpido/Garberí Llobregat, *Los procesos...*, p. 139.

[102] Art. 503.2 LECRIM.

[103] V.gr., la ley 24.390 en Argentina.

[104] V.gr., en el art. 7.5 CADH.

[105] Bovino, *Aporías...*, p. 46; Ver Rodríguez Mourullo, “Recuerdos...”, pp. 226 ss.

[106] Solimine, M. A, “Prisión preventiva: Relaciones con el principio de inocencia y la discusión sobre su inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Procesal Penal* N° 2, Ed. IJ, Buenos Aires, Diciembre 2013, pp. 1 ss.

[107] Pastor, D., “Juicios paralelos y actores extraprocesales”, XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Nuevos sistemas de litigación. Ponencias generales y ponencias seleccionadas, San Juan, septiembre de 2019, p. 452.

[108] Andrés Ibañez, “Presunción de inocencia...”, p. 9.

[109] *Ibidem*, p. 10.

[110] *Ibidem*, p. 9.