

# EL JUEZ Y LA PRISIÓN PROVISIONAL

Perfecto Andrés Ibañez

Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo.  
Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 91),  
Cuenca, 2003

<http://www.cienciaspenales.net>

# EL JUEZ Y LA PRISIÓN PROVISIONAL

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

## El nombre y la cosa

La prisión provisional, como es bien sabido, recibe formalmente el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal. En este sentido, le correspondería ocupar un lugar secundario dentro del proceso, como instituto de carácter instrumental, dirigido a asegurar el normal desarrollo de aquél y, eventualmente, en un momento posterior, la aplicación de una pena privativa de libertad que pudiera imponerse.

Esta consideración formal del asunto, en apariencia pacífica, oculta cuando menos dos aspectos centrales de la institución. El primero es que en la práctica de la generalidad de los países y aunque varíen las magnitudes estadísticas y la significación porcentual, la prisión provisional ocupa un lugar de primer orden en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir, cuando menos, dos cosas. Que desborda funcionalmente los límites formalmente asignados en esa primera caracterización —marcados en apariencia por las notas de excepcionalidad, provisionalidad y subsidiariedad— por la normalidad de su uso y puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata. La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización —en general bastante generosa— del instrumento que nos ocupa. En efecto, el tópico, sin duda fundado, de que el

proceso tiene una inevitable dimensión penalizadora<sup>1</sup>, ha debido ser revisado al alza, a la luz de los datos de que se dispone, en el sentido sugerido por Nobili: «hoy asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación, de manera pronta y ejemplar, dentro del juicio penal... Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada ecuación carneluttiana»<sup>2</sup> Y en esta transfiguración la prisión provisional desempeña un papel nuclear.

El segundo aspecto —que sin duda tiene que ver con el anterior— es que la prisión provisional, además de un instrumento tan esencial como sugiere lo que acaba de decirse, es también un problema. Yo diría que *el problema* por antonomasia del proceso penal. Sobre todo del proceso penal de los países que se han dotado de una disciplina constitucional del mismo que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia<sup>3</sup>.

### Presunción de inocencia y prisión provisional

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

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

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

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

En el proceso inquisitivo la prisión provisional fue, como bien se sabe, el modo normal de operar: «un *prius* necesario para la obtención de las pruebas», al decir de Grevi<sup>4</sup>. Lo propio de un orden procesal fundado en la tortura como el instrumento primordial de adquisición de conocimiento, en el que, a través de una auténtica «tecnología del cuerpo» se expresa la «microfísica del poder», en la sugestiva interpretación de Foucault<sup>5</sup>.

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

Este paso hizo, sin duda mucho más tolerable, la existencia de la prisión provisional, ya como instrumento de un proceso penal formalmente sin tortura, pero no despejó todas las perplejidades acerca de la legitimidad del instituto, en el que Beccaria vio «una especie de pena»<sup>6</sup>. Y no podía hacerlo, si se considera que hay autores que, mucho antes, habían tenido problemas para distinguir entre tortura y cárcel. Así, Baldo, para quien «mala mansio, id est carcer, est species torturae»<sup>7</sup>.

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

Consolidada la abolición formal de la tortura, establecido un marco procesal —también formalmente— presidido por el principio de presunción de inocencia, la cuestión de la prisión provisional, de su legitimidad, permanecerá en el pensamiento liberal demandando una justificación y recibéndola de los autores con matices diferenciales, pero siempre con un tinte de claro malestar de fondo en sus manifestaciones al respecto. Malestar que se expresa inequívocamente en el afán de rodear a la práctica de la institución de cautelas de difícil si no imposible prestación, como lo demuestra una ya bien dilatada experiencia en la materia.

Ninguna postura tan clara en este sentido como la de Carrara, que subordinará su uso a «las necesidades del procedimiento», haciendo hincapié en que «tiene que ser

---

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

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

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

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

brevísima», que «no es tolerable sino en graves delitos» y que «hay que procurar suavizarla» mediante la libertad bajo fianza; admitiendo su prolongación sólo para dar respuesta a «necesidades: 1º, de *justicia*, para impedir la fuga del reo; 2º, de *verdad*, para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3º de *defensa pública*, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno»<sup>8</sup>. Más tarde, en un trabajo titulado «Inmoralidad del encarcelamiento preventivo», proclamará la *injusticia* de la institución, si bien como «una injusticia necesaria»<sup>9</sup>.

