

**UNIVERSIDAD DE NAVARRA
FACULTAD DE DERECHO**

**LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL
BRASILEÑO DESDE LA REGULACIÓN PROCESAL ESPAÑOLA**

Tesis doctoral presentada por **Sidney Eloy Dalabrida**, para la obtención del grado de Doctor, realizada bajo la supervisión del Profesor Doctor **Julio Muerza Esparza**.

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra

ISBN 84-8081-093-9

Mi sincera gratitud al director de la tesis, Profesor Doctor Julio Muerza Esparza, por su paciencia, incondicional apoyo, valiosos enseñamientos e permanente estímulo.

Mis agradecimientos al Profesor Doctor Ibon Hualde López por su solicitud y frecuente ayuda, bien así a Doctora Victoria Sánchez Pos.

Mi gratitud también a los Profesores Doctores Faustino Cordón Moreno y Eduardo Valpuesta Gastaminza.

Al compañero de Fiscalía, Doctor Gilberto Callado de Oliveira, responsable por el convenio que me permitió frecuentar el curso de doctorado en la Universidad de Navarra, mi reconocimiento.

Mis agradecimientos al Ministerio Público de Santa Catarina y a la Universidad del Sur de Santa Catarina.

A mi mujer, Hindianara, alegría de mi vida, cuyo amor me ha alimentado a lo largo de toda la elaboración de esta tesis, mi eterna gratitud.

A mis hijos amados Pablo, Natália y Letícia.

A la Profesora y amiga Izaskun Agesta Belloso, mis agradecimientos por la ayuda con la traducción.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO PRIMERO LAS FUNCIONES DEL PROCESO PENAL Y DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

1.1 Proceso y jurisdicción	17
1.2 La pretensión punitiva y el <i>ius libertatis</i>	25
1.3 Proceso penal, política e ideología	32
1.4 Los sistemas de proceso penal: la tipología tradicional	43
1.4.1 Sistema Acusatorio	46
1.4.2 Sistema inquisitivo	49
1.4.3 Sistema acusatorio formal o mixto	52
1.4.4 El sistema procesal penal español	54
1.4.5 El sistema procesal penal brasileño	61
1.5 El proceso penal y la prisión provisional	67

CAPÍTULO SEGUNDO LA CONSTITUCIÓN, EL PROCESO PENAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Especial consideración de la dignidad de la persona humana

2.1 Proceso Penal y Constitución	79
2.1.1 Principios, reglas y valores constitucionales	81
2.1.2 Normatividad formal y material: la contribución garantista	93
2.2 Los derechos fundamentales: aproximación conceptual	101
2.2.1 La doble dimensión de los derechos fundamentales: el individuo y la sociedad	104
2.2.2 La limitación de los derechos fundamentales	108
2.2.3 Los derechos fundamentales en el modelo constitucional español de 1978	115
2.2.4 Los derechos fundamentales en el modelo constitucional brasileño de 1988	121
2.3 La dignidad de la persona humana: el contenido del concepto de dignidad humana	123
2.3.1 La dignidad humana como fuente de los derechos	

fundamentales	126
2.3.2 La dignidad de la persona humana como norma fundamental: el orden constitucional español y brasileño	127
2.3.3 La libertad y la seguridad como exigencias de la dignidad humana	135
2.4 La dignidad humana y la protección de la libertad y seguridad en los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos	149
2.4.1 Los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y el derecho interno español	155
2.4.2 Los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y el derecho interno brasileño	160

CAPÍTULO TERCERO
LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE LA PRESUNCIÓN DE
INOCENCIA Y PROPORCIONALIDAD

3.1 La disciplina de la presunción de inocencia	165
3.1.1 Presunción de inocencia: análisis terminológico	169
3.1.2 Manifestaciones de la presunción de inocencia	173
3.1.3 Prisión provisional y su conexión con la presunción de inocencia	175
3.2 Principio de Proporcionalidad	180
3.2.1 Requisitos y subprincipios	182
3.2.2 Fundamentación y reconocimiento jurídico-positivo	194
3.2.3 Proporcionalidad y prisión provisional	200

CAPÍTULO CUARTO
LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL

4.1 La tutela cautelar en el proceso penal español y la prisión provisional: consideraciones generales	207
4.2 Características de la prisión provisional	213
4.2.1 Jurisdiccionalidad	213
4.2.2 Instrumentalidad	217
4.2.3 Provisionalidad	220
4.2.4 Homogeneidad	223
4.3 La regulación de la prisión provisional en el ordenamiento jurídico español: evolución histórica	226
4.4 Los presupuestos fundamentales de la prisión provisional	238
4.4.1 <i>fumus delicti commissi</i>	238
4.4.2 <i>Periculun libertatis</i>	255
4.5 Límite penológico y sus excepciones	257

4.6 Los fines constitucionales de la prisión provisional	263
4.6.1 Peligro de fuga	263
4.6.1.1 Circunstancias acreditativas del riesgo de fuga: consideraciones preliminares	267
4.6.1.2 Naturaleza del hecho y gravedad de la pena	270
4.6.1.3 Las circunstancias personales: el arraigo, los antecedentes y requisitorias	273
4.6.1.4 Incomparecencia injustificada	279
4.6.1.5 La inminencia de la celebración del juicio oral	281
4.6.2 Riesgo de ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba	282
4.6.3 Evitación de la reiteración delictiva	292
4.6.4 Reiteración delictiva y tutela de la víctima	305
4.7 Las modalidades de cumplimiento de la prisión provisional	320
4.7.1 Prisión provisional comunicada	320
4.7.2 Prisión provisional incomunicada	323
4.7.3 Duración máxima, prórroga y segunda incomunicación	329
4.7.4 Prisión atenuada	332
4.8 Los plazos de duración de la prisión provisional	337
4.8.1 Prevención del riesgo de fuga, de reiteración delictiva y de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima	341
4.8.2 Garantizar la intangibilidad del material probatorio	347
4.8.3 Sistemas de control de la prisión provisional	348
4.9 Procedimiento	350
4.10. En control de la prisión provisional injusta	356

CAPÍTULO QUINTO

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL BRASILEÑO

5.1 La estructura cautelar en el proceso penal brasileño: consideraciones generales	363
5.2 La regulación procesal de la prisión provisional: evolución histórica..	367
5.3 Presupuestos y fines de la prisión provisional	384
5.3.1 Requisitos genéricos: <i>fumus boni iuris</i>	384
5.3.2 Requisitos específicos: <i>periculum in mora</i>	393
5.3.2.1 Garantía del orden público	395
a) Orden público y clamor público	399
b) Orden público y reiteración delictiva	411
5.3.2.2 Garantía del orden económico	424
5.3.2.3 Conveniencia de la instrucción criminal	431
5.3.2.4 Garantía de aplicación de la ley penal	437
5.4 Las hipótesis de admisibilidad	444
5.5 Los límites temporales de la prisión preventiva	459
5.6 Revocación de la prisión preventiva y la regla <i>rebus sic stantibus</i>	473
5.7 Aspectos procesales	476
a) Iniciativa y oportunidad	476

b) Resolución y ejecución	485
5.8 La indemnización para la reparación de los daños derivados de la prisión preventiva injusta	503
CONCLUSIONES.....	509
APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	519
BIBLIOGRAFIA.....	537

ABREVIATURAS

ap.	Apartado
art.	Artículo
arts.	Artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Cap.	Capítulo
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CF	Constitución Federal Brasileña
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CJM	Código de Justicia Militar
coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPP	Código de Proceso Penal Brasileño
DDHC	Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano
dir.	Dirigido por
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ed.	Edición
EM	Exposición de Motivos
HC	Habeas corpus

LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTG	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MF	Ministerio Fiscal
nº	número
op. cit.	Obra citada
p.	página
PICDP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
pp.	Páginas
RD	Real Decreto
RE	Recurso extraordinario
SS	Sentencias
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StPO	strafprozeßordnung
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
STF	Supremo Tribunal Federal Brasileño
STJ	Superior Tribunal de Justicia Brasileño
t.	tomo
TJSC	Tribunal de Justicia de Santa Catarina - Brasil
TC	Tribunal Constitucional Español

TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Trad.	Traducido por
TS	Tribunal Supremo Español
v.	volumen
vid.	Véase

INTRODUCCIÓN

La prisión provisional es la institución más polémica del sistema penal, en la medida en que se encuentra en el más alto campo de tensión entre el interés del Estado en garantizar la efectividad del proceso penal y el deber de asegurar el derecho fundamental del ciudadano a la libertad.

A pesar de todo el peligro que representa la privación de libertad del individuo con anterioridad a una sentencia firme de condena, la medida es indispensable para una administración eficiente de la justicia criminal, razón por la cual es admitida por prácticamente todas las legislaciones procesales contemporáneas.

Sin embargo, no se puede ignorar que, tanto en España como en Brasil, proliferan los casos en los que al proceso penal no sigue pena alguna, aunque haya sido el individuo privado de su libertad durante la persecución criminal. En muchos de estos casos, también es preciso admitir que la prisión provisional acaba transformándose en un mecanismo de punición anticipada, en instrumentos de culpabilidad preventiva y estigmatización pública, con la consecuente subversión de los principios constitucionales.

Por otro lado, nos preocupan sensiblemente las soluciones presentadas a este grave problema a partir de concepciones excesivamente liberales que, con el pretexto de proteger al individuo contra los abusos que puedan ser practicados a lo largo de la actividad persecutoria, acaban privando totalmente al proceso penal de su capacidad para servir como instrumento de pacificación social.

Estos factores comunes despertaron el interés por el estudio de la prisión provisional y, más específicamente, del régimen procesal de la institución en el derecho procesal brasileño y español. La presente tesis tiene

por objetivo un estudio de la prisión preventiva en Brasil, desde un examen comparado de su régimen jurídico con la regulación procesal de la medida en el derecho español

Se sabe que cualquier trabajo científico que comprenda un estudio de un régimen jurídico extranjero es siempre una tarea peligrosa y arriesgada, puesto que su resultado no depende de una sencilla confrontación entre las normas existentes en cada uno de los ordenamientos.

En efecto, para que se pueda obtener una conclusión científica, determinando la posibilidad de adaptaciones, cambios, incorporaciones o incluso combinaciones entre elementos existentes en los ordenamientos procesales de países distintos, no es suficiente el análisis de un único fragmento del sistema jurídico correspondiente.

De este modo, para alcanzar una percepción sistémica de los distintos preceptos que componen los regímenes procesales de la prisión provisional en los ordenamientos español y brasileño, metodológicamente, era necesario dedicar la primera parte de la tesis al estudio de las bases principiológicas que sostienen el sistema punitivo en estos dos países. Por ello, en el primer capítulo, se examina el proceso de consolidación del monopolio del Estado en la administración de la justicia penal y la inserción del proceso como instrumento operacional de la jurisdicción orientado a la pacificación social. Se da cuenta de las características principales de cada modelo histórico de proceso y la estructura básica del proceso penal español y brasileño para, a continuación, recordar cuáles son las funciones tradicionales del proceso penal, su implicación político-ideológica y, finalmente, realzar la misión que corresponde a la prisión provisional en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

Estudiando la nueva perspectiva propiciada por la concepción moderna de principios y su importancia en la tarea interpretativa, el segundo capítulo busca enfatizar la fuerza normativa de la Constitución, tanto en su aspecto formal como en el sustancial. En esta etapa del estudio, buscamos aclarar conceptualmente los “derechos fundamentales”, enfocando las funciones desempeñadas por esta categoría (o sea por esta expresión “derechos fundamentales”), sus diversas dimensiones, límites y condicionamientos, cerrándose este bloque con la exposición del modelo de positivación de los derechos fundamentales en España y Brasil. Seguidamente, se trata del principio de la dignidad de la persona humana como norma con fuerza jurídica vinculante al orden constitucional Español y Brasileño, reconocida incluso en Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Enfocándose especialmente su dimensión jurídico-constitucional, el estudio se centra en los valores de libertad personal y seguridad colectiva, y en la importancia de su preservación conjunta en el plano de la persecución penal, en la medida en que constituye en exigencia para la realización de la dignidad humana.

Con la intención de alcanzar una estrecha aproximación al tema principal, en el capítulo tercero, se realiza un análisis de los principios de la presunción de inocencia y proporcionalidad y su relación con la prisión provisional. En cuanto al principio de la presunción de inocencia, en primer lugar se identifican las normas constitucionales e internacionales que lo consagran, presentándose su contenido y detallando las fórmulas de su manifestación. Inmediatamente después, una vez demostrada la necesidad de la prisión provisional para garantizar la eficiencia de la actividad punitiva, se articula su conexión con el principio de la presunción de inocencia. Tras el análisis del principio de proporcionalidad y su incidencia en la regulación y aplicación de la prisión provisional, se exponen sus elementos estructurales y bases jurídicas positivas, demostrando los criterios sobre los cuales se

asienta para dar solución al conflicto entre la protección de la libertad individual y la necesidad de una persecución criminal eficiente.

Asentadas estas bases conceptuales, en el capítulo cuarto, se analiza el régimen procesal de la prisión provisional en España. Para ello se estudia su evolución histórica, su naturaleza jurídica, características, presupuestos materiales, modalidades, límites temporales y el procedimiento para su adopción. A la vista de su trascendental importancia para la valoración de su legitimidad constitucional, se examinan, a continuación, las finalidades que se asignan a la prisión provisional. En esta etapa de la investigación, como también en las demás, se utilizan no sólo como fuente, la doctrinal, sino que esencialmente se atiende a las fuentes legales y jurisprudenciales.

Una vez que están reunidos los elementos objeto de confrontación con la finalidad de analizar sus relaciones de semejanzas y divergencias, continúa la memoria doctoral con la parte final dedicada al estudio de la prisión preventiva en el ordenamiento jurídico brasileño y a su examen comparativo con el régimen procesal español. En esta etapa, una vez recogidos los principios generales que sostienen los dos sistemas, en cada uno de los temas que tratan de la prisión preventiva, a través del método comparativo, la regulación procesal brasileña de la prisión preventiva se confronta con el modelo español ya detallado, presentándose entonces sus elementos comunes y distintos, es decir, sus puntos de convergencia y divergencia. Apuntadas y ordenadas las semejanzas y divergencias, la tesis termina con la presentación de una relación de conclusiones en virtud de la comparación realizada durante el estudio y la señalización de cambios que puedan contribuir al perfeccionamiento de la legislación brasileña en esta institución.

CAPÍTULO PRIMERO

LAS FUNCIONES DEL PROCESO PENAL Y DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

1.1 Proceso y jurisdicción

El reconocimiento de la necesidad de promover de modo justo y equilibrado la resolución de las situaciones sociales conflictivas dio lugar a la superación de la justicia privada¹, propiciando el surgimiento del proceso como mecanismo civilizado de pacificación social.

De entre todas las fórmulas de solución de conflictos, la autodefensa seguramente constituía la más primitiva, injusta y peligrosa². Caracterizada por la imposición de la solución a través de la acción directa de la parte más fuerte, combinando la “parcialidad y el egoísmo”³, representaba un ataque directo a la propia idea de justicia, ya que, además de implicar una acción violenta y vengativa, no garantizaba siquiera la reparación del mal causado en las hipótesis en que la víctima fuese más débil que el responsable o que, por sí o por otro, estuviese imposibilitada de reaccionar.

¹ Según señala DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho Procesal: Introducción*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 19, por justicia privada se entiende “aquel fenómeno social – que históricamente ha conocido innumerables formas y manifestaciones – consistente en la aceptación general de la vindicación de las ofensas y agravios (considerados, más o menos claramente, como antijurídicos) directamente a cargo del ofendido y/o los suyos (su estirpe, linaje, tribu, etc.) y sobre la persona o bienes del presunto culpable y de sus allegados”.

² Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª ed., Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 18.

³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 13.

La imposición de la solución coactiva del conflicto por la parte más fuerte o que ocupaba una situación hegemónica era propia de sociedades primitivas en las que toda organización estatal era débil⁴, y no interfería en la solución de los conflictos de intereses, solventados por las propias partes interesadas de modo parcial y, casi siempre, apelando a la violencia.

Como antecedente histórico del proceso, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO señala que “la autodefensa expresa la natural reacción del sujeto lesionado en su interés, cuando no el impulso de los contendientes en litigio, que al acudir a ella se dejan llevar por consideraciones egoístas, con prescindencia de toda idea de solidaridad social”⁵.

Esta forma de solucionar los conflictos acabó cediendo espacio al proceso, en una sustitución de la acción física directa contra el adversario, por una acción dirigida frente al Estado, que dió lugar a la transferencia en beneficio de este Ente de toda reacción de la víctima por los daños sufridos. Es esta sustitución, que responde a una necesidad social, la que justamente constituye una de las premisas fundamentales sobre las que se asienta el edificio constitucional del Estado.

Este tránsito, sin embargo, no se operó bruscamente, sino que se realizó de modo gradual, con la constante y progresiva represión del uso de la fuerza⁶ para solucionar los diversos conflictos de intereses, siendo la

⁴ Vid. GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Introducción al Derecho...*, ob. cit., p. 18.

⁵ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición...*, ob. cit., p. 30.

⁶ En palabras de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición...*, ob. cit., pp. 29 e 55, fuerza que “es elemento clave de la auto tutela (lo que supone una situación de partida ya injusta: sólo pueden reaccionar los fuertes o los débiles que gocen de protectores)”.

generalizada prohibición de la autodefensa⁷, como se establece en los ordenamientos jurídicos modernos⁸, fruto de una larga y trabajosa evolución⁹.

En una etapa más avanzada de la civilización, ya superado el recurso de la fuerza, propio de la autodefensa, la recuperación de la paz perdida en virtud de los conflictos se consigue a través de la autocomposición, fórmula más evolucionada de solucionar los litigios, alcanzada por medio de un acuerdo de voluntades entre las partes o “del voluntario sacrificio o resignación de una de ellas”¹⁰.

Sin embargo, como en términos generales pertenece a la esfera de las decisiones individuales, así como la autodefensa, la autocomposición oculta o disimula con frecuencia verdaderos actos de autodefensa, siendo el altruismo, traducido en actitudes de renuncia o de reconocimiento en favor del adversario, en repetidas ocasiones simple apariencia¹¹.

La asunción por el Estado del monopolio de la justicia y la utilización del proceso como medio de garantía de la armonía y bienestar social, a

⁷ No obstante, como manifiesta ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición...*, ob. cit., pp. 29 e 55, la autodefensa no es “un cadáver o un recuerdo jurídico, así como tampoco una institución próxima a jubilarse”. Siempre subsistirá porque “el mecanismo estatal dista mucho de ser perfecto y porque es prácticamente imposible que ningún Estado, por grande que sea su potencia económica, soporte el monstruoso presupuesto que resultaría si pretendiese someter a cauces procesales la totalidad de los litigios, inclusive los más nimios, que en su territorio se produzcan”.

⁸ Como es el caso de España (art. 455 del Código Penal Español) y Brasil (art. 345 del Código Penal Brasileño).

⁹ Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, v. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, p. 222.

¹⁰ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Introducción al Derecho...*, ob. cit., p. 19.

¹¹ Como señala ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición...*, ob. cit., p. 78, innumerables factores podrán comprometer la espontaneidad de la autocomposición, como la desigual resistencia económica de los litigantes, la lentitud del procedimiento, las influencias de las partes o de su procurador y la desacertada conducción del pleito, transformándola, mejor expresado, en “rendiciones, en las cuales la decisión altruista viene provocada por la más o menos solapada imposición egoísta del contrario”.

través del restablecimiento del orden jurídico violado o amenazado, no absorbió totalmente las demás formas compositivas del litigio, siendo posible identificar hipótesis excepcionales de autotutela legalmente consentida, así como también de autocomposición¹².

Empero, como pone de relieve la doctrina de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: “Parece ocioso añadir ahora que el proceso, al encomendar la solución del conflicto a un tercero imparcial; al vincular la jurisdicción con el Estado, para asegurar la observancia de sus decisiones, y al instaurar un régimen de enjuiciamiento que garantice la mejor defensa de las enfrentadas posiciones en litigio, representa la fórmula más progresiva de las tres”¹³.

Este progresivo avance hacia niveles de más racionalidad (autodefensa, autocomposición y proceso) puede ser comprobado, al escalonarse, en el ámbito criminal, “la venganza de la sangre, la composición pecuniaria y el proceso penal”¹⁴.

Como se percibe, ligado de modo indisoluble a la propia existencia del Estado, el proceso surge como resultado del progreso de la civilización, de la evolución cultural del hombre que, frustrado con el efecto de desagregación social generado por el ejercicio arbitrario de las propias razones, con el uso de la violencia y formas primarias de solución de los conflictos, finalmente se concientia de que ese instrumento constituye la única vía hábil para alcanzar la pacificación social.

¹² Asumiendo distintas fórmulas, puede ser encontrada en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos modernos. Por ejemplo, en España: artículos 592, 612, 613, 1730 del Código Civil; 20.4 del Código Penal. En Brasil: artículos 188, 644, 1210, §1º, 1283 del Código Civil Brasileiro; 24 e 25 del Código Penal Brasileiro.

¹³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición...*, ob. cit., p. 32.

¹⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición...*, ob. cit., p. 32.

En este sentido, de acuerdo a lo expresado por MONTERO AROCA, a lo largo de la historia, tres decisiones políticas, que resultaron en tres órdenes de monopolio, fueron de gran trascendencia para el avance de la civilización, que son: la prohibición de la autotutela, con la consecuente imposibilidad del particular de disponer del derecho de punir e, inclusive, de la propia consecuencia jurídico penal; la imposibilidad del Estado de declarar la existencia del delito o de imponer penas por órganos no jurisdiccionales; por último, la aplicación del derecho penal por los órganos jurisdiccionales, necesariamente por medio del proceso, es decir, la prohibición de aplicación del derecho penal sin la garantía que presupone un proceso. La garantía jurisdiccional, de esta forma, se presenta como el resultado de dichos monopolios¹⁵.

Sintetiza el autor:

“El proceso es el medio de satisfacer intereses jurídicos por el Estado y la jurisdicción la función del Estado destinada a dicha satisfacción, por lo que ‘fuera de la Jurisdicción podrá haber actuación de pretensiones, pero éstas no constituyen propiamente un proceso por faltar uno de los elementos indispensables para el concepto; fuera de la actuación de pretensiones, podrá haber en la Jurisdicción otras materias que le estén legalmente atribuidas, pero la actividad que recae sobre ellas no es propiamente tampoco una actividad procesal’. Por ello la supresión del proceso supone la eliminación de la jurisdicción”¹⁶.

El fundamento primario de la función jurisdiccional del Estado justamente reside en la abolición de la justicia privada. Con la prohibición del ejercicio de las propias razones como medio de reparación de daños sufridos

¹⁵ Sobre la cuestión, vid. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 16-23.

¹⁶ Cfr. MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal: jurisdicción, acción y proceso*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pp. 197-198.

por el ciudadano, el Estado presenta una actividad sustitutiva que consiste, como sustenta CORDÓN MORENO, en un sistema de administración de justicia “en el que constituye una pieza clave el reconocimiento del derecho fundamental a la tutela efectiva, que supone, ante todo y en primer lugar, el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales en demanda de tutela para sus derechos e intereses que han resultado lesionados”¹⁷.

Para cumplir su principal misión, que es garantizar la paz social, prosigue el procesalista, el Estado se anticipa al surgimiento de los conflictos, regulando su propia conducta y la de los componentes del cuerpo social, a través de un conjunto de normas que forman el derecho objetivo. No obstante, ya que para garantizar aquel desiderátum sería insuficiente que su función se limitase a dictar medidas para el mantenimiento y conservación de la comunidad, el Estado tiene en cuenta la jurisdicción¹⁸, que puede ser sintetizada como la función del Estado que, por medio de la actividad de órganos jurisdiccionales que sustituyen la acción de particulares, hace realidad la voluntad de la ley.

Como la tutela y la realización del derecho objetivo en casos concretos no pueden ser alcanzadas en un sólo momento, por medio de un único acto, surge el proceso, como un instrumento técnico por el cual se desarrolla toda la actividad comprendida en la acción judicial.

Como expresa FENECH, “El juicio instantáneo, en un sólo acto, sólo Dios puede llevarlo a cabo al juzgar, y ello por cuanto su omnisciencia hace desaparecer la limitación propia de los humanos; Dios, para juzgar, no necesita proceso”¹⁹.

¹⁷ Vid. CORDÓN MORENO, Faustino. *Introducción al derecho procesal*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994, p. 18.

¹⁸ Vid. CORDÓN MORENO, Faustino, ob. cit., p. 44.

¹⁹ Cfr. FENECH, Miguel. *El proceso penal*, 4ª ed., Editorial Agesa, Madrid, 1982, p. 5.

Bajo este prisma, constituye el proceso un conjunto de actos que se practican de forma sucesiva y legalmente regulados, por medio del cual se realiza la actividad jurisdiccional, destinada a la solución de un conflicto de intereses de alta relevancia social.

Se puede decir que, bajo pena de subvertir la aspiración ética que justificó la transferencia de la titularidad del poder de punir en su favor, esa actividad esencialmente pública no podría ser ejecutada administrativamente, de modo instantáneo, inmediato y automático, sin el riesgo de tornarse fuente de violencia e intranquilidad. Así, al sustituirse la acción de las partes interesadas, por medio de su actividad jurisdiccional, el Estado incorporó el proceso para poder imponer la regla jurídica destinada a la estabilización de las relaciones.

Jurisdicción y proceso, por lo tanto, son definitivamente conceptos correlacionados, inseparables e inescindibles. No hay jurisdicción sin proceso. La función jurisdiccional “se manifiesta y se cumple mediante procesos. Más aún, no es imaginable sin procesos”²⁰. Como afirmaba FREDERICO MARQUES, la jurisdicción es la fuerza operativa con que se ejerce el *imperium* del Estado para solventar un litigio, y el proceso el instrumento inmanente a la jurisdicción esencial para que el Estado alcance ese objetivo²¹.

Una noción precisa de la función jurisdiccional, de acuerdo con la clásica enseñanza de GUASP DELGADO, exige que se renuncie a toda idea que no parta de la congruencia entre jurisdicción y proceso, puesto que ambos conceptos están correlacionados y se implican mutuamente.

²⁰ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal: Introducción...*, ob. cit., p. 36.

²¹ Cfr. FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Processual Penal*, v. I, Editorial Saraiva, São Paulo, 1980, p. 6.

Señalaba el autor que, de acuerdo con la definición de proceso, la jurisdicción debe ser considerada como la función estatal específica que aspira tener como objetivo la satisfacción de pretensiones, sin la cual “quedaría estimulada por el abandono público la satisfacción privada de otras pretensiones de análogo contenido”. No obstante interesa al Estado eliminar los conflictos sociales y dar efectividad a las normas producidas, “ninguna de las funciones que inmediatamente se dirigen a este fin se basa en supuestos de estricto carácter jurisdiccional”. Al contrario, prosigue la lección, “el fundamento de la jurisdicción se halla en la idea de que, por el peligro que supone para la paz y la justicia de la comunidad una abstención en este punto, se ha de concebir como función del Estado la de la satisfacción de las pretensiones que las partes puedan formular ante él”²².

Correspondiendo a una función estatal soberana, a través de la cual el Estado defiende “su autoridad de legislador”²³, la jurisdicción y el proceso tienen por fin, como destaca COUTURE, “la justicia, la paz, el orden, la seguridad, es decir, los valores a los cuales el derecho accede y sirve”²⁴.

Indicadas las fórmulas tradicionales de solución de los conflictos y la asunción por el Estado del monopolio de la administración de la justicia, siendo el proceso judicial un instrumento operacional con capacidad para realizar aquel objetivo, por ello, a continuación, se tratarán las funciones que le son atribuidas en el ámbito de la jurisdicción penal.

²² Cfr. GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., t. I, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 92.

²³ Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 175.

²⁴ Cfr. COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. (póstuma), Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 40.

1.2 La pretensión punitiva y el *ius libertatis*

Para ajustar la acción de los miembros del cuerpo social a patrones adecuados de comportamiento, naturalmente variables de acuerdo con circunstancias históricas, políticas y culturales, el Estado se vale de un orden jurídico²⁵, destinado a garantizar una convivencia armoniosa y segura. Ahora bien, para cumplir su misión de garante del orden social²⁶, frente a la potencialidad lesiva de ciertos comportamientos, para cuya disuasión son insuficientes otros mecanismos de control social, necesita valerse de su poder punitivo. De este modo, a través de una sanción penal pública, sólo busca la recomposición del orden social afectado por acciones u omisiones que atentan a bienes jurídicos esenciales para una convivencia humana pacífica.

²⁵ Para CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1960, pp. 3-4, "Todas las normas jurídicas de un Estado convergen para la determinación del orden en el grupo social al cual se refieren. Ese orden jurídico significa alcanzar un grado más en la ascendente aproximación hacia la idea de justicia, expresión ésta del derecho natural. Se concreta así un determinado orden jurídico, el cual está a su vez provisto de coerción para mantenerse por sí mismo. La justicia exige conformidad al orden; la contradicción a ese orden será injusto; la noticia de ilicitud es ya posibilidad de desorden; la coacción es instrumento de orden, y hacer justicia significa reconstruir el orden".

²⁶ Afirma MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, pp. 12-13, que "En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que esta sea, se dan una serie de reglas, las normas sociales, que sancionan de algún modo - segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc. - los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden social. Históricamente, este orden social se ha mostrado por sí solo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas más preciso y vigoroso. Nace así, secundariamente, la norma jurídica que a través de la sanción jurídica se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas jurídicas constituye el orden jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social la sociedad". Como pone de relieve JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 4, el orden social, compuesto por una pluralidad de reglas transmitidas por la tradición, no puede por sí solo asegurar "la convivencia humana en la comunidad. Ha de completarse, perfeccionarse y reforzarse por medio del orden jurídico".

Ejercitando el control social²⁷, en las situaciones de alteración significativa del orden jurídico, el Estado maneja el poder-deber de punir, o *ius puniendi*, del cual es el titular exclusivo. La manifestación de este poder, que constituye una de las más nítidas expresiones de su soberanía, inicialmente ocurre solamente *in abstracto*, con la elaboración de las leyes penales y la consecuente conminación de sanciones a los transgresores del mandato prohibitivo especificado por la norma penal, con el que se advierte al particular del deber de abstenerse de realizar la conducta en ella descrita.

Las normas penales constituyen un conjunto de expectativas, cuya frustración autoriza al Estado a reaccionar con la pena, que es la forma más dura de la que dispone el aparato represivo estatal para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas en sociedad. De este modo, como medio de control social, el derecho penal actúa para asegurar “la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal”, puesto que tan pronto el derecho penal deje “de poder garantizar la seguridad y el orden, aparece la venganza privada, como ha enseñado repetidamente la más reciente experiencia histórica”²⁸.

Con la realización de una conducta que reúna todos los presupuestos legalmente exigidos para considerarla como delictiva, la pretensión punitiva, que hasta entonces ocupaba un plano abstracto, se materializa, asumiendo concreción, legitimando al Estado a activar su poder coercitivo para sujetar al responsable por la infracción penal a la imposición de una pena.

²⁷ El control social es una condición básica de la vida en sociedad. En palabras de MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control...*, ob. cit., p. 25, al establecer los límites de la libertad humana en la sociedad, constituye “al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros. No hay alternativas al control social; es inimaginable una sociedad sin control social”.

²⁸ Cfr. JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de...*, ob. cit., p. 4.

En otras palabras, para bien proteger a la colectividad, el Estado llamó para sí la función de punir. No obstante, como el orden jurídico no reacciona con la imposición automática de las penas, ya que, como afirma el conocido magisterio de MANZINI²⁹, el derecho penal es de coacción indirecta, la consecución de aquel desiderátum depende de la intervención de la garantía jurisdiccional.

Como sintetiza GOMÉZ ORBANEJA, “El derecho penal material o sustantivo determina qué acciones u omisiones son punibles (delitos o faltas) y marca las penas. Nace en virtud de él el derecho del Estado de infligir un mal al culpable y el deber de éste de sufrirlo. Pero para que pueda ser impuesta la pena se requiere una actividad del propio Estado encaminada a averiguar el delito y el delincuente y a medir su responsabilidad. Tal actividad es el proceso penal”³⁰.

Siguiendo a BELING, el derecho penal, por sí solo, no puede actuar en la vida real³¹, una vez que la consecuencia jurídica del delito no es directamente la pena, pero sí el derecho subjetivo de penalizar del Estado. Como el efecto jurídico del delito solamente se puede manifestar por medio del proceso penal, su falta lógicamente fulminaría el *ius puniendi*, despojándolo completamente de cualquier eficacia. Como fue destacado por MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, “Sin él el Derecho penal sería un simple objeto decorativo, sin eficacia alguna”³².

²⁹ Cfr. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 106.

³⁰ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., Editorial Agesa, Madrid, 1987, p. 1.

³¹ Cfr. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Labor, Barcelona, 1943, p. 1.

³² Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal - Parte General*, 2ª ed., Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 33.

De ahí porque, como expone ALCALÁ-ZAMORA y RICARDO LEVENE, el proceso no es un fin en sí mismo, no surge de él mismo, pero sí de una situación extra y meta procesal que está llamado a resolver³³. El derecho penal material, destacaba MANZINI, es una energía potencial, de manera que el proceso penal es el único medio “con que esta energía puede ponerse concretamente en acción”³⁴.

De esta forma, constituye el proceso penal el presupuesto fundamental y esencial para que se puedan realizar los fines pretendidos por el derecho penal. No se puede imponer al agente responsable por la conducta por él prohibida la sanción penal que le corresponde sino es a través del proceso penal.

Con todo, el proceso penal no puede ser concebido únicamente como instrumento a la disposición de la jurisdicción para, con exclusividad, aplicar el *ius puniendi* del Estado, en relación al cual goza de monopolio.

Esta perspectiva debe ser matizada, puesto que el proceso penal atiende fundamentalmente a una doble finalidad. No se presta sólo a servir de conducto facilitador de la pretensión punitiva Estatal, sino que, como única estructura jurídica legítima para la imposición de una sanción penal, constituye también un mecanismo de control de la actuación estatal, sirviendo de instrumento de protección del ciudadano en contra del ejercicio del *ius puniendi*³⁵.

³³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, RICARDO LEVENE, Hijo. *Derecho Procesal Penal*, t. I, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945, p. 7.

³⁴ Cfr. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho...*, ob. cit., p. 124.

³⁵ Estas funciones, aunque sean las principales, no agotan por completo la finalidad del proceso penal. No obstante, están en destaque por su importancia para el desarrollo de la tesis.

Realmente, a partir de la práctica de la conducta descrita en la norma penal incriminatoria surgen e instantáneamente pasan a entrar en conflicto dos intereses distintos. En un vértice, el *ius puniendi* del Estado, reclamando la realización del derecho penal para el restablecimiento de la paz social, aseguradora de la seguridad pública y, en otro, la aspiración de libertad del agente trasgresor. El proceso penal debe ser la ecuación destinada a resolver este conflicto³⁶.

Al ser accionado en razón de la situación de intranquilidad derivada de la práctica del delito, el poder de coacción estatal ejercido a través del proceso penal y destinado a garantizar la realización del bien común con el combate a la criminalidad, debe también respeto al derecho de libertad de la persona humana, bajo pena de convertirse en un instrumento de arbitrio.

En otras palabras, al lado de la realización del *ius puniendi*, el proceso penal tiene como objetivo la afirmación del *ius libertatis*, auténtico e inseparable fundamento del proceso penal, restrictivo de la actuación del poder coercitivo estatal siempre que se da a conocer un hecho penalmente punible. En conclusión, también es deber del Estado “proteger al propio delincuente”³⁷.

En realidad, lo que transforma al proceso penal en una operación distinta de la justicia privada o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es justamente la circunstancia de perseguir dos diferentes finalidades: la punición de los culpables junto con la tutela de los inocentes. La propia historia del proceso penal puede ser leída como la historia del conflicto entre

³⁶ Este conflicto, sin embargo, no significa que los valores involucrados sean excluyentes.

³⁷ Cfr. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Gráfica Encinas, Madrid, 1979, p. 26.

esas dos finalidades, lógicamente complementarias, pero que en la práctica son sin duda antagónicas³⁸.

En sus múltiples actividades, todas las funciones del Estado son limitadas por la esfera de la libertad humana, siendo esta la nota característica del Estado de Derecho. Cualquier ciudadano, al igual que el acusado, es detentador de un amplio elenco de derechos que se presentan como barreras de la actuación de los poderes constituidos. En el campo de la persecución penal, el respeto a estos derechos constituye condición de legitimidad de la actuación jurisdiccional, pero, además, es el propio proceso penal en si mismo el que se constituye en un instrumento de tutela de la libertad jurídica del ciudadano.

Por lo tanto, debemos convenir que el proceso penal ejerce una función de tutela de la libertad jurídica del ser humano, en la medida en que impone límites a la actuación persecutoria del Estado, transformándose de este modo en algo más que un simple instrumento técnico al servicio de la imposición de una pena criminal, ya que también es un poderoso instrumento ético orientado a servir a la sociedad y al Estado³⁹.

Se debe observar, del mismo modo, que el proceso penal tampoco puede ser concebido únicamente como un instrumento técnico destinado a proteger a los individuos contra la intervención estatal. La citada función, aunque fundamental, puesto que la libertad integra la propia esencia del derecho de punir, no puede neutralizar su finalidad represiva, destinada a combatir el fenómeno de la delincuencia y garantizar un orden social que permita el desarrollo del ser humano.

³⁸ A este respecto, vid. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 604.

³⁹ En el mismo sentido, vid. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, PELLEGRINI GRINOVER, Ada y DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 19ª ed., Editorial Malheiros, São Paulo, 2003, p. 45.

Ya alertaba GOLDSCHMIDT⁴⁰, que el proceso penal no representa únicamente una construcción técnica artificial destinada a proteger a los individuos contra los abusos del poder estatal. Reflexionando sobre la lección, concluía BETTIOL “La verdad es que la pena se aplica mediante un proceso porque aquélla es una manifestación de la justicia y porque el proceso es el camino de la misma”⁴¹.

Como ya fue señalado, en el seno del proceso penal se produce una constante tensión dialéctica⁴² entre dos pretensiones, que son: realización del *ius puniendi* y afirmación del *ius libertatis*. Y es cierto que el cumplimiento efectivo de la misión reservada al proceso penal no se podrá jamás alcanzar sin la conciliación de estos dos intereses: seguridad y libertad. Tanto dejará de servir a la sociedad un proceso penal dedicado exclusivamente a la protección del individuo contra los arbitrios del Estado, como lo hará aquel que se oriente únicamente a la represión de la delincuencia. El proceso penal debe ser el resultado de la armonización entre seguridad y libertad.

Todo derecho procesal legalmente instituido se enfrenta con la necesidad de armonizar estos dos valores, dilema fundamental del proceso

⁴⁰ Vid. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y políticos del proceso penal: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935*, Editorial Bosch, Barcelona, 1935, p. 7.

⁴¹ Cfr. BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, p. 182.

⁴² Como señala TIEDEMANN, Klaus, ROXIN, Claus y ARZT, Gunther. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, trad. de GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 133, “El proceso penal representa para la mayor parte de los ciudadanos la más intensiva confrontación con el Poder soberano del Estado”.

penal, de cuya resolución depende la eficacia del proceso penal como verdadero instrumento de pacificación social y realización de justicia⁴³.

Finalmente, poder y libertad son dos polos de un equilibrio que, a través del ejercicio de la jurisdicción, el Estado busca concretar⁴⁴. En cambio, como pondera MUÑOZ CONDE, “Respetar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando, al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces, real, a veces supuesto, a la criminalidad, constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe como resolver”⁴⁵.

En este paso, es importante percibir que la opción por asegurar estos valores que, en la práctica, están en constante tensión, constituye una elección esencialmente de naturaleza ideológica, conectada de modo umbilical con la conformación del Estado y, por lo tanto, variable de acuerdo con cada momento histórico y político.

1.3 Proceso penal, política e ideología

Una clásica lección define al proceso penal como una de las expresiones más típicas del grado de cultura alcanzado por un pueblo en el

⁴³ Ahora bien, como señala ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 24, ha de tenerse en cuenta que la “idea de una justicia abstracta no puede realizarse en este mundo”. En definitiva, como añade ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., p. 273, “la justicia humana forzosamente tiene que ser imperfecta y sólo puede expresar una idea regulativa como ideal”.

⁴⁴ A este respecto, vid. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*, 11ª ed., Editorial Malheiros, São Paulo, 2003, p. 205.

⁴⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control...*, ob. cit., p. 123.

curso de su historia, siendo los principios de su política procesal fundamentalmente segmentos de la política estatal en general⁴⁶.

Todo proceso penal responde a una determinada política criminal que necesariamente está vinculada a la política general adoptada por el Estado al cual corresponde. Como enfatiza MIR PUIG, “La política criminal de un determinado país entronca directamente con los principios de su organización política”⁴⁷.

Como instrumento de actuación estatal vinculado a las directrices políticas que plasman la estructura del Estado, el proceso penal acaba por establecer un tratamiento político-criminal que es apto para la consolidación de los valores que son fundamentales a una determinada forma de Estado.

Como subraya BORJA JIMÉNEZ, “Cada forma de gobierno del Estado, cada revolución, cada modificación de las reglas básicas de la convivencia social, se ha reflejado nítidamente en una específica concepción político-criminal que ha quedado representada en un diferente texto punitivo”⁴⁸.

En un último análisis, la naturaleza y ordenación jurídica de los diversos institutos que integran el proceso penal dependen, dada su interconexión con la estructura política general del Estado, de la relación política establecida entre el Estado y el individuo o, aún de forma más precisa, entre autoridad y libertad.

⁴⁶ Cfr. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y...*, ob. cit., p. 67.

⁴⁷ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 3.

⁴⁸ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de Política Criminal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 39.

Y, seguramente, es en el plano de las medidas cautelares personales y, en especial, de la prisión provisional, en el que más se refleja la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento jurídico, más inclusive que la propia pena⁴⁹. Siendo el proceso penal una rama del derecho altamente ideologizada, el tratamiento jurídico del instituto dependerá fundamentalmente de la relación política establecida entre Estado e individuo, seguridad y libertad.

Siguiendo a ROXIN, se puede afirmar que el orden interno de un Estado se revela en el modo en que está regulada esa situación de conflicto: los estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exagerarán fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines –aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano–⁵⁰.

Cada modelo de Estado contempla de modo particular el fenómeno de la criminalidad, estableciendo mecanismos para su control ajustados a su política general de gestión de los asuntos públicos. De este modo, la política criminal⁵¹ adoptada por las instancias que componen el sistema penal de un

⁴⁹ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, p. 54.

⁵⁰ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 258.

⁵¹ La política criminal, afirma BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, ob. cit., p. 22, “designa al planteamiento que desde el ámbito público, desde el propio Estado, se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal.”, constituida por el “conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad”.

cierto Estado se destina a asegurar los valores que fundamentan su propia existencia.

De modo general, en los Estados totalitarios, como “el crimen representa una célula enferma que pone en peligro a todo el cuerpo social por su facilidad de contagio, por su facilidad de transmisión de la infección”, toda su política criminal está orientada a su radical eliminación, representando el delincuente, traidor al Estado, un peligro para los poderes constituidos y para el mantenimiento del orden interno. De esta forma, buscando la erradicación de “hasta el último vestigio del crimen”, los organismos que integran el sistema punitivo están autorizados a utilizar todos los medios necesarios para promover la “limpieza del entorno más indeseado de la comunidad”. En este contexto, las garantías y derechos individuales pasan a representar obstáculos para la consecución de aquella finalidad y, por lo tanto, deben ser despreciados⁵².

Por otro lado, una concepción política de naturaleza democrática⁵³ parte de un presupuesto diametralmente opuesto, en la medida en que reconoce el delito, que jamás podrá ser totalmente eliminado, como un “precio que se tiene que pagar por mantener unas mínimas condiciones de libertad y de respeto a los derechos humanos”. La política criminal (o el modelo punitivo) de los Estados democráticos, de esta forma, se concentra en el intento de reducir la criminalidad a niveles tolerables, no siendo admisible que la lucha contra el delito implique el sacrificio de derechos individuales del ciudadano, puesto que “el respeto a los derechos fundamentales constituye uno de sus principios de carácter irrenunciable”⁵⁴.

⁵² Cfr. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, ob. cit., pp. 25-26.

⁵³ Según BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, ob. cit., p. 26, se entiende por Estado democrático “aquél en el que rige efectivamente el pluralismo político, en el que existen opciones reales de alternancia en el poder y en el que se encuentran formal y materialmente vigentes los derechos fundamentales y las libertades públicas”.

⁵⁴ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, ob. cit., p. 28.

En un Estado democrático, norma penal, sanción y proceso, no pueden ser comprendidos como un fin en sí mismos o elementos al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos o que desconozcan los límites que deben respetar frente a toda minoría y todo individuo⁵⁵.

Aplicada esta lectura a la prisión provisional, se entiende que su disciplina jurídica en un determinado Estado dependerá de la intensidad que en el puedan merecer aquellos valores. Mientras que mayores sacrificios a la libertad individual en nombre de la seguridad pública son características de Estados totalitarios, en regímenes democráticos hay inequívoca prevalencia del valor de la libertad, con su limitación admitida solamente a título excepcionalísimo.

Fácil es notar la mayor complejidad del proyecto de política criminal en un Estado democrático, puesto que la eficacia de su implementación tiene como presupuesto la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre la exigencia de seguridad pública y el respeto a los derechos humanos, inclusive en favor de los delincuentes, circunstancia que lo convierte “en uno de los momentos de equilibrio más delicados del Estado democrático”⁵⁶.

De modo más específico, es importante tratar de esta relación de dependencia bajo el marco de un Estado social y democrático de Derecho. Esta fórmula, que adoptan España y Brasil, representa una concepción sintética de Estado, en la medida en que absorbe los principios propios del Estado liberal y del Estado social, incorporándoles los valores democráticos. Por lo tanto, la fórmula debe ser comprendida en su sentido unitario, con la

⁵⁵ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 37.

⁵⁶ Cfr. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 35.

superación de sus componentes básicos aisladamente considerados⁵⁷, pues no se trata únicamente de un Estado de Derecho, “ni sólo Estado social, ni sólo democracia, sino que cada uno de esos enunciados condiciona y nutre a los demás”⁵⁸. Constituye un modelo de Estado que pretende “aunar, superándolos, los modelos de Estado Liberal y Estado social”⁵⁹. No se trata, así pues, de un Estado de Derecho modulado por el principio social o por el principio democrático, sino de un Estado que simultáneamente es un Estado de Derecho, social y democrático.

Es cierto que, históricamente, el Estado liberal y social ha presentado una relación dialéctica de tesis y antítesis, básicamente porque la progresiva sustitución del primero por el Estado intervencionista significó un distanciamiento de las garantías liberales, abriendo espacio para regímenes totalitaristas. Con todo, en la medida en que la concepción intervencionista no implica obligatoriamente una opción autoritaria, los referidos modelos no son necesariamente excluyentes, de modo que no hay contradicción en que el Estado intervencionista tenga sus poderes sometidos a los límites propios del Estado de Derecho, habilitándolo así a estar al servicio “no sólo de una minoría o de un discutible todo social, sino también del progreso efectivo de cada uno de los ciudadanos”⁶⁰.

Al mismo tiempo, para someter la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de Derecho y asumir la forma de Estado social y democrático de Derecho, es necesario que toda su actividad este orientada hacia la democracia real.

⁵⁷ Véase al respecto, MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena...*, ob. cit., p. 97.

⁵⁸ Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español*, 3ª ed., Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1992, p. 41.

⁵⁹ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena ...*, ob. cit., p. 98.

⁶⁰ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social...*, ob. cit., p. 33.

Este modelo sigue siendo Estado de Derecho⁶¹ y, por lo tanto, Estado Constitucional⁶², pues, a pesar de representar la superación de las contradicciones del Estado liberal, se mantiene fiel a sus presupuestos políticos fundamentales, de entre los cuales cabe destacar el respeto a los principios constitucionales existentes y la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano, reconocidos formalmente por la ley como mecanismos de control del poder. En él, el reconocimiento y la garantía del ejercicio de los derechos humanos actúan como dique de contención de toda intervención del Estado en la vida en sociedad.

A éste propósito, como acentúa CANOTILHO, “El principio básico del Estado de derecho es el de la eliminación del arbitrio en el ejercicio de los poderes públicos con la consecuente garantía de los derechos de los individuos frente a estos poderes”⁶³.

⁶¹ Entendido no solamente en su concepción formal, sino también material, es decir, no simplemente como el gobierno de las leyes, sino como estado material de Derecho, en el cual, además de la garantía de determinadas formas y procedimientos inherentes a la organización del poder y de las competencias de los órganos estatales, se encuentran reconocidos, simultáneamente, como metas, parámetros y límites de la actividad estatal, ciertos valores, derechos y libertades fundamentales. Al respecto, vid. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4ª ed., Editorial Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, p. 68.

⁶² Como estima CANOTILHO, José Joaquin Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Editorial Almedina, Coimbra, 1993, p. 360, “El Estado de derecho es un Estado constitucional. Presupone la existencia de una constitución que sirva – valiendo y estando en vigencia – del orden jurídico-normativo fundamental vinculativo de todos los poderes públicos. La constitución confiere al orden estatal y a los actos de los poderes públicos medida y forma. Precisamente por eso, la ley constitucional no es simplemente – como sugería la teoría tradicional del Estado de derecho – una simple ley incluida en el sistema o en el complejo normativo-estatal. Se trata de una verdadera ordenación normativa fundamental dotada de supremacía – supremacía de la constitución – y es en esta supremacía normativa de la ley constitucional que el ‘primado del derecho’ del Estado de derecho encuentra una primera y decisiva expresión”.

⁶³ Cfr. CANOTILHO, José Joaquin Gomes. *Cadernos Democráticos, Estado de Direito*, Editorial Gradiva, Lisboa, 1999, p. 9.

De este modo, en un Estado de Derecho⁶⁴, el proceso penal no puede dejar de representar la defensa de la libertad personal, debiendo la persecución criminal “constituirse en la antítesis del despotismo, abandonando todo y cualquier envilecimiento de la personalidad humana”⁶⁵. Como expresión de civilización y cultura, consecuentemente se somete a los límites impuestos por el reconocimiento de los valores de la dignidad del hombre.

Se muestra, además, como Estado social, representando “una evolución y profundización de los principios del Estado liberal, que pretende corregir aquéllos aspectos del mismo que han resultado disfuncionales”⁶⁶. De simple espectador y guardián inerte, al cual era encomendada la tarea de promover la tutela formal de los derechos humanos, se convierte al Estado en “motor activo”⁶⁷ de la vida social, ordenador, conformador de la sociedad, encargado de permitir al ciudadano acceder a los bienes y valores sociales y culturales. Basado en la íntima relación entre sociedad y Estado, tiene la misión de buscar la paz social, garantizando una coexistencia armónica para los ciudadanos integrantes de la sociedad. Pretende, en fin, “derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad”⁶⁸.

La correspondencia del proceso penal al Estado social, tal y como alerta HASSEMER, no puede implicar la disconformidad con el Estado de

⁶⁴ Como dice HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Trad. Patricia S. Ziffer, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 75, el concepto de Estado de Derecho es “vago, móvil y controvertido”.

⁶⁵ Así lo entiende también, PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1976, p. 67.

⁶⁶ Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación, AYUSO TORRES, Miguel y otros. *Manual de Derecho Constitucional*, t. I, Editorial Colex, Madrid, 1997, p. 48.

⁶⁷ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social...*, ob. cit., p. 32.

⁶⁸ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social...*, ob. cit., p. 32.

Derecho. Una comprensión irreflexiva del Estado social podría redundar, en el ámbito del proceso penal, en el debilitamiento de las garantías propias del Estado de Derecho. Así, las características del proceso penal, fundamentadas en el Estado social, no pueden perjudicar su conformación con el Estado de Derecho, debiendo haber una complementación, una armonización, a fin de que pueda servir como instrumento de justicia⁶⁹.

En definitiva, se manifiesta como Estado democrático⁷⁰, que preconiza la sumisión del poder estatal al imperio de la ley y de la soberanía popular, con sus instituciones políticas y jurídicas dirigidas a la concreción de los derechos fundamentales, con la satisfacción de las necesidades e intereses de todos y no sólo de algunos, dotado de efectivas garantías, sean sociales o liberales. Sobretudo, un régimen proyectado para tornar efectivos y reales valores como la libertad y la igualdad, a fin de influir decididamente en la realidad social.

Como señala BETTIOL, “si un significado tiene la democracia es precisamente el de revalorizar la persona humana en toda la complicada red de las instituciones procesales que solo tienen un significado si se entienden por su naturaleza y por su finalidad política y jurídica de garantía de aquel supremo valor que no puede nunca venir sacrificado por razones de utilidad: el hombre”⁷¹.

⁶⁹ Cfr. HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 75-79.

⁷⁰ De acuerdo con el lenguaje moderno, según afirma BOBBIO, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad: por una teoría general de la política*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 221, la democracia envuelve un significado que supera su concepción como simple forma de gobierno, para expresarse como un “régimen caracterizado por los fines o valores para cuya realización un determinado grupo político tiende a operar. El principio de estos fines o valores que es adoptado no ya para distinguir sólo formalmente, sino también en su contenido un régimen democrático de un régimen no democrático, es la igualdad, en rigor no la igualdad jurídica que fue introducida en las Constituciones liberales aun cuando todavía no eran formalmente democráticas, sino la igualdad social y económica (por lo menos en parte)”.

⁷¹ Cfr. BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal...*, ob. cit., p. 174.

Parafraseando a MIR PUIG, el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad. Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todos los ciudadanos⁷².

De este modo, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, el ejercicio del *ius puniendi* encuentra su legitimidad al concretar su misión de combate a la criminalidad, tutelando la colectividad, con la concomitante protección del individuo contra cualquier especie de arbitrariedad en el manejo del poder, lo que solamente puede ser alcanzado con la superación de las garantías puramente formales, a través de la imposición de límites materiales a la intervención punitiva, emergentes de la exigencia de respeto a la dignidad humana, verdadero centro de la noción de Estado democrático.

Como pone de relieve MIR PUIG:

“En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de Derecho. El carácter democrático de ese Estado aparece vinculado, pues, a la síntesis del Estado social y del de Derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad ‘real’ – oponiéndose a que el ‘Estado social’ dirija su intervención en beneficio de ciertos grupos – como ‘formal’ – cerrando

⁷² Cfr. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social ...*, ob. cit., p. 37.

el paso a la posibilidad de un 'Estado de Derecho' no controlado por todo el pueblo – para los ciudadanos”⁷³.

La pretensión de proteger la libertad individual y, de modo simultáneo, garantizar la seguridad pública, en virtud de los valores que le animan y fundamentan, constituye un desiderátum el cual no puede jamás dejar de perseguir un Estado que pretenda el rótulo de Estado social y democrático de Derecho.

El proceso penal, en el esquema de un Estado social y democrático de Derecho, necesita encontrar un punto de equilibrio que satisfaga las dos pretensiones: protección de la sociedad y salvaguarda de la libertad.

Destacando que la propia evolución de los Estados de Derecho puede ser resumida por la frecuente búsqueda de una síntesis perfecta entre la garantía de libertad y la de seguridad, anota GARCÍA MORILLO: “La protección de libertad y seguridad ha de guardar, por eso, un equilibrio interno, que garantice la igual y simultánea protección de ambas y asegure que ninguna quedará desprotegida. ...La prevalencia de la seguridad –o, en su caso, de la libertad– no es posible sin sacrificar la seguridad misma, porque ésta no existe si la libertad se lesiona”⁷⁴.

Examinadas las funciones que el proceso penal debe desempeñar dentro de una fórmula de Estado que se compromete, a la vez, con la defensa de la libertad y también con la seguridad pública, es necesario hacer un encuadramiento de los sistemas procesales español y brasileño, analizando sus elementos estructurales para identificar sus puntos de

⁷³ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social ...*, ob. cit., pp. 33-34.

⁷⁴ Cfr. GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad personal: detención, privación y restricción de libertad*, Editorial Tirant lo blach, Valencia, 1995, p. 84.

confluencia y disonancia. La comprensión de estas estructuras permitirá, al final, valorar la posibilidad de una eventual combinación de preceptos e incluso el acoplamiento al régimen jurídico de la prisión provisional en Brasil de normas constantes de la legislación procesal española.

1.4 Los sistemas de proceso penal: la tipología tradicional

Preliminarmente, se hace necesario precisar la noción de sistema procesal penal.

A pesar de la multiplicidad de sentidos que la categoría *sistema* puede asumir⁷⁵, se considera como tal una totalidad ordenada, “un conjunto de entes, entre los cuales existe un cierto orden”, teniendo en cuenta que, para que se pueda hablar de un orden, “es necesario que los entes constitutivos no estén tan sólo en relación con el todo, sino que estén en relación de coherencia entre sí”⁷⁶.

De esta forma, los sistemas procesales penales constituyen un conjunto, un agrupamiento de técnicas, normas y conceptos, que se relacionan armoniosamente, formando un modelo, destinado a la atención de la finalidad del proceso penal. No se trata, pues, de un conjunto suelto y desarticulado de normas e instituciones, sino de una unidad integrada por elementos que se entrelazan coherentemente, aunque sin pretensión de plenitud y armonía absoluta, circunstancia capaz de explicar ciertas antinomias y lagunas.

⁷⁵ En el uso histórico de la Filosofía del Derecho y de la jurisprudencia, según BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1991, pp. 192-196, el término merece al menos tres diferentes acepciones, siendo la más interesante la que permite indicar que un ordenamiento jurídico constituye un sistema por la imposibilidad de coexistencia de disposiciones incompatibles. Sistema equivale, por lo tanto, a la validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas.

⁷⁶ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoría General...*, ob. cit., p. 189.

De acuerdo con la clasificación tradicional presentada por la doctrina⁷⁷, fundada básicamente en el análisis de la persecución criminal en vigencia en diferentes períodos históricos⁷⁸, son tres los sistemas procesales penales: inquisitivo, acusatorio y mixto, este también llamado napoleónico.

Se impone, desde luego, resaltar que estos conjuntos distintos son simplemente abstracciones o modelos ideales, puesto que no existen genuinamente sistemas puros, siendo más correcto hablar de procesos penales predominantemente acusatorios o inquisitivos, de acuerdo con la mayor o menor incidencia de los principios que los particularizan.

En su mismo desarrollo histórico, no podemos encontrar una manifestación pura de cada uno de estos sistemas o alguna uniformidad en

⁷⁷ Sobre este tema, vid. VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, Carlos. *Curso de Derecho Procesal Penal*, Gráfica Helénica, Madrid, 1962, pp. 53-61; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., p. 59; BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pp. 186-192; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal...*, ob. cit., pp. 160-161; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, ob. cit., p. 9; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, RICARDO LEVENE, Hijo, ob. cit., pp. 65-89; GIMENO SENDRA, Vicente, y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Editorial Colex, Madrid, 2004, pp. 79-80; PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, pp. 79-114; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 16ª ed., Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, pp. 47-54; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 27ª ed., v. I, Editorial Saraiva, São Paulo, 2005, p. 90; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Curso de Processo Penal*, Editorial Saraiva, São Paulo, 2006, pp. 28-29; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *O papel do novo juiz no processo penal*, en “Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal”, Editorial Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 17-42; RIGHI IVAHY BADARÓ, Gustavo Enrique. *Correlação entre acusação e sentença*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, pp. 19-27; HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Garantias Constitucionais na investigação criminal*, 2ª ed., Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, pp. 43-75; FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de...*, ob. cit., pp. 80-86; LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal - fundamentos da instrumentalidade constitucional*, 4ª ed., Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, pp. 160-175; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pp. 35-42.

⁷⁸ Importante es advertir, siguiendo a MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTON REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional III*, Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 16, que “de esos sistemas no suele hacerse en los manuales al uso un retrato, sino una caricatura, tomándose por característica esencial lo que muchas veces no es sino anécdota o degeneración de lo accidental. El error suele tener su origen en la pretensión de contar históricamente, haciéndolos coincidir con épocas determinadas, lo que no son sino ideales teóricos”.

su implantación. Por fuerza de contingentes históricos, culturales, políticos o elecciones legislativas, muchos de los elementos integrantes de cada una de estas unidades acabaron mezclándose con componentes del orden opuesto⁷⁹.

Así como los propios modelos de Estado –autoritarios o democráticos– no siempre se presentan en un estado puro, presentando una serie de variantes, conforme precisa BORJA JIMÉNEZ, “existen sistemas procesales, que tanto desde el plano teórico como desde la evolución histórica, no llegan a presentarse de forma totalmente original, sino que se intercambian diversos componentes en uno y otro”⁸⁰.

Sucede pues que, sea donde prevalezca la estructura acusatoria, sea donde predomina la inquisitoria, no se encuentran bases absolutamente idénticas al extremo de ser yuxtapuestas y que no se observen notas discrepantes. Las características de estos modelos varían, tanto desde el punto de vista histórico, como por la perspectiva teórica.

Es posible percibir que estas categorías conceptuales inquisitivo/acusatorio acaban apartándose de su sentido semántico original, de modo que, en general, tales denominaciones sirven más para calificar al proceso penal en su conjunto⁸¹.

No obstante el acierto de esta lección, la exposición de las características fundamentales de cada uno de estos tipos de proceso penal, de acuerdo con la clasificación tradicional, tiene el mérito de aportar

⁷⁹ Sobre la cuestión, vid. RIFÁ SOLER, José María, RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, RIAÑO BRUN, Iñaki. *Derecho Procesal Penal*, Colección Pro Libertate, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, p. 31.

⁸⁰ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, ob. cit., p. 99.

⁸¹ En este sentido, vid. AMBOS, Kai y HASSAN CHOUKR, Fauzi. *A Reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*, Editorial Método, São Paulo, 2001, p. 249.

elementos para un estudio comparativo, permitiendo la identificación de la naturaleza de ciertas manifestaciones procesales –inquisitivas o acusatorias– en cada modelo en concreto.

1.4.1 Sistema Acusatorio⁸²

El sistema acusatorio tiene como elemento esencial, por ser estructural y presupuesto lógico de todos los demás, la separación de las funciones de acusar y juzgar y comprende además la distinción entre los responsables por la función jurisdiccional y aquellos encargados por la postulación, así como también el papel del órgano de la acusación –en posición de paridad con la defensa– con la consecuente ausencia de cualquier poder sobre la persona del imputado.

No forma parte del modelo acusatorio de proceso la idea de que el juez sea, al mismo tiempo, investigador y juzgador. Bajo este paradigma, el poder de decisión de la pretensión punitiva es conferido exclusivamente a un juez imparcial, necesariamente distinto de aquel que dispone del poder de iniciativa de la acción penal. Es justamente la posición equilibrada que el juez ocupa durante el proceso lo que se constituye en garantía de las partes y condición de eficacia plena de la jurisdicción⁸³.

La unión de acusación y juicio compromete, sin duda, la imparcialidad de lo segundo y, por su turno, frecuentemente la publicidad y la oralidad del proceso. La carencia de estas garantías “debilita todas las demás, y en particular las garantías procesales de la presunción de inocencia del

⁸² Extiende sus raíces en la antigüedad, habiendo prevalecido en Grecia y en la Roma Republicana, pasando por el derecho germánico, habiéndose afirmado como expresión de la evolución del pensamiento humano.

⁸³ Cfr., por todos, PRADO, Geraldo, ob. cit., p. 129.

imputado antes de la condena, de la carga acusatoria de la prueba y del contradictorio con la defensa”⁸⁴.

No habiendo persecución *ex officio*, es fundamentalmente un proceso de partes, regido por los principios de la oralidad y publicidad de los actos procesales. Con incidencia de los principios del contradictorio y de la amplia defensa, el acusado se convierte en sujeto de la relación jurídico-procesal y no mero objeto del proceso, estando las partes situadas en pie de igualdad, con identidad de derechos y obligaciones.

En relación a las pruebas, que deben ser aportadas exclusivamente por las partes, por carecer el juez de poder para investigar los hechos, impera el sistema de libre convencimiento, no habiendo reglas inflexibles para la valoración de la materia o pruebas que *ex vi legis* posean valor absoluto, es decir, en juez no es técnico.

La decisión deberá ser congruente, es decir, deberá guardar correspondencia con la imputación, siendo vedada la apreciación de hechos no constantes del proceso, así como la condena de personas no integrantes del polo pasivo de la acción penal. Delante del principio de la presunción de inocencia, permanece el acusado en libertad hasta la sentencia condenatoria definitiva.

CLARIÁ OLMEDO observa que el sistema acusatorio surgió como “un foco resplandeciente de la libertad ciudadana, aun cuando fuera sólo de la clase con capacidad de ser libre”, y así lo particulariza:

“Se caracteriza por la forma de manifestarse la actividad procesal, sin reservas y llanamente entre las partes y el tribunal, sin atajos ni precauciones mayores. De aquí que el trámite sea oral,

⁸⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, ob. cit., p. 99.

público, contradictorio y continuo; que el tribunal y el acusador sean predominantemente populares; que el imputado esté generalmente en libertad; que las pruebas sean valoradas conforme al sistema conocido por el de la íntima convicción. Las partes disponen relativamente del contenido sustancial del proceso; están en situación de paridad, y así como el imputado lleva la carga del proceso, el acusador lleva también la pesada carga de su responsabilidad por calumnia. Durante el trámite del proceso, el juez desempeña predominantemente el papel de mediador, sea para dirigir la preparación del juicio allanando las dificultades que se pretenden, sea para dirimir la cuestión de fondo que acusado y acusador discuten”⁸⁵.

Es evidente que cada uno de estos sistemas emerge bajo el influjo de concepciones políticas distintas, simultáneamente a la instalación de regímenes democráticos o despóticos, de los cuales siempre sirvieron como singular expresión. No hay duda de que el sistema procesal penal inquisitivo favorece un modelo ideológico totalitario y, por el contrario, el sistema acusatorio facilita un modelo ideológico democrático⁸⁶.

MONTERO AROCA critica la clasificación tradicional, de la que afirma es producto de incomprensión histórica y de error conceptual, puesto que ignora la circunstancia de que, en determinadas épocas históricas, el derecho penal no era aplicado por Tribunales o, cuando pasó a serlo, no ocurrió por medio de un proceso, como resultado de la garantía jurisdiccional. El autor califica la expresión “proceso acusatorio” como un “pleonasma, pues no puede existir verdadero proceso si éste no es acusatorio”⁸⁷.

⁸⁵ Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 161.

⁸⁶ Sobre el tema, vid. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, ob. cit., p. 99.

⁸⁷ Cfr. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal...*, ob. cit., p. 29.

De hecho, solamente es posible calificar como compatible con una forma democrática de ejercicio del poder punitivo un proceso penal estructurado sobre bases acusatorias.

1.4.2 Sistema inquisitivo⁸⁸

Surgido “silenciosamente desde las tinieblas”⁸⁹, constituyó un excelente instrumento de poder, utilizado para fortalecimiento de los regímenes autoritarios. A pesar de ser objeto de múltiples regulaciones, asumiendo variados perfiles de acuerdo con el momento histórico y lugar de aplicación, algunos elementos le son teóricamente esenciales.

En efecto, la concentración de poderes procesales penales en las manos de un único órgano representa su principal característica. Las funciones de acusar, defender y juzgar, eran ejercidas con exclusividad por el juez-acusador, verdaderamente un inquisidor que, *ex officio*, daba inicio a la acción penal sobre la cual detentaba completo e incondicional dominio. En otros términos, el juzgador presidía y conducía la investigación, formulaba la acusación y la juzgaba, actuando como un técnico. Los límites de la acusación estaban bajo el dominio del acusador-juez que, en cualquier momento, podía alterar subjetiva u objetivamente la acusación.

La investigación era secreta, escrita e irregular, sirviéndole de fuente la denuncia oral o escrita, el rumor público o simples denuncias anónimas,

⁸⁸ A pesar de ser posible encontrar manifestaciones inquisitivas ya en el período imperial Romano, el sistema inquisitivo fue efectivamente implantado por el derecho canónico, siendo siglos más tarde difundido por toda Europa continental hasta que, en el Siglo XVIII, pasó a entrar en declive por su total incompatibilidad con los ideales humanitarios que animaron a los movimientos filosóficos de la época.

⁸⁹ Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 161.

admitidas con la creencia de que podrían facilitar el descubrimiento de delitos y sus responsables⁹⁰.

La incomunicabilidad del acusado y su encarcelamiento preventivo durante todo el desarrollo del proceso constituían la regla, ante la prevalencia de un criterio completamente contrario al “*favor libertatis*”. El instituto de la prisión preventiva era el modo normal de operar⁹¹. No poseyendo una disciplina fija, se permitía su imposición por decisión arbitraria del juez con base en criterios totalmente subjetivos y discrecionales⁹².

En el proceso inquisitivo, caracterizado por la ausencia de defensa y contradictorio, delante de un juez absoluto y permanente, la posición del acusado era de total sumisión. Siendo tratado como mero objeto del proceso, el imputado era “reducido a objeto privilegiado del saber”⁹³. En situación de total desigualdad, naturalmente no gozaba de derechos procesales.

En el terreno probatorio, adoptado el sistema de pruebas legalmente tarifadas, en el que la confesión ocupaba la calidad de reina de todas las pruebas, el juez-acusador poseía amplios poderes en la dirección y valoración de las pruebas, siendo admisible cualquier medio para obtener la verdad material, inclusive la tortura, que podía ser aplicada igualmente a los testigos. Asimismo, el juez detentaba la “gestión de la prueba”⁹⁴, siendo el

⁹⁰ Cfr. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho...*, ob. cit., pp. 54-55.

⁹¹ Cfr. por todos, ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. *El juez y la prisión provisional*, en “Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales”, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, p. 17.

⁹² A este respecto, vid. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho...*, ob. cit., p. 58.

⁹³ Cfr. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, 2ª ed., Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 21.

⁹⁴ Al respecto, véase MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*, en “Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná”, nº 30, 1998, p. 166.

proceso infalible, ya que el resultado era previamente determinado por el propio juez.

La sentencia criminal no era motivada, siendo innecesaria la declaración del convencimiento del juez incluso cuando, habiendo varios imputados del mismo hecho, el fallo no fuese uniforme, siendo imposible conocer las razones de la disparidad de tratamiento. La misma insuficiencia de pruebas no poseía el don de conducir obligatoriamente a una absolución.

BARONA VILAR, confrontándolo con el modelo acusatorio estadounidense, apunta como sus señales más características la “supremacía de los valores sociales, extensión de los poderes de la policía, abuso de la prisión provisional, restricción del derecho de defensa y secreto de las investigaciones instructorias”⁹⁵.

Como es fácil percibir, el modelo inquisitivo es innegablemente antigarantista, puesto que se encuentra desprovisto de mecanismos capaces de contener la intervención punitiva. Estructurado en la negación del contradictorio y en la fusión de las funciones de acusar y juzgar, vincula anticipadamente el juez al resultado del proceso, comprometiendo totalmente su imparcialidad.

En palabras de FREDERICO MARQUES, “El sistema inquisitivo, además de incompatible con los fundamentos de las garantías individuales, presenta innumerables imperfecciones. No obstante se encuentra integrado por preceptos que aspiran al descubrimiento de la verdad real, dicho sistema ofrece, como anotó POLANSKY, pocas garantías de imparcialidad y objetividad, por ser psicológicamente incompatibles, ‘la función del enjuiciamiento objetivo con la función de la persecución criminal’. Mientras

⁹⁵ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *La conformidad en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 37.

que en el sistema acusatorio hay una verificación de pretensión de las partes, en el inquisitivo existe tan sólo un examen de la presunción por parte del juez”⁹⁶.

Justamente por su innegable carácter despótico, evidenciado por las características apuntadas, MONTERO AROCA llega a no aceptarlo como verdadero proceso, al afirmar que el denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. Si este se identifica como *actus trium personarum*, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el Derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Proceso inquisitivo se resuelve así en una *contradictio in terminis*⁹⁷.

1.4.3 Sistema acusatorio formal o mixto⁹⁸

También denominado como acusatorio formal, se compone básicamente de dos fases procedimentales distintas, teniendo como nota característica la prevalencia⁹⁹ inquisitoria en la primera fase, que es escrita,

⁹⁶ Cfr. FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*, v. 1, Editorial Bookseller, Campinas, 1997, p. 70.

⁹⁷ Cfr. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal...*, ob. cit., pp. 28-29.

⁹⁸ La experiencia acusatoria de la antigüedad, desarrollada en el derecho inglés y absorbida por la Revolución Francesa como instrumento de combate contra la irracionalidad del proceso inquisitivo, inmediatamente, acabó cediendo espacio a un modelo napoleónico (En alusión al *Code d'instruction criminelle*, de 1808) de proceso mixto, difundido en los siglos XIX y XX por toda Europa.

⁹⁹ Como pondera CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 161, solamente se puede hablar en predominio, “en mayor o menor grado, pues rara vez rechazan en total el otro sistema; lo general es que la instrucción tenga algo de acusatorio y el juicio algo de inquisitivo”.

secreta y dominada por la acusación pública y ausencia de participación del imputado.

En esta etapa de instrucción preliminar, instaurada por el Ministerio Público o por el Juez de Instrucción, no hay contradictorio, ni amplia defensa. El objetivo es reunir elementos de convicción que viabilicen una acusación, inaugurando así la segunda fase del procedimiento escalonado, donde entonces será observado un contradictorio público y oral entre acusación y defensa, que poseen igualdad de derechos, siendo ultimado con la pronunciación de una decisión recurrible.