## La problemática justificación de la prisión provisional

Hace unos años, Pavarini, al concluir una estimulante introducción crítica a la criminología, se refería, sin identificarle, a un famoso jurista que tiempo atrás había negado la condición de «buen» penalista a quien, el hecho de serlo, no le produjese *mala conciencia*<sup>10</sup>. Pues bien, si el derecho y el proceso penal son fértiles en ocasiones para la activación de ese sentimiento, es probable que nunca con tan buenas razones como cuando la actividad del profesional concernido tiene que ver con la justificación teórica<sup>11</sup> y, sobre todo, con la práctica de ese inquietante instituto que sigue siendo la prisión provisional.

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

8 F. Carrara, *Programa de derecho criminal*, trad. de Ortega Torres y Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, vol. II, nº 897, pág. 375.

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

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

11 Como ha escrito Illuminati, «la prisión provisional ha representado siempre, en la época moderna, un aspecto del proceso penal cuya existencia no ha podido llegar a justificarse nunca de manera plenamente convincente» (en *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979, pág. 40).

es a la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y un medio de instrucción»<sup>12</sup>.

En la expresión de Hélie, la prisión provisional no *es* (realmente) una pena sólo porque (jurídicamente) no *debe* serlo, habida cuenta, sobre todo, del momento en que opera. Lo que equivale a aceptar la evidencia de que entre una y otra se da una clara comunidad de naturaleza, que se hace patente tanto en la identidad de los bienes personales afectados en cada caso como por el modo en que se produce esa afectación. Así la única diferenciación posible entre ambos institutos habrá que buscarla en un dato externo: su función formal-procesal<sup>13</sup>. Y es precisamente ésta la dirección en la que se han proyectado los esfuerzos dirigidos a proponer criterios de discernimiento convincentes entre ambas instituciones.

Grevi, sistematizando las posiciones doctrinales que concurren en este punto acerca de las funciones que —en el plano de la justificación— suelen atribuirse a la prisión provisional, ha distinguido una especial preventiva y otra cautelar; para, dentro de ésta, diferenciar la que constituiría una «cautela de tipo instrumental, en orden al desarrollo del proceso» y otra «de tipo final, en orden a la ejecución de la eventual condena»<sup>14</sup>. A ellas habría que añadir una función de carácter general preventivo, objetivamente asociada a la institución, cuando su uso se vincula, como es el caso de la Ley de E. Criminal española a variables como la «alarma» o la «frecuencia» con que se produzcan las conductas como la que en el caso concreto resulta ser objeto de persecución.

Aun partiendo, como es obligado, de la evidencia de que todos los usos de la prisión preventiva implican cierto grado de asimilación de la categoría de imputado a la de condenado, no cabe duda que esta asimilación es tanto mayor cuando se asocia a la problemática medida cautelar el cumplimiento de funciones que son específicas de la pena. Tal es el caso de la atribución de una peligrosidad concreta a la condición de justiciable, para justificar el uso de prisión provisional con fines de prevención especial. Otro tanto sucede cuando aquélla se adopta con objeto de evitar la reiteración de otros actos delictivos similares por el mismo sujeto. Y también cuando lo que se busca es asegurar ya directamente el cumplimiento de la pena... *futura* (que pudiera imponerse).

---

12 M. Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle ou theorie du Code d'instruction criminelle*, Ch. Hingray, París, 1853, vol. V, pág. 748.

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

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

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

La lectura de los procesalistas que con sensibilidad constitucional se han ocupado de la prisión preventiva permite advertir, invariablemente, en ellos el fondo de mala conciencia, el malestar a que antes he aludido, que tiene entre sus afectados antecedentes tan ilustres como los de Carmignani<sup>15</sup> y Carrara, por citar sólo algunos. Tal sentimiento se hace bien patente en estos años, por ejemplo, en Illuminati, cuando reconoce con sinceridad que incluso un intento como el suyo de buscar la compatibilidad de la prisión provisional con la presunción de inocencia haciendo pagar a ésta el menor precio posible, es «siempre insatisfactorio frente a una interpretación rigurosa» de la segunda<sup>16</sup>. Y asimismo en Nobili, cuando con ocasión del tratamiento de la presunción de inocencia, denuncia un «intento de amplio alcance, dirigido a recuperar en la práctica para la represión penal aquellos espacios que parecerían cerrados por las garantías constitucionales reconocidas»<sup>17</sup>.

Luigi Ferrajoli<sup>18</sup> es el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, como resultado de una profundización de la inconsistencia lógica y también técnico-jurídica de los argumentos habitualmente empleados para su justificación y del análisis de la forma en que un *statu quo* procesal consolidado *de facto*, en gran medida, al margen del derecho, se ofrece racionalizado a posteriori a través de un proceso argumental que tiene como sustento una clara petición de principio. El catálogo de distintas *necesidades* sobre cuya base se construye el habitual discurso de la prisión provisional como instrumento —lamentable pero— procesalmente legítimo (al fin, por *imprescindible*), tiene mucho más que ver genéticamente con el degradado modo de ser actual del proceso, con sus diversas desviaciones del modelo constitucional y con las disfunciones derivadas de la deficiente articulación de los recursos orgánicos y materiales, que con cualquier otra cosa.

Una vez claro que el uso directamente defensivo de la prisión provisional en función de prevención de la peligrosidad del reo no puede ser considerado de otro modo que como una ejecución anticipada de la pena, Ferrajoli, con apoyo en datos

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

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

17 M. Nobili, *op. cit.*, pág. 293.

18 Cfr. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, págs. 549 y ss.

bien observables de la experiencia procesal vigente, advierte que el fundamento de la función «cautelar final» de aquella —el *peligro de fuga*— está no tanto en el miedo a la pena misma —hipotética y lejana en el tiempo— como al que suscita el conocido uso habitual de la prisión preventiva. Mientras que lo que confiere *racionalidad* instrumental a la función más específicamente procesal de la prisión provisional es la exasperante lentitud de los ritmos y tiempos procesales. De aquí una conclusión en la materia: «Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por ‘necesidades procesales’, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por ‘necesidades penales’»<sup>19</sup>. Y así resulta ser en la práctica, donde la prisión preventiva más que un elemento accesorio es uno de los ejes —y en ocasiones, más precisamente, el eje y el momento de máxima eficacia general preventiva— del sistema penal considerado en sus perfiles reales.

Esto es lo que hace afirmar al autor de *Derecho y razón* que «no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales»<sup>20</sup>. Convencimiento que le lleva a razonar la innovadora propuesta de «un proceso sin prisión provisional»<sup>21</sup>. Por incontestables exigencias de principio y por la constatación empírica de que, en lo esencial, las *razones* con las que se ha tratado de avalar el uso de la prisión provisional —desde que se tiene conciencia de las dificultades de su justificación racional— las proporciona, precisamente, la aberrante lógica desviada no *del proceso*, sino de su degradado modo de ser actual.

No se le oculta a Ferrajoli que su «propuesta puede aparecer a corto plazo como una quimera. Pero ello depende no tanto de razones lógico-jurídicas como sobre todo de la inercia de los aparatos y de la resistencia que siempre oponen las culturas conservadoras»<sup>22</sup>. La inercia —no casual— de los aparatos es bien visible en la

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

20 En *op. cit.*, pág. 555.

21 Cfr. *op. cit.*, págs. 559-561.

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

En este momento, el difícil intento de dar a la prisión provisional un fundamento procesal (y no penal-sustantivo) suele partir de la afirmación del principio de presunción de inocencia y de su reconocido carácter central como inspirador de la disciplina constitucional del proceso, que impondría una reconsideración de los preceptos analizados dirigida a dotar a la medida de una funcionalidad instrumental al servicio de aquél. Así, en esa nueva clave de lectura, el dato de la gravedad del delito tendrá que ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado vaya a tratar de sustraerse a la acción de la justicia, impidiendo la andadura procesal, en particular la investigación. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado.

Esta orientación es la que se percibe en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que siguiendo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subordina el uso legítimo de la prisión provisional a que concurra «la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva»<sup>27</sup>.

El Tribunal Constitucional admite que la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado pudiera hacerse, en un primer momento, sobre la consideración preferente (y quizá exclusiva) de los datos de la gravedad del delito y de la pena. Pero, con carácter general, reclama que la ponderación del riesgo de fuga se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del afectado. Advirtiendo que la estimación que pudo justificar la decisión inicial no tendría por qué servir para fundar mecánicamente su mantenimiento, que exigirá en cada momento una revisión de la actualidad de los elementos de hecho tenidos en cuenta inicialmente y de su aptitud para que se entienda vigente la necesidad de prolongación de la medida<sup>28</sup>.

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

---

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

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

Los aludidos criterios jurisprudenciales tienen la indudable virtud de situar la interpretación de los de carácter legal en un ámbito de racionalidad, que deberá presidir no sólo la adopción de la prisión provisional, sino también su misma duración, ofreciendo además algunas indicaciones instrumentales de referencia<sup>29</sup>.