En esta fase incide el principio del libre convencimiento en materia probatoria y se exige correlación entre la acusación y la sentencia, estando prohibida la *reformatio in pejus*. Además, como regla, el imputado conserva su *status* de inocente hasta que sobrevenga la declaración definitiva de su culpa.

Con BETTIOL, se puede afirmar que “en casi todos los pueblos modernos no ha sido admitido de modo absoluto ni el tipo inquisitivo ni el acusatorio del proceso penal, sino un tipo mixto que, según la atmósfera política general, se ha resentido del uno o del otro”¹⁰⁰.

En verdad, como ya fue afirmado, en la experiencia práctica no existen sistemas puramente inquisitivos o acusatorios de la forma como fueran estructurados técnicamente, pero sí procesos penales en cuyo seno se verifican situaciones de intercambio recíproco de principios ligados a modelos teóricos distintos, de modo que no sería apropiado hablar de un

¹⁰⁰ Cfr. BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal...*, ob. cit., p. 192.

tercer sistema “sino de tantos como resultarían de la combinación de elementos del acusatorio y del inquisitivo”¹⁰¹.

En efecto, un proceso penal no se estructura de modo absolutamente acusatorio o enteramente inquisitivo. El análisis de los diversos ordenamientos jurídicos demuestra, la posibilidad de varias combinaciones de características de los sistemas acusatorio o inquisitivo; en algunas ocasiones el proceso es predominantemente acusatorio y, en otras, presenta mayores características inquisitivas¹⁰².

De este modo, desde que establecida como premisa la imposibilidad de acumular las funciones acusatoria y juzgadora en las manos de una única autoridad, así como que la persecución penal no sea exclusividad de los particulares, todas las combinaciones que a partir de este marco sean realizadas sirven para caracterizar lo que se dio en llamar de proceso mixto¹⁰³.

1.4.4 El sistema procesal penal español

Recurriendo a las tendencias ideológicas de la época, donde predominaban las ideas liberales, el modelo de proceso penal trazado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, fruto de una lenta evolución, logró instaurar uno de los sistemas acusatorios más avanzados de su tiempo, a pesar de encontrarse en ella reminiscencias del esquema inquisitivo.

¹⁰¹ Cfr. MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional III...*, ob. cit., p. 19.

¹⁰² En la misma dirección, vid. RIGHI IVAHY BADARÓ, Gustavo Enrique. *Ônus da Prova no Processo Penal*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pp. 101-102.

¹⁰³ También en este sentido, MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional III...*, ob. cit., p. 19.

Respecto de los juicios emitidos en torno de la referida Ley de Enjuiciamiento Criminal, VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER y ARAGONESES ALONSO resaltan que “la realidad es que el nuevo régimen procesal ha sido, y lo fue en aquellos momentos, favorablemente acogido en el terreno doctrinal, resaltándose su calidad técnica, la exposición sistemática y un indudable avance constructivo en el orden conceptual”¹⁰⁴.

Fundamentalmente, teniendo como paradigma el respeto a la persona humana, el imputado pasó a ser protagonista del proceso penal, dejando de ocupar el papel que le reservaba el modelo inquisitivo hasta entonces vigente, que era de mero objeto de la persecución criminal.

Conforme comenta BARONA VILAR, el sistema procesal contemplado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 fue edificado teniendo como elemento nuclear:

“La protección de la persona sujeta a una causa penal, el respeto al individuo, la necesidad de garantizar, frente al sistema inquisitivo que perduró hasta la Revolución Francesa en toda la Europa continental, que el imputado debía ser el sujeto del proceso y no su objeto. Y desde este punto de partida se construyó un verdadero proceso, con un juez imparcial, y con el perfil de las partes procesal propias de un proceso penal. Surgió así el denominado sistema acusatorio, que nos ha presidido durante tanto tiempo”¹⁰⁵.

Destacando el matiz esencialmente inquisitivo de las leyes procesales anteriores, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 deja clara la opción legislativa por un sistema acusatorio, aunque no en su auténtica y pura conformación.

¹⁰⁴ Cfr. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos, ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., t. I, Prensa Castellana, Madrid, 1974, p. 37.

¹⁰⁵ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 18-19.

Reportándose al embate de intereses contrapuestos que siempre se establece en materia penal –el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene derecho de defenderse–, consigna que:

“El carácter individualista del derecho se ostenta en el sistema acusatorio, en el cual se encarna el respecto a la personalidad del hombre y a la libertad de la conciencia, mientras que el procedimiento de oficio e inquisitivo representa el principio social y se encamina preferentemente a la restauración del orden jurídico perturbado por el delito, apaciguando al propio tiempo la alarma popular. Por lo tanto, el problema de la organización de la justicia criminal no se resuelve sino definiendo claramente los derechos de la acusación y de la defensa, sin sacrificar ninguno de los dos, ni subordinar el uno al otro, antes bien, armonizándolos en una síntesis superior”¹⁰⁶.

Por responder esencialmente a las necesidades de una sociedad del siglo pasado, constituida por una población básicamente rural y poco desarrollada, con el paso del tiempo fue tornándose inadecuada para afrontar los problemas sociales surgidos, razón por la cual su texto original fue objeto de innumerables modificaciones.

Así, no obstante a ser inspirada en principios liberales, representando un verdadero marco histórico en la afirmación de un modelo de proceso contrapuesto a la forma inquisitiva, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de

¹⁰⁶ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. Véase: MURZA ESPARZA, Julio. *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Colección Códigos Profesionales, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 33.

1882¹⁰⁷ acabó por experimentar muchas transformaciones a lo largo del tiempo. Lamentablemente, pocas veces para bien¹⁰⁸.

De hecho, las modificaciones e incorporaciones realizadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, introducidas para responder a las nuevas exigencias sociales, no lograron su objetivo y, en muchas ocasiones, incluso ocasionaron retrocesos en el ámbito de la técnica y de los principios inspiradores.

En las últimas décadas, innumerables reformas procesales fueron editadas bajo el pretexto de adecuar la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 a la jurisprudencia construida por el Tribunal Constitucional, al panorama garantista procesal diseñado por la Constitución de 1978, y a la exigencia natural de modernización en materia procesal.

El Pacto de Estado, suscrito por el Gobierno Español y los principales partidos políticos en 2001, estableció como una de las medidas más importantes la reforma de la justicia y la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰⁹. Ahora bien, el aspirado perfeccionamiento de la legislación procesal penal pasó a ser buscado por medio de reformas parciales que, de un modo general, acabaron generando inseguridad jurídica

¹⁰⁷ A juicio de DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Editorial Ramón Areces, 2007, p. 93, "...era una Ley, que, aun con algunos defectos, respondía plenamente al mandato de la Ley de Bases y constituía un auténtico Código procesal penal a la altura de los mejores civilizados".

¹⁰⁸ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 92.

¹⁰⁹ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, AGUILERA MORALES, Marien. *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal - comentario a la ley 38/2002 y a la ley orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 19.

principalmente en virtud de la multiplicidad y heterogeneidad de las materias reguladas¹¹⁰.

Como apunta BARONA VILAR, “La técnica del parcheo, el desacompañado ritmo legislativo que en algunas ocasiones se ha presentado por parte del derecho penal y del derecho procesal penal, la introducción de reforma en disposiciones finales de otros cuerpos legales, las reformas de lo recientemente reformado”¹¹¹, son algunos de los factores responsables de una deplorable situación que, además de no atender a los objetivos anteriormente citados, acaba hasta dificultando el conocimiento del estado legislativo en determinadas situaciones.

Gestado entre el compromiso con la herencia inquisitiva e ideales acusatorios, equivoco del cual padece el proceso penal español, el recurso al método de los “*parches*”, conforme destaca VIVES ANTÓN¹¹², acabó funcionando como tranquilizante que, además de no resolver la cuestión de fondo, provocó su agravamiento.

Por otro lado, la necesidad de adecuar el modelo procesal penal a parámetros utilitaristas y economicistas provocó una actividad legislativa frenética, con el endurecimiento de la legislación procesal penal, junto con la penal y penitenciaria. Este hecho provocó una situación responsable por un derecho de dos velocidades, a partir del cual la eficiencia del sistema justifica el agravamiento del control penal con el consecuente recorte de garantías,

¹¹⁰ Sobre esta cuestión, vid. GIMENO SENDRA, Vicente, y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 55.

¹¹¹ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Seguridad, celeridad...*, ob. cit., p. 60.

¹¹² Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La Reforma del Proceso Penal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1992, pp. 103-104.

todo un conjunto de circunstancias que comprometen el sistema procesal penal de tipo acusatorio¹¹³.

Exceptuados algunos avances legislativos importantes, en términos generales cabe afirmar que la producción legislativa en materia procesal se vio escorada fundamentalmente a un paradigma excluyente, provocando la deformación y mutilación del sistema de justicia penal español, causando, como acentúa BARONA VILAR, “la acuciante necesidad de una intervención quirúrgica interna y externa (de estética), una necesidad de decantarse por un modelo estable respetuoso con el pasado pero integrado en el presente y que puede presentarse con solución para el futuro”¹¹⁴.

Como principal característica del sistema acusatorio español, puede ser apuntada la separación orgánica entre la función de investigar y de juzgar, estando para eso el proceso dividido en dos grandes fases: sumarial o de instrucción y de juicio oral. En la primera de ellas, regida por el principio de la oficialidad¹¹⁵, al juez compete dirigir la investigación a fin de ser posible “a efectos de poder determinar si procede, o no, la prosecución de la causa”¹¹⁶, es decir, solamente sirve de preparación para la fase de plenario o juicio oral, no obstante tenga naturaleza jurisdiccional¹¹⁷. Hay predominio del

¹¹³ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Seguridad, celeridad...*, ob. cit., pp. 13-24.

¹¹⁴ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Seguridad, celeridad...*, ob. cit., p. 70.

¹¹⁵ Para ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 294, de acuerdo con este principio, “el Juez asume, por propia iniciativa, es decir, sin necesidad de instancia de parte, la incoación, el desarrollo y la terminación del procedimiento preliminar”.

¹¹⁶ Cfr. RIFÁ SOLER, José María y otros, ob. cit., p. 33.

¹¹⁷ A este respecto, vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal...*, ob. cit., pp. 64-65.

esquema inquisitivo¹¹⁸. La etapa siguiente, de competencia de un órgano judicial distinto de aquel que presidió la investigación y cuyo inicio presupone la existencia de acusador y acusado, tiene por objetivo la producción de la prueba y la pronunciación de la decisión final, que deberá estar basada en las alegaciones de las partes y en las pruebas obtenidas durante esta fase. Ahora, el proceso se rige por los postulados acusatorios; a) no hay proceso sin que haya acusación, que podrá ser ejercida por el Ministerio Fiscal o acusadores particulares, previéndose además la figura del acusador público; b) el juicio oral y público, con garantía de la contradicción y de la igualdad entre las partes; c) se exige correlación entre acusación y sentencia, estando prohibida la *reformatio in pejus*¹¹⁹.

De la Constitución Española de 1978 es posible extraer una serie de preceptos vinculados al proceso penal que demuestran, no sólo la reafirmación del modelo acusatorio de proceso adoptado con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, sino principalmente su pretensión de depurarlo, estableciendo garantías para su plena realización.

Así, toda la actividad persecutoria criminal en España debe respeto, entre otras, a las siguientes normas garantistas hospedadas en el Texto Constitucional de 1978: necesidad de que la detención se base en sospecha de delito o falta (art. 17); plazo máximo de detención de 72 horas sin ser puesto a disposición de la autoridad judicial (art. 17.2); derecho del detenido a ser informado de forma inmediata de los derechos que le asisten y las razones de la detención (art. 17.3); derecho del detenido a no declarar (art. 17.3); motivación de las sentencias (arts. 24.1; 120.3); tutela efectiva de los

¹¹⁸ ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 294, observa que la vigencia del principio de la oficialidad y de la particular posición jurídica de las partes no debe dar lugar a pensar que la instrucción está presidida por una concepción puramente inquisitiva y en la falta de respeto a los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución.

¹¹⁹ Sobre estos aspectos, entre otros, vid. RIFÁ SOLER, José María y otros, ob. cit., p. 34.

jueces y tribunales (art. 24.1); derecho al juez ordinario predeterminado por ley (art.; 24.1); derecho a la defensa y la asistencia de letrado en proceso (art. 24.2); derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2); derecho a un proceso público (art. 24.2); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2); derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2); derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2); derecho a no autoincriminarse ni autoinculparse (art. 24.2); derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2); publicidad de la actuación judicial (arts. 24.2; 120.1); orientación de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad para la reeducación y reinserción social, con abolición de los trabajos forzados (art. 25.2); predominio de la oralidad (art. 120.2).

1.4.5 El sistema procesal penal brasileño

El Código de Proceso Penal vigente fue promulgado en 1941, siendo contaminado por la lógica represiva del Estado Nuevo¹²⁰, teniendo como su principal fuente de inspiración la legislación procesal aplicada durante el régimen fascista italiano. De este modo, dada la íntima conexión entre poder dominante y proceso penal, en la medida en que vio la luz bajo un régimen de excepción y sustentado en paradigma igualmente autoritario, el referido diploma procesal acabó por edificar una estructura marcada por fuerte espíritu inquisitivo.

A pesar de procurar enmascararlo, afirmando que el Estatuto Procesal no se inspira en una concepción autoritaria y de prevención contra los derechos y garantías individuales, su verdadero carácter acaba siendo desnudado por la propia Exposición de Motivos que, en determinado pasaje, así confiesa:

¹²⁰ Es como quedó conocido el período de la historia republicana brasileña (1937 – 1945), cuando Getúlio Vargas fue Presidente del Brasil.

“Urge que sea abolida la injustificable primacía del interés del individuo sobre el de la tutela social. No se puede continuar contemporizando con pseudos derechos individuales en perjuicio del bien común. El individuo, principalmente cuando viene de mostrarse rebelde a la disciplina jurídico-penal de la vida en sociedad, no puede invocar, en contra del Estado, otros beneficios o inmunidades además de aquellos que le aseguren contra el ejercicio del poder público, y que no puedan ser ajustados al interés social”¹²¹.

Por otro lado, comprometida con los ideales de la democracia, la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 estableció un nuevo orden, fijando normas de protección a los derechos fundamentales del ciudadano e instituyendo un sistema de amplias garantías, con la adopción del sistema acusatorio de proceso penal.

Del vasto elenco de normas constitucionales que inciden sobre el proceso penal, revelando la opción por un modelo acusatorio, se destacan las siguientes: garantía de la jurisdiccionalidad (art. 5º, inc. XXXV); juicio independiente e imparcial (art. 5º, inc. XXXVII); imposibilidad de consideración previa de la culpabilidad (art. 5º, inc. LVII); no sumisión a la identificación criminal de aquel ya identificado civilmente (art. 5º, inc. LVIII); imposibilidad de utilización de las pruebas obtenidas por medios ilícitos (art. 5º, inc. LVI); imposibilidad retroactiva de la ley penal más gravosa (art. 5º, inc. XL); personalidad de las penas (art. 5º, inc. XLV); inmutabilidad de la cosa juzgada (art. 5º, inc. XXXVI); indivisibilidad y humanidad de las penas (art. 5º, incs. XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX e L); inseparabilidad del juicio natural (art. 5º, inc. LIII, XXXVII e XXXVIII); legalidad de los crímenes y de las penas (art. 5º, inc. XXXIX); del debido proceso legal (art. 5º, inc. LIV); contradictorio y de la plenitud de defensa (art. 5º, inc. LV); tratamiento igualitario de los

¹²¹ Véase *Código de Processo Penal*, 43ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2003, p. 6.

sujetos del proceso penal (art. 5º); publicidad de los actos procesales (art. 5º, LX); motivación de los actos decisorios (art. 5º, inc. LXI, 93, inc. IX); inadmisibilidad de la prisión, salvo en las hipótesis permitidas (art. 5º, inc. LXI); inmediata comunicación de la prisión al juicio (art. 5º, inc. LXII); información al preso del derecho de permanecer callado (art. 5º, inc. LXIII); identificación de las personas responsables por la prisión (art. 5º, inc. LXIV); libertad provisional (art. 5º, inc. LXVI); imposibilidad de prisión civil por deuda, excepto la del depositario infiel y del deudor de alimentos (art. 5º, inc. LXVII); asistencia judicial gratuita (art. 5º, incs. LXXIV y LXXVII) e indemnización por error judicial o por prisión por más tiempo de lo legal (art. 5º, inc. LXXV); respeto a la integridad física del preso (art. 5º, inc. XLIX), fijación de plazo razonable de duración del proceso (art. 5º, inc. LXXVIII).

En efecto, la Constitución de 1988 trató la persecución penal con el celo de quien edifica algo nuevo en sustitución a un orden positivo autoritario superado, buscando conferir al proceso penal una forma auténticamente democrática.

De este modo, la situación del proceso penal brasileño pasó a ser de incontestable contradicción. Sucede que, a partir de este marco histórico, el orden jurídico comenzó a operar, de un lado, con un Texto Fundamental que establece un modelo acusatorio de proceso y, de otro, con el Código de Proceso Penal que, por su parte, contiene múltiples disposiciones de índole inquisitiva.

Delante de este cuadro, no sorprende la fuerte discrepancia doctrinal que desprende al respecto de la calificación del sistema procesal penal

brasileño¹²², prevaleciendo el entendimiento de que también se trata de un proceso acusatorio formal o mixto, a pesar de haber sido moldeado con contornos distintos del proceso penal español.

El modelo brasileño de proceso divide la persecución criminal en dos momentos distintos. En una primera fase, establece la existencia de un procedimiento de investigación de naturaleza administrativa y de índole esencialmente inquisitiva, sigilosa y no contradictoria, destinado a la investigación de hechos delictivos y al descubrimiento de su autoría, siendo presidido por una autoridad policial. Durante la tramitación de este procedimiento sumario, denominado de “inquérito policial”, al juez competará básicamente decidir sobre las medidas que impliquen la restricción de derechos fundamentales, siendo mantenido por lo tanto equidistante de los intereses envueltos en el procedimiento de investigación. En virtud de su carácter instrumental, tiene como finalidad, por medio de un complejo de diligencias, la reunión de elementos de convicción respecto del hecho criminal y su autoría con vistas a dar base probatoria a la eventual acusación, que será ejercida por el Ministerio Público, o por la víctima, a través del acusador particular. Se trata, por lo tanto, de un procedimiento preparatorio de la acción penal. La segunda fase se inicia con la recepción de la pieza acusatoria, que deberá estar fundamentada en una base probatoria mínima que demuestre la justa causa para la acción penal, es entonces cuando se instaura la relación procesal. A partir de ahí incidirá sobre el procedimiento toda la principiología acusatoria, como la publicidad, el debido proceso legal, el contradictorio, la amplia defensa y la plena

¹²² Sobre la cuestión, vid. TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, 9ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 1995, p. 25; LAURIA TUCCI, Rogério. *Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 180; FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito...*, ob. cit., p. 19; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal...*, ob. cit., p. 94; PRADO, Geraldo, ob. cit., p. 152; PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, 2ª ed., Editorial Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 7; RANGEL, Paulo, ob. cit., p. 55; RIGHI IVANY BADARÓ, Gustavo Enrique. *Ônus da Prova...*, ob. cit., p. 98; SILVA JARDIM, Afranio. *Direito Processual Penal*, 11ª ed., Editorial Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 47; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de, ob. cit., p. 29; MOUGENOT BONFIN, Edilson, ob. cit., pp. 30-32.

igualdad de las partes. La decisión final deberá estar basada exclusivamente en las pruebas judiciales.

A ejemplo de lo ocurrido en España, a pesar de la necesidad de una recodificación global del proceso penal, el legislador nacional optó por la vía de la fragmentación de la reforma, con la edición de sucesivas leyes con contenido procesal.

No obstante algunos avances, la opción por la puntualización de los cambios, casi siempre marcada por el oportunismo político, acabó por establecer también una situación de incoherencia sistémica, con el consecuente compromiso de la seguridad jurídica.

Como sostiene HASSAN CHOUKR, “La fragmentación legislativa a través de tortuosas reformas parciales, además de hacer que el sistema pierda confianza y coherencia interna, deslegitima al intérprete o, más que eso, hace parecer de que toda interpretación es posible, puesto que, sin la necesaria frontera colocada por el ordenamiento, no hay límites para la interpretación”¹²³.

También en este cuadrante, la proliferación de leyes para llevar a cabo el método sectorial de reforma procesal, encuentra firme fundamento en el discurso de la eficiencia, celeridad y necesidad de incremento de la represión, para cuyo logro se hace necesaria la implementación de mecanismos que tienden al aniquilamiento de garantías, provocando así el natural debilitamiento del sistema acusatorio. En pocas palabras, se trata de la búsqueda de un proceso penal utilitarista, basado en la pura ética de resultados y no de principios.

¹²³ Cfr. HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Qual Sistema Processual?*, em http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/colaborador_ainda_sobre.doc.

No sin razón apunta PRADO que, lamentablemente en Brasil prevalece la teoría de la apariencia acusatoria, puesto que muchos de los principios opuestos a este sistema acusatorio son implementados día a día, siendo este modelo, por lo menos hasta ahora, una mera promesa, más que “un nuevo Código de Proceso Penal y un nuevo fondo cultural, coherente con los principios democráticos, que deben hacer realidad”¹²⁴.

Como se ve, íntegramente aplicable a la situación brasileña es el magisterio penetrante de BARONA VILAR acerca de los últimos pasos legislativos en España. Analizándolos, apunta a la celeridad y las garantías como dos conceptos que fluctúan de modo pendular, cada uno pretendiendo adquirir mayor preponderancia que el otro, olvidándose así que son conceptos creados para coexistir de modo equilibrado. Con recurso a la metáfora, concibe referida oscilación como “un paseo entre el amor y la muerte” y poéticamente pontifica: “Del mismo modo que la vida necesita del amor y de la muerte para serlo en plenitud, el sistema punitivo necesita de la celeridad y de las garantías como coordenadas del mismo”¹²⁵.

Insistiendo en este tema, en otro pasaje, sentencia la jurista que no se puede defender un modelo pendular que abdique en una concepción fundada en el mantenimiento de las garantías individuales en nombre de una sobrevalorizada busca de eficiencia del esquema punitivo. Aclara así que: “El equilibrio entre los conceptos de libertad y de seguridad, de ciudadano y de sociedad, de garantías y de celeridad debe estar presente en cualquier reforma procesal. La dificultad está en todo caso en el mantenimiento de este equilibrio, y en no caer en la obnubilación de la eficiencia, como factor optimizador y, en todo caso, más lucidor del modelo aplicable”¹²⁶.

¹²⁴ Cfr. PRADO, Geraldo, ob. cit., p. 220.

¹²⁵ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Seguridad, celeridad ...*, ob. cit., p. 24.

¹²⁶ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Seguridad, celeridad ...*, ob. cit., p. 120.

De todos modos, aunque debilitado por un desorganizado proceso de reforma, que insiste en la introducción de instrumentos de sesgo autoritario para garantizar su eficiencia, especialmente a partir de las Constituciones Española de 1978 y Brasileña de 1988, el sistema procesal penal vigente en España y Brasil tiene el mérito de distanciarse significativamente no sólo del proceso medieval del tipo inquisitivo, sino también del modelo mixto de proceso consolidado con el *Code d'instruction criminelle* de 1808, que inspiró la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y también la legislación procesal brasileña.

1.5 El proceso penal y la prisión provisional

Buscando el control de la delincuencia¹²⁷, el Estado utiliza un complejo elenco de medidas de naturaleza represiva y preventiva. Situado entre la norma penal y la contraprestación por la inobservancia o quebrantamiento del mandato prohibitivo en ella contenido, el proceso penal ocupa en este contexto una posición fundamental para el funcionamiento de todo el engranaje que mueve el sistema penal, que consiste en el control social punitivo institucionalizado que, como expone ZAFARONI, en la práctica abarca desde el momento en que se detecta una sospecha de delito hasta la imposición y ejecución de la pena, presuponiendo una actividad normativa que institucionaliza el procedimiento, regula la actuación de los diversos agentes y delimita las condiciones para esta actuación¹²⁸.

¹²⁷ Para MUÑOZ CONDE. Francisco. *Derecho Penal y Control...*, ob. cit., p. 127, "La solución al problema de la criminalidad no se va a encontrar nunca o, por lo menos, nunca a tiempo". Inclusive, como anota MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social...*, ob. cit., p. 37, la concepción de un sistema penal dirigido a la eliminación total del delito trae consigo el riesgo de ser convertido "en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, trocándose la eficacia de la pena en terror penal".

¹²⁸ Cfr. ZAFARONI, Eugênio Raúl y PIERANGELI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 2ª ed., Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pp. 70-71.

BERGALLI señala que las relaciones que justificaron el surgimiento del Estado moderno son las mismas que legitiman aquellas establecidas entre violencia y sistema penal, afirmación que se apoya en la enseñanza tradicional de la ciencia política que explica la modernidad a partir de la concentración de la violencia en las manos del Estado para mantener el orden social. Jamás podrá ser desterrado del concepto de pena, posibilitada a través del proceso penal, “el sentido de brutalidad y violencia que el mismo encierra”¹²⁹.

Sin embargo, es cierta la imposibilidad de concepción, en la actualidad y en un futuro próximo, de una sociedad capaz de enfrentar la criminalidad sin apelar a un sistema punitivo.

Como expresa GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Ninguna política criminal realista puede prescindir del castigo, pero tampoco cabe degradar la política criminal convirtiéndola en mera política penal”¹³⁰.

Enfrentando la cuestión de la legitimidad del poder punitivo, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN ponderan:

“Inherente al poder estatal, el poder punitivo se justifica por su propia existencia, es decir, porque, guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia minimamente pacífica y organizada. Las perspectivas abolicionistas pertenecen, hoy por hoy, al mundo de las utopías y, en todo caso, no pueden plantearse al margen de un determinado modelo de sociedad y Estado; y los modelos de sociedad

¹²⁹ Cfr. BERGALLI, Roberto. *Control Social Punitivo: Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, p. 13. Sobre el tema, véase también MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control...*, ob. cit., p. 127; MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social...*, ob. cit., p. 37.

¹³⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del 'Ius Puniendi'*, en “Estudios Penales y Jurídicos”, Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1996, p. 252.

y Estado que conocemos en el presente y en el pasado, y podemos prever en un futuro a corto o medio plazo no parece, desde luego, que puedan prescindir de esta última instancia de control social formalizado para la prevención y represión de los ataques más graves a los bienes más importantes de sus respectivos sistemas de valores”¹³¹.

Entretanto, la aceptación de esta realidad, es decir, el reconocimiento de la necesidad del sistema penal como fundamental para la convivencia humana, no obliga a ignorar que también cumple finalidades ajenas a aquellas que el discurso jurídico tradicional tiende a declarar, o, como advierte MUÑOZ CONDE, “Tan absurdo es aceptar globalmente de un modo acrítico el derecho penal, como rechazarlo también globalmente calificándolo despectivamente de brazo armado de la clase dominante”¹³².

Por ello, en la base de una política criminal de fondo democrático se debe tener la percepción de que es necesario que el control punitivo se realice de forma lo menos violenta posible, como medio absolutamente necesario para posibilitar la convivencia, debiendo basarse siempre “en argumentos tan fuertes (extrema ratio) que justifiquen tal servicio y, por eso mismo, por esencia sujeto a crítica y revisión constante”¹³³.

Resaltando que la propia historia del derecho penal es la historia de su progresivo control, destaca GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: “Una protección penal absoluta y generalizada sería propia del Estado policial y provocaría la angustia e inseguridad en los ciudadanos. En un Estado de derecho no

¹³¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 75-76.

¹³² Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control...*, ob. cit., p. 37.

¹³³ Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Política Criminal y Estado*, en “Estudios Jurídicos”, v. I, Universidad de Valencia, 1997, p. 324.

pueden quedar todas las actividades sociales bajo la espada de Damocles, sino sólo algunas muy específicas”¹³⁴.

Es importante reconocer que el derecho penal es sólo uno de entre los varios mecanismos de prevención de delitos, y que solamente puede ser accionado ante el fracaso de los medios extra penales, esto es, como *extrema ratio*, es decir, con el mínimo de intervención penal posible y, aún así, respetuosa con los derechos fundamentales.

En efecto, constituye el derecho penal la *última ratio* y no la solución al problema del delito. El principio de la intervención mínima expresa un límite político-criminal del *ius puniendi*, que se armoniza a la lógica del Estado social. Su accionamiento solamente se justifica en los conflictos sociales en los que su presencia sea absolutamente necesaria para proteger bienes jurídicos fundamentales contra ataques graves, y solamente cuando fracasa las demás estrategias de naturaleza extrapenal, pues, “no se trata de proteger todos los bienes ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos, sino de programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos”. La vulneración de esta verdadera exigencia ética “puede conducir a la hipertrofia penal y al terror. Y es cierto”¹³⁵.

Por su propia naturaleza, el proceso penal constituye una actividad que se desarrolla durante un espacio de tiempo y que exige la transposición secuencial de varias fases hasta que culmine con la definitiva respuesta jurisdiccional. De esta realidad resulta la imperiosa necesidad de que el ordenamiento jurídico disponga de mecanismos capaces de garantizar la utilidad de la decisión final, evitando que los hechos acontecidos durante este período de tiempo puedan comprometer la función instrumental del

¹³⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, ob. cit., p. 258.

¹³⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, ob. cit., pp. 250-251.

proceso, con la ansiada prestación jurisdiccional justa. En la técnica procesal, dichas providencias son llamadas medidas cautelares, de entre las cuales seguramente la más importante es la prisión provisional.

Sucede que la prisión que antecede a una decisión condenatoria definitiva constituye una de las más drásticas intromisiones en la esfera de los derechos fundamentales, pues justamente se encuentra ubicada en el “punto más crítico del difícil equilibrio entre los dos intereses, aparentemente contrapuestos, sobre el que gira el proceso penal”¹³⁶, es decir, en el más alto punto de tensión¹³⁷ entre el deber estatal de combatir la criminalidad y el de velar por la libertad del ciudadano.

En la mayoría de los casos, el sufrimiento más temido por el imputado no es la pena, generalmente leve, sino la execración pública, las consecuencias indelebles en la vida del sujeto que tiene su honra ultrajada y las perspectivas de vida y trabajo frustradas. Más intensa es la función infamante de la intervención penal en las hipótesis de encarcelamiento preventivo, exponiéndose al imputado, aún presumido inocente, al efecto infame de la prisión, no raramente acompañada de la exposición pública del individuo en los medios de comunicación, sanción ésta tal vez más inicua que la propia pena tradicional.

Denunciando las miserias del proceso penal, ya sentenciaba CARNELUTTI que el proceso penal “no tanto hace sufrir a los hombres porque son culpados cuanto para saber si son culpables o inocentes”¹³⁸.

¹³⁶ Cfr. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 392.

¹³⁷ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. *La Prisión Provisional*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 36.

¹³⁸ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. Editora EJE, Buenos Aires, 1959, p. 34.

En la medida en que supone la constricción de la libertad de una persona antes de la declaración definitiva de su culpabilidad, la prisión provisional ha sido unánimemente considerada de difícil justificación, propugnando un determinado sector doctrinal incluso su abolición.

Tratando de los conflictos de opiniones teóricas en torno a la prisión preventiva, enseña FERRAJOLI que ya los grandes pensadores denunciaban la injusticia de dicho instituto. Para HOBBS, representaba un acto de hostilidad contra el ciudadano, siendo contraria a la ley de la naturaleza, afirmando BECARIA que, “siendo una especie de pena, la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga”. Según VOLTAIRE, “la manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos”. En la misma línea, DIDEROT, FILANGIERI, CONDORCET, PAGANO, BENTHAN, CONSTANT, LAUZÉ DI PERET y CARRARA denunciaban la fuerza de la “atrocidad”, la “barbarie”, la “injusticia” y la “inmoralidad” de la prisión preventiva, exigiendo su limitación, tanto en la duración como en los presupuestos, a los casos de “estricta necesidad” del proceso. A pesar de su repulsa, el pensamiento liberal clásico acabó reconociendo su necesidad¹³⁹.

Sustentando seguramente la posición más radical en torno al tema, FERRAJOLI propugna por su total eliminación. Afirma que el instituto padece de ilegitimidad, pues provoca la eliminación de todas las garantías penales y procesales, siendo completamente incompatible con un proceso penal que pretenda ser respetuoso con los derechos fundamentales y, en especial, de la presunción de inocencia, que acaba siendo reducida “a puro oropel inútil”. Aduciendo que la medida ofende al sentimiento común de justicia,

¹³⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, ob. cit., pp. 551-552.

convirtiéndose en acto de fuerza y arbitrio, enfatiza que no existe ninguna medida jurisdiccional o actuación de los poderes públicos que “suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso”. Las tentativas de justificación de la medida bajo el argumento de que no se trata de pena, sino de medida cautelar, son calificadas por el iusfilósofo italiano de mísero paralogismo o de trampa formal¹⁴⁰.

A pesar de que se pueda reconocer como ideal la situación de mantener siempre al sujeto en libertad hasta la finalización del proceso, es preciso reconocer la total inviabilidad de esta solución. De tal manera, el propio FERRAJOLI, al propugnar por un proceso sin prisión preventiva, reconoce su propuesta como una “quimera”, es decir, utópica e impracticable¹⁴¹.

Crítico con la prisión provisional, que la considera el problema por excelencia del proceso penal, ANDRÉS IBAÑEZ acentúa que la consideración técnica del asunto tiene oculto un aspecto central de la institución, puesto que, como en la generalidad de los países, la medida ha sido adoptada como un recurso de primer orden en el engranaje del sistema penal, las finalidades que formalmente le son asignadas acaban siendo transfiguradas, siendo convertida en medida de penalización inmediata¹⁴².

El autor apunta las contradicciones que encierra, en cuanto a que “del principio al fin, la prisión provisional es siempre y ya definitivamente pena”, observando que se trata de un instituto contaminado de ilegitimidad, que transforma su aplicación en “trabajo sucio”, ya vez que no hay prácticas

¹⁴⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, ob. cit., pp. 555-556.

¹⁴¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 560.

¹⁴² Cfr. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. *El juez y la prisión...*, ob. cit., p. 29.

“definitivamente limpias” de la prisión provisional. Con todo, reconoce la imposibilidad de prescindir de la medida y defiende la necesidad de “limitar, no ya dentro de lo posible, sino tendiendo siempre reflexivamente hacia lo imposible el empleo del terrible instrumento”¹⁴³.

De hecho, su identificación con la pena privativa de libertad ha sido puesta de manifiesto por la doctrina.

Como observa RODRÍGUEZ RAMOS, la prisión preventiva es materialmente una pena privativa de libertad, lo que se puede deducir no sólo desde su fenomenología, ya que se cumple en la misma prisión y tiene las mismas consecuencias, sino también, de igual manera, desde la propia legislación penal que, aunque formalmente la repudia como pena, la admite como tal al permitir su consideración a efectos del cómputo total de duración de la reprimenda¹⁴⁴.

Después de recordar la advertencia del penalista francés GARÇON que, ya a principios del siglo XX aseveraba que los abusos que en su nombre se practican son “un escándalo cotidiano y un ultraje a la humanidad”, MUÑOZ CONDE analiza el instituto en el ámbito del derecho penitenciario y, alertando de los peligros que representa, concluye: “La prisión preventiva es, pues, una lacra del sistema penitenciario, con todos los inconvenientes de la pena privativa de libertad y ninguna de sus ventajas”¹⁴⁵.

Según lo expresado por CARNELUTTI, la distinción entre pena y juicio es simplemente dialéctica, una vez que constituyen dos manifestaciones del fenómeno punitivo y se encuentran indisolublemente

¹⁴³ Cfr. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. *El juez y la prisión...*, ob. cit., p. 29.

¹⁴⁴ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *La prisión preventiva. ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?*, en “La Ley”, t. 2, Editorial Edilex, Madrid, 1984, p. 1056.

¹⁴⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control...*, ob. cit., p. 114.

implicados, ya que no es posible castigar sin juzgar, ni, desgraciadamente, juzgar sin castigar, puesto que no “hay acto del juicio que no ocasione un sufrimiento a quien es juzgado, ni hay acto del castigo el cual no requiera un juicio a quien lo inflige”¹⁴⁶.

A pesar de todos los males que acarrea, teniendo en cuenta también la necesidad de tutela de la colectividad y no sólo los derechos del responsable por la infracción penal, no hay que prescindir de este drástico instrumento. El cumplimiento de la misión reservada al proceso penal, que es el de establecer el equilibrio entre libertad y seguridad, indispensable para la preservación de la dignidad humana, jamás podrá ser alcanzado, ni aún por aproximación, sin el recurso a la prisión provisional.

La prisión provisional, como destaca BARONA VILAR, es una medida del proceso penal cuya realidad y existencia “aunque dura y grave por las consecuencias que ella comporta en el sujeto que la padece, no puede ignorarse”. De ahí que haya sido admitida por todos los ordenamientos jurídicos, sean progresistas o conservadores, capitalistas o socialistas¹⁴⁷.

Señala ILLUMINATI que, siendo realistas, resulta impensable la desaparición de la prisión provisional, puesto que esta, en muchas ocasiones, es imprescindible para garantizar la eficacia del proceso penal¹⁴⁸.

En efecto, no pasa de una utopía garantista pensar que un proceso penal, sin la utilización de la prisión provisional, pueda ser capaz de, a un mismo tiempo, garantizar la libertad individual y la seguridad colectiva,

¹⁴⁶ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. v. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, p. 72.

¹⁴⁷ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión Provisional...*, ob. cit., p. 15.

¹⁴⁸ Cfr. ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Editorial Zanichelli, Bologna, 1979, p. 33.

cumpliendo así la misión que le fue confiada por el Estado social y democrático de Derecho.

No hay duda de que repugna a cualquier conciencia privar de la libertad a alguien que se presume inocente. Por consiguiente, como destaca PÉREZ GORDO, “no resulta menos relevante el que si fundamental es el derecho a la libertad personal, no lo es menos el derecho a la seguridad, ya se refiera ésta al ciudadano o a la sociedad. Es, desde luego, difícil que el Estado pueda llegar a amparar al mismo tiempo y con todas las garantías, con sus leyes unos derechos tan fundamentales como los contemplados, y de ahí la normativa tan variable como contradictoria que nos encontramos, en cualquier tiempo y en cualquier país, pese al esfuerzo de todos por conseguir una armonización coherente en la materia”¹⁴⁹.

ASENCIO MELLADO, en sintonía con lo expuesto, anota que la prisión provisional es el resultado del “conflicto de intereses individual en la libertad-social en el mantenimiento de la seguridad, en la eficacia de la persecución de los delitos que, en todo caso, y en un Estado democrático debe solucionarse a través de la consecución de la síntesis de ambos, los cuales son igualmente dignos de protección”¹⁵⁰.

En definitiva, en el modelo de Estado social y democrático de Derecho, la legitimidad del sistema penal, del proceso penal y de la prisión provisional debe ser encontrada a partir de la implementación de una política criminal de intervención penal respetuosa con los derechos humanitarios inscritos en la Constitución Federal y en los Tratados Internacionales de Protección a la Persona Humana. De ahí resulta necesario, para promover

¹⁴⁹ Cfr. PÉREZ GORDO, Alfonso. *Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la LECR. y en los textos legales y jurisprudenciales*, en “Justicia”, dir. MONTERO AROCA, J., Editorial Bosch, Barcelona, 1984, p. 9.

¹⁵⁰ Cfr. ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 29.

una mayor aproximación con el tema de fondo, ocuparse a continuación de los principios constitucionales y derechos fundamentales, articulando una interacción entre Constitución y Proceso Penal.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONSTITUCIÓN, EL PROCESO PENAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Especial consideración de la dignidad de la persona humana

2.1 Proceso Penal y Constitución

La importancia del inseparable nexo entre Constitución y Proceso desde hace mucho tiempo viene siendo destacada por la doctrina.

GOLDSCHMIDT ya se había ocupado del tema, apuntando que “la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”¹⁵¹. LIEBMAN anotaba que el estudio de los institutos del proceso, una vez ignorada su conexión con el derecho constitucional, se convierte en “tedioso y estéril”, siendo solamente un “cómputo de formalidades y términos”, adquiriendo su verdadero significado cuando es entendido como el estudio del aparato de garantías establecidas para la defensa de los derechos fundamentales del hombre¹⁵². BETTIOL, en su clásico “Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal”, alertaba respecto a la fragilidad de un ordenamiento procesal que no encuentre su fundamento racional, político y jurídico, articulado en una Constitución, sujeto que estará a toda suerte de recortes vinculados a mayorías parlamentarias ocasionales, con grave perjuicio de las libertades públicas y privadas¹⁵³.

¹⁵¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y...*, ob. cit., p. 67.

¹⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile*, en “Revista di diritto processuale”, 1952, pp. 328-329.

¹⁵³ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 222-223.

Subrayando este vínculo, TIEDEMANN explica que “la formación y utilización del derecho procesal penal refleja también de forma totalmente general la comprensión constitucional y el espíritu de la época”¹⁵⁴. También HASSEMER lo pone de relieve, afirmando que, tanto política como científicamente, debe el proceso penal ser caracterizado no solamente por la “realización del derecho penal material, sino también como derecho constitucional aplicado o como indicador de la respectiva cultura jurídica o política”¹⁵⁵.

Por regular el ejercicio del poder jurisdiccional, expresión de la soberanía nacional, afirmaba entre nosotros FREDERICO MARQUES, que el Derecho Procesal es la rama de las ciencias jurídicas de más íntimo y próximo contacto con los preceptos constitucionales, no pudiendo la actividad estatal realizada en el proceso huir de la constante aproximación con los textos constitucionales¹⁵⁶. MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, de modo particularmente enfático, señaló que las leyes del proceso son nada más que el complemento necesario de las leyes constitucionales, siendo las formalidades del proceso las actualizaciones de las garantías constitucionales¹⁵⁷.

Como ya fue destacado, una vez que se encuentran vinculados a la propia ideología que alimenta las directrices políticas del Estado, realzando la íntima relación entre proceso y Estado, es lógico que los valores fundamentales del proceso penal estén condensados en la Constitución, y que toda su base se encuentre estructurada y dirigida por normas constitucionales.

¹⁵⁴ Cfr. TIEDEMANN, Klaus y otros, ob. cit., p. 140.

¹⁵⁵ Cfr. HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 72.

¹⁵⁶ Cfr. FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de...*, ob. cit., p. 90.

¹⁵⁷ Cfr. MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. *O processo criminal brasileiro*, v. I, Editorial Laemmert & Cia., Rio de Janeiro, 1901, p. 5.

2.1.1 Principios, reglas y valores constitucionales

Con el reconocimiento de su normatividad e incorporación por los Textos Constitucionales contemporáneos¹⁵⁸, los principios constitucionales se convirtieron en fundamento del orden jurídico, sirviendo de criterio para la evaluación de todos los contenidos normativos.

De acuerdo con el constitucionalismo moderno, las normas pasaron a comprender los principios y las reglas, categorías ya pertenecientes al mismo género, no obstante con dispares características.

La modificación de la concepción jurídica tradicional que distinguía normas y principios se debe especialmente a las teorías desarrolladas por DWORKIN¹⁵⁹ y ALEXY¹⁶⁰.

Al exponer su concepción básica de la estructura de los principios, DWORKIN desarrolla la contraposición entre reglas y principios a partir de un criterio lógico, con el especial propósito de combatir la idea legada del positivismo de que, no disponiendo el juez de una regla para decidir

¹⁵⁸ En una primera perspectiva, clásica, tradicional, los principios fueron recibidos como simples directrices abstractas, sin poder vinculativo, contrastando su normatividad, prácticamente inexistente, con el reconocimiento de su dimensión ético-valorativa, que inspira los postulados de justicia. En una fase subsiguiente, ya alojados en los Códigos, pasaron a ejercer función únicamente correctiva de las reglas jurídicas, de modo que actuarían de forma supletoria, integradora o subsidiaria, siendo invocables cuando las reglas no pudiesen cumplir de forma eficaz su función, sirviendo así para garantizar el imperio de la ley y seguridad del ordenamiento, en una concepción del Derecho como un sistema cerrado de leyes, con total exclusión de valores. Fue solamente con el post-positivismo cuando los principios fueron tratados con autonomía, "convertidos en pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais". Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed, Editorial Malheiros, São Paulo, 2003, p. 164.

¹⁵⁹ Vid. DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997.

¹⁶⁰ Vid. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

determinado caso o siendo ella indeterminada, deberá adoptar una decisión discrecional.

A pesar de desempeñar la misma función, puesto que constituyen normas jurídicas destinadas a la fundamentación de las decisiones judiciales, principios y reglas demandan perspectivas distintas. Las reglas son aplicables a manera del *todo o nada*, de modo que, siendo válidas y una vez verificado el presupuesto fáctico que condiciona su aplicación, debe el juez aplicarlas por completo para solucionar el caso. En la hipótesis de ser inválidas, no servirán en el proceso decisorio. Ya los principios no establecen con toda claridad las circunstancias de la realidad en que deberán actuar, ni cuales son sus excepciones. Así, puede ocurrir que, en determinada situación fáctica, concurren dos o más principios que sean pertinentes y que colisionen entre sí. Por eso, son aplicados en una dimensión de peso o importancia, de modo que pueden influir en la decisión en mayor o menor grado, no pudiendo su incidencia ser tratada en términos de validez o invalidez¹⁶¹. Como expone SÁNCHEZ MARTÍNEZ, “Hay, pues, una jerarquía axiológica entre principios. Jerarquía que procede de un juicio de valor del intérprete que atribuye mayor importancia a uno u otro principio en un caso concreto”¹⁶².

La teoría elaborada por ALEXY reconoce que, tanto las reglas como los principios son normas, puesto que “ambos dicen lo que debe ser”, es decir, constituyen fundamentos para juicios concretos de deber ser. A pesar de ser de especies distintas, las dos categorías son formuladas con el auxilio de expresiones como mandamiento, permisión y prohibición, circunstancia que les otorga el calificativo de norma¹⁶³.

¹⁶¹ En esta dirección, vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga. *Los principios en el derecho y la dogmática penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pp. 32-33.

¹⁶² Cfr. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, ob. cit., p. 33.

¹⁶³ Cfr. ALEXY, Robert, ob. cit., p. 83.

De acuerdo con la concepción alexiana, es posible identificar múltiples criterios de distinción entre reglas y principios. Estudiándolos, GARCÍA FIGUEROA presenta como aspectos principales: a) gradualidad, en la medida en que los principios ordenan que se realice algo “en la mayor medida posible”, lo que presupone un mayor grado de satisfacción de los principios dentro de ciertas posibilidades fácticas y jurídicas, al contrario de las reglas, cuyo cumplimiento no se somete a graduación, puesto que “sólo pueden ser cumplidas o no”; b) optimización, ya que los principios deben ser aplicados “en la mayor medida posible”, lo que exige la optimización del grado de cumplimiento cuando concurre con otras normas del sistema; c) la optimización se rige por un deber ser ideal, que marca el horizonte de la “mayor medida posible”; d) carácter prima facie, ya que los principios no son mandatos definitivos, lo que significa que “tienen una virtualidad prima facie dentro de unos límites fácticos y jurídicos”¹⁶⁴.

Teniendo como uno de los propósitos principales rehabilitar la axiología de los derechos fundamentales, la teoría elaborada por ALEXY¹⁶⁵ perfecciona el modelo diseñado por DWORKIN, sobre todo por el enriquecimiento material de los principios, cuyo radio de alcance alargó el mayor rigor científico. La distinción entre reglas y principios ya no es sólo de grado, conforme sugiere el criterio según el cual las reglas ostentan un nivel de generalidad menor que los principios, sino sobretodo es una distinción de carácter cualitativa¹⁶⁶. De esta forma, el cumplimiento de los principios exige siempre una confrontación con otras normas o con la propia realidad. La

¹⁶⁴ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 186-187.

¹⁶⁵ Como señala BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 572, ALEXY propone una distinción entre principios y reglas que “afina, complementa y modifica los criterios de Dworkin”. A juicio de GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, ob. cit., p. 186, la teoría de ALEXY no importa solamente en aumentos, más también subtracciones.

¹⁶⁶ Cfr. ALEXY, Robert, ob. cit., p. 83.

clasificación de una norma como regla o como principio “se determina interpretativamente, en razón de la manera como haya de ser aplicada y también – un aspecto conexo – de la forma como hayan de resolverse las colisiones o conflictos en que se vea implicada”¹⁶⁷.

En esta perspectiva ampliada para la distinción entre reglas y principios¹⁶⁸, el punto decisivo es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Son normas jurídicas impositivas de una *optimización*, son *mandatos de optimización*, cuya característica principal consiste en la posibilidad de permitir su cumplimiento en distintos grados, dependiente tanto de posibilidades fácticas, como también jurídicas¹⁶⁹. En otro vértice, las reglas son normas que prescriben imperativamente una exigencia y contienen determinaciones o mandatos definitivos en el ámbito de lo que es fáctica y jurídicamente posible, ocurriendo su aplicación básicamente mediante subsunción.

Como consecuencia de la aplicación de este criterio de distinción de orden cualitativo, lógico, y no simplemente gradual, los principios permiten el equilibrio de valores e intereses, consonante a su peso y conforme a una actividad de ponderación. Las reglas, al contrario, obedecen a la lógica del todo o nada, siendo su convivencia antinómica. Verificados los hechos que

¹⁶⁷ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., p. 574.

¹⁶⁸ Se impone observar que esta construcción no es pacífica. Para PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 56-64, por ejemplo, no es posible establecer una diferencia lógica o cualitativa entre reglas y principios, sino solamente una distinción relativa, insegura e infecunda. Sobre este punto, vide también: ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2004; RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

¹⁶⁹ Para ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan, ob. cit., p. 31, “que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no los es en el caso de los principios en sentido estricto”.

prevén y desde que las normas sean válidas, deberán incidir directa y automáticamente, es decir, la conducta debe ser subsumida bajo el supuesto de hecho de la regla pertinente y debe imputarse la consecuencia prevista por ésta¹⁷⁰.

Esa distinción adquiere especial interés en el ámbito interpretativo, en la medida en que implica una operación superadora de la subsunción¹⁷¹, siendo importante para la comprensión del papel de los derechos fundamentales y la estructura de las normas que aseguran su protección. Puede ser más nítidamente percibida en los casos de conflicto de reglas y colisión de principios¹⁷². Habiendo colisión, los principios podrán ser objeto de ponderación y armonización, ya que suscitan problemas de validez e importancia. Cuando dos o más principios entran en colisión, uno de ellos deberá ceder espacio al otro, lo que no significa que el principio apartado sea inválido, puesto que la colisión de principios ocurre entre principios válidos¹⁷³. Siendo así, la colisión de principios exigirá del intérprete elecciones fundamentadas cuando en determinado caso se depare con antagonismos inevitables, como los que ocurren, por ejemplo, entre libertad individual y seguridad pública.

Las reglas ya no comportan la misma medida, una vez que es indefendible la validez simultánea de reglas contradictorias. Los conflictos entre reglas solamente pueden ser solucionados a través de una cláusula de

¹⁷⁰ En este sentido, vid. BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., p. 574.

¹⁷¹ A este respecto, vid. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, p. 61.

¹⁷² A este respecto, dice ALEXY, Robert, ob. cit., p. 82, que “la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales”.

¹⁷³ En esta hipótesis, ALEXY, Robert, ob. cit., p. 92, introduce el concepto de relación de precedencia condicionada, según el cual, para cada caso concreto son indicadas las condiciones para un principio preceder a otro.

excepción que resuelva el conflicto, determinando la regla aplicable o entonces declarando una de ellas como inválida. Al contrario, la colisión entre principios no puede ser solucionada por medio de un criterio de validez, sino solamente mediante un criterio de equilibrio. No es posible declarar inválido un principio y mucho menos construir una cláusula de excepción a este principio. De eso resulta que, mientras los conflictos entre reglas transcurren en la dimensión de la validez, la colisión de principios se soluciona en la dimensión del peso, esto es, de valor.

Razonando sobre el concepto de principio formulado por ALEXY, destaca ATIENZA que “Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. La forma característica de aplicación de las reglas es, por ello, la subsunción. Los principios, sin embargo, son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados. Por eso, la forma característica de aplicación de los principios es la ponderación”¹⁷⁴.

Son innumerables los criterios que acostumbradamente la doctrina apunta para diferenciar reglas y principios. CANOTILHO, que sigue la línea de ALEXY, así los sintetiza: a) grado de abstracción relativamente elevado de los principios en comparación con las reglas; b) grado de determinación en la aplicación del caso concreto, ya que los principios, dada su vaguedad e indeterminación, carecen de mediaciones concretas, en cuanto que las reglas permiten su aplicación directa; c) carácter de fundamental, ya que los

¹⁷⁴ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 204.

principios son normas que desempeñan una función fundamental en el ordenamiento jurídico, en virtud de su posición jerárquica o importancia estructurante dentro del sistema; d) los principios contienen la proximidad de la idea de derecho, “como standards jurídicamente vinculantes en las exigencias de justicia (Dworkin) o en la idea de derecho (Larenz)”¹⁷⁵; e) por fin, los principios desempeñan una función normogénica o fundamentante, puesto que son normas que se posicionan en la base del sistema, constituyendo el fundamento de reglas jurídicas¹⁷⁵.

A pesar de su gran diversidad, se hace necesario reconocer que entre estos criterios no se establece necesariamente una relación excluyente, sino de complementariedad, a pesar de que no se pueda negar el especial prestigio que disfruta la diferenciación fundada en el criterio cualitativo y estructural, construcción teórica que se conecta a una concepción de la Constitución como un sistema abierto de principios y reglas, en el cual los ideales de justicia y de realización de los derechos fundamentales desempeñan un papel central.

El constitucionalista brasileño AFONSO DA SILVA, acogiendo la teoría alexyana, afirma que los “principios son ordenaciones que irradian e imantan los sistemas de normas, son ‘núcleos de condensaciones’ en los cuales confluyen valores y bienes constitucionales”¹⁷⁶.

Es importante anotar, con ZAGREBELSKY, que la convivencia de principios es conflictiva. Dotados de autonomía, con calidad jurídica propia, los principios no contienen el deber-ser de la regla, sino que sirven para indicar la dirección en que debería ella colocarse para que no se ponga en

¹⁷⁵ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Editorial Almedina, Coimbra, 1999, pp. 1086-1087.

¹⁷⁶ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25ª ed., Editorial Malheiros, São Paulo, 2006, p. 93.

antagonismo con el valor incorporado en el principio. Poseyendo nociones de contenido variable que cumplen función esencialmente dinámica, implican una toma de posición ante la realidad, toda vez que constituyen criterios de valor de esta misma realidad. La concepción del Derecho por principios, constituye el punto de partida del ordenamiento, pero también el punto de su llegada¹⁷⁷.

Conforme con el constitucionalista que entre nosotros más se ocupó del tema de los principios, “Las reglas rigen, los principios valen; el valor que en ellos se infiere se imprime en grados distintos. Los principios, en cuanto representan valores fundamentales, gobiernan la Constitución, el régimen, el orden jurídico. No son simplemente ley, sino el Derecho en toda su extensión, sustancialidad, plenitud y alcance”¹⁷⁸.

Los principios pueden asumir diferentes funciones en el ordenamiento jurídico. BOBBIO asoció a ellos hasta cuatro funciones: interpretativa, integrativa, directiva y limitativa¹⁷⁹.

Esta clasificación, según PRIETO SANCHÍS, puede ser reducida a dos: “...o bien los principios son una norma primaria llamada a disciplinar directamente un supuesto de hecho cualquiera o bien representan una norma secundaria que permite o contribuye a dotar de sentido a otra disposición normativa, limitando o ampliando su significado lingüístico, o incluso anulándolo si resulta por completo incompatible con el sentido del principio”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Trad. Marina Goscón, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 109-122.

¹⁷⁸ Cfr. BONAVIDES, Paulo, ob. cit., pp. 288-289.

¹⁷⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Principi Generali di Diritto*, en “Novísimo Digesto Italiano”, v. 13, Turim, 1957, pp. 895-896.

¹⁸⁰ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas...*, ob. cit., p. 155.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, que recurre al prestigioso magisterio de Federico De Castro, señala que los principios cumplen una triple función. Inicialmente actúan como fundamento del orden jurídico, gozando por tanto de eficacia derogatoria y directiva. Además, funcionan como orientadores de la labor interpretativa. Y, por último, constituyen fuentes para los casos de insuficiencia de la ley y de la costumbre¹⁸¹.

De hecho, los principios constituyen una fuente material elemental del ordenamiento jurídico, con primacía sobre la ley, en relación a la cual poseen “virtualidad para matizarlas, fuerza para generarlas y potencialidad para invalidarlas”¹⁸². No solamente llenan eventuales vacíos normativos, sino que también dirigen todo el ordenamiento jurídico, poseyendo fuerza para derogar o invalidar las normas en él producidas.

Informando las normas que componen el ordenamiento jurídico, los principios orientan las diferentes soluciones jurídicas de los casos sometidos a la apreciación del operador del derecho. Constituyen criterios que inspiran al intérprete a conferir significado a la determinada norma jurídica. Configuran, en esta perspectiva, verdaderos vectores de sentido jurídico a las demás normas en fase de los hechos y actos que exijan comprensión normativa. Lógicamente, la existencia de un principio obliga al intérprete a, de entre todos los sentidos posibles que determinada norma o acto podrá tener, elegir aquel que más se ajuste a su significado. A través de la

¹⁸¹ Cfr. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 53.

¹⁸² Cfr. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, ob. cit., p. 53.

interpretación¹⁸³, es el “principio el que da verdadero sentido y otorga su contenido real a la norma”¹⁸⁴.

En este sentido, discurriendo sobre la gran versatilidad de los principios, destaca SÁNCHEZ MARTÍNEZ que los principios, por un lado, constituyen fuente subsidiaria del derecho, lo que permite su utilización para llenar vacíos del orden jurídico. Mientras tanto, también presentan un carácter informador de las distintas normas que integran el ordenamiento jurídico, pudiéndose recurrir a esta función para afirmar la coherencia del sistema. Es justamente en esta función “donde los principios manifiestan especialmente una dimensión axiológica que, en la práctica, orienta tanto el conocimiento como la interpretación y la aplicación de las normas del sistema jurídico”¹⁸⁵.

La doctrina constitucional ha presentado una serie de criterios para distinguir principios y valores, de entre los cuales se puede apuntar el mayor contenido ético de los valores frente al contenido político de los principios; la ausencia o reducida eficacia jurídica de los valores; la superioridad de los valores por su generalidad y abstracción; el menor grado de concreción de los valores en relación a los principios; el hecho de relacionarse el principio a un concepto deontológico, mientras que el valor lo hace al concepto axiológico¹⁸⁶.

¹⁸³ Como señala el constitucionalista español PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 7ª ed., Editorial Marcial Pons, 2000, pp. 131-132, “no hay derecho que no exija ser interpretado. La interpretación es la sombra que acompaña al cuerpo. De la misma manera que ningún cuerpo puede librarse de su sombra, el derecho tampoco puede librarse de la interpretación”.

¹⁸⁴ Cfr. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, ob. cit., p. 59.

¹⁸⁵ Cfr. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, ob. cit., p. 13.

¹⁸⁶ Para un análisis más profundo de estos y de otros criterios distintivos, vid. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 103-109.

El último criterio señalado es elegido por GARCÍA FIGUEROA para establecer la diferencia entre principios y valores. Fundado en la elaboración teórica de ALEXY, pondera que, en la medida en que el principio es un concepto deontológico, y el valor un concepto axiológico, lo que, en un modelo de valor, es *prima facie* el mejor, en un modelo de principio será *prima facie* debido, es decir, a que el principio es una norma, una guía del comportamiento humano, en cuanto el valor constituye un criterio que determina la bondad de algo en relación con tal criterio. La idea de principio no posee carga axiológica, dimensión de la cual no puede prescindir la idea de valor. Así, el principio responde a una función normativa, mientras que el valor lo hace a una función valorativa. En cuanto norma, el principio pretende modificar la conducta del otro, al contrario que el valor pretende influir en las convicciones morales del otro¹⁸⁷.

Principios y valores son así nociones distintas, puesto que se refieren a aspectos diferentes. El valor define un criterio de valoración, mientras que el principio es una norma con ciertas características. Empero, no son nociones excluyentes, de modo que la diferencia entre ambos tiende a debilitarse, puesto que existe una correlación inmediata entre los valores instituidos por la sociedad y las normas que deben garantizarlos.

Para RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ los valores no constituyen normas, pero sí objetivo de las normas, circunstancia que no les impide poseer cierto carácter normativo y significado axiológico. El autor sostiene que tanto los principios como los valores reflejan opciones éticas y políticas fundamentales del ordenamiento jurídico, pero que actúan de modo diferente. Los principios orientan directamente la conducta, mientras que los valores orientan directamente las normas y sólo indirectamente las

¹⁸⁷ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, ob. cit., pp. 208-209.

conductas y, por lo tanto, “sirven de pauta para criticar primariamente las normas, y secundariamente las conductas”¹⁸⁸.

PÉREZ LUÑO señala la diferencia en el grado de concreción como el mejor criterio de distinción entre principios y valores. Por constituir ideas directivas generales que fundamentan, orientan y limitan la interpretación y la aplicación de todas las normas del ordenamiento jurídico, al contrario de los principios, los valores no contienen especificaciones sobre las hipótesis en que deben ser aplicados, ni tampoco las consecuencias jurídicas de su aplicación. Forman el “contexto histórico-espiritual” de la interpretación de la Constitución y principalmente de los derechos fundamentales, actuando “como meta normas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas”¹⁸⁹.

Desde esta perspectiva, los valores constituyen criterios básicos de orientación de las acciones, representando verdaderas opciones ético-sociales fundamentales que presiden todo el orden político, jurídico, económico y cultural de un Estado. Asumen una triple dimensión: fundamentadora, orientadora y crítica. Por lo tanto, constituyen un contexto axiológico fundamentador que deberá orientar toda la interpretación del ordenamiento jurídico; un verdadero postulado-guía para orientar “la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución” y, por último, un criterio para evaluar la legitimidad de las innumerables manifestaciones del sistema legal¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, ob. cit., pp. 44-46.

¹⁸⁹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 292.

¹⁹⁰ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, ob. cit., pp. 288-289.

De la misma forma que sucede con los valores, puntualiza el jurista, que acaban siendo concretizados en principios, estos tienden a ser incorporados en disposiciones casuísticas, que explicitan su contenido con mayor precisión¹⁹¹.

No obstante, no se puede disentir de DÍAZ REVORIO, que alerta sobre la debilidad de todos estos criterios para establecerse una distinción nítida y fuerte entre principio y valor. Aunque sea posible identificar matices diferenciadores, solamente sería correcto hablar en una “distinción de grado”, puesto que no son conceptos cualitativamente distintos. Las mencionadas características jamás podrán ser reconocidas como esenciales, tanto en significado como en funcionalidad¹⁹².

2.1.2 Normatividad formal y material: la contribución garantista

La nueva perspectiva propiciada con la modificación de la concepción de los principios trajo consigo la necesidad de reconocimiento de una normatividad descompuesta en formal y en material.

De hecho, la hegemonía de los principios en lo alto de la pirámide normativa no indica una supremacía de naturaleza únicamente formal, sino sobretodo material que solamente es posible en la medida en que los principios son comprendidos y equiparados y hasta confundidos con los valores, siendo, en el orden constitucional de los ordenamientos jurídicos, la expresión más alta de la normatividad que fundamenta la organización del poder¹⁹³.

¹⁹¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, ob. cit., p. 292.

¹⁹² Cfr. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, ob. cit., p. 110.

¹⁹³ En esta misma dirección, vid. BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 288.

En esta línea, también la relación indisoluble en el inicio apuntada entre Constitución y Proceso Penal no se limita a un aspecto puramente formal, derivado de la posición de que el texto fundamental ocupa en la taxonomía de las normas. Como un instrumento al servicio del orden constitucional, debe el proceso penal reflejar las bases del régimen democrático, de modo que el vínculo que los une imponga que toda la actividad punitiva estatal este orientada a la consolidación de los derechos fundamentales por ella consagrados.

Tratando la Constitución como la norma suprema del proceso penal, afirman GIMENO SENDRA y DÍAZ MARTÍNEZ que “en el proceso penal moderno, fruto de las grandes revoluciones liberales, europeas, la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo atendiendo a un criterio formal, según el cual nuestra Ley Fundamental ocupa en el ordenamiento jurídico una posición jerárquica de supremacía, sino también desde un punto de vista material, desde el que se observa que, en el proceso penal, los derechos en conflicto adquieren la naturaleza de fundamentales, ya que vienen integrados, de un lado, por el ‘derecho de penar’ que ejercitan las partes acusadoras, a través del derecho a la tutela, y, de otro, por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa”¹⁹⁴.

Reconocidos como auténticas normas constitucionales de aplicación directa¹⁹⁵, los principios constitucionales poseen fuerza vinculante, que se proyecta sobre todas las reglas y principios del ordenamiento jurídico. Esta vinculación formal y material, condiciona la validez de todas las normas su capacidad de armonización con los diversos principios constitucionales.

¹⁹⁴ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 61.

¹⁹⁵ Vid., por todos, SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, ob. cit., p. 82.

Cuando se trata de la superación de la concepción normativa puramente formal en relación al texto fundamental, no se puede olvidar la contribución suministrada por el modelo constitucional-garantista que, proclamando una valorización sustancial de los contenidos constitucionales, cobra del jurista una labor constante de investigación del contenido de las normas y principalmente de las prácticas jurídicas y su capacidad de acomodación constitucional.

El sistema garantista gira en torno a una serie de principios que tienen la función de actuar como criterios de validez jurídica y de legitimación de normas y prácticas judiciales. Representan vínculos formales y sustanciales dirigidos a la limitación del poder estatal y la simultánea protección de los ciudadanos. El principio de la legalidad se sitúa en el epicentro de todo este sistema de garantías. La categoría legalidad, en cambio, es aquí rediseñada, ampliada, no representando la mera conformidad de la norma con la forma, sino con el contenido de los derechos fundamentales constitucionalmente asegurados. Enfatiza FERRAJOLI que el principio cognitivo de la legalidad estricta¹⁹⁶ implica todas las demás garantías, constituyendo el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema.

Para la correspondencia de la práctica punitiva con los contenidos constitucionales relacionados a los derechos fundamentales, preconiza el garantismo una redefinición en los criterios de identificación de la validez, vigencia y eficacia de las normas.

¹⁹⁶ El autor hace una diferenciación entre el principio de la mera legalidad y el principio de la estricta legalidad. El axioma de la mera legalidad corresponde a simple legalidad formal, relacionado con la sujeción del juez a las leyes vigentes. En cambio, el principio de la legalidad estricta corresponde a una exigencia de respeto a todas las garantías penales y procesales que integran el modelo garantista. Vid. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, ob. cit., pp. 94-97.

El positivismo clásico, como destaca BOBBIO, se preocupa tan sólo de juicios de hecho y no de juicios de valor, que importen en distinciones del propio Derecho en bueno o malo, justo o injusto, siendo por lo tanto válida la norma que forma parte de un ordenamiento jurídico real, efectivamente existente en una determinada sociedad. Para la matriz garantista, entre tanto, se exige un juicio de valor que, en el decir de BOBBIO, representa “una toma de posición frente a la realidad, puesto que su formulación posee la finalidad no de informar, sino de influir sobre el otro...”¹⁹⁷. Así, será calificada como válida la norma dotada de capacidad de adecuación con los derechos fundamentales.

Conforme entiende FERRAJOLI, cuando “la ineficacia de un sistema de normas acerca de la producción llegue al punto de que ni siquiera se respetan las condiciones formales de validez del acto de producción normativa, diremos que la norma no ha sido producida y por consiguiente no está vigente, no existe o no pertenece ni tan siquiera formalmente al ordenamiento del que se habla. Por el contrario, cuando se manifieste sólo en el incumplimiento de las condiciones sustanciales de validez de la norma producida, diremos que ésta no es válida aunque este vigente, o exista, o pertenezca al ordenamiento examinado”¹⁹⁸.

Con la alteración de las condiciones de validez de las leyes, se modifica también la naturaleza de la función jurisdiccional y la relación entre juez y ley, que deja de ser “como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”¹⁹⁹. Expresado de otro

¹⁹⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito*, Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, Editorial Ícone, São Paulo, 1995, pp. 135-136.

¹⁹⁸ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, ob. cit., p. 359.

¹⁹⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías - la ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 26.

modo, la actividad jurisdiccional no podrá limitarse a una sujeción a la ley de modo mecánico e incondicional, sino una sujeción prioritaria a las normas constitucionales, lo que impone al juez la crítica de las leyes inválidas, principalmente por medio de su reinterpretación en sentido constitucional.

Hay un cambio revolucionario de paradigma en el derecho: se altera en primer lugar las condiciones de validez de las leyes, que pasan a depender del respeto y ya no solamente de las normas procesales sobre su formación, sino también de las normas sustantivas sobre su contenido, esto es, dependen de su coherencia con los principios inscritos en la Constitución. En síntesis, se exige su inmunización contra vicios de contenido causados por su disconformidad con el Texto Constitucional. En segundo lugar, se altera la naturaleza de la función jurisdiccional y consecuentemente la relación entre juez y ley, de quien se exige una lectura de las normas procesales a la luz de los principios y reglas constitucionales, con la permanente adecuación de las leyes a la letra y al espíritu de la Constitución.

En otros términos, siendo el texto constitucional, en su todo, dirigente y vinculante, es imprescindible tener en cuenta el hecho de que todas las normas (textos) infraconstitucionales, para tener validez, deben pasar, necesariamente, por el proceso de contaminación constitucional (baño de inmersión, si se quisiera usar la expresión acuñada por Liebman). El juez (y el operador jurídico *lato sensu*) solamente están sujetos a lo que la ley en cuanto válida, quiere decir, coherente con el contenido material de la Constitución.

Se sabe que “El parámetro material de las normas constitucionales conduce a la exigencia de la conformidad sustancial de todos los actos del Estado y de los poderes públicos con las normas y principios jerárquicamente superiores de la Constitución”²⁰⁰, y que, por lo tanto, el

fundamento de validez de una norma legal depende de su capacidad de adecuación a los valores constitucionales.

De ahí deriva que la interpretación judicial de la ley, será también siempre un juicio sobre la propia ley, en la cual el juez tiene el deber y la responsabilidad de escoger solamente los significados válidos, es decir, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales por ellas establecidos²⁰¹.

En este contexto, los derechos fundamentales pasan a actuar como verdaderos parámetros de legitimación y deslegitimación de normas y prácticas operativas, constituyendo su protección el objeto central de la función jurisdiccional.

Paralelamente a este reencuadre de categorías como legalidad, validez, vigencia y eficacia, toda la legitimidad del sistema también sufre una reformulación, siendo entonces clasificada en legitimidad formal, relacionada con la vigencia, y legitimidad sustancial, correspondiente a los contenidos de las normas superiores. Explica FERRAJOLI que “la legitimación formal es la que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley. La legitimación sustancial es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos”²⁰².

Implicando una continua inquietud en relación a la efectividad de la supremacía constitucional, con la emisión constante de juicios de validez sobre las normas y prácticas judiciales, el modelo constitucional-garantista naturalmente repudia comportamientos dogmáticos acrícos y

²⁰⁰ Cfr. CANOTILHO, José Joaquín Gomes. *Direito Constitucional...*, ob. cit., p. 956.

²⁰¹ A este respecto, vid. PRADO, Geraldo, ob. cit., p. 64.

²⁰² Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, ob. cit., p. 918.

contemplativos respecto del ordenamiento jurídico. Como la “norma válida no existe así como tal, no está ahí, se construye y se desconstruye para cada caso y sólo recibe su existencia de esta construcción”²⁰³, el programa garantista exige una frecuente tensión crítica entre las leyes y las prácticas jurídicas vigentes, exigiendo de los juristas no tan solo la cobertura de las antinomias, sino principalmente su denuncia.

Por todo esto, es correcto representar el modelo como un discurso crítico, destinado a conferir legitimidad al sistema penal, a través de la defensa intransigente de los valores inscritos en el Texto Constitucional y con la consecuente limitación del arbitrio estatal. Para el cumplimiento de la pauta garantista y del nuevo reencuadre de la jurisdicción, se requiere un juez permanentemente comprometido²⁰⁴ con la defensa de los valores constitucionales.

La teoría garantista²⁰⁵ representa al mismo tiempo el rescate y la valorización de la Constitución. Sustentada en el respeto a la dignidad de la

²⁰³ Cfr. SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 103.

²⁰⁴ En palabras de SILVA FRANCO, Alberto. *O Juiz e o Modelo Garantista*, Boletim IBCCrim nº 56, São Paulo, 1997, p. 2, el modelo garantista no exige un juez que sea un mero técnico al servicio de un Poder, esclavo de la formalidad, simple “boca repetidora de la ley”, sino un político del Derecho, garantizador de los Derechos Fundamentales y, por lo tanto, el principal responsable de la realización de prácticas afines al Estado social y democrático de Derecho. Como advierte FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, ob. cit., p. 38, el juez no es una máquina automática en la cual por arriba se introducen los hechos y por debajo se retiran las sentencias, aunque sea con la ayuda de un empujón, cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella.

²⁰⁵ Se debe observar que el garantismo penal es un modelo esencialmente idealista, porque de hecho nunca ha sido realizado ni nunca será realizable. Se trata de un modelo-límite, del cual solo es posible acercarse y que, jamás perfectamente, sino que tendencialmente puede ser satisfecho. En el ámbito de este estudio, la utilización de su principiología tiene el propósito de actuar como instrumental crítico, siempre en la búsqueda de la afirmación de la dignidad humana, que presupone una constante preocupación con la limitación del poder punitivo, para que cada uno pueda disfrutar de la máxima libertad, pero que esta libertad sea compatible con la igual libertad de todos los demás.

persona humana y sus derechos fundamentales, verdaderos pilares del Estado democrático de Derecho, exige la necesidad de convergencia de las prácticas judiciales a los contenidos constitucionales.

La tutela constitucional del proceso, en la esfera de este razonamiento, tiene la función de situarlo al servicio de la realización de los ideales democráticos, asegurando la conformación de sus institutos, su regulación y efectivo funcionamiento de los principios que descenden del propio orden constitucional que, al final, se constituyen en emanación de un valor superior que es la justicia. En esta perspectiva, el modelo constitucional-garantista, reconociendo a la jurisdicción un papel transformador, tiene también el mérito de aportar toda una principiología destinada a asegurar el logro de esta finalidad.

Basada en el respeto inflexible de la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales, que pasan a actuar como referenciales para búsqueda de la validez sustancial de las normas y prácticas procesales y su consecuente legitimidad, la teoría del garantismo permite aún la individualización y deslegitimación no sólo de los diversos modelos de sistema penal, sino también de sus institutos, instrumentos de control, además de las propias prácticas operativas, sirviendo del mismo modo para “reprogramar sistemas jurídicos en la orientación de los derechos fundamentales y para ejecutar sistemas programados con otra orientación, mejorando su eficiencia garantizadora”²⁰⁶.

Consolidada la utilidad de la propuesta garantista, que propugna la utilización de los derechos fundamentales como vínculos sustanciales para la evaluación de la validez de preceptos y prácticas judiciales en disconformidad con las normas constitucionales, en inmediata secuencia, partiendo de una delimitación conceptual de la categoría y exposición de sus

²⁰⁶ Cfr. SERRANO, José Luis, ob. cit., p. 108.

dimensiones y límites, serán introducidos los sistemas de regulación positiva de estos derechos en los modelos constitucionales español y brasileño.

2.2 Los derechos fundamentales: aproximación conceptual

No obstante se considere una de las nociones más controvertidas de la doctrina constitucional²⁰⁷, inicialmente es importante establecer una delimitación conceptual de la expresión “derechos fundamentales”, puesto que la literatura jurídica corrientemente ha empleado el termino de modo poco preciso, utilizándolo frecuentemente como sinónimo de innumerables categorías, de entre las cuales destacan: derechos humanos y libertades públicas²⁰⁸.

PÉREZ LUÑO, conjugando las grandes dimensiones que integran la noción general de derechos humanos, define la categoría derechos humanos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”²⁰⁹.

Partiendo de este concepto, que pone en evidencia los tres valores fundamentales en torno a los cuales siempre se centró la reivindicación de los derechos humanos – dignidad, libertad e igualdad – se pueden definir los

²⁰⁷ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., p. 75.

²⁰⁸ Sobre la distinción entre derechos fundamentales y otras categorías, vid. DíEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 34-36; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, ob. cit., pp. 29-43; PECES-BARBA, Gregorio. *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pp. 10-29; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., Editorial Coimbra, Coimbra, 1998, pp. 48-72; AFONSO DA SILVA, José, ob. cit., pp. 173-179.

²⁰⁹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, ob. cit., p. 48.

derechos fundamentales como los derechos del ser humano reconocidos y establecidos por el derecho constitucional positivo.

De hecho, el criterio más adecuado para establecer la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, es el del diferente grado de concreción positiva de estas categorías.

En esta perspectiva, los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y limitado que el de los derechos humanos, categoría esta de contornos más amplios e indefinidos, sirviendo para describir el conjunto de derechos y libertades reconocidos y garantizadas por el derecho positivo de determinado Estado, siendo, por lo tanto, derechos delimitados tanto espacial como temporalmente²¹⁰.

Como se ve, las expresiones no son contradictorias o incompatibles. No se trata de compartimentos estancos. En verdad, los derechos fundamentales también son derechos humanos, por ende reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico positivo. Los derechos humanos constituyen una categoría previa, que legitima y nutre los derechos fundamentales²¹¹, o, como anota PÉREZ ROYO, “los derechos han existido en el Estado Constitucional mucho antes de ser derechos fundamentales”²¹².

Ahora bien, cualquier regulación no tiene el don de conferir el *status* de fundamental a los derechos. Es por medio de la regulación jurídico-constitucional como los derechos humanos se convierten en derechos fundamentales. Para conferirles la dimensión de fundamentales, los

²¹⁰ A este respecto, vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, p. 47.

²¹¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, ob. cit., p. 51.

²¹² Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, ob. cit., p. 250.

derechos deberán ocupar el más alto escalón normativo, esto es, reflejados en la Constitución. En otras palabras, sólo habrá derechos fundamentales “en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica”²¹³.

De este modo, para esclarecer el alcance de estas expresiones, se puede reservar el término derechos fundamentales para designar a los derechos internamente regulados, indicando la expresión derechos humanos para todos aquellos derechos positivizados en las declaraciones o convenios internacionales, así como “aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo”²¹⁴.

Ya es posible verificar que los derechos fundamentales, o más propiamente su fundamento, pueden asumir una concepción formal o material.

La concepción formal de los derechos fundamentales se basa en el modo en como se dispone su regulación. Ligada al derecho constitucional positivo, según ella constituyen derechos fundamentales aquellos así considerados por la Constitución. Presupone, por lo tanto, que la “máxima fortaleza jurídica de los derechos se produce cuando son declarados a nivel constitucional y, hay, además, vías para la aplicación jurisdiccional de la Constitución”²¹⁵.

²¹³ Cfr. CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 9, nº 25, 1989, p. 41.

²¹⁴ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., p. 44.

²¹⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 33.

Por la idea de fundamento material se entiende que el contenido de los derechos fundamentales proviene de la circunstancia de ser elementos estructurales de la sociedad y del Estado, lo que permite una apertura para el reconocimiento de esta calidad aunque no estén expresamente reconocidos en un catálogo constitucional.

Obsérvese que estas concepciones no son necesariamente incompatibles, siendo incluso posible pensar en su conjugación para alcanzar un nivel más avanzado de protección de los derechos fundamentales, lo que puede ocurrir con una apertura proporcionada por el propio Texto Constitucional.

Es también importante destacar que, pese a sus puntos de intersección, la expresión derechos fundamentales no se confunde con la noción de libertades públicas. Aunque ambas categorías transitan en el campo de la regulación positiva, por un lado, las libertades públicas se refieren a los tradicionales derechos de carácter individual y poseen como finalidad principal garantizar las esferas de autonomía subjetiva y, por otro, los derechos fundamentales poseen un significado más amplio, comprendiendo, además de las libertades tradicionales, los nuevos derechos de carácter económico, social y cultural²¹⁶.

2.2.1 La doble dimensión de los derechos fundamentales: el individuo y la sociedad

De igual manera que el proceso penal, también los derechos fundamentales están estrechamente relacionados con el modelo de Estado, pues son categorías que mutuamente se condicionan.

²¹⁶ Sobre la cuestión, vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., p. 51.

No hay Estado de Derecho donde no se garantizan los derechos fundamentales, así como es imprescindible un Estado con aquella configuración para que los derechos fundamentales puedan verse realizados. En palabras de PÉREZ LUÑO, “cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de Derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que en la medida en que se produce una vivencia de los derechos fundamentales se refuerza la implantación del Estado de Derecho”²¹⁷.

La propia tipicidad del Estado de Derecho (liberal o social) depende del alcance y significado atribuido a los derechos fundamentales, cuyo contenido y extensión también están por él condicionados.

Con el cambio del Estado liberal al Estado social de Derecho, también los derechos fundamentales modificaron su espectro de actuación. A la función de garantía de las libertades y de los intereses individuales, a través de la limitación del ejercicio del poder político, se incorporó una exigencia de solidaridad, con el conjunto de valores dirigidos a una acción positiva de los poderes públicos²¹⁸, estando los derechos fundamentales extendidos a todos los sectores del ordenamiento jurídico y también en el seno de las relaciones entre particulares.

Para mejor entender esta influencia, es oportuno recordar que las Constituciones del siglo pasado han reconocido, junto a los derechos de libertad, otros derechos igualmente vitales, los cuales corresponden prestaciones positivas del Estado en favor del ciudadano y no sólo

²¹⁷ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., p. 26.

²¹⁸ A este respecto, vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., p. 21.

prohibiciones legales correspondientes a las tradicionales garantías liberales negativas.

Con esta transformación, la declaración constitucional de los derechos del ciudadano significa también una declaración constitucional de los deberes del Estado, con alteración de su propia base de legitimación. Mientras que el Estado liberal debe solamente no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado social de derecho tiene además la obligación de mejorarlas, debiendo no simplemente ser una desventaja, sino de igual modo ser una ventaja.

En este contexto, las garantías negativas basadas en impedimentos legales, dotadas de función conservadora, sirven para defender las condiciones naturales de existencia, como la vida, libertad e inmunidad contra los arbitrios. Las garantías sociales positivas conducen a prestaciones o adquisiciones de condiciones sociales de vida, estando dirigidas al futuro y dotadas de carácter innovador. En todos los casos, los derechos fundamentales corresponden a valores y a carencias vitales de la persona, histórica y culturalmente determinados. Y es a través de su calidad, cantidad y grado de garantía que se puede definir el carácter de una democracia y puede ser mensurado su progreso.

Es importante poner de relieve que esta ampliación de la eficacia de los derechos fundamentales, con el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, no implica la anulación o restricción del derecho a la libertad individual, sino, al contrario, es la garantía del pleno desarrollo de la persona humana, que exige conjugar, a un mismo tiempo, sus dimensiones personales y colectivas, razón por la cual estos derechos “se integran cabalmente en la categoría omnicomprensiva de los derechos fundamentales a cuya conformación han contribuido decisivamente”²¹⁹.

²¹⁹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., p. 21.

Dicho de otro modo, de acuerdo con el constitucionalismo moderno, los derechos fundamentales desempeñan una doble función²²⁰. Al mismo tiempo, actúan como garantías de la libertad y defensa de los aspectos sociales y colectivos, así como asumen una dimensión institucional dirigida a la realización de un conjunto de valores objetivos básicos que constituyen los presupuestos sobre los cuales se debe construir una sociedad democrática. Como resultado de esta conjugación, los derechos fundamentales pasan a constituir la principal garantía a disposición de los ciudadanos de un Estado de Derecho en el sentido de que su sistema jurídico y político se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana.

En todo derecho fundamental se puede diferenciar una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva, esferas que se interrelacionan, no siendo por lo tanto excluyentes. Al lado de los derechos fundamentales concebidos como derechos subjetivos tradicionales frente al poder, surgen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido con poder de pulverización sobre todo el ordenamiento jurídico.

En su vertiente subjetiva, los derechos fundamentales otorgan facultades para que las personas puedan exigirlos en situaciones concretas. Por otro lado, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, “al margen de cualquier situación jurídica concreta, en la existencia

²²⁰ Refiriéndose al doble carácter de los derechos fundamentales, en paradigmática decisión, pontificó el Tribunal Constitucional Español: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”. Cfr. STC 25/1981, de 14 de julio.

de un deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos”²²¹.

En esta órbita, los derechos fundamentales son convertidos en mandatos de optimización, asumiendo un contenido normativo que debe ser realizado por los poderes públicos a través de actuaciones concretas que permitan el máximo de fruición de las facultades que le son subyacentes, de ella derivando los efectos irradiantes y recíprocos que asumen los derechos fundamentales²²². Poseen así un sentido en su ámbito y contenido, “pero también un sentido en su relación de conjunto con el sistema de derechos constitucionalmente establecido y que influye en la concreción de ese ámbito y contenido”²²³.

2.2.2 La limitación de los derechos fundamentales

No se puede perder de vista que los derechos fundamentales no son absolutos o ilimitados, al contrario, su ejercicio se encuentra sometido a una serie de límites. Como anotan MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y DE OTTO

²²¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO. Luis María, ob. cit., p. 57.

²²² En opinión de PRESNO LINERA, Miguel Ángel, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y otros. *Teoría General de Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pp. 53 e 54, se expresa el efecto irradiante para indicar la necesaria proyección que “ha de tener el derecho fundamental como norma de principio en todos los sectores del ordenamiento jurídico...”, mientras que el efecto recíproco “se produce entre los derechos fundamentales y las leyes que disciplinan su ejercicio o los desarrollan, generándose así un régimen de concurrencia normativa, de manera que tanto las normas que regulan una determinada libertad fundamental como las que establecen límites a su ejercicio actúan recíprocamente...”.

²²³ Cfr. BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y otros. *Teoría General de Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 39.

Y PARDO, “un derecho ilimitado es un no derecho – pues cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más”²²⁴.

Preliminarmente, conviene dejar asentada la distinción entre delimitación y limitación de los derechos fundamentales.

Al delimitarse un derecho fundamental se fija su extensión, su ámbito de aplicación, sus contornos y límites internos, mientras que, cuando se limita un derecho fundamental, se fijan sus límites externos. El simple hecho de vivir en sociedad hace que sean inevitables los conflictos entre derechos pertenecientes a titulares diferentes, razón por la cual resulta necesario “conjugarlos armónicamente y por ende limitarlos externamente”²²⁵.

Un derecho fundamental es delimitado cuando, por medio de la interpretación de la norma fundamental, se establecen sus titulares, cuál es su objeto y contenido, más allá de sus límites en sentido propio, esto es, se define lo que es este derecho fundamental²²⁶. Con todo, cuando se limita un derecho fundamental, no se trata de definir cada derecho fundamental o de definir sus contornos generales y objetivos, sino de restringirlo, privarlo o incluso suprimirlo.

Como se puede observar, dependiendo de su *status* y función, de acuerdo con la doctrina, los límites a los que se someten los derechos

²²⁴ Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 151.

²²⁵ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. *Los límites de los derechos fundamentales*, en “Constitución y derechos fundamentales”, coords.: BETEGÓN, J. y otros. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 442.

²²⁶ Sobre la cuestión, vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y otros. *Teoría General de Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 121.

fundamentales podrán ser internos o externos (límites en sentido propio).

En torno a esta distinción, señala GAVARA DE CARA que los límites internos son aquellos que sirven para determinar el contenido del derecho, resultando intrínseco al mismo, pudiendo ser considerados como “supuestos de delimitación propiamente constitucional”. Los límites externos son normas de status infraconstitucional destinadas a modificar alguno de los elementos configuradores de los derechos fundamentales, siendo “los que se imponen por el ordenamiento al ejercicio legítimo y ordinarios de los derechos fundamentales”²²⁷.

O, si se prefiere, son externos aquellos límites creados por el poder público habilitado por la Constitución para realizar esta tarea, normalmente el legislador. Se califica como externos justamente porque no provienen de la coexistencia del derecho fundamental con otras normas constitucionales. Los límites internos, por su parte, derivan de la coexistencia del derecho fundamental con otras normas de igual estatura o dichos límites se encontraban ya previamente fijados.

Como destaca la doctrina especializada, es posible que “haya derechos fundamentales ilimitables en el sentido de que la Constitución no les prevé límites externos; esto es, no prevé que un poder público pueda imponerles límites. Sin embargo, ningún derecho es ilimitado, porque todos, incluso los antes mencionados, están sujetos a límites inmanentes derivados de su coexistencia con otras normas constitucionales”²²⁸.

²²⁷ Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 159-160.

²²⁸ Cfr. VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y otros, ob. cit., p. 127.

Considerando que el derecho fundamental se encuentra reconocido por una norma de carácter constitucional que convive con otras normas de igual naturaleza, no es posible simplemente optar por la sustracción de una de ellas, lo que violaría el principio de la unidad constitucional. La protección de un derecho fundamental no puede implicar la sustracción de otro derecho igualmente fundamental, de lo que lógicamente se desprende que el ámbito normativo de un determinado derecho fundamental encuentra su límite en las demás normas constitucionales que reconocen otros derechos de igual importancia. A esta especie de límite interno, la doctrina intitula de límites inmanentes.

Como algunos derechos fundamentales no cuentan con limitación constitucional específica, justamente por no ser absolutos y, por lo tanto, ser limitados, los derechos fundamentales, en numerosas situaciones prácticas, necesitan “ceder en su virtualidad protectora para conciliarse con otros bienes”²²⁹. De ahí la finalidad de esta doctrina.

Conviene dejar asentado que estas limitaciones (internas y externas) también sufren condicionamientos, de lo que resulta la “necesidad de buscar un equilibrio entre el derecho fundamental y sus límites sin que ninguno de los dos deba sacrificarse en aras del otro”²³⁰. Sin perjuicio de la coexistencia con otros mecanismos, el aspirado equilibrio generalmente se alcanza a través de la aplicación de las técnicas del contenido esencial de los derechos fundamentales²³¹ y del principio de proporcionalidad.

²²⁹ Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, DE OTTO Y PARDO, Ignacio, ob. cit., p. 110.

²³⁰ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y otros, ob. cit., p. 133.

²³¹ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y otros, ob. cit., p. 133.

Se busca a través de la técnica del contenido esencial asegurar la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, en el sentido de que solamente podrá fijar sus límites en los estrictos términos constitucionalmente determinados.

Se destaca que la vinculación del legislador con los derechos fundamentales es una vinculación que contempla dos perspectivas: negativa y positiva. Es negativa porque supone una prohibición del legislador para autorizar cualquier interferencia sobre los derechos fundamentales que no este constitucionalmente amparada. También es una vinculación positiva, en la medida en que “se traduce en el mandato de lograr que los mismos desplieguen plenamente su eficacia”²³².

Como señala MEDINA GUERREIRO, la garantía del contenido esencial, como único límite de los límites con expresa sanción constitucional²³³, tiene por función proporcionar un parámetro de evaluación de la acción del legislador a fin de detectar si, al restringir el contenido constitucionalmente protegido *prima facie* de un derecho fundamental, “comprime, o no, tan acusadamente dicho contenido que, en la práctica, equivale a su total desvirtuación”²³⁴.

De acuerdo con la lección del citado constitucionalista, en relación a los derechos fundamentales hay un componente esencial, un núcleo absolutamente inmune a la acción del legislador, sea cual fuera la finalidad perseguida por la ley e independientemente de ser o no proporcionada. En

²³² Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 4.

²³³ Es el caso de la Constitución Española de 1978 (art. 53).

²³⁴ Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel, ob. cit., p. 146.

otras palabras, la garantía del contenido esencial goza de identidad propia frente al principio de proporcionalidad²³⁵.

Propone MEDINA GUERRERO, al analizar la vinculación negativa del legislador, que se establezca una distinción entre contenido esencial y contenido constitucionalmente protegido. La dimensión contenido constitucionalmente protegido o contenido total se divide en una zona central y absolutamente intangible para el legislador, que se denomina contenido esencial, y otra llamada contenido inicialmente protegido, en la cual se permite al legislador sacrificar derechos fundamentales a con el propósito de proteger otros bienes constitucionales, y que esa limitación se muestre proporcionada²³⁶.

En otras palabras, podrá el legislador establecer limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales. Empero, esta limitación deberá tener como objetivo la protección de otros bienes de igual envergadura y, más allá de ser proporcionada, no podrá afectar a su contenido esencial. De este modo, la garantía del contenido esencial establecida en la Constitución Española (art. 53.1) no es la garantía de la ley proporcionada, sino la garantía frente a la ley proporcionada²³⁷.

Concluyendo el razonamiento, anota el citado constitucionalista que el concepto de contenido esencial servirá para remitirse al *standard* mínimo de protección de los derechos asumido por la conciencia jurídica imperante en la órbita cultural en que nos insertamos. Cláusula de cierre del sistema constitucional de garantías de los derechos fundamentales en cuya virtud habrían de rechazarse todos los límites que, aun adaptándose

²³⁵ Vid. MEDINA GUERRERO, Manuel, ob. cit., p. 150.

²³⁶ Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel, ob. cit., p. 170.

²³⁷ Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel, ob. cit., p. 171.

proporcionalmente al marco de la Constitución, pugnasen con esa parte del derecho que, especialmente en el contexto europeo, se tuviera por absolutamente imprescindible²³⁸.

Así mismo, es importante resaltar que, junto al principio de la unidad de la Constitución, la supremacía de los derechos fundamentales es una idea básica que debe presidir toda exégesis que envuelva a los derechos fundamentales. De ella deriva la necesidad de precedencia en la protección de los derechos fundamentales en relación a los demás derechos. Por ello, cualquier intervención en el ámbito de los derechos fundamentales exige el cumplimiento de una serie de reglas hermenéuticas que, concretizando aquella primacía, demandan una interpretación siempre restrictiva en estos casos.

De entre los principios que resultan de este “mayor valor” de los derechos fundamentales se sitúa el principio *favor libertatis*, según el cual los derechos fundamentales deben ser interpretados del modo más amplio posible y siempre favorablemente a la efectividad y esencia de estos derechos, cuyos efectos producen una verdadera fuerza expansiva de los derechos fundamentales, en virtud de la cual se restringe el alcance de las normas que consagran limitaciones sobre estos derechos²³⁹.

²³⁸ Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel, ob. cit., p. 171.

²³⁹ A este respecto, vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*, Editorial Dykinson, 1992, p. 171.

2.2.3 Los derechos fundamentales en el modelo constitucional español de 1978

Como punto de partida, es preciso reconocer que la regulación constitucional de los derechos fundamentales ha sido insuficiente para su efectiva y total protección, principalmente en el ámbito del sistema penal²⁴⁰. La realidad operativa revela que no es raro que la intervención punitiva se realice con subversión a los valores que fundamentan un Estado democrático de Derecho. De ahí que muchas veces representen más bien una aspiración en lugar de ser una experiencia concreta en la vida cotidiana de sus ciudadanos, situación que nos impone una “continua tarea, siempre abierta, encaminada a profundizar y depurar el estatuto teórico de tales derechos, conjugada con el consiguiente esfuerzo práctico para contribuir a su definitiva implantación”²⁴¹.

La regulación de los derechos fundamentales puede ser realizada básicamente a través de dos grandes sistemas, a saber: cláusulas generales (*lex generalis*) y casuístico (*leyes especiales*). En el sistema de cláusulas generales, la consagración de los derechos fundamentales se da en forma de valores o principios. Por el contrario, en el sistema casuístico son utilizadas normas específicas que pormenorizan los derechos fundamentales²⁴².

²⁴⁰ Como afirma GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 21, “La efectividad de los derechos fundamentales depende tanto de su reconocimiento constitucional y legal cuanto, y quizá sobre todo, de la existencia de mecanismos susceptibles de garantizar en la práctica su eficacia real”.

²⁴¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., p. 29.

²⁴² Vid., por todos, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., p. 58.

El modelo español no se restringe ni a un modelo puro de principios, ni a un modelo puro de reglas. El Texto Básico Español de 1978 optó por un sistema mixto²⁴³, en la medida en que, combinando los modelos apuntados, los derechos fundamentales fueran formulados como valores, principios y normas específicas.

En primer lugar, este modelo responde a un “sistema de valores y principios, de alcance universal” que debe orientar todo el ordenamiento jurídico²⁴⁴, aunque también se ejecuta por medio de reglas específicas.

La Norma Fundamental, ya en su preámbulo, anuncia el deseo de establecer la justicia, la libertad, la seguridad, y promover el bien de todos y la protección del ejercicio de los derechos humanos. Reconociendo como valores superiores de su ordenamiento jurídico “la libertad, justicia, igualdad y el pluralismo político” (art. 1º, 1), establece que “la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a ley y a los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1), estableciendo como criterio hermenéutico de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España (apartado 2, art. 10). Todos estos preceptos, junto con aquellos que componen el sistema formal de libertades y derechos fundamentales (Cáp. II, Sección I), gozan de

²⁴³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., pp. 57-61, estima que la formulación adoptada por la Constitución Española llega a superar la tipología tradicional, siendo posible distinguir hasta cinco instrumentos distintos de positivación: valores superiores del orden jurídico-político constitucional, principios constitucionales, cláusulas generales, normas casuísticas y normas de tutela.

²⁴⁴ Véase STC 21/1981, de 11 de febrero.

una protección reforzada por medio de un sistema especial de reforma, idéntico a una revisión integral de la Constitución (art. 168)²⁴⁵.

Como observa GARCÍA DE ENTERRÍA, la Constitución asegura una unidad del ordenamiento no sólo sobre la base de sencillas reglas formales de producción de normas, sino principalmente sobre la base de un orden de valores materiales. Estos valores no son retórica o meros principios programáticos sin valor normativo, sino, al contrario, constituyen la base entera del ordenamiento, “la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación”²⁴⁶.

La unidad del ordenamiento es principalmente una unidad material de sentido, expresada por medio de principios. En el ámbito de esta argumentación, concluye el citado jurista que ninguna norma subordinada podrá ignorar este conjunto de valores básicos, y “todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores”²⁴⁷.

Los derechos fundamentales no están reconocidos simplemente en normas constitucionales bajo la forma de principios, es decir, mandatos de optimización²⁴⁸, que pueden ser cumplidos en diferentes grados y en la

²⁴⁵ Sobre el tema, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Editorial Thomsom/Civitas, Madrid, 2006, p. 104.

²⁴⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma...*, ob. cit., p. 104.

²⁴⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma...*, ob. cit., p. 104.

²⁴⁸ Explicitando la teoría material de los derechos fundamentales en Alexy, para quien la categoría constituye verdadero principio, pondera STEINMETEZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Editorial Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 136, “que los derechos fundamentales tienen naturaleza principiológica que resulta de su dimensión objetiva. Los derechos fundamentales, en esa dimensión, se presentan como normas objetivas de principio. Es tan correcto decir derecho fundamental de libertad como principio de libertad, derecho fundamental de igualdad como principio de igualdad. El cambio de terminología no transforma la estructura jurídico-normativa y la fuerza vinculante. Es tan correcto decir que derechos fundamentales son mandatos de optimización

medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, sino también bajo la forma de reglas²⁴⁹. Como sostiene RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, “para hablar de derechos fundamentales hay que hablar de reglas. Puede decirse que, paradójicamente, los derechos fundamentales son a la vez una cuestión de principio y una cuestión de reglas”²⁵⁰.

Recurriendo al texto constitucional español, fácilmente se percibe que los derechos fundamentales no corresponden, como ya fue anotado, a un modelo puro de principios. Junto a las normas de principio, que imponen determinada actuación de modo genérico y hasta abstracto, se encuentran innumerables normas que establecen comportamientos precisos y determinados, correspondiendo por lo tanto a la tipología de las reglas. A pesar de que, en general, las normas de derecho fundamental responden a un modelo de principios, puesto que se presentan como enunciados imprecisos en cuanto a la conducta protegida o a los instrumentos de su protección, no se puede negar que en algunas situaciones el legislador constituyente prefirió contemplarlas a través de mandatos claros, precisos y concretos²⁵¹.

La opción de también proteger los derechos fundamentales por medio de un sistema de reglas se justifica en la medida en que un modelo puro de principios traería consigo el inconveniente de que, “si se asumiera un modelo puro de principios todas las normas de derecho fundamental serían meras normas de principio; es decir, normas que imponen una protección preferente

por ser realizados según las posibilidades jurídicas y fácticas como decir que los principios son mandatos de optimización por ser realizados según las posibilidades jurídicas y fácticas”.

²⁴⁹ La distinción establecida entre principios y reglas posee utilidad sobretodo para entender los derechos fundamentales y la estructura de las normas que los garantizan.

²⁵⁰ Cfr. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, ob. cit., p. 42.

²⁵¹ Sobre el tema, vid. PRESNO LINERA, Miguel Ángel, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y otros, ob. cit., p. 48.

de los comportamientos descritos de manera muy genérica y abstracta en los enunciados jurídicos constitucionales frente a otros comportamientos con los que entran en conflicto en el seno de las relaciones sociales”²⁵².

Siguiendo la tradición occidental, la Constitución Española reservó a los derechos fundamentales un Título propio, dividido en varios Capítulos, bajo el rótulo común “De los derechos y deberes fundamentales”²⁵³. Es fácil percibir, en cambio, que en el interior de este conjunto conviven preceptos que no ostentan carácter genuinamente *ius fundamentalis*, como también es posible identificar referencia a los derechos fundamentales a lo largo de todo el texto constitucional, esto es, fuera del catálogo constitucional.

Dentro del sistema de los derechos fundamentales llevado a efecto por el texto constitucional se puede constatar desde un detallismo excesivo en ciertos preceptos a una vaguedad semántica en otros, con incertidumbres inevitables que se hacen sentir principalmente en el tratamiento de los múltiples instrumentos de regulación y mecanismos de protección de los derechos fundamentales²⁵⁴.

Se observa que, a pesar de que el sistema de regulación de los derechos fundamentales puede ser encuadrado bajo un modelo aparentemente simple, que agrupa cláusulas generales y disposiciones especiales, la falta de rigor científico en la disciplina de los derechos fundamentales se acaba reflejando principalmente en imprecisión y

²⁵² Cfr. PRESNO LINERA, Miguel Ángel, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y otros, ob. cit., p. 48.

²⁵³ Es importante subrayar que esta circunstancia no significa la aceptación de una concepción puramente formalista de los derechos fundamentales.

²⁵⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., pp. 56-17, 167-168, juzga que la complejidad, ambigüedad e imprecisión en la positivación de los derechos fundamentales puede ser percibida por el lenguaje utilizado, muchas veces confuso e impreciso, así como por el posicionamiento de derechos dotados de la misma significación en secciones y hasta capítulos distintos.

ambigüedad, haciendo del texto fundamental español un paradigma de complejidad²⁵⁵.

Toda esta desarticulación técnica acaba proporcionando a la doctrina y a la jurisprudencia una importante tarea de reelaboración y sistematización de los derechos fundamentales, para perfeccionarlos, aclararlos e incluso completarlos, actividad que presupone la comprensión de que una eventual posición equivocada de algún derecho fundamental se debe a un defecto meramente técnico, que debe ser superado. Lo que no se admite es que, en razón de esta cuestión formal, se desconozca la interconexión existente entre todos.

Con todo, es preciso resaltar que, pese a la dificultad en el tratamiento sistemático de los derechos fundamentales en función de las imperfecciones técnicas sumariamente relatadas, el Texto Constitucional de 1978 fue extremadamente ambicioso²⁵⁶, otorgando una importancia al tema que no encuentra paralelo en la historia del constitucionalismo español.

En ese sentido, subraya SÁNCHEZ GONZÁLEZ que “La Constitución ha otorgado una importancia excepcional a los derechos y libertades, asumiendo las corrientes más avanzadas del constitucionalismo y traspasando el umbral de la declaraciones meramente programáticas”²⁵⁷.

²⁵⁵ A respecto, vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., p. 58.

²⁵⁶ Vid., por todos, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., p. 55.

²⁵⁷ Vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago y otros. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dir. ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, t. II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p. 24.

En efecto, posicionando los derechos fundamentales en el centro del ordenamiento jurídico constitucional, la Constitución de 1978 figura entre las más avanzadas de su entorno cultural.

2.2.4 Los derechos fundamentales en el modelo constitucional brasileño de 1988

Bajo la influencia del modelo español²⁵⁸, la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, también resultante de la superación de un régimen autoritario, confirió idéntica atención al tema, presentando un amplio y detallado catálogo de derechos fundamentales, debidamente acompañado de un reforzado régimen de protección, que representa el documento más avanzado de tutela de los derechos humanos ya existente en Brasil y que la posiciona entre las más avanzadas del mundo.

Institucionalizando la instauración de un régimen político democrático, ya en su Preámbulo, proyecta la Carta Magna de 1988 la construcción de un Estado democrático de Derecho²⁵⁹, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin preconceptos. En seguida, en su Título I, erige la dignidad de la persona humana como principio fundamental que sustenta el Estado democrático de Derecho (art. 1º, I), estableciendo como un objetivo especial la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria (art. 3º, I).

²⁵⁸ La Constitución Italiana de 1947, la Ley Fundamental de Alemania de 1949 y la Constitución de la República Portuguesa de 1976 también influenciaron al constituyente brasileño de 1988. Véase: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos...*, ob. cit., p. 76.

²⁵⁹ Nótese que, a pesar de no haber sido expresamente consignado en el Texto Constitucional, Brasil también constituye un Estado social y democrático de Derecho.

Consagrando como derecho fundamental la libertad, seguridad e igualdad (Título II, art. 5º), contempla un amplio rol de derechos protegidos de diversas generaciones²⁶⁰, acogiendo en su Capítulo II un enorme elenco de derechos fundamentales sociales²⁶¹. Excluyendo el cuño meramente programático de estos preceptos, establece expresamente su aplicabilidad inmediata (art. 5º, §1º). Presenta también una cláusula de apertura al reconocimiento de otros derechos emergentes del régimen y de los principios adoptados o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte (art. 5º, §2º), y otorga protección reforzada a los derechos fundamentales al impedir su supresión o modificación por la acción del poder constituyente derivado (art. 60, §4º).

A pesar del prestigio que fue conferido al tema, las críticas doctrinales dirigidas al proceso de regulación de los derechos fundamentales adoptado por la Constitución española son igualmente aplicables al caso brasileño. La falta de rigor científico y de una técnica legislativa adecuada, el empleo equivocado de terminologías, la ausencia de sistematización y tratamiento lógico del tema, con acomodación apremiada de las materias, incrementado con la ausencia de norma genérica expresa respecto de la restricción de los derechos fundamentales, como la protección del núcleo esencial de los derechos fundamentales, pueden ser apuntados como sus principales defectos, responsables de una infinidad de problemas de orden hermenéutico, circunstancias que afectan el prestigio del especial *status* gozado por los derechos fundamentales. Ahora bien, estimamos que al menos en relación a su reconocimiento por el orden jurídico positivo y por el instrumental que proporciona a los operadores del derecho para su

²⁶⁰ Sobre las distintas generaciones de derecho, vid. BONAVIDES, Paulo, ob. cit., pp. 562-574.

²⁶¹ La acogida de los derechos fundamentales sociales en un capítulo exclusivo, en el catálogo de los derechos fundamentales, resalta su condición de auténticos derechos fundamentales. En las Cartas anteriores, los derechos sociales poseían carácter meramente programático y se encontraban positivizados en el capítulo destinado al orden económico. A este respecto, vid. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos...*, ob. cit., p. 77.

concreción, se puede afirmar que los derechos fundamentales están viviendo su mejor momento en la historia del constitucionalismo patrio.

Como se percibe, hay algunas diferencias puntuales en el tratamiento de la materia, principalmente en relación a la ubicación de los diversos derechos tutelados y a su terminología, así como la amplitud y al régimen de protección. Sin embargo, es forzoso reconocer que el modelo brasileño de regulación de los derechos fundamentales guarda extrema similitud con el modelo español, lo que es natural en la medida en que este constituye su principal fuente de inspiración. En ese sentido, responde también a un modelo en el que, a través de valores, principios y reglas, se sitúan los derechos del ser humano en el núcleo del orden constitucional para que sirva como fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

La base común sobre la cual se asientan los derechos fundamentales en estos dos textos políticos es la dignidad de la persona humana, concepto que será examinado a continuación.

2.3 La dignidad de la persona humana: el contenido del concepto de dignidad humana

Como dimensión intrínseca del ser humano, la dignidad posee un carácter ontológico. Es un atributo de su naturaleza, una manifestación de la condición personal del hombre. En cuanto que representa un elemento calificador de la condición del ser humano, con carácter irrenunciable e inalienable, es algo absoluto, que simplemente existe y que no puede ser jamás descartado. Ningún hombre carece completamente de esta perfección ontológica, ni puede perderla²⁶².

²⁶² En este sentido, vid. PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 183.

Como señala MARITAIN “la persona humana tiene derechos por el mismo hecho de que es una persona, un todo dueño de sí mismo y de sus actos y que, por consiguiente, no es solamente un medio, sino un fin, un fin que debe ser tratado como tal”²⁶³.

El punto de partida comúnmente aceptado para la comprensión del principio de la dignidad humana ha sido su recepción como parámetro ético orientador de cualquier normativa jurídica. Sin embargo, las consecuencias jurídicas que se pretenden extraer de este principio acostumbran a ser divergentes y hasta contradictorias, llegando algunos a abogar su inviabilidad y rechazo teórico y práctico.

Frente a estas posturas, observa APARISI MIRALLES, que la utilización del principio desde parámetros exclusivamente retóricos, utilitaristas, ideológicos o políticos, no puede privarlo de su riqueza o fuerza ontológico-jurídica, enfatizando que la “dignidad humana es un verdadero principio ético-jurídico, en cuanto que viene a plasmar una realidad esencial, el igual valor que todo ser humano tiene en si mismo, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado”²⁶⁴.

Como se puede notar, el concepto de dignidad humana trasciende la esfera jurídica, siendo esta perspectiva sólo una de entre las muchas a las que el tema permite acceder²⁶⁵.

²⁶³ Cfr. MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*, Editorial Palabra, Madrid, 2001, p. 58.

²⁶⁴ Cfr. APARISI MIRALLES, Ángela. *En torno al principio de la dignidad humana*, en <http://www.aebioetica.org/rtf/05BIOETICA54.pdf>.

²⁶⁵ APARISI MIRALLES, Ángela, ob. cit., p. 264, concluye que “nunca podremos encontrar una definición neta y acabada del concepto de dignidad”. Seguiendo a Spaemann, agrega que “lo que la palabra quiere decir es difícil de comprender conceptualmente, porque indica una cualidad indefinible y simple”.

En busca de un significado jurídico concreto, apoyado en una clásica lección kantiana, PRIETO ÁLVAREZ anota que el respeto a la dignidad reclama la consideración de la persona como fin en sí mismo, jamás como medio, y la considera en todo caso como sujeto de derecho y nunca como objeto. Proteger la dignidad implica la exigencia de una “protección jurídica frente a cualquier cosificación del ser humano, real, potencial o propuesta”. Así, concluye: “la dignidad humana, genéricamente, se juridificará en la exigencia de protección ante cualquier cosificación del hombre, sin perjuicio de que, en concreto, tome cuerpo jurídico, ordinariamente, en específicos derechos en cuya base se sitúa (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, etc.)”²⁶⁶.

En última instancia, lo que se percibe, es que donde no hubiere respeto por la vida y por la integridad física del ser humano, donde las condiciones mínimas para una existencia digna no fueren aseguradas, donde la intimidad e identidad del individuo fueren objeto de ingerencias indebidas, donde su igualdad relativa a los demás no fuere garantizada, así como donde no hubiere limitación del poder, no habrá espacio para la dignidad de la persona humana, y ésta no pasará de ser mero objeto de arbitrio e injusticias. Como manifiesta SARLET, “la concepción del hombre objeto constituye justamente la antítesis de la noción de la dignidad de la persona humana”²⁶⁷.

Es importante percibir, en cambio, como la dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, que, por su vez,

²⁶⁶ Cfr. PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, ob. cit., p. 170.

²⁶⁷ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos...*, ob. cit., p. 118.

presupone el reconocimiento de su poder de auto disponibilidad y autodeterminación.

2.3.1 La dignidad humana como fuente de los derechos fundamentales

El reconocimiento de los derechos fundamentales es simplemente la manifestación de la primacía del valor constitucional último que es la dignidad de la persona humana, a la cual se encuentra íntimamente ligado el libre desarrollo de la personalidad²⁶⁸.

Como se ve, la dignidad humana no trata de un típico derecho fundamental, sino de un verdadero valor-guía que se irradia no solamente sobre los derechos fundamentales, sino sobre la totalidad del orden constitucional²⁶⁹. Es decir, la opción axiológica que representa se extiende a todo el texto constitucional.

Recurriendo al magisterio del profesor francés Dominique Rousseau, pondera PRIETO ÁLVAREZ que si la dignidad del ser humano viene a ser el principio del cual, como emanación, derivan los derechos fundamentales, que “toman vida e inteligencia por y en él”, su efectividad solamente puede ser alcanzada a través de estos²⁷⁰.

Como se puede observar, entre derechos fundamentales y dignidad humana hay una relación recíproca constante, en la medida en que la dignidad de la persona humana constituye un principio aglutinador de todos

²⁶⁸ Vid., por todos, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit., p. 163.

²⁶⁹ Según PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, ob. cit., p. 318, solamente algunos derechos fundamentales encuentran en la dignidad humana su principio fundamentador.

²⁷⁰ Cfr. PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, ob. cit., p. 165.

los derechos fundamentales que, a su vez, pasan a ser expresiones de su materialización. En ese sentido, goza de una especial capacidad de aglutinar y generar derechos²⁷¹.

Así se puede decir que los distintos derechos fundamentales articulados en las Constituciones Española y también Brasileña, entre los cuales se encuentran la libertad y la seguridad, a pesar de estar dotados de un significado específico, tutelan un bien jurídico común y unitario, siendo posible reconducirlos de modo general hacia la mayor expresión de la dignidad humana.

No es otra la percepción de RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, para quien “el valor de la dignidad básica o sustancial de la persona está en la raíz de todos sus derechos fundamentales”²⁷², constituyéndose así en un valor supremo que atrae el contenido de todos los derechos fundamentales.

2.3.2 La dignidad de la persona humana como norma fundamental: el orden constitucional español y brasileño

Encontrándose indisolublemente asociada a la propia esencia humana, es natural que la dignidad no necesite de previsión expresa en el ordenamiento jurídico. A pesar de esto, el reconocimiento de la dignidad humana y de los valores que le son inherentes constituye requisito de legitimidad del orden jurídico y, además, del grado de su reconocimiento y protección dependerá su efectiva realización y promoción.

²⁷¹ Haciendo referencia a varias decisiones del Tribunal Constitucional Español, vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 101-105.

²⁷² Cfr. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín y otros. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dir. ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 69.

Así es que el Texto Constitucional Español, sobre una base de valores supremos como libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (art. 1.1 CE), reconoce, en su artículo 10.1, la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y de la paz social, erigiéndola en pieza clave del orden constitucional.

La Constitución Brasileña, por su parte, elevó la dignidad de la persona humana a uno de los fundamentos que sustentan el Estado democrático de Derecho (art. 1º, III).

Comentando la Constitución Española, destaca FERNÁNDEZ SEGADO que, entre la norma constitucional de apertura (art. 1º, I, CE) y el precepto que eleva la dignidad de la persona humana a la condición de fundamento del orden jurídico y de la paz social (art. 10.1, CE), hay una evidente conexión, puesto que “no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político”, hasta porque estos valores serían indignos “si no redundasen en favor de la dignidad del ser humano”²⁷³. Sucede que los valores constitucionales superiores son sencillamente una opción axiológica al servicio de la dignidad de la persona humana²⁷⁴.

Siguiendo esta línea, PERALTA pone de manifiesto la relación directa entre la declaración del preámbulo de la Constitución Española y la disposición del artículo 10.1, donde se sitúa la base axiológica, el criterio que otorga legitimidad y sentido a la totalidad del orden constitucional. Comenta que la relación del contenido axiológico de estos preceptos aparece con nitidez “en la idea de que los valores superiores proclamados por la

²⁷³ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit., p. 163.

²⁷⁴ Cfr. ALEGRE MARTINEZ, Miguel Ángel. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, Servicio de Publicaciones, 1996, p. 64.

Constitución en su art. 1.1 son los caminos para hacer real y efectiva la dignidad humana”²⁷⁵.

Como sostiene RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, “Este precepto ocupa un rango fundamentalísimo, con eficacia legitimadora, iluminadora y propulsora para afianzar instituciones, esclarecer ambigüedades, cubrir lagunas e integrar nuevas potencialidades en el esfuerzo colectivo hacia cotas más elevadas de justicia y liberación humana”²⁷⁶.

Como consecuencia de esta interconexión y de la posición central que ocupa en el artículo 1.1, de la CE²⁷⁷, la dignidad de la persona humana ha merecido calificativos como principio básico de integración²⁷⁸, presupuesto ontológico del régimen constitucional²⁷⁹, valor constitucional último, base y condición de los demás²⁸⁰, principio legitimador de los derechos de la personalidad²⁸¹, principio rector del ordenamiento jurídico español²⁸²,

²⁷⁵ Cfr. PERALTA, Ramón. *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1994, pp. 86-88.

²⁷⁶ Cfr. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín y otros, ob. cit., p. 58.

²⁷⁷ ALEGRE MARTINEZ, Miguel Ángel, ob. cit., p. 42, opina que “la dignidad de la persona aparece presidiendo este precepto y ocupando una posición central dentro del mismo, de tal modo que las otras cuatro premisas son manifestaciones o consecuencias del reconocimiento constitucional de la dignidad”.

²⁷⁸ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Editorial Nacional, Madrid, 1980, p. 85.

²⁷⁹ Cfr. ESTEBAN, Jorge de, GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro. J. *Curso de Derecho Constitucional Español*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 26.

²⁸⁰ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit., p. 174.

²⁸¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, ob. cit., pp. 318-319.

²⁸² Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 80.

principio-guía del Estado de Derecho²⁸³, verdadero *prius lógico y ontológico* para la existencia de los derechos fundamentales, valor espiritual y moral inherente a la persona²⁸⁴, *minimum invulnerable*²⁸⁵, valor superior y pósito de los demás valores y principios del artículo 10.1 CE²⁸⁶.

De acuerdo con RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, la norma vinculante del artículo 10.1 de la CE puede desempeñar en el ordenamiento jurídico las siguientes funciones: a) legitimadora, por cuanto el respeto y la tutela de la dignidad de la persona humana son requisitos de la legitimidad del sistema; b) promocional, en la medida en que la dignidad humana y sus derechos inviolables no son estáticos, sino dinámicos y abiertos a un constante enriquecimiento; c) hermenéutica, corolario de la conjugación de las funciones anteriores, ya que deberá servir de pauta interpretativa de todo el ordenamiento jurídico²⁸⁷.

Una cuarta función de la dignidad de la persona humana es acrecentada por GONZÁLEZ PÉREZ. Se refiere a su capacidad para imponer una dirección al comportamiento de los hombres en su relación con los demás, constituyéndose así en una norma de conducta que limita el ejercicio de los derechos. Significa decir que el hombre, al gozar de sus derechos, deberá buscar el máximo respeto a la dignidad de los demás, que pasará a actuar como límite del ejercicio de sus derechos fundamentales²⁸⁸.

²⁸³ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, ob. cit., p. 317.

²⁸⁴ Cfr. STC 53/1985, de 24 de enero.

²⁸⁵ Cfr. STC 120/1990, de 13 de marzo.

²⁸⁶ Cfr. STC 337/1994, de 12 de diciembre.

²⁸⁷ Cfr. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín y otros, ob. cit., pp. 58-59.

²⁸⁸ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad...*, ob. cit., p. 91.

La función de orientación en la interpretación del ordenamiento jurídico también es destacada por la doctrina.

Al respecto observa RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS que, como pauta interpretativa, actúa primeramente sobre el plano interno, significando que los poderes públicos deben interpretar y aplicar todas las disposiciones normativas con absoluta fidelidad a los valores que concretizan la dignidad humana. Con todo, también se proyecta sobre el orden externo, en la medida en que el esclarecimiento y puntualización de las normas relativas a los derechos fundamentales deberán realizarse en conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás documentos internacionales de protección a la persona humana, debidamente ratificados por España²⁸⁹.

GONZÁLEZ PÉREZ cataloga las principales hipótesis en las que el principio puede actuar para orientar la interpretación del ordenamiento jurídico. Inicialmente, apunta el caso de las indeterminaciones normativas, generalmente producto de la posibilidad de aplicación de múltiples normas concretas, que deberán ser resueltas en el sentido más concordante con el principio. Acrecienta la necesidad de una interpretación crítica y correctiva, incluso cuando las normas sean claras, en el caso en el que la letra de la ley deberá ser ampliada o restringida, conforme al caso, para ajustarlas a las situaciones que el principio exige. Por último, articula su utilidad para rechazar cualquier interpretación que conduzca a un resultado directa o indirectamente contrario al principio²⁹⁰.

Se puede decir que los principios y valores encartados en los preceptos iniciales de la Constitución Española y su Título Preliminar se

²⁸⁹ Cfr. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín y otros, ob. cit., p. 59.

²⁹⁰ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad...*, ob. cit., pp. 90-91.

concretan a través de la norma imperativa del artículo 10.1, “que sirve de soporte y eje a todos los derechos fundamentales, tipificados en los artículos siguientes”²⁹¹. Como subraya PECES-BARBA, referido precepto constituye una opción axiológica que se centra en la persona y “solo desde ésta y su irrenunciable dignidad adquieren sentido todos los demás derechos constitucionalmente establecidos, convirtiendo a dicha opción en el eje fundamentador de toda acción jurídico-estatal”²⁹².

En esta línea de razonamiento, las palabras de SÁNCHEZ GONZÁLEZ son precisas: “Si la dignidad de la persona es el cimiento y la razón de ser de todo el edificio constitucional, la libertad, la justicia y la igualdad recogidas en el artículo 1 de la Constitución son los postulados que harán posible, mediante su concreción en el conjunto de derechos y deberes del hombre y de obligaciones del Estado, la realización del valor de la dignidad”²⁹³.

Entendida como valor o principio, lo cierto es que el precepto consagrador de la dignidad humana posee indudable carácter de norma jurídica, participando de la fuerza normativa de la Constitución, consolidándose como un mandato jurídico objetivo, y no una mera definición ideológica y principiológica.

Efectivamente, en un primer momento, la calificación de la dignidad de la persona humana como principio fundamental traduce la certeza de que el art. 1º, inc. III, de nuestra Ley Fundamental no contiene sólo una declaración de contenido ético y moral (que ella, en último análisis, no deja de tener), sino que constituye una norma jurídico-positiva con status constitucional y,

²⁹¹ Cfr. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín y otros, ob. cit., p. 58.

²⁹² Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 85.

²⁹³ Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago y otros, ob. cit., p. 25.

como tal, dotada de eficacia, transformándose de tal suerte, más allá de la dimensión ética, ya apuntada, en valor jurídico fundamental de la comunidad.

Con base en todo lo expuesto, puede concluirse que en ambas Constituciones la dignidad de la persona humana confiere una unidad de sentido, de valor y de concordancia práctica al sistema de los derechos fundamentales, que se sustenta bajo la concepción de que la persona humana es el fundamento y fin de la sociedad y del Estado. Se presenta en estos textos políticos como el núcleo básico e informador de todo el ordenamiento jurídico, como criterio y parámetro de valoración, orientación, interpretación y comprensión del sistema constitucional.

La importancia en la Constitución de la dignidad impone no solamente el reconocimiento de la personalidad jurídica, sino también respeto, protección y promoción²⁹⁴, de modo que será siempre afectada cuando la persona concreta sea rebajada a objeto, a mero instrumento, tratada como cosa, en otras palabras, cuando deje de caracterizarse a la persona humana como sujeto de derechos.

Es fácil percibir que, junto a una dimensión individual, la dignidad humana simultáneamente presenta una dimensión colectiva o social, por cuanto no se refiere sólo al individuo singularmente, sino también en su relación con los demás. El respeto a la dignidad como atributo personal debe ser acompañado de la necesidad de que el Estado, las demás personas y la comunidad también la observen. Se extiende a todos los individuos y no simplemente a un grupo de ellos.

Toda la actividad pública y, en especial, la persecutoria, se encuentra vinculada por el principio de la dignidad de la persona humana, donde

²⁹⁴ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad...*, ob. cit., p. 59.

emerge un deber de respeto y de protección, que se traduce en la obligación del Estado en abstenerse de interferencias en la esfera individual que atenten contra la dignidad humana, como también en el deber de protegerla contra agresiones de terceros, cualquiera que sea su procedencia.

Por tanto, simultáneamente funciona como objetivo y límite de la acción de los poderes estatales, reclamando que todo orden de intervención, principalmente en el campo procesal penal, preserve la dignidad existente, respetando la integridad física, corporal, moral y jamás tratando a las personas, “de tal modo que se les torne imposible representar la contingencia de su propio cuerpo como momento de su propia, autónoma y responsable individualidad”²⁹⁵.

Aplicándose directamente a la esfera procesal penal y al foco de la investigación, el principio de la dignidad de la persona humana obliga a que toda y cualquier intervención estatal cautelar constrictiva de la libertad personal solamente se concrete cuando sean absolutamente inexistentes alternativas menos dañinas y ultrajantes para el individuo y, en las hipótesis en que se revele imprescindible para la preservación de la dignidad de los demás, se realice con la intención de descartar cualquier tratamiento del hombre como simple objeto.

Su reconocimiento constitucional exige la irradiación de su contenido a lo largo de toda la actividad persecutoria. Por lo tanto, se debe examinar en seguida los principales valores que la nutren: libertad y seguridad.

²⁹⁵ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos...*, ob. cit., p. 113.

2.3.3 La libertad y la seguridad como exigencias de la dignidad humana

Tradicionalmente, la doctrina ha optado por dividir la libertad en dos categorías: libertad negativa y libertad positiva.

La libertad negativa se relaciona con la posibilidad de actuación de la persona sin condicionamientos externos, siendo a través de su manifestación como se evita la interposición de obstáculos a la acción del sujeto. En cambio, la libertad positiva se refiere a la autonomía de la voluntad, es decir, es la que permite decidir sobre los propios actos y sobre las normas de conducta que se consideran adecuadas²⁹⁶.

Desde un punto de vista jurídico-político, cada una de estas dimensiones se encuentra fomentada por estructuras políticas distintas. En palabras de SANTAMARÍA IBEAS, mientras que la libertad negativa responde a las necesidades de un Estado de corte liberal, la libertad positiva está proyectada sobre las expectativas del Estado social. En esta contextualización, generalmente se identifica la libertad negativa con su dimensión individual, al mismo tiempo la positiva se relaciona con una dimensión social o colectiva. La libertad negativa corresponde a una no intervención del Estado, a diferencia de la libertad positiva que requiere para su efectividad un sistema que garantice la autonomía individual²⁹⁷.

Centrándose en su consideración como valor superior del ordenamiento jurídico, PECES-BARBA vincula la libertad del hombre en sociedad (libertad social) con dos subtipos de libertad: psicológica y moral²⁹⁸. La primera presupone que, a pesar de las barreras naturales que

²⁹⁶ Sobre este particular, vid. más ampliamente SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, p. 213.

²⁹⁷ Cfr. SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier, ob. cit., p. 215.

²⁹⁸ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores...*, ob. cit., p. 129.

condicionan las actividades humanas, existe una libertad inicial, de elección, sin la cual no nos distinguiríamos de los demás animales. De ella debe partir toda concepción relacionada con el Derecho, ya que la “experiencia de la humanidad acepta esta realidad como punto de partida de la empresa de ser hombre”. Más allá de ella, hay una libertad moral, cuyo concepto se utiliza para explicar la meta de la vida humana, la realización de las virtualidades de la condición humana²⁹⁹.

El sentido de la libertad social, de acuerdo con la investigación, ha sido constantemente condicionado por uno de estos conceptos (libertad psicológica o moral), reduccionismo que ha sido provocado por cuenta de una concepción excluyente de fondo liberal o socialista. Si, por un lado, en la reducción de la libertad a su concepción puramente inicial o psicológica, la libertad social debe dirigirse a facilitar la actuación libre sin interferencias de otras personas, por otro lado, el reduccionismo por cuenta de la libertad moral limita la libertad social a “hacer posible que cada uno pueda actuar como debe”³⁰⁰.

La opción elegida por la Constitución Española implicó la superación de estas concepciones reduccionistas que partían del presupuesto de que cada tipo de libertad necesariamente excluía la otra forma de su manifestación, partiendo hacia una nueva dimensión de la libertad social como una relación entre la libertad inicial y la libertad moral. En este sentido, significando un “esfuerzo de síntesis entre el pensamiento liberal y el socialista”, la Norma Fundamental acogió una concepción que pretende construir “un concepto de libertad que, a través de la libertad social, acerque la libertad de hacer lo que se quiere y de hacer lo que se debe”, con lo que

²⁹⁹ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores...*, ob. cit., p. 130.

³⁰⁰ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores...*, ob. cit., p. 131.

concluye: “Creo que a esta concepción se le puede llamar libertad democrática”³⁰¹.

Conforme a esta formulación, la libertad social como valor superior de un Estado social y democrático de Derecho representa una libertad medial instrumental que facilita “el recorrido de la moralidad conectando la libertad psicológica con la libertad moral, y permiten el ejercicio de ambas, considerándolas, no como incompatibles, sino como complementarias”³⁰².

Además, al valor libertad se pueden asociar dos grandes dimensiones, siendo una organizativa y otra vinculada al *status* de las personas en esta organización social. Inicialmente, incide en la propia organización de los poderes por medio del Derecho, siendo la raíz de una serie de exigencias que derivan de la propia Constitución, de entre las cuales se encuentra el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista del *status* de las personas en esta misma organización social, la libertad se manifiesta bajo variadas perspectivas que, según aquella investigación, pueden ser clasificadas en: libertad-autonomía; libertad-participación y libertad-prestación³⁰³.

La libertad-autonomía solamente puede ser realizada a través del Derecho, “por la existencia de las libertades de los otros que son así coordinadas, evitando la selva y la guerra de todos contra todos”³⁰⁴. Por medio de la libertad-participación se habilita a las personas a intervenir en la organización del poder y en la regulación de los servicios públicos que afectan la calidad de vida de cada uno, suponiendo, por ende, la inserción

³⁰¹ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores...*, ob. cit., p. 133.

³⁰² Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores...*, ob. cit., p. 134.

³⁰³ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores...*, ob. cit., pp. 135-141.

³⁰⁴ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores...*, ob. cit., pp. 135-137.

del individuo en el poder, de modo que, más allá de ser el destinatario de las normas, también figura como su creador, confiriendo así legitimidad al sistema³⁰⁵.

Hay aún un tercer nivel, denominado libertad-prestación, que remite a la obligación estatal de crear estructuras jurídicas capaces de permitir el acceso del ciudadano a la participación, estando así vinculada a la obligación del Estado de realizar conductas positivas para facilitar la libertad, superando así el campo reservado a la libertad negativa.

La libertad-prestación representa un derecho del ciudadano a exigir del Estado, a través de todas sus formas de actuación, el establecimiento de condiciones de igualdad, lo que evidencia la estrecha relación existente entre libertad e igualdad, valores que son inseparables y que mutuamente se condicionan³⁰⁶.

Tratando de la relación entre libertad e igualdad y conectándola además con el valor justicia, señala BOBBIO que es la libertad la que constituye la característica propia del hombre y sirve de criterio para diferenciarlo de los otros seres y hombres, no siendo la justicia puramente igualdad, sino igualdad en la libertad o, mejor aún, igual posibilidad de usar la libertad. Con este criterio, explica que “justicia no significa que yo sea igual a usted, sino que yo sea igual a usted en la posibilidad de ejercitar la propia personalidad. De tal manera, la igualdad abstracta se hace concreta en la libertad”³⁰⁷.

³⁰⁵ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores...*, ob. cit., pp. 137-138.

³⁰⁶ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores...*, ob. cit., p. 138.

³⁰⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Diário de um Século*. Org. de Alberto Pappuzi, trad. Daniela Versiani. Editorial Campus, Rio de Janeiro, 1988, pp. 122-123.

HERVADA, desmitificando la igualdad de la justicia, advierte que no se trata de la igualdad como aspiración de dar a todos la misma cosa. La igualdad propia de la justicia es aquella contenida en la fórmula: dar a cada uno lo suyo. Así, todos son tratados igualmente porque todos deben recibir lo que les corresponde. Y Concluye: lo justo es tratar a todos como iguales, y de modo diferente –pero proporcional, esta es la clave– en lo que son diferentes. Tratamiento igual en lo que sean iguales y tratamiento proporcional en lo que sean diferentes³⁰⁸.

De modo preciso, expone:

“Dar a cada uno lo suyo lleva a dar a todos lo suyo. Es esto consecuencia del principio de igualdad de todos los hombres como sujetos de derechos y la correspondiente igualdad en la fuerza de deuda –la igual exigibilidad en consecuencia– de todo derecho. Todos los hombres, en la balanza de la justicia, pesan igual en cuando sujetos de derecho. Como sea que la fuerza del derecho se origina en la dignidad de la persona humana, todo derecho tiene igual fuerza, porque la dignidad fundamental de todos los hombres –aquella en la que se asienta la condición de sujeto de derecho– es igual en todos”³⁰⁹.

Observa el constitucionalista español MOLAS, que la igualdad es un modo de libertad en la medida en que constituye una condición para el disfrute de la libertad, pero simultáneamente la libertad también presupone una condición de igualdad. De esta manera, “La libertad no puede subsistir sin la igualdad ya que, en última instancia, el interés de los ciudadanos por la libertad se concreta en la práctica en un interés por los resultados, es decir,

³⁰⁸ Cfr. HERVADA, Javier. *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico*, Editorial Martins Fontes, São Paulo, 2006, pp. 28-32.

³⁰⁹ Cfr. HERVADA, Javier. *Lecciones de Filosofía del Derecho - teoría de la justicia y del derecho*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, p. 164.

por la igualdad. La democracia implica la búsqueda de la igualdad en las condiciones de libertad”³¹⁰.

Al analizar el sistema de derechos fundamentales español, resalta PRIETO SANCHÍS que “los derechos fundamentales de la Constitución española representan, pues, la articulación positiva de esos dos grandes valores que son la libertad y la igualdad o, dicho de otra forma, el contenido de la obligación generada por los derechos fundamentales trata de garantizar la realización de dichos valores”³¹¹.

Articulando todas las modalidades de libertad mencionadas, y destacando la interrelación entre libertad e igualdad, concluye PECES-BARBA que, teniendo en cuenta el carácter central de la libertad-autonomía, el valor de la libertad-participación para la legitimación del sistema y para la obediencia al Derecho, y la conexión de la libertad-prestación con la igualdad, podemos afirmar el carácter central e identificador del valor libertad para el modelo democrático en general y en particular para el que se desprende de la Constitución española³¹².

Aparte de las nociones de libertad ya referidas, teniendo en cuenta tanto la Norma Fundamental Española como la Carta Magna Brasileña³¹³, es posible establecer una distinción entre libertad como abstención y libertad como prestación, según se presente como derecho subjetivo ejercitable frente a la actividad o inactividad de los poderes públicos (abstención o prestación, respectivamente). Como abstención, exige que los poderes

³¹⁰ Cfr. MOLAS, Isidro. *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 68-69.

³¹¹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 235.

³¹² Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores...*, ob. cit., p. 139.

³¹³ Con la ventaja de que los derechos sociales están incluidos en Capítulo propio destinado a los derechos fundamentales.

públicos no obstaculicen el ejercicio de la libertad por las personas, mientras que, como prestación, “a crear primero y a garantizar después las condiciones necesarias para que dicho ejercicio sea posible en la práctica”³¹⁴.

Los múltiples significados y clasificaciones que el valor libertad puede asumir sirven para poner de relieve que la Constitución Española y el Texto Fundamental Brasileño, al reconocer la primacía de la libertad, no se satisfacen con el simple respeto de índole abstencionista por parte de los poderes públicos, “sino que le hace falta además una actividad positiva que haga posible la realización de dicho fin”³¹⁵.

La libertad, verdadera “idea fuerza del pensamiento político moderno”³¹⁶, así como la igualdad, que de aquella es indisoluble, son valores que, sirviendo de fundamento a la democracia Española y Brasileña, exigen una práctica procesal penal que no represente un mero instrumento técnico al servicio del orden jurídico, mas, arriba de eso, un poderoso instrumento ético destinado a servir a la sociedad y al Estado.

De hecho, la Constitución Española atribuye una posición destacada a la libertad, lo que es natural en la medida en que se propone fundamentar un Estado social y democrático de Derecho. En su Preámbulo, asume formalmente el deseo de establecerla para promover el bien común, confiriéndole la calidad de valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1). Impone a los poderes públicos la obligación de promover su efectividad (art. 9.2). Teniendo en cuenta su íntima vinculación con la dignidad de la persona

³¹⁴ Cfr. SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier, ob. cit., p. 215.

³¹⁵ Cfr. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, ob. cit., p. 202.

³¹⁶ Cfr. PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Libertades Públicas...*, ob. cit., p. 7.

humana, elevándola a la condición de fundamento de todo orden político y de la paz social (art. 10.1).

Aparte de este reconocimiento, la Norma Fundamental traza “un íter lógico de concreción de la virtualidad normativa de las previsiones sobre la libertad”³¹⁷. En una serie de preceptos, regula las diferentes manifestaciones de la libertad como derechos fundamentales y libertades públicas, libertades estas que, vinculando todos los poderes públicos, no podrán ser limitadas, excepto por ley que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1).

Como se desprende de lo expuesto la regulación de la libertad en la Norma Fundamental Española se realizó bajo distintas fórmulas, pudiendo asumir el concepto de valor superior (art. 1.1 CE), principio constitucional (art. 9.2 CE), o aún como derecho fundamental dentro de la Sección 1º, del Capítulo 2º, del Título I.

El mismo prestigio y significado le confiere la Constitución Brasileña, reconociéndola como valor (Preámbulo), principio fundamental (art. 3º, I) y derecho fundamental (art. 5º). Es cierto, como ya se ha anotado, que la Constitución de 1988 no presenta una cláusula semejante a la del artículo 53.1 de la CE, no obstante ha establecido la imposibilidad de modificación o supresión de los preceptos constitucionales que la garantizan a través de la llamada cláusula pétrea (art. 60, §4, inc. IV).

En síntesis, como dimensión esencial de la persona humana, la libertad, entendida como libertad general de actuación o de autodeterminación individual, constituye un valor superior de los ordenamientos jurídicos español y brasileño, y además un principio

³¹⁷ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 25.

constitucional que se concreta a través de un conjunto de manifestaciones que integran la categoría de los derechos fundamentales.

Esta configuración de la libertad debe ser interpretada como una obligación impuesta a todo el ordenamiento jurídico en el sentido de protegerla y favorecerla, obligación que, en el caso del estado español, se materializa en los artículos 9.2 y 10.1 de la CE. A través del primero de estos mandatos normativos, se impone a los poderes públicos hacer efectivo el valor de la libertad, mientras que por fuerza del último se procede al reconocimiento de la libertad como un derecho inherente a la persona humana, cuyo ejercicio debe ser facilitado y protegido³¹⁸.

La Constitución Española además dispone, en su artículo 17, que guarda correspondencia con el artículo 5º de la Constitución Brasileña, que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”.

En estos preceptos, los respectivos Textos Fundamentales reconocen y garantizan el derecho a la libertad en su vertiente más específica, que es la dimensión personal, esto es la libertad física o ambulatoria, la libertad de “actuar y moverse sin otras limitaciones que las impuestas por el medio natural”³¹⁹.

En efecto, la libertad personal es una libertad física de la persona humana en cuanto ser corporal. Como anota GARCÍA MORILLO “cubre exclusivamente los comportamientos corporales, materiales, que presuponen

³¹⁸ A este respecto, vid. BANACLOCHE PALAO, Julio. *La libertad personal y sus limitaciones - detenciones y retenciones en el Derecho español*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 22.

³¹⁹ Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio, ob. cit., p. 49.

la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”³²⁰.

Como derecho fundamental que tiene en mira la protección del individuo contra cualquier forma de intromisión “en el devenir físico de su existencia”³²¹, el derecho a la libertad es también un derecho a la seguridad personal, entendida como la ausencia de perturbación proveniente de formas arbitrarias o ilegales de cualquier especie de constricción de la libertad. Se puede así conceptuar la libertad como el derecho fundamental destinado a la protección de la persona humana contra cualquier forma de privación física arbitraria o ilegal de la libertad³²².

Los preceptos constitucionales referidos tratan de uno de los derechos que impactan la fase más tangible de la libertad que, no obstante no haya sido definida por el constituyente, es concebida como el derecho de la persona a “actuar de una forma o de otra o no obrar, desde su responsabilidad”³²³, sin estar sometida a constricciones indebidas y que encuentra su desdoblamiento en otros preceptos constitucionales. Se vincula a la seguridad, que no es la seguridad jurídica, sino el derecho a la seguridad personal y, por consiguiente, la ausencia de detenciones y medidas que restrinjan la libertad personal.

³²⁰ Cfr. GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad...*, ob. cit., p. 33.

³²¹ Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio, ob. cit., p. 54.

³²² GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad...*, ob. cit., p. 32, observa que, generalmente, al definirse la categoría, la libertad acostumbra ser concebida desde una perspectiva exclusivamente negativa, siendo entendida simplemente como protección frente a arrestos o detenciones arbitrarias, con lo que se olvida de las “ricas y múltiples manifestaciones de la libertad, merecedoras de protección constitucional, que se ofrecen en la sociedad actual”, razón por la cual entiende necesario un concepto de libertad personal que supere aquellos estrechos límites. Es importante percibir que la libertad personal no es solamente una protección frente a posibles privaciones de libertad. Sin embargo, es esta la perspectiva que interesa para la presente tesis.

³²³ Cfr. ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, 3ª ed., v. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 82.

Al igual de lo que sucede con el principio de la dignidad de la persona humana, en ambos órdenes constitucionales, la libertad goza de autonomía y constituye la matriz de todos los demás derechos fundamentales que, en último plano, constituyen el resultado de su enumeración, proyección o manifestación³²⁴. No se trata, por lo tanto, de un derecho fundamental como otro cualquiera, sino de un derecho fundamental prioritario³²⁵.

La seguridad y la libertad personal están estrechamente unidas, de modo que una no puede existir sin la otra. Como expone ZUÑIGA RODRÍGUEZ, son dos conceptos sociopolíticos indisolubles e interdependientes. En un Estado democrático y social de Derecho como exige la Constitución Española, “la seguridad personal consistirá en la acción de los poderes públicos encaminadas al desarrollo real de las libertades (para satisfacción de todas las necesidades)”³²⁶.

En un régimen democrático, regido por los derechos fundamentales, como en España y Brasil, la libertad evidentemente es la regla general. No obstante, a pesar del prestigio constitucional que disfruta, como ya fue resaltado anteriormente, no se puede pensar en derechos fundamentales absolutos e ilimitados. Todos los derechos encuentran sus límites tanto en el

³²⁴ Cfr. GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad...*, ob. cit., p. 37.

³²⁵ El Tribunal Constitucional Español viene sistemáticamente decidiendo que “en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura la Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. La libertad de los ciudadanos es la regla general en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales y no la excepción. En atención a su papel nuclear y su directa vinculación con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la libertad corresponde por igual a españoles y extranjeros”. Cfr. SSTC 107/1984, de 22 de febrero; 115/1987, de 4 de febrero; 147/2000, de 12 de junio.

³²⁶ Cfr. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Libertad Personal y Seguridad Ciudadana*, Editorial PPU, Barcelona, 1993, p. 127.

derecho de los demás como en los bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

Los propios Textos Constitucionales Español y Brasileño, al contemplarla, establecieron una serie de condiciones para su ejercicio y disfrute que apartan completamente cualquier concepción absoluta, en torno de una total libertad. La propia coexistencia social impone límites al derecho de libertad. Sin embargo, es preciso reconocer que por su condición de derecho fundamental privilegiado cualquier limitación solamente podrá ser admitida cuando sea absolutamente necesaria, siempre dedicada a la protección de otros bienes de igual envergadura, y desde que se cumplan integralmente las condiciones previstas por los respectivos Textos Fundamentales. Es lo que, por ejemplo, sucede con la prisión provisional, desde que concurran todas las condiciones constitucionalmente establecidas para su imposición o mantenimiento.

Como pondera SANGUINÉ, “el derecho a la libertad personal implica que no se puede privar o restringir ilegítima o arbitrariamente la libertad, ni imponer límites a las esferas de autonomía física que desnaturalicen el derecho, haciéndolo impracticable, o lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección”³²⁷.

Se debe tener presente que el derecho a la seguridad no puede circunscribirse a la esfera individual, únicamente como un derecho fundamental frente a detenciones indebidas, sino que también debe ser comprendido en su dimensión social, que se concreta mediante políticas públicas dirigidas a la prevención de las infracciones penales, y además como investigación y punición de los responsables por la desestabilización del equilibrio social.

³²⁷ Cfr. SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 378.

Desde esta perspectiva, el derecho a la seguridad es un “derecho fundamental para todos”³²⁸, al cual corresponde una actividad estatal de protección con el objetivo de permitir a los ciudadanos el pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Por lo tanto, es importante subrayar que cualquier política de seguridad pública debe estar orientada a la protección de la persona humana, debiendo ser concebida para propiciar el gozo de los derechos y libertades fundamentales de todas las personas.

Como se percibe, no existe contradicción entre seguridad pública y derechos humanos. Al contrario, entre estas categorías debe necesariamente haber una relación de dependencia y reciprocidad, siendo ambas presupuestos para la realización de la dignidad de la persona humana.

En nuestra opinión, es innegable que el derecho a la seguridad para todos también constituye una de las muchas formas de realización de la dignidad de la persona humana, y, por lo tanto, de protección de todas sus manifestaciones.

En efecto, junto al derecho a la libertad, también debe el Estado garantizar el derecho a la seguridad pública, buscando una convivencia pacífica que garantice la tranquilidad personal y el disfrute de las propias libertades. Se trata de un valor fundamental para la protección del *status dignitatis* del sujeto, sin lo cual no se puede imaginar que alguien reúna condiciones para desarrollarse regularmente.

³²⁸ Cfr. ALBALADEJO ESCRIBANO, Isabel. *La seguridad ciudadana para la garantía de derechos humanos: un deber de los Estados*, en www.iideh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1649140147.

En fin, todo atentado a la libertad también constituye un atentado a la propia seguridad y viceversa. Estableciendo esta interconexión, afirma GARCÍA MORILLO:

“Todo atentado a la libertad lo es también contra la seguridad. El hombre quiere ser libre porque así está seguro, protegido contra la arbitrariedad. No es posible en un estado de derecho proteger la seguridad a costa de la libertad sin que padezca la seguridad misma. La libertad y la seguridad están ambas en el mismo platillo de la balanza”³²⁹.

Es importante percibir, como subraya BARONA VILAR, que todo atentado a una persona individualmente considerada no significa un ataque sólo a dicha persona, sino que presupone un ataque a la propia sociedad en la que se encuentra insertada. De igual forma, cualquier atentado al orden socialmente establecido constituye también un ataque a la persona individual, “porque solo a través de una convivencia pacífica y socialmente ordenada puede el individuo alcanzar su desarrollo y autorrealización”³³⁰.

Así las cosas, no es adecuado tratar la libertad y la seguridad como conceptos excluyentes, cayéndose en la dicotomía seguridad pública o libertad. Estas categorías, al fin, integran el concepto de paz, imprescindible para desarrollo de la persona humana. En el ámbito constitucional no son términos que se excluyan, sino equivalentes. Por lo tanto, deben ser entendidas como recíprocamente complementarias. Ambas retratan compromisos éticos asumidos por las Constituciones Española y Brasileña, de modo que la legitimidad de la persecución criminal se ve condicionada a la armonización, y no a la polarización de estos valores.

³²⁹ Cfr. GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad...*, ob. cit., pp. 84-85.

³³⁰ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión Provisional...*, ob. cit., p. 18.

Parafraseando a GARCÍA MORILLO, entre libertad y seguridad debe haber un equilibrio interno que permita garantizar la protección simultánea de ambas, puesto que “la prevalencia de la seguridad o en su caso de la libertad no es posible sin sacrificar la seguridad misma porque esta no existe si la libertad se lesiona”³³¹.

Con gran precisión, señala BANACLOCHE PALAO que, “de igual modo que debe evitarse adoptar una actitud que no valore en lo que se merece un derecho nuclear de todo Estado democrático, como es el de la libertad personal, también se debe huir de una postura tan excesivamente garantista que, con el pretexto de proteger el derecho a la libertad de una persona, impida el libre desenvolvimiento de la libertad de los demás y ponga en peligro el fundamento de toda sociedad democrática, que no es otro que la pacífica coexistencia de los derechos de todos los que la componen”³³².

En otras palabras, en un estado democrático, la seguridad pública es un término que se encuentra necesariamente vinculado al derecho fundamental a la libertad y a la seguridad personal. La seguridad personal implica la seguridad social que, con la primera, interactuará en un proceso dialéctico, para que la persecución criminal sea capaz de preservar ambos polos de esta misma cuestión.

2.4 La dignidad humana y la protección de la libertad y seguridad en los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.

Naturalmente por representar dos condiciones básicas para la preservación y disfrute de la dignidad por todo ser humano, la libertad y

³³¹ Cfr. GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad ...*, ob. cit., p. 84.

³³² Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio, ob. cit., p. 141.

seguridad fueron consagradas expresamente en Pactos Internacionales de Protección a los Derechos Humanos, debidamente ratificados por España y Brasil.

En su *corpus legis*, innumerables preceptos se relacionan específicamente con el proceso penal y, en especial, con las medidas constrictivas que en su seno pueden ser adoptadas a título cautelar, como la prisión provisional. Los referidos preceptos, lejos de actuar de modo estanco o compartimentado, interactúan con el orden interno, a fin de asegurar una protección eficaz del ser humano.

Es cierto que varios preceptos de estos Tratados Internacionales ya fueron incorporados a las respectivas Constituciones. Sin embargo, en estos casos, la constante preocupación con su aplicación se justifica no sólo porque su inobservancia genera responsabilidad internacional, sino también por su capacidad de explicitar estas normas constitucionales.

En todo caso, los referidos documentos internacionales sirven siempre para ampliar la esfera de protección del individuo. Como sostiene PÉREZ LUÑO, es preciso partir de la premisa de que “cualquier atentado contra los derechos y libertades de la persona no es una ‘cuestión doméstica’ de los Estados, sino un problema de relevancia internacional”³³³.

La dignidad de la persona humana, libertad y seguridad, son temas que ganaron notoriedad en estos documentos internacionales, como se puede apreciar a continuación.

a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, acoge el derecho a la libertad personal en su artículo 3º, disponiendo que “Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la

³³³ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 41.

seguridad personal". Proscribe la práctica de la tortura, tratamiento o castigo cruel, inhumano o degradante (art. V), la práctica de la discriminación (art. VII), la prisión arbitraria (art. IX). Reconoce el derecho de la persona sobre la cual pese una acusación criminal a una audiencia pública y justa por parte de un Tribunal independiente e imparcial que decidirá sobre sus derechos y deberes (art. X), así como el de ser considerada inocente hasta que su culpabilidad haya sido probada de acuerdo con la ley, en juicio público y rodeado de garantías para su defensa (art. XI). Asegura la libertad de locomoción y residencia (art. XIII) y garantiza a toda persona, como miembro de la sociedad, derecho a la seguridad social y la realización de los derechos sociales indispensables para su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. XXII). Por último, establece además que "En el ejercicio de sus derechos y libertades, toda persona estará sujeta simplemente a las limitaciones determinadas por la ley, exclusivamente con el fin de asegurar el debido reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de otros, y de satisfacción a las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar de una sociedad democrática" (art. XXIV).

b) El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966³³⁴, establece el derecho de toda persona a no ser sometida a tratamiento inhumano o cruel (art. 7º). Asegura que "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por los motivos previstos en ley y en conformidad con los procedimientos en ella establecidos" (art. 9º, I). En favor de la persona privada de su libertad, hipótesis admitida solamente a título excepcional cuando anterior a la condena definitiva, establece una serie de derechos y garantías, como el de ser, sin demora, informada de las razones de la prisión y acusaciones contra ella formuladas; la conducción inmediata de la persona presa a la presencia de la autoridad judicial; la celebración de el juicio en un plazo razonable o ser puesta en libertad; recurrir a fin de

³³⁴ Ratificado por España el 13 de abril de 1977, y por Brasil el 6 de julio de 1992.

cuestionar la legalidad de la prisión, así como el derecho a la reparación (art. 9º, ítems 2, 3, 4 y 5). En definitiva, a toda persona privada de libertad asegura el derecho a un tratamiento humanitario, respecto a la dignidad inherente a la persona humana (art. 9º y 10º) y al principio de la presunción de inocencia (art. 14.2).

c) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950³³⁵, establece una amplia protección del derecho a la libertad y a la seguridad en su artículo 5º, que comienza por reconocer que toda persona tiene derecho a la libertad, y que nadie podrá ser de ella privada, excepto de acuerdo con el procedimiento establecido por ley y presentándose alguna de las hipótesis que contempla (art.1), como la condena criminal definitiva dictada por un Tribunal competente o la “detención preventiva o internamiento” en los casos legalmente previstos (art. 1, *a, b, c, d*), en todo caso siempre rodeado de garantías, como la de ser informada de los motivos de su detención o acusación (art. 2); conducida sin dilaciones a la presencia de la autoridad competente (art. 3); a un juicio en plazo razonable o de ser puesta en libertad durante el procedimiento (art. 3); la interposición de un recurso frente a un órgano judicial a fin de que se pronuncie sobre la legalidad de la privación de su libertad (art. 4); el derecho a la reparación (art. 5) y a la presunción de inocencia (art. 6.2).

d) El Tratado de Lisboa³³⁶, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, se diseñó para mejorar el funcionamiento de la Unión Europea, mediante la modificación del Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. El Tratado establece claramente que

³³⁵ Ratificado por España el 4 de octubre de 1979.

³³⁶ Firmado por los representantes de todos los Estados miembros de la Unión Europea, fue promulgado el 1 de diciembre de 2009.

son valores de la Unión Europea la paz, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la justicia, la igualdad y el Estado de Derecho. El Tratado de Lisboa conserva los derechos ya existentes e introduce otros nuevos. En particular, garantiza las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales³³⁷ (art. 6).

e) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)³³⁸, de 22 de noviembre de 1969, enumera los derechos a la vida (art. 4º), a la integridad personal (art. 5º), prohíbe la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, garantizando el “derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano” (art. 5º, II). Establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales” y que “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones previamente fijadas por las Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes de acuerdo con ellas promulgadas” (art. 7º, 2). Prohíbe la detención de la persona o su encarcelación arbitrarias (art. 7º, 3). En favor de la persona privada de su libertad establece una serie de garantías, tales como el derecho de ser informado de las razones de la custodia y de la acusación (art. 7º, 4), la conducción inmediata a la autoridad responsable, a un juicio en plazo razonable o a su liberación (art. 7º, 5). Reconoce el derecho a un recurso frente a un juez o tribunal competente para decidir sobre la legalidad de su prisión o detención (art. 7º, 6) y expresamente prohíbe la prisión por deudas (art. 7º, 7). Contempla un amplio rol de garantías judiciales, como el derecho a ser juzgado en plazo razonable

³³⁷ En junio de 1999, con el fin de destacar su importancia, el Consejo Europeo de Colonia consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea. Esta Carta debía contener los principios generales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la EU. Fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados.

³³⁸ Ratificado por Brasil el 25 de septiembre de 1992.

por un juez competente, independiente e imparcial, establecida la competencia con anterioridad (art. 8º, 1), la presunción de inocencia (art. 8º, 2), la previa comunicación de la acusación contra él formulada; concesión de tiempo y medios adecuados para la defensa; derecho de defenderse personalmente o por abogado de su elección; de ser asistido por defensor ofrecido por el Estado; derecho de interrogar testigos, inclusive los que sean presentados por el; a no autoincriminarse; de recurrir de la decisión para una instancia superior (art. 8º, 2, 3). Además prohíbe nuevo juicio por los mismos hechos (art. 8º, 4) y exige que el proceso penal sea público (art. 8º, 5).

A través de sus respectivos Textos Fundamentales de 1978 y 1988, resultado de la consolidación de un proceso de democratización que rompe con regímenes autoritarios, España y Brasil se adhieren a la concepción universal de los derechos humanos, reconociendo que su protección trasciende del dominio reservado del Estado, constituyendo tema de interés internacional.

Desde esta perspectiva, el mecanismo internacional de protección de los derechos humanos no tiene por objetivo la sustitución del sistema interno de protección. Al contrario, se sitúa como derecho complementario del derecho nacional, buscando principalmente permitir la superación de sus omisiones y deficiencias.

Pese a que la inserción en el orden jurídico interno de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos obedezca a disciplinas diferentes, factor que naturalmente influye en la producción de efectos jurídicos también distintos, lo cierto es que los preceptos constantes de la Constitución Española y Brasileña son coincidentes en cuanto a la necesidad de recurrir a los Tratados Internacionales de Protección de la Persona Humana para reforzar el sistema interno de protección de los

derechos fundamentales, circunstancia que exige su consideración en este estudio.

2.4.1 Los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y el derecho interno español

Estableciendo una conexión entre el ordenamiento jurídico interno y el Derecho Internacional, dispone la Constitución Española, en su artículo 96, I, que los tratados internacionales, luego que sean publicados oficialmente en España, formarán parte del orden interno español, disponiendo también que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2).

Por lo tanto, además de establecer como imperativo constitucional que los Tratados Internacionales, validamente celebrados y oficialmente publicados en España, integran el ordenamiento jurídico interno, siendo de aplicación directa (art. 96 CE), resaltó el Texto Fundamental Español que las normas relativas a derechos fundamentales deberán ser interpretadas de acuerdo con los tratados relacionados con el tema, desde que sean suscritos por España.

Estos preceptos se refieren a distintos ámbitos de aplicación. Se integran al ordenamiento jurídico interno el texto articulado íntegro del tratado (art. 96 CE), cuyas disposiciones pasan a ser directamente alegables frente a cualquier poder público y, en especial, del órgano jurisdiccional, lo que no es

incompatible con la técnica adoptada en el artículo 10.2, que se refiere a las disposiciones que afectan derechos y libertades fundamentales³³⁹.

Defendiendo su adecuación en el plano de los principios éticos y utilidad en el marco de la aplicación de las normas jurídicas, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ sostiene sobre el artículo 10.2 de la CE que “Es de justicia reconocer que el precepto estudiado constituye una manifestación de humanismo internacionalista que posibilita, junto a la aplicación inmediata y directa de los tratados internacionales, la aplicación mediata e indirecta con propósito interpretativo de los tratados aludidos, de manera que nuestro orden constitucional queda abierto a ampliaciones sucesivas en este apartado, al mismo tiempo que se restringen posibles tendencias restrictivas del poder judicial en punto a la calificación y extensión de los derechos y libertades fundamentales de la persona en el ordenamiento jurídico español”³⁴⁰.

De este modo, complementando la garantía directa emergente del artículo 96, I, el precepto constitucional del artículo 10.2 constituye una cláusula de tutela y garantía de los derechos, dirigida fundamentalmente a asegurar la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos por el Texto Constitucional. Se trata de una garantía adicional para la protección de los derechos fundamentales, una garantía complementaria con matiz interpretativo. Las reglas internacionales de protección a los derechos humanos, debidamente ratificadas por España, además de formar parte del

³³⁹ Como señala AGUDO ZAMORA, Miguel J.: *La interpretación de los derechos y libertades constitucionales a través de los tratados internacionales: la técnica del artículo 10.2*, en “Estudios Penales y Jurídicos”, Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1996, p. 39, no se trata, por lo tanto, de una duplicación superflua, inconveniente, inútil o perturbadora, ya que hay diferencia entre la aplicación directa de un tratado y la disposición de que las normas sobre derechos fundamentales deben ser interpretadas de conformidad con los tratados debidamente suscritos por España respecto de los derechos humanos.

³⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica)*, Internacional law association (sección española), Madrid, 1984, p. 88.

ordenamiento jurídico interno, constituyen criterios interpretativos de las normas relacionadas con los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Constitución.

Enseña GARCÍA MORILLO que, a través de este precepto constitucional, se incorporan expresamente al ordenamiento interno las Declaraciones de Derechos de índole supranacional, que pasan a “convertirse en un standard o patrón mínimo que el ordenamiento debe, en todo caso, cumplir”. Además, amplía la incorporación promovida por el artículo 96, I, CE, confiriéndole un efecto interpretativo, de modo que los tratados internacionales relacionados con los derechos fundamentales no solamente constituyen parte del ordenamiento interno, sino que “son, además, un patrón básico a la hora de interpretar cualquier precepto constitucional o legal, relativo a derechos fundamentales”³⁴¹.

Obsérvese, sin embargo, que la incorporación de las reglas internacionales sobre derechos humanos no significa su conversión en cánones autónomos de validez de las normas y actos de los poderes públicos, como si los derechos en ellas reconocidos se transformasen *ipso facto* en derechos típicamente constitucionales³⁴². Siendo así, no es posible pensar en la constitucionalidad de una ley exclusivamente a partir de su adecuación a un tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, es cierto que estos instrumentos internacionales constituyen parámetros de interpretación cuya observancia obligatoria emerge del precepto constitucional. No hay duda de que el Texto

³⁴¹ Cfr. GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La protección judicial...*, ob. cit., pp. 32-33.

³⁴² En este mismo sentido, vid. OSORIO, Lucas, JIMENEZ-BLANCO, Antonio, JIMENEZ-BLANCO, Gonzalo, MAYOR, Pablo. *Comentario a la Constitución: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, coord. JIMENEZ-BLANCO, Antonio, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 50.

Constitucional obliga a interpretar, no solamente las normas constitucionales, sino todo el ordenamiento jurídico respecto de los derechos fundamentales, de acuerdo con la Declaración de los Derechos Humanos y Tratados Internacionales relacionados a esta temática. En esa labor, es natural la necesidad de incorporación de aspectos no explicitados en la Norma Básica, con lo que se concreta el contenido de los derechos expresamente reconocidos por la Constitución³⁴³.

Por no contemplar una cláusula de apertura, como ocurre con la Constitución Brasileña, de acuerdo con esta disciplina constitucional, al menos en principio, no es posible acrecentar al catálogo previsto por el Texto Constitucional con nuevos derechos presentes en Tratados Internacionales sobre derechos humanos.

Ahora bien, lúcida es la observación de RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS que, alertando de la necesidad de una concepción abierta del rol de derechos fundamentales, sustenta que a través de una conjugación armónica de todos sus apartados, el artículo 10 de la CE puede y debe desempeñar una fuerza expansiva, reintegradora y promocional de nuevos derechos fundamentales “al ritmo del cambio histórico y del avance de la conciencia colectiva hacia más altas cotas de libertad, igualdad y solidaridad”³⁴⁴.

A pesar de que sea difícil pensar en nuevos derechos fundamentales, totalmente desconectados de aquellos ya consagrados, se impone recibirlos como “concreciones o especificaciones de aquellos consagrados por la Constitución, o aún como sucesivas ampliaciones a figuras que pueden entenderse implícitamente contenidas en el juego de cada uno de los

³⁴³ Al respecto, véase SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 82.

³⁴⁴ Cfr. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, ob. cit., p. 87.

derechos fundamentales recogidos concretamente en la Constitución de que se trate”³⁴⁵.

En suma, los referidos derechos sirven para concretar el contenido de aquellos expresamente previstos en la Constitución, “en conexión con los cuales se manifestarán, en su caso, nuevos derechos entendidos como expresión de facultades, garantías o posiciones jurídicas no explicitadas constitucionalmente pero que se hacen derivar de su relación con un derecho fundamental”³⁴⁶.

En especial, la técnica prevista en el artículo 10.2 cobra virtualidad cuando determinada norma constitucional que envuelva un derecho fundamental no sea suficientemente clara, situación en la cual, para precisar su alcance y contenido, el intérprete deberá acudir a las normas internacionales, ratificadas por España.

Frente a esta situación, siguiendo a SAIZ ARNAIZ, se debe concluir que el Título 1 de la Constitución Española posee un carácter permanentemente inacabado, ya que el contenido de los derechos declarados en sus disposiciones será el resultado de la interpretación realizada en consonancia con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, concluyendo: “La Constitución de los derechos fundamentales resulta, de este modo, del Título I y de los acuerdos y convenios internacionales ratificados por España, que habrán de condicionar, con las características expuestas, el entendimiento de la literalidad de aquél”³⁴⁷.

³⁴⁵ Cfr. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, ob. cit., p. 87.

³⁴⁶ Cfr. SAIZ ARNAIZ, Alejandro, ob. cit., p. 82.

³⁴⁷ Cfr. SAIZ ARNAIZ, Alejandro, ob. cit., p. 277.

Es importante subrayar que la Constitución Española no estableció expresamente cualquier jerarquía normativa entre los Tratados Internacionales ratificados por España y las Leyes. En cambio, al establecer que las reglas presentes en tratados validamente celebrados y publicados oficialmente en España solamente podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de conformidad con las reglas generales de Derecho Internacional (art. 96, I, CE), reconoció implícitamente que, resguardada la supremacía de la Constitución, los Tratados Internacionales gozan de primacía en relación a las leyes³⁴⁸.

2.4.2 Los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y el derecho interno brasileño

Adhiriendo a la tendencia del constitucionalismo contemporáneo de dispensar un tratamiento privilegiado a los derechos humanos, la Constitución Brasileña de 1988 estipuló que Brasil, en el ámbito de sus relaciones internacionales, debe regirse por el principio de la prevalencia de los derechos humanos (art. 4º, inc. I), obligándose así a promover la integración de las reglas internas al sistema internacional de protección del ser humano.

En consonancia con este compromiso y acogándose a un concepto materialmente abierto de derechos fundamentales, dispuso en el Texto Constitucional que “los derechos y garantías expresados en la Constitución no excluyen otros originados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte” (art. 5º, §2º).

³⁴⁸ Para una vasta bibliografía sobre el tema, vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio, ob. cit., pp. 93-98.

De tal manera, de forma inédita, la Constitución Federal de 1988 incorporó automáticamente los derechos enunciados en tratados internacionales ratificados por Brasil al elenco de los derechos constitucionalmente consagrados. Así, asumen expresamente el contenido constitucional de los derechos constantes de los tratados internacionales ratificados por Brasil.

Dicho de otro modo, aunque los derechos previstos en estos tratados internacionales no estén dispuestos en el rol de los derechos fundamentales de la Constitución, pasan a gozar del valor jurídico de normas constitucionales, una vez que complementan aquella relación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5º, §2º, de la CF.

Siéndoles atribuida naturaleza de norma constitucional, la Constitución de 1988 (art. 5º, §2º) asegura a los derechos previstos en Tratados Internacionales de Derechos Humanos reconocidos por Brasil la garantía de privilegio jerárquico, no siendo posible equipararlos a los tratados comunes, de modo que es posible detectar dos regímenes diferenciados, uno aplicable a los tratados de derechos humanos y otro a los tratados tradicionales. Mientras que los primeros presentan jerarquía constitucional, los demás presentan jerarquía infraconstitucional.

Como consecuencia lógica de esta incorporación, los derechos previstos en tratados internacionales de protección a los derechos humanos pasan a subordinarse al régimen constitucional conferido a los demás derechos fundamentales, razón por la cual, a ejemplo de los derechos constantes del catálogo, merecen aplicación inmediata, a tenor de lo dispuesto en el §1º del artículo 5º de la CF, que dispone “las normas definitorias de derechos fundamentales tienen aplicación inmediata”, irradiando efectos automáticos, sin necesidad de su transformación en ley. Además, pasan a disfrutar de la garantía de inmunización contra cualquier

forma de supresión emergente de la llamada cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF).

Con la adopción del sistema de incorporación automática de los tratados internacionales de derechos humanos al orden interno, una vez ratificados por Brasil, todas sus disposiciones pasan a producir efectos jurídicos inmediatos, siendo susceptibles de reivindicación especialmente en contra de la actividad persecutoria Estatal.

Como pone de relieve CANÇADO TRINDADE, “Los derechos humanos consagrados en tratados de derechos humanos en que el Brasil sea parte se incorporan *ipso facto* en el derecho interno brasileño, en el ámbito del cual pasan a tener ‘aplicación inmediata’ (Art. 5, I), de la misma forma y en el mismo nivel que los derechos constitucionalmente asegurados”³⁴⁹.

De todo lo expuesto se deduce que, a partir de una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución, especialmente en virtud de la fuerza expansiva de los valores de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, como parámetros axiológicos para orientar la comprensión del fenómeno constitucional, las disposiciones constantes de tratados sobre derechos humanos podrán, de inicio, servir para reforzar el valor jurídico de los derechos ya constitucionalmente asegurados, en caso en que su violación implicará una responsabilidad también internacional. Pero, más allá de esta función, cuando no hubiese correspondencia con aquellos internamente catalogados, funcionarán para integrar, complementar y ampliar el universo de los derechos protegidos.

³⁴⁹ Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, Editorial Universidade de Brasília, Brasília, 1998, p. 234.

En todo caso, es importante resaltar que “los derechos internacionales establecidos en los tratados de derechos humanos simplemente vienen a perfeccionar y fortalecer, nunca a restringir o debilitar, el grado de protección de los derechos consagrados en el plano normativo interno”³⁵⁰.

Subráyese, sin embargo, que parte significativa de la doctrina y jurisprudencia apuntan la inexistencia de cualquier precedencia o primacía jerárquico-normativa de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos³⁵¹, confiriendo a sus preceptos posición jerárquica semejante a las leyes federales o, cuando mucho, simplemente una supralegalidad³⁵².

Buscando justamente dirimir la enorme discrepancia doctrinal y jurisprudencial de este tema, la Enmienda Constitucional nº 45, del 8 de diciembre de 2004, introdujo un §3º al artículo 5º de la CF, estableciendo que “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueren aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por

³⁵⁰ Cfr. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2007, p. 92.

³⁵¹ Esta es la posición que prevalece en el ámbito del Supremo Tribunal Federal. Vid. HC nº 77.631, rel. Min. Leitão de Abreu, j. en 19 de abril de 1977; RE nº 80.004, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. en 1º de junio de 1977; HC nº 72.131, rel. Min. Marco Aurélio, j. en 23 de noviembre de 1995; RE nº 206.482, rel. Min. Mauricio Corrêa, j. en 27 de mayo de 1998; HC nº 76.561, rel. Min. Nelson Jobin, j. en 27 de mayo de 1998.

³⁵² En esta dirección, vid. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*, Editorial Atlas, São Paulo, 2003, p. 305; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 6ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2004, p. 33; RESEK, José Francisco. *Direito internacional público*, 3ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 103-104; CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 142; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1995, p. 99; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito internacional público*, 11ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 1976, pp. 5-6. En la jurisprudência, se tiene como paradigma de esta posición la siguiente decisión pronunciada por el Supremo Tribunal Federal: HC nº 79.785, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 29 de marzo de 2000.

tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”.

Con la nueva normativa constitucional, por lo tanto, las normas de derecho internacional sobre derechos humanos necesitan, para que puedan ser recepcionadas formalmente como derecho constitucional interno, del cumplimiento de las formalidades propias del proceso de formación de enmiendas constitucionales. Una vez obedecido aquel ritual, “Las normas infraconstitucionales que violaren las normas internacionales acogidas en la forma de aquel §3º son inconstitucionales, y quedan sujetas al sistema de control de constitucionalidad”. Las que no fueran acogidas de aquel modo, ingresan en el ordenamiento interno en el nivel de ley ordinaria³⁵³.

Presentado el cuadro general acerca de la fundamentación jurídica de la dignidad humana en el orden constitucional español y brasileño, así como la conjugación de dos factores que sirven para concretarla (libertad y seguridad), detallamos su reconocimiento por los Tratados Internacionales de Protección a los Derechos Humanos y su interacción con las Constituciones Española y Brasileña, además del modo por el cual estas reglas internacionales pueden contribuir para reforzar el sistema de protección de la persona humana. Veamos a continuación la importancia de los principios de la presunción de inocencia y proporcionalidad en la disciplina jurídica de la prisión provisional.

³⁵³ En esta misma dirección, vid. AFONSO DA SILVA, José, ob. cit., p. 183.

CAPÍTULO TERCERO

LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PROPORCIONALIDAD

3.1 La disciplina de la presunción de inocencia

Elevada por CARRARA a postulado fundamental de la ciencia procesal y a presupuesto de todas las otras garantías del proceso, la presunción de inocencia, a lo largo de su historia, sufrió innumerables ataques, principalmente a partir del regreso autoritario de la cultura penalista³⁵².

FERRI, representante de la Escuela Positiva, en su afán de lograr una justicia penal eficaz, consideraba el reconocimiento de la presunción de inocencia como una fórmula absurda e ilógica³⁵³, senda que también fue seguida por GAROFALO³⁵⁴.

Empero, fue el procesalista MANZINI quien más duramente la combatió. De acuerdo con su mayor opositor, conforme recuerda VÁZQUEZ SOTELO, “Si es erróneo que las normas procesales penales estén orientadas a la tutela de la inocencia, más inexacta es la opinión de que en el procedimiento penal milite a favor del imputado una presunción de inocencia, en virtud de la cual ese imputado deberá ser considerado inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena. Nada más burdamente paradójico e irracional”. Concluyendo, afirmaba: “el no estar cierto de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente

³⁵² Cfr. CARRARA, Francesco. *Il Diritto penale e la procedura penale*, en “Opuscoli di diritto criminale”, 4ª ed., Editorial Fratelli Cammelli, Firenze, 1903, pp. 20-27.

³⁵³ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminale*, 4ª ed., Torino, 1900, p. 729.

³⁵⁴ GAROFALO, Raffaele. *La detenzione preventiva*, Torino, 1982, p. 199.

dudar de su inocencia y por lo tanto no puede nunca equivaler a presumir en él la inocencia”³⁵⁵.

La consolidación del principio comenzó a partir de la sustitución del procedimiento inquisitivo por el sistema acusatorio del proceso, con la consecuente limitación del uso indiscriminado de medidas restrictivas de libertad contra el acusado.

Insertado entre los postulados fundamentales que presidieron la reforma del sistema punitivo realizada a partir de la Revolución Francesa, el primer reconocimiento con vocación universal del principio de la presunción de inocencia fue realizado a través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que, en su artículo 9º, dispuso:

“Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas necessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévérement reprimée par la loi”.

Impulsado por el pensamiento jurídico-liberal, el principio se extendió por el mundo civilizado, siendo reconocido por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (art. 11.1):

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

De modo categórico, acabó siendo consagrado en varios Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España y por Brasil.

³⁵⁵ Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1984, p. 256.

El artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley”.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en su artículo 6.2, prescribe:

“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– albergó expresamente el principio de la presunción de inocencia en su artículo 8.2, consignando:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, en cuanto no fuera legalmente comprobada su culpa”.

En el plano constitucional de estos Estados, el principio de la presunción de inocencia mereció una especial atención.

La Constitución Española de 1978, en su artículo 24, establece que “todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso publico sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

En España, una vez consagrada constitucionalmente³⁵⁶ la presunción de inocencia, se afirma como norma de carácter vinculante de todos los poderes públicos, que deberán rendirle respeto en todas sus actuaciones (art. 53.1 CE), debiendo los jueces y tribunales interpretarla en consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Tratados Internacionales de Protección a la Persona Humana (art. 10.2 CE). Ese reconocimiento constitucional, por otra parte, implica el deber de que la interpretación de todas las normas jurídicas se haga de modo compatible con ella, siendo completamente prohibido al legislador la producción de reglas que afecten su contenido esencial (art. 53.1). Como derecho fundamental, tiene aplicación directa e inmediata, gozando además de vías privilegiadas de tutela³⁵⁷.

Al tratar de su construcción dogmática, VÁZQUEZ SOTELO señala que la presunción de inocencia no es sólo un criterio informador o inspirador de la legislación, sino también un criterio normativo directo, es decir, “de una norma de directa aplicación y reclamable como garantía constitucional del proceso penal ante los propios órganos jurisdiccionales y, en última instancia o grado, ante el TC, por medio de la demanda de amparo”³⁵⁸.

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, por su parte, también lo contempló al disponer que “nadie será considerado culpado hasta el transito en juzgado de la sentencia penal condenatoria” (art. 5º, LVII), precepto de aplicación directa e inmediata, que también goza de tutela especial y protección constitucional reforzada (arts. 5º, §1º, 60, §4º, IV).

³⁵⁶ La Constitución de 1978 fue la primera que reconoció la presunción de inocencia como derecho fundamental.

³⁵⁷ Más ampliamente sobre la cuestión, vid. MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia - análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 35.

³⁵⁸ Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, ob. cit., p. 266.

Obsérvese que el principio de la presunción de inocencia constituye un verdadero derecho fundamental, por cuanto ocupa el espacio constitucionalmente reservado a los derechos que ostentan esta condición, tanto en la Constitución Española como en la Constitución Brasileña. Además, en ambas, es un derecho de naturaleza predominantemente procesal que se expresa como una garantía constitucional del ciudadano frente a los abusos que el Estado puede cometer en la administración de la justicia.

Lógicamente, como dejó clara la relación de preceptos constitucionales que inciden en el ámbito del proceso penal español y brasileño, anteriormente presentada, el principio de la presunción de inocencia no constituye la única garantía en favor del imputado, puesto que las Constituciones Española y Brasileña establecieron las directrices de un proceso penal de corte liberal “en el que la actuación del Estado está sometida a fuertes limitaciones provenientes del reconocimiento de un conjunto de garantías que asiste al imputado”³⁵⁹.

En conclusión, todas las garantías respecto del acusado descansan en una base: la presunción de inocencia³⁶⁰.

3.1.1 Presunción de inocencia: análisis terminológico

Antes de presentar las fórmulas por las cuales se expresa, es necesario esclarecer que la presunción de inocencia no se trata de una presunción en el sentido técnico-jurídico, y tampoco constituye una ficción jurídica.

³⁵⁹ Tratando específicamente de la Constitución Española, vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*, Editorial iustel, Madrid, 2005, p. 121.

³⁶⁰ A este respecto, vid. ESCUSOL BARRA, Eladio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1993, p. 70.

La llamada presunción de inocencia, sea por su estructura o funcionalidad, no constituye una auténtica presunción, porque, en su sentido técnico, presunción es la denominación de la operación lógico-deductiva que conecta un hecho probado (un indicio) a otro no probado. Lo que se verifica con la presunción es la búsqueda de un hecho desconocido o presunto, partiendo de las consecuencias que derivan de un hecho conocido y probado.

Dicho de otra manera, no es una genuina presunción porque ésta siempre presupone dos hechos: un hecho base o indicio, del cual se desprende la existencia del siguiente (hecho presunto), con el nexo lógico entre ellos que es la presunción³⁶¹.

Siguiendo a VÁZQUEZ SOTELO, cabe resaltar que este mecanismo no ocurre con la llamada presunción de inocencia, porque, afirmada como regla general la inocencia de alguien, no se llega a la inocencia del ciudadano en el caso en concreto a partir de una máxima o regla de experiencia, “sino que su inocencia se impone y mantiene sólo porque ‘no se ha probado lo contrario’, es decir, porque no se ha probado la culpabilidad”³⁶².

La presunción de inocencia no puede ser incluida entre las llamadas presunciones judiciales o legales, porque, en el primer caso, fue establecida por el legislador y, en el último, es carente del procedimiento lógico propio de la presunción.

³⁶¹ Sobre este particular, véase DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 88.

³⁶² Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, ob. cit., p. 273.

Por eso, la presunción de inocencia debe ser incluida entre las llamadas verdades interinas o provisorias, que poseen carácter probatorio similar a las auténticas presunciones, pero que se diferencian en la medida en que la verdad interina es aceptada automáticamente en cumplimiento a un mandamiento legal, sin necesidad de partir de un hecho base probado en el proceso, como sucede con la presunción genuina. De esta forma, protegen al imputado o acusado hasta cuando las pruebas demuestren la certeza jurídica de su culpabilidad.

Igualmente, prosigue la lección, no se trata de una ficción jurídica puesto que estas no son extraídas de la realidad “sino de la fantasía unida a la utilidad que pueden suministrar para la técnica del derecho”, mientras que las verdades interinas se fundan en la experiencia en general, en como las cosas se producen y se desarrollan en la realidad. No puede ser equiparada a ninguno de los elementos que integran la ficción jurídica, “puesto que se funda en la experiencia de que los ciudadanos, por regla general, son inocentes y se quiere que esa opinión legal se mantenga hasta que pueda producirse la eventualidad de una prueba en contrario”³⁶³.

A pesar de estas notas diferenciadoras, la utilización corriente del término por la doctrina y jurisprudencia ha sido justificada por la proximidad existente entre las presunciones y las verdades interinas³⁶⁴.

Para delimitar su campo semántico, es preciso también distinguirla del secular principio *in dubio pro reo*.

En cuanto el principio de la presunción de inocencia constituye un derecho fundamental que vincula todos los poderes públicos, siendo de

³⁶³ Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, ob. cit., pp. 273-279.

³⁶⁴ Vid., por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, ob. cit., p. 177.

aplicación directa e inmediata, el principio *in dubio pro reo* es un principio general de derecho que se expresa como una regla de interpretación probatoria.

Su campo de aplicación también es distinto. El principio *in dubio pro reo* está destinado para el momento de apreciación y valoración probatoria, significando una regla que impone al juez, que ante una duda irresoluble, la concesión al acusado del beneficio de la duda. Ya el principio de la presunción de inocencia, en materia probatoria, será invocado para resolver los casos en que no existan pruebas o cuando no reúna las garantías constitucionales exigidas³⁶⁵.

Por fin, el principio de la presunción de inocencia goza de protección constitucional especial, pudiendo ser objeto de recurso de casación (art. 5.4 LOPJ) y hasta de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53 CE)³⁶⁶. El principio de *in dubio pro reo*, por su parte, no permite acceder a aquellas vías jurisdiccionales privilegiadas, ya que envuelve materia pertinente a la valoración probatoria³⁶⁷.

A pesar de poseer como raíz común el principio de *favor rei*, los principios de la presunción de inocencia e *in dubio pro reo* no se confunden. Poseen naturaleza y ámbito de operatividad distintos, así como diferente protección jurisdiccional.

Así pues, el principio *favor rei* es un principio básico de toda legislación procesal penal de un Estado inspirado políticamente por un

³⁶⁵ Vid. con más amplitud las argumentaciones de FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, ob. cit., p. 177.

³⁶⁶ En Brasil, podrá ser objeto de “recurso extraordinario” frente al Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, a, CF).

³⁶⁷ Vid. MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel, ob. cit., pp. 47-48.

criterio superior de libertad. Constituye esencialmente una regla hermenéutica fundamental, que indica la necesidad de optar por la interpretación más favorable al imputado o acusado, siempre que no sea posible obtener una interpretación unívoca³⁶⁸.

El principio de *favor rei*, por lo tanto, puede funcionar perfectamente de modo desconectado de la inocencia, por cuanto su protección también alcanza a los declarados culpables, que, a pesar de la condena, no pierden su condición de sujeto de derecho su *status* cívico y jurídico, de modo que, pese a su culpa, siga siendo una persona y no se convierta en cosa.

3.1.2 Manifestaciones de la presunción de inocencia

En relación a las formas de su manifestación, la presunción de inocencia puede presentarse como un principio informador o también como un derecho del imputado o investigado.

Constituyendo un principio informador, que obliga a partir siempre de la inocencia y no de la culpabilidad, la presunción de inocencia debe servir de presupuesto y parámetro de toda la actividad persecutoria, fórmula que sitúa el proceso penal como un instrumento de aplicación de sanciones criminales dentro de un sistema de respeto a los valores inherentes a la dignidad de la persona humana.

Como destaca DELMANTO JÚNIOR, “negar el derecho a la presunción de inocencia significa negar el propio proceso penal, ya que este existe justamente en función de la presunción de inocencia, configurándose,

³⁶⁸ A este respecto, vid. BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal...*, ob. cit., p. 263.

en un Estado democrático de Derecho, como el único instrumento de que dispone el Estado para, legítimamente, considerar una persona culpable³⁶⁹.

En este sentido, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que tiene como principal objetivo limitar la actuación de la actividad persecutoria, esto es, “constituye un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal”. Tiene por finalidad “encontrar el justo equilibrio entre esos dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y, por otro, el interés del imputado en la salvaguardia de su libertad y su dignidad”³⁷⁰.

Como derecho subjetivo de fondo constitucional³⁷¹, la presunción de inocencia significa una garantía que puede manifestarse como una regla probatoria, regla de juicio o regla de tratamiento. Estas manifestaciones no actúan de modo inconexo, sino que todas convergen en el sentido de buscar impedir la imposición de un castigo sobre un ciudadano inocente.

Actúa como una importante regla en el ámbito de la prueba, exigiendo que la actividad probatoria atienda a determinados requisitos para que pueda servir de base a una sentencia condenatoria (regla probatoria) y, por otro lado, funciona como un criterio decisorio en las hipótesis de incertidumbre respecto a la *quaestio facti* (regla de juicio)³⁷².

³⁶⁹ Cfr. DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração*, 2ª ed., Editorial Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 64.

³⁷⁰ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, ob. cit., p. 120.

³⁷¹ En sentido contrario, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 88, expone que no se trata de un derecho subjetivo porque le falta un contenido determinado, con el cual se satisfaga, razón por la que conceptualiza como “un haz de imperativos jurídicos cuya infracción genera en los sujetos perjudicados acciones para su tutela judicial (recursos ordinarios y extraordinarios) y constitucional (recurso de amparo)”.

³⁷² Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, ob. cit., p. 118.

Cuando llamado para resolver las cuestiones relacionadas con la ausencia o insuficiencia de prueba sobre un hecho, la presunción de inocencia, como observa VÁZQUEZ SOTELO, representa “la cristalización del principio general del favor rei”³⁷³.

Preferentemente, sin embargo, el principio de la presunción de inocencia se expresa como una regla de tratamiento del investigado o acusado, según la cual, antes de la condena definitiva, no se le puede imponer medida alguna que implique la equiparación a la condición de culpado.

La cuestión fundamental a ser tratada es la relación existente entre la presunción de inocencia y el régimen de la prisión provisional, providencia procesal que de modo más violento afecta al derecho que aquel principio busca proteger.

3.1.3 Prisión provisional y su conexión con la presunción de inocencia

Con ASECIO MELLADO se puede afirmar que el problema de la prisión provisional no está relacionado con su existencia, sino con su reglamentación positiva, que deberá realizarse del modo más concordante posible con los derechos fundamentales y, de modo especial, con el principio constitucional de la presunción de inocencia³⁷⁴.

En esta línea de pensamiento, es innegable que, “a pesar de sus indiscutibles inconvenientes y su discutible razón de ser, responde a una

³⁷³ Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, ob. cit., p. 265.

³⁷⁴ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 30.

exigencia universalmente observada³⁷⁵. Su régimen jurídico, sin embargo, debe enfocarse y enjuiciarse desde un prisma garantista y limitador³⁷⁶.

En efecto, la legitimidad de la prisión provisional, en España y Brasil, tiene origen en sus propios Textos Constitucionales, donde se encuentra expresamente contemplada (art. 17 CE; art. 5º, inc. LXI, CFB), así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8, 9, 10 y 11), y demás Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos suscritos por estos países que establecen sus finalidades (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: art. 9 y 10; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: art. 5 y 6; Pacto de San José de Costa Rica: art. 7).

Todavía, su manejo legítimo, dentro de un Estado que consagra como valores superiores la libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, se encuentra necesariamente subordinado al principio de la presunción de inocencia que, lejos de constituir un mecanismo obstaculizador de un proceso penal eficaz, se presenta como condición de legitimidad para una civilizada persecución y represión de la delincuencia.

En relación con la prisión provisional, la presunción de inocencia se expresa como un criterio informador del ordenamiento procesal penal que obliga siempre a partir de la inocencia y no de la culpabilidad, hasta que esta sea definitivamente declarada. Actúa así como el principio inspirador y orientador de todo el régimen de la prisión provisional. Además de todo esto, exige que solamente se recurra a la restricción anticipada de la libertad en los casos en que la pretensión acusatoria tenga un fundamento razonable,

³⁷⁵ Cfr. MORENO CATENA, Víctor. *En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamérica", dirs: GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y otros, Editorial Vicente Rico, Madrid, 1981-I, p. 640.

³⁷⁶ En este sentido, véase GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 36.

esto es, cuando se encuentren presentes motivos bastantes y racionales de criminalidad.

Su expresión más significativa en este ámbito de incidencia se verifica cuando, actuando como regla de tratamiento, prohíbe de modo absoluto la utilización de la prisión provisional como pena anticipada, como un castigo.

En palabras del Tribunal Constitucional, las medidas cautelares y, en particular, la prisión provisional “no pueden ser impuestas ni con finalidad retributiva ni como un castigo prematuro, dado que el afectado sigue gozando de la consideración de inocente en tanto en cuanto no se ha producido una declaración definitiva de culpabilidad –en el sentido de responsabilidad jurídico-penal– con fuerza de cosa juzgada”³⁷⁷.

Como destaca la doctrina del Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia opera en el proceso penal como regla de juicio y como regla de tratamiento, imponiendo a su adopción ciertos límites infranqueables. En cuanto regla de juicio “la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga, sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse”. Como regla de tratamiento, “el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida”³⁷⁸.

³⁷⁷ Véase ATC 214/1998, de 13 de octubre.

³⁷⁸ Cfr. STC 177/1998, de 14 de septiembre. En este sentido, entre otras, véanse SSTC 31/1981, de 11 de marzo; 81/1998, de 30 de marzo; 157/1998, de 30 de junio; 189/1998, de 15 de septiembre; 166/1999, de 27 de septiembre; 120/1999, de 10 de mayo; 249/2000, de 30 de octubre; 124/2001, de 14 de mayo; 17/2002, de 11 de febrero; 155/2002, de 16 de septiembre; 209/2002, de 28 de octubre; 187/2003, de 2 de junio; 229/2003, de 1 de julio; 145/2005, de 6 de junio.

Como postulado relacionado con el tratamiento del imputado durante el proceso penal, observa VEGAS TORRES que la presunción de inocencia obliga a que siempre se parta de la idea de que el acusado es inocente, circunstancia que también significa “reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso”³⁷⁹.

De esta forma, en el campo de las medidas cautelares con reflejo sobre la libertad personal del ciudadano, todas las medidas coercitivas antes o durante el proceso sólo se justifican en los casos de extrema necesidad fundada en hechos concretos, lo que impide cualquier especie de prisión automática.

Podemos decir que el estado de inocencia prohíbe la anticipación de los resultados finales del proceso, esto es, la prisión, cuando no esté fundada en razones de extrema necesidad, ligadas a la tutela de la efectividad del proceso y/o de la propia realización de la jurisdicción penal.

A pesar de no afectar a la validez de las medidas cautelares de naturaleza personal, el principio de la presunción de inocencia introduce un factor decisivo de necesaria ponderación en la justificación de la prisión preventiva, que será preciso examinar detenidamente para establecer los fines que con la prisión provisional se persiguen y consecuentemente determinar sus límites³⁸⁰.

En términos más claros, la legitimidad de la prisión provisional está subordinada a la atención del principio de la presunción de inocencia, que

³⁷⁹ Cfr. VEGAS TORRES, Jaime. *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el Proceso Penal Español*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 39.

³⁸⁰ En esta dirección, vid. MORENO CATENA, Víctor. *En torno a la prisión provisional...*, ob. cit., p. 640.

trae como consecuencia natural la excepcionalidad de cualquier medida restrictiva de la libertad anterior a la declaración definitiva de culpabilidad. De esta manera, encontrándose teleológicamente condicionada por el principio de la presunción de inocencia, cualquier medida cautelar personal que suponga una constrictión de la libertad ambulatoria debe poseer carácter absolutamente excepcional, debiendo ser reservada para situaciones especiales, en que la libertad del agente pueda comprometer el regular desarrollo y la eficacia de la actividad procesal, quedando por tanto prohibida su aplicación con carácter obligatorio o, como tiene decidido el Tribunal Constitucional, “lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras”³⁸¹.

Al ejercer un influjo decisivo sobre el régimen de las medidas constrictivas de la libertad del imputado o acusado, la presunción de inocencia condiciona la prisión provisional en el sentido de dirigirla hacia la atención de finalidades no punitivas, límites cuya quiebra impedirá su aplicación.

La prisión provisional es la medida provisional por excelencia, la vía de mayor efectividad para el cumplimiento de los fines del proceso penal. Sin embargo, considerando su “potencial injusticia” y la serie de inconvenientes que naturalmente implica, se hace necesario recurrir también al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta su especial capacidad para “delimitar el punto y objetivo medio entre los derechos que entran en juego en la

³⁸¹ Cfr. STC 179/2005, de 4 de julio.

aplicación de una medida cautelar en el proceso penal: la libertad y la seguridad”³⁸².

Así las cosas, después del principio de la presunción de inocencia, el principio de proporcionalidad actúa como un segundo parámetro normativo³⁸³.

3.2 Principio de Proporcionalidad

A pesar de que su formación técnico-jurídica sea relativamente reciente, la proporcionalidad como noción relacionada con la idea de justicia material siempre estuvo presente a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, moral y filosófico, habiendo sido utilizada desde épocas remotas en las más diversas áreas del conocimiento³⁸⁴.

Como pone de relieve la doctrina, la concepción dogmática actual del principio de proporcionalidad se debe primordialmente a la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán, construida en el área del derecho administrativo, por vía del derecho de policía prusiano, que fue transplantada para el Derecho Público en general, hasta consolidarse como principio de perfil constitucional, apto para servir de paradigma de control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos frente a los derechos fundamentales³⁸⁵.

³⁸² Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *El principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional*, en “La Ley”, Editorial Edilex, Madrid, 1987-4, p. 847.

³⁸³ Vid. HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 120.

³⁸⁴ Vid. BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidad: estudio preliminar*, en “Cuadernos de Derecho Público”, INAP, Madrid, 1998, nº 5, p. 23.

³⁸⁵ Vid., por todos, BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., p. 47.

Los presupuestos filosóficos-políticos del principio de proporcionalidad pueden ser extraídos, teniendo como marco el contractualismo, de los idearios de que la libertad constituye un bien inherente al individuo y que la intervención estatal sobre la libertad solamente podrá ser ejercida “en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible”³⁸⁶ para satisfacer las exigencias emergentes de los derechos de los ciudadanos e intereses de la comunidad.

A excepción del Derecho Administrativo, el principio de proporcionalidad, que carecía de fundamentación dogmática clara hasta la primera mitad del siglo XX, acabó solidificándose a través de la jurisprudencia y doctrina alemanas después de la segunda guerra mundial, con el refuerzo cuantitativo y cualitativo de los derechos fundamentales, es entonces cuando adquirió *status* de principio constitucional³⁸⁷. A partir de este momento, pasó a expandirse, cruzando fronteras, siendo incorporado por innumerables países, así como por los Tribunales Internacionales.

En el ámbito del derecho punitivo, fue justamente a partir de la Ilustración cuando se consolidó, acompañado de la maduración de los demás presupuestos del derecho penal moderno, como la legalidad, certeza, igualdad, mensurabilidad y cálculo de las penas³⁸⁸.

Específicamente en relación al derecho procesal penal, conforme señala GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, la primera alusión al principio apareció en una resolución adoptada en Bremen (1875), en un caso que versaba sobre la negativa de periodistas a prestar declaración como testigos, sucediéndose entonces manifestaciones esporádicas sobre la materia en

³⁸⁶ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., p. 39.

³⁸⁷ Vid. más ampliamente acerca del tema, PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Constitución, jurisdicción y proceso*, Editorial Akal, Madrid, 1990, p. 281.

³⁸⁸ Vid. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, ob. cit., p. 398.

cuestiones relacionadas con las medidas coercitivas dirigidas a testigos y, sobretudo, relacionadas con la prisión provisional. La conciencia sobre la necesidad de trasladarse el principio de proporcionalidad para el proceso penal, aunque de modo parcial y matizado, mientras tanto, se fortaleció como consecuencia de la polémica generada a partir de la muerte de un conocido político, acontecida cuanto se encontraba sometido a prisión preventiva³⁸⁹.

Imbricado con la concepción de Estado que posiciona el respeto a los derechos fundamentales en el centro de gravedad del orden jurídico, todavía sin precisión teórica y terminológica, fue invocado innumerables veces por el Tribunal Constitucional Alemán para fundamentar decisiones de control de constitucionalidad frente a las inadmisibles limitaciones legales del ejercicio de derechos³⁹⁰.

En esta etapa, en relación al aspecto sustancial, de búsqueda de una solución justa para un caso concreto, fueron utilizadas innumerables expresiones tales como prohibición del arbitrio, principio de la evaluación de bienes jurídicos, principio de la evaluación de intereses, principio de justicia, entre otros³⁹¹.

3.2.1 Requisitos y subprincipios

Es fácil percibir la falta de precisión semántica del principio, provocada por la indeterminación y subjetivismo que envuelve su aplicación, factores que provocaron la búsqueda de criterios capaces de concretarlo.

³⁸⁹ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, p. 23.

³⁹⁰ Se apunta la sentencia BVerfGE 7.377 como la que inaugura esta tendencia. Vid. BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., p. 47.

³⁹¹ A este respecto, vid. BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 404.

Según la doctrina, la decisión dictada en 1971, sobre almacenamiento de petróleo³⁹², fue la primera ocasión en el que el Tribunal Constitucional Federal se manifestó con claridad respecto al principio de proporcionalidad en sentido amplio. En aquella oportunidad, el principio fue definido de la siguiente forma:

“el medio previsto por el legislador tiene que ser adecuado y necesario para alcanzar el objetivo propuesto. Un medio es adecuado cuando el legislador habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz que no limitara, o que lo hiciera en menor medida, el derecho fundamental...”

Complementando la definición, estableció el Tribunal Constitucional Federal en la misma decisión la necesidad de verificación de la proporcionalidad en sentido estricto, consistente “en la comparación entre la gravedad del ataque/injerencia y la importancia de los motivos que lo justifican ha de aparecer (el ataque) como razonable para el afectado”³⁹³.

Una vez consagrado que el principio de proporcionalidad exige en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos que los derechos de estos solamente podrán ser afectados o limitados en la medida de lo estrictamente imprescindible para la protección de los intereses públicos a que sirve dicha restricción³⁹⁴, surgiendo así como una exigencia natural del Estado de Derecho que se impone en la protección del individuo contra intervenciones estatales innecesarias o excesivas que “graven al ciudadano más de lo que

³⁹² Véanse sobre este particular, AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Editorial Edersa, Madrid, 1999, p. 66; PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Constitución, jurisdicción...*, ob. cit., p. 293; BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 410.

³⁹³ Cfr. BVerfGE 30,292.

³⁹⁴ Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 25.

es indispensable para la protección de los intereses públicos³⁹⁵, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional pasaron a reconocer que el principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: a) principio de la idoneidad o también denominado adecuación; b) principio de la necesidad o exigibilidad; c) principio de proporcionalidad en sentido estricto³⁹⁶.

Como destaca BARNES, entendido en su origen como principio de la necesidad de la intervención o del medio más moderado posible, el principio de proporcionalidad acabó siendo modelado por la jurisprudencia y doctrina alemana, hasta alcanzar su sentido actual³⁹⁷.

La proporcionalidad debe de ser medida, por lo tanto, por la incidencia en el caso concreto de estos tres elementos esenciales: la idoneidad o adecuación de los medios utilizados por el legislador para la consecución de los objetivos anhelados; la necesidad de la utilización de estos medios, y la razonabilidad, comparada por medio de una ponderación entre los objetivos buscados y el significado de la intervención.

De inicio, es importante fijar que estas tres subreglas se interrelacionan, de modo que solamente podrá ser calificada como proporcional cuando la medida, a un mismo tiempo, fuera adecuada, necesaria y razonable. Además, mantienen entre sí una relación de subsidiaridad, ya que el análisis de la necesidad solamente será exigible cuando la hipótesis no hubiese sido solucionada con la apreciación de la adecuación, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto simplemente será invocada en el caso en que no hubiese sido resuelto por el

³⁹⁵ Cfr. PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Constitución, jurisdicción...*, ob. cit., p. 291.

³⁹⁶ Vid., por todos, MEDINA GUERRERO, Manuel, ob. cit., p. 120.

³⁹⁷ Cfr. BARNES, Javier, ob. cit., p. 24.

análisis de la adecuación y necesidad, esto es, en aquellas hipótesis más complejas.

De este modo, en sentido amplio, el principio de proporcionalidad puede ser enunciado de la siguiente forma: solamente será constitucionalmente posible aquella limitación a los derechos fundamentales que sea idónea y necesaria para obtener la finalidad perseguida, “que deberá en todo caso estar constitucionalmente justificada, y siempre y cuando tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida”³⁹⁸.

De acuerdo con el subprincipio de la idoneidad o adecuación, cualquier intervención estatal sobre los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir con la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

La correcta identificación de la adecuación del medio exige una búsqueda de la aptitud del medio elegido para alcanzar el resultado pretendido. Como parámetro de la intervención legislativa cuando hubiera afectación de derechos fundamentales, la idoneidad implica la capacidad del medio para fomentar su finalidad constitucional³⁹⁹, pues, no siendo apta para tanto, debe ser considerada inconstitucional. En otras palabras, el medio será idóneo, apto o adecuado para alcanzar el fin anhelado cuando contribuya de algún modo para alcanzarlo.

En este sentido, es necesario anotar que el medio siempre será idóneo o adecuado aún cuando no sea capaz de alcanzar el objetivo en su

³⁹⁸ Cfr. DE HOYOS SANCHO, Monserrat. *La detención por delito*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 67.

³⁹⁹ Vid. BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., p. 688.

plenitud, o incluso cuando no logre efectivamente alcanzarlo, desde que se haya prestado a fomentarlo.

Se concluye así que no será idóneo el medio cuando, desde el principio, no tuviese capacidad concreta alguna para contribuir al alcance del objetivo pretendido.

Subráyese que la calificación del medio como adecuado comporta dos formulaciones: una negativa y otra positiva. Por la primera, será posible sólo identificar si el medio es o no idóneo, útil o apropiado. No hay aquí la indicación del medio más eficaz o útil. Ya la formulación positiva del principio de la adecuación informa que el medio es adecuado cuando a través de él es posible alcanzar o fomentar el resultado perseguido.

En realidad, se trata de un proceso de investigación respecto a la aptitud, utilidad e idoneidad de la medida, para posibilitar el alcance de la finalidad perseguida, siendo de carácter esencialmente empírico.

La necesidad, por su parte, es identificada a partir de la comparación de la medida con otras vías alternativas. Será preciso indagar sobre la existencia de medidas igualmente eficaces para la consecución de la finalidad, pero que puedan ser menos lesivas a los derechos fundamentales. Siendo así, implica una comparación entre la medida adoptada y otros medios alternativos. En esta comparación, por lo tanto, será preciso examinar si el medio alternativo posee el mismo grado de idoneidad para alcanzar el objetivo ansiado con la medida, así como si implica una afectación en grado menor del derecho fundamental. Constatándose la existencia de un medio alternativo que cumpla con estas exigencias, la medida legislativa *sub examine* será inconstitucional⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Sobre este punto, vid. BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., p. 736.

Dicho de otra forma, más allá de ser imprescindible para asegurar el ejercicio del derecho fundamental objeto de la restricción (fin), para calificarse como necesario, el instrumento (medio) ha de ser lo más eficaz y menos oneroso para el ciudadano. Y siendo posible realizar el objetivo perseguido, con la misma intensidad, por medio de otro acto que limite en menor medida el derecho fundamental procurado, se impone tenerlo como innecesario y consecuentemente desproporcionado. Se trata, por lo tanto, de una necesidad relativa⁴⁰¹.

Por tanto, siguiendo este planteamiento, se debe investigar la necesidad de la decisión restrictiva de derecho fundamental para alcanzar el objetivo constitucionalmente justificado. En la hipótesis de haber solamente una medida idónea, será preciso verificar si no hay otra providencia restrictiva distinta menos perjudicial al derecho fundamental, pero que sea igualmente adecuada y eficaz. Detectados varios medios idóneos, debe ser elegido aquel que es menos gravoso al ejercicio del derecho fundamental.

Sin embargo, para que una medida limitadora de derecho fundamental sea considerada proporcional no es suficiente que sea adecuada y necesaria. Se exige aún un último examen, destinado a indagar si la medida no es excesivamente gravosa. Se estudia si el sacrificio del derecho individual relacionado con la medida guarda relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se pretende salvaguardar, examen que se realiza con la utilización “de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto”⁴⁰². Resultando excesiva, será descartada su proporcionalidad, aunque sea idónea y necesaria.

⁴⁰¹ Cfr. AGUADO CORREA, Teresa, ob. cit., p. 69.

⁴⁰² Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolas, ob. cit., p. 228.

Esta relación razonable o proporcionada, fundamental para el juicio positivo de constitucionalidad, como profesó MEDINA GUERRERO “supone la exigencia de armonizar el sacrificio que inflige al particular el límite adecuado e indispensable con el beneficio que el mismo genera para la colectividad”⁴⁰³.

Discurriendo sobre el subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto, ámbito en el que la proporcionalidad alcanza su máxima significación, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO presenta sus fórmulas de manifestación. Como principio valorativo, se manifiesta como el más amplio principio de la prohibición de exceso, situándose dentro del esquema medio-fin, presuponiendo un análisis de la relación empírica entre los medios y los fines, dirigida al terreno de los valores. En la medida en que la solución de la tensión establecida con la providencia restrictiva solamente podrá ser solucionada con la ponderación de los valores e intereses envueltos en el caso concreto, también se expresa como principio ponderativo. Por fin, se presenta como principio dotado de contenido sustancial, no puramente neutral, que presupone la aplicación de criterios materiales, desarrollados para la protección de los intereses fundamentales, a través de la ponderación de valores y equilibrio de los intereses en disputa en el caso concreto⁴⁰⁴.

Como se ha afirmado anteriormente, el subprincipio de proporcionalidad exige que en la relación medio-fin haya una reciprocidad razonable, racional, apurada a partir del sopesamiento entre la intensidad de la restricción al derecho fundamental en causa y la relevancia de la concretización del interés que con el se choca. En las palabras de GAVARA DE CARA, su observancia se detecta mediante una confrontación entre el

⁴⁰³ Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel, ob. cit., p. 121.

⁴⁰⁴ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolas, ob. cit., p. 228.

objeto de la intervención y el efecto que esta intervención tiene sobre el derecho fundamental⁴⁰⁵.

Esto quiere decir que, para que una medida sea reprobada en la prueba de la proporcionalidad en sentido estricto, basta con que los motivos que fundamentan la adopción de la medida no tengan peso suficiente para justificar la restricción al derecho fundamental obtenido.

En el análisis de MEDINA GUERRERO, el principio de proporcionalidad en sentido estricto puede ser traducido en la “máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido”⁴⁰⁶.

Analizando el tema a la luz de la jurisprudencia constitucional, observa este mismo autor que la característica básica de este subprincipio es el hecho de que el control cubre los dos polos de la relación, que deberán ser sopesados llevándose en consideración las circunstancias relevantes del caso. Como afirma, “Sólo si se ha efectuado una conciliación ponderada del derecho limitado con los bienes constitucionales que justifican la limitación, podrá afirmarse que ésta se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido o que entre ambos se mantiene una conexión razonable”⁴⁰⁷.

En esta fase de tratamiento del principio de proporcionalidad es útil recurrir nuevamente a la doctrina de ALEXY, para quien los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas.

⁴⁰⁵ Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, ob. cit., p. 308.

⁴⁰⁶ Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel, ob. cit., p. 132.

⁴⁰⁷ Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel, ob. cit., p. 135.

De acuerdo con su tesis, el carácter de principio de las normas *iusfundamentales* implica la máxima de la proporcionalidad en sus tres principios parciales. Por lo cual, la proporcionalidad en sentido estricto (mandato de ponderación) significa que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas, en cuanto de las máximas de la necesidad y adecuación se origina su carácter como mandato de optimización con relación a las posibilidades fácticas⁴⁰⁸.

En los casos en que una norma de derecho fundamental con carácter de principio colisione con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental dependerá del principio opuesto, siendo necesaria una ponderación para poder llegar a una decisión. La relación de tensión que se establece en estos casos no puede ser solucionada simplemente en el sentido de una prioridad absoluta en favor de uno de los polos de esta relación. Consecuentemente, sólo será posible solucionar la colisión, teniendo siempre en consideración las circunstancias del caso, a partir del establecimiento entre los principios de una “relación de precedencia condicionada”, que “consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro”⁴⁰⁹.

Examinando esta construcción teórica, BERNAL PULIDO anota que el resultado del examen de proporcionalidad en sentido estricto consiste en una relación de “precedencia condicionada” entre el derecho fundamental y el principio constitucional que fundamenta la restricción. Explica que se trata de una relación de precedencia condicionada porque el elemento normativo que adquiere prioridad no ocupa una posición jerárquica superior en el

⁴⁰⁸ Cfr. ALEXY, Robert, ob. cit., pp. 112-113.

⁴⁰⁹ Cfr. ALEXY, Robert, ob. cit., p. 92.

ordenamiento jurídico, ya que solamente determina la solución para el caso concreto⁴¹⁰. A este respecto, uno de los fundamentos de la enunciada teoría de los principios es justamente la ausencia de relaciones absolutas de precedencia.

En sintonía con este razonamiento, al analizar el tema de la colisión de derechos fundamentales, decidió el Tribunal Constitucional Español que “La solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquél que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalecías a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente”⁴¹¹.

Obsérvese que, no obstante el propio Tribunal Constitucional Alemán ha equiparado, en varias decisiones, “proporcionalidad en sentido estricto y ponderación de bienes”; bajo el punto de vista de la ciencia jurídica los términos no se confunden, a pesar de que sea cierto que la ponderación concreta de bienes en caso de colisión de derechos fundamentales sea parte integrante del principio de proporcionalidad en sentido estricto⁴¹².

Como ya fue señalado, en su formación más completa, el principio se compone de tres escalones: idoneidad o adecuación, necesidad y, finalmente, proporcionalidad en sentido estricto. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad no es solamente ponderación. La ponderación es un

⁴¹⁰ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., pp. 791-792.

⁴¹¹ Cfr. STC 320/1994, de 21 de noviembre.

⁴¹² Vid., por todos, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, ob. cit., p. 109.

componente adicional a las exigencias derivadas de los primeros requisitos, de tal forma que es parte de la proporcionalidad en sentido estricto, no obstante no debe ser confundido con este tercer elemento.

Todavía, aunque no sean sinónimos, en la medida en que también presuponen una valoración confrontada entre intereses contrapuestos, exigiendo atención a las singularidades del caso, la proporcionalidad en sentido estricto guarda “estrechos paralelismos con la ponderación que se efectúa cuando se produce una colisión entre derechos o entre un derecho y cualquier otro bien de naturaleza constitucional”⁴¹³.

Dentro de una adecuada conceptualización técnico-jurídica, tampoco se puede recibir el principio de proporcionalidad como sinónimo de razonabilidad, a pesar de que parte de la doctrina afirme que constituyen manifestaciones del mismo fenómeno o, incluso, que se tratan de categorías fusionables o intercambiables⁴¹⁴. Aunque posean finalidades semejantes, expresan construcciones jurídicas diversas, que se diferencian no sólo por su origen, sino también por su estructura⁴¹⁵.

La regla de la proporcionalidad en el control de las leyes que restringen derechos fundamentales no surgió de la simple pauta que, de modo vago, sugiere que los actos estatales deban ser razonables, o de un simple análisis de la relación medio-fin, sino que fue desarrollado por el Tribunal Constitucional Alemán hasta alcanzar una estructura racionalmente definida, con subelementos independientes (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), que son aplicados en un orden predefinido.

⁴¹³ Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel, ob. cit., p. 133.

⁴¹⁴ Vid., por todos, STEINMETZ, Wilson Antônio, ob. cit., pp. 148 y 185.

⁴¹⁵ Vid. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*, en “Revista dos Tribunais”, vol. 798, São Paulo, 2002, pp. 28-29.

En sentido amplio, se puede afirmar que la razonabilidad constituye un concepto más general y polivalente, abarcando desde la razonabilidad en la calificación de los hechos, hasta la medida adoptada o del mérito argumentativo utilizado por los poderes públicos⁴¹⁶.

Resulta conveniente señalar, por lo tanto, que además de ser distintos, al final constituyen técnicas operativas que visan el alcance de una decisión justa, de modo que estas variaciones terminológicas están lejos de “neutralizar su sentido y su importancia práctica”⁴¹⁷.

En síntesis, el principio de proporcionalidad (en sentido amplio), anota BARNES está “integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si este resulta a priori absolutamente inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir a todas luces otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia; o desproporcionado en sentido estricto, por generar patentemente más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego”⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Más ampliamente sobre la cuestión, véase LÓPEZ GONZÁLES, José Ignacio. *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1988, p. 117.

⁴¹⁷ Cfr. TOLEDO DE BARROS, Suzana. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 3ª ed., Editorial Brasília Jurídica, Brasília, 2003, p. 71.

⁴¹⁸ Cfr. BARNES, Javier, ob. cit., p. 16.

Se debe destacar además que una de las aplicaciones más provechosas contenidas potencialmente en el principio de proporcionalidad es aquella que lo hace instrumento de interpretación toda vez que hay antagonismo entre derechos fundamentales y se busca desde ahí una solución conciliadora⁴¹⁹.

De hecho, al principio de proporcionalidad también subyace una importante función interpretativa, por cuanto es capaz de indicar al hermeneuta el camino correcto en el proceso de búsqueda por la solución más justa del caso concreto y específico.

Por lo tanto, hay que concluir con BONAVIDES, que el criterio de la proporcionalidad es tópico, se vuelve para la justicia del caso concreto o particular, se parece considerablemente con la equidad y es un eficaz instrumento de apoyo a las decisiones judiciales que, después de someter el caso a reflexiones pros y contras, a fin de averiguar si en la relación entre medios y fines no hubo exceso, concretan así la necesidad del acto decisorio de corrección⁴²⁰.

3.2.2 Fundamentación y reconocimiento jurídico-positivo

Acerca del fundamento del principio de proporcionalidad, innumerables son las fuentes presentadas.

El principio de proporcionalidad se constituye en concepto inmanente al carácter jurídico de los derechos fundamentales, estando imbricado con la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, con la

⁴¹⁹ A este respecto, vid. BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 425.

⁴²⁰ Cfr. BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 426.

dignidad de la persona humana, derivado del valor justicia o del propio principio del Estado de Derecho⁴²¹.

Como pondera BERNAL PULIDO, bajo este prisma, el Estado de Derecho no se compone simplemente por principios formales, como el reconocimiento de derechos fundamentales y la sumisión de los poderes del Estado al derecho, sino también por principios de justicia material, siendo el más destacado justamente el principio de proporcionalidad⁴²².

De acuerdo con la jurisprudencia europea y comparada, conforme es anotado por BARNES, el principio del Estado de Derecho y también los derechos fundamentales constituyen el fundamento del principio de proporcionalidad, que encarna así una idea elemental de justicia material: “la proscripción de todo sacrificio de la libertad, inútil, innecesario o desproporcionado”⁴²³.

Para ALEXY, la máxima de la proporcionalidad se extrae a partir de las normas *iusfundamentales*, en la medida en que posean carácter de principio. Pero, reconoce que las demás fundamentaciones (Estado de Derecho, práctica jurisprudencial, concepto de justicia, etc.) no deben ser excluidas, una vez que pueden funcionar como “refuerzos bienvenidos para la fundamentación *iusfundamental*”⁴²⁴.

⁴²¹ Véanse SSTC 62/1982, de 20 de enero; 35/1985, de 16 de enero; 65/1986, de 23 de enero; 160/1987, de 11 de febrero; 6/1988, de 13 de enero; 19/1988, de 13 de enero; 209/1988, de 15 de febrero; 37/1989, de 23 de enero; 113/1989, de 23 de febrero; 138/1989, de 20 de julio; 178/1989, de 4 de abril; 154/1990, de 2 de abril; 50/1995, de 13 de febrero; 55/1996, de 28 de junio; 161/1997, de 20 de mayo; 136/1999, de 20 de julio.

⁴²² Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., pp. 600-601.

⁴²³ Cfr. BARNES, Javier, ob. cit., p. 19.

⁴²⁴ Cfr. ALEXY, Robert, ob. cit., p. 115.

En el derecho brasileño, FERREIRA MENDES⁴²⁵, BARROSO⁴²⁶ y TOLEDO DE BARROS⁴²⁷ sustentan su fundamentación normativa en el Estado de Derecho. Algunos autores, mientras tanto, enfocan su fundamento en preceptos constitucionales que consagran el principio del debido proceso legal, de la inseparabilidad del control jurisdiccional, de la ciudadanía, de la dignidad, en institutos como el *habeas corpus*, *habeas data*, derecho de petición, o de igual manera a partir de lo dispuesto en el artículo 5º, §2º, de la CF⁴²⁸.

La búsqueda de una fundamentación jurídico-positiva de la regla de la proporcionalidad, sustenta acertadamente AFONSO DA SILVA, es una búsqueda destinada a ser infructífera, ya que “la exigibilidad de la regla de la proporcionalidad para la solución de colisiones entre derechos fundamentales no se origina de este o de aquel precepto constitucional, sino de la propia estructura de los derechos fundamentales”⁴²⁹.

Algunas constituciones llegaron a reconocer expresamente que cualquier intervención en el ámbito de los derechos fundamentales debe atender al principio de proporcionalidad, como la Constitución de Berna de 1993⁴³⁰ y la Constitución Portuguesa⁴³¹.

⁴²⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, en http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf.

⁴²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*, en <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=431>.

⁴²⁷ Vid. TOLEDO DE BARROS, Suzana, ob. cit., p. 95.

⁴²⁸ Vid., por todos, AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio, ob. cit., p. 43.

⁴²⁹ Cfr. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio, ob. cit., p. 42.

⁴³⁰ Según el artículo 28.3 de la Constitución de Berna de 1993, “Las limitaciones a los derechos fundamentales tienen que ser proporcionadas”.

⁴³¹ Según el artículo 18.2 de la Constitución Portuguesa, “La ley sólo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos previstos expresamente en la Constitución,

Este no es el caso español o brasileño, donde sus respectivas Constituciones no contemplaron categóricamente el principio de proporcionalidad, aunque sea posible deducirlo de múltiples preceptos distribuidos a lo largo de su texto.

A pesar de la ausencia de referencia expresa del principio en el Texto Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español hizo uso de la proporcionalidad desde las primeras sentencias⁴³². Es cierto que, en el inicio, no había una concepción clara al respecto de su exacto contenido o incluso sobre su fundamento constitucional.

La falta de criterios en torno a su concreto contenido normativo fue siendo superada con la incorporación gradual de elementos que permitieran su clarificación, culminando con la utilización de la prueba alemana de proporcionalidad, o decir, la aplicación ordenada de los subprincipios de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁴³³.

La Corte Constitucional Brasileña, a su vez, ha recibido el principio de proporcionalidad en la misma “latitud con que los Tribunales Constitucionales europeos, el TEDH y la Suprema Corte americana lo admiten”. Con todo, fue lento el proceso de reconocimiento, reflejando la falta de sistematización de la materia, además de la ausencia de una dogmática jurídica acerca de los derechos fundamentales.

debiendo limitarse las restricciones a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses protegidos constitucionalmente”. Para una detallada