Estas elaboraciones jurisprudenciales<sup>30</sup> han tenido, sobre todo, la utilidad de problematizar los usos tradicionales de la jurisprudencia ordinaria en tema de prisión provisional. Pero su capacidad de permear eficazmente la utilización real de la misma ha de encontrar un límite objetivo difícilmente salvable. Es el representado por el dato de que lo que se impone legalmente al juez es algo más que un uso limpiamente *procesal* de la medida. Que difícilmente resultará cuestionado fuera de algunos casos muy particulares, de escasa significación estadística.

### **El juez y la prisión provisional**

Señalaba Aguilera de Paz que en el terreno de la prisión provisional «los encontrados intereses del individuo y de la sociedad luchan abiertamente (...) más que en ninguna otra parte»<sup>31</sup>, queriendo aludir, sin duda, y claro es que con una imagen muy de la época, a la bien patente naturaleza contradictoria del instituto. Hoy, desde nuestra perspectiva, habría que enmendar al buen procesalista, por un lado, haciendo hincapié en el claro interés público que expresa el principio constitucional de la presunción de inocencia, en el que late algo más que un bien individual, lo que sin duda modifica los términos del conflicto; y, por otro, advirtiendo que el alcance de éste es seguramente mayor y más radical de lo que desde su óptica pudiera parecer. Pero esto, reconociendo al mismo tiempo lo fundado de la preocupación que se desprende de su observación, que si en algo ha ganado con el paso del tiempo y la prolongación del debate, es en razones para mantenerse vigente con bastante mayor intensidad, a la luz de la mejor cultura constitucional.

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

---

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

30 La jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy reducida en la materia, habida cuenta de que la misma tiene un limitadísimo acceso a la casación, y sólo a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, que prevé esa posibilidad por infracción de precepto constitucional (art. 5,4°).

31 En *op. cit.*, pág. 189.

eludir la evidencia de que, en rigor, ese modo de concebir el instituto no es el que se realiza en la práctica, lo que añade, en este plano, un nuevo nivel de contradicción.

Este segundo plano de la contradicción resulta perceptible con toda nitidez en el razonamiento del Tribunal Constitucional, cuando sostiene que «lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena»<sup>32</sup>. Como si la dimensión punitiva de la prisión provisional estuviera —eventualmente, pudiendo dejar de estar— en los fines, en lugar de ser una implicación esencial de la propia naturaleza del instituto, presente en cualquier caso.

Naturalmente, la terrible 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 entre nosotros, hoy por hoy, los puntos más altos de una lectura constitucional de aquél<sup>33</sup>. Pero, es evidente que, incluso en estos casos, la cuestión sigue siendo seriamente problemática, como lo demuestra la cita jurisprudencial que acaba de hacerse y las aludidas dificultades del propio Tribunal Constitucional para moverse por un camino salpicado de obstáculos como los representados por los indicadores legales de «peligrosidad» y reiteración delictiva.

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

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

---

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

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

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

Se ha denunciado con frecuencia la práctica judicial de la prisión provisional como uno de los campos en que más deficiente resulta ser el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones. Al margen de la incidencia de las actitudes personales en cada supuesto específico, ello obedece, en general, en una proporción significativa, al peso de la inercia de una larga tradición de falta de hábito en la materia. Baste señalar que la motivación, no obstante su papel central en la tarea jurisdiccional, sigue sin ser objeto de una disciplina específica: no se enseña, que es una de las razones por las que en muchos casos seguramente no llegará a aprenderse nunca.

Pero, no obstante esto, hay otra razón que grava notablemente el cumplimiento del deber de motivar las decisiones relativas a la prisión provisional. Es la dificultad técnica de hacerlo, es decir, de hacer explícitas las verdaderas razones de aquéllas. Y, siendo éstas *confesables*<sup>34</sup>, por legales, la dificultad de conseguir que en el discurso motivador resulten convincente o verosímelmente compatibles con el principio de presunción de inocencia.

En el plano jurídico-formal, cuando se acepta esa compatibilidad de principio, la cuestión no puede ser más clara. Dicho con Grevi, «se trata de evitar que la garantía de la motivación pueda ser sustancialmente eludida —lo que no es raro que suceda en la práctica— mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso a través de la perezosa repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación»<sup>35</sup>. Ahora bien, no resulta posible desconocer que estas prácticas viciosas tienen también que ver con la circunstancia de que, por un lado, como apuntó Carmignani y se ha demostrado, «las leyes no pueden determinar concretamente por qué indicios puede el juez ordenar el arresto del reo»<sup>36</sup>, lo que se traduce inevitablemente en la atribución y el consiguiente uso de una discrecionalidad difícil de justificar en concreto<sup>37</sup>, máxime

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

35 V. Grevi, *op. cit.*, pág. 149.

36 En *Elementos*, cit., pág. 250.

37 Piénsese en la dificultad de argumentar en concreto un pronóstico como el de que el imputado «no tratará de sustraerse a la acción de la justicia», o la concurrencia de «motivos bastantes» para crearle responsable.

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

Los padecimientos de este principio, ya se ha dicho, comienzan en la propia Constitución, de la que recibe el tratamiento indefectiblemente problemático derivado de la presuposición de su compatibilidad con la prisión provisional. Pero con una particularidad: ésta es que en los medios del procesalismo —el italiano de postguerra— que, dentro de nuestro ámbito de cultura, más y mejor se ha ocupado de esta materia, la circunstancia de que la Constitución italiana hubiera puesto «el acento en la cualificación de no culpabilidad, [es, precisamente, lo que] abre un cierto espacio a la previsión de institutos limitativos de la libertad personal, entre los que destaca la prisión preventiva»<sup>38</sup>. De donde se infiere que una proclamación en positivo de la «presunción de inocencia» como derecho fundamental, del género de la que hace suya la Constitución española (art. 24,2º), no puede sino llevar consigo la cancelación o la drástica limitación de ese espacio, haciendo todavía más ostensible la aporía.

Ello implica que, en el caso español, la contradicción lógica tenga también un (aún más) visible estatuto *constitucional*, puesto que la Constitución entra en llamativo y explícito conflicto consigo misma. Ahora bien, el hecho de que esa contradicción lógica se haya declarado inexistente, o, mejor, irrelevante, por el Tribunal Constitucional, al declarar la legitimidad del uso —aunque no de cualquier uso— de la prisión provisional y su compatibilidad con la presunción de inocencia, no desproblematiza por eso la cuestión, ni puede eliminar las sombras que se agolpan sobre la misma y su repercusión en la conciencia del juez intérprete. Pues, sin desconocer, naturalmente ni un ápice de su valor positivo a la Constitución, lo cierto es que ni el constituyente quiso, ni hubiera podido, arrogarse el papel del carrolliano Zanco-Panco, de *Alicia a través del espejo*; ni el texto fundamental, ningún texto

---

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

fundamental, podría clausurar el horizonte axiológico, cerrando la puerta a la crítica del orden positivo desde una perspectiva *externa*; ni tampoco impedir que ésta se filtre —como factor de conflicto— en el momento aplicativo, complicándolo extraordinariamente.

## **A modo de conclusión**

No es fácil evitar concluir una reflexión como ésta con la convicción de que el trabajo de quien administra un instituto tan contaminado de ilegitimidad, y tan contaminante, como la prisión provisional termina siendo, inevitablemente y aún en el mejor de los casos, *trabajo sucio*.

El juez penal que no esté dispuesto a engañarse ni engañar ha de asumir con toda lucidez esta dimensión de la realidad de su oficio, que, sin embargo, no creo deba llevarle necesariamente al suicidio como tal. Aunque sólo sea porque —de extremarse y cundir la coherencia— el suicidio tendría que ser colectivo y acabaría por dejar sin aplicadores a un orden legal, el del Estado constitucional de derecho, que, precisamente por la constatada regular infidelidad a sus principios informadores, dotados de sanción positiva del mayor rango, está todo él marcado por la contradicción.

Es claro que entre el suicidio (individual o colectivo) y la vergonzante huida del conflicto por la expulsión del polo problemático del discurso: el exigente principio de presunción de inocencia, hay una razonable y productiva vía intermedia, aunque no en el sentido de ese medio en el que radica cierta dudosa virtud. Es una vía que no lleva a la resolución de la aporía, sino que, siendo ésta irresoluble, pasa por la necesidad de tenerla activa y lúcidamente presente.

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

Pues bien, sólo actuando con esa (mala) conciencia resultará viable —y no cabe duda que en esta labor serán de utilidad aquellos estándares idealmente racionalizadores— limitar, no ya dentro de lo posible, sino tendiendo siempre reflexivamente hacia lo *imposible* el empleo del terrible instrumento, que, además —cierto que éste sería *otro* tema—, al dotar al degradado modo de ser del proceso de su conocida eficacia en términos de control social inmediato, contribuye activamente a la perpetuación del mismo en sus constantes actuales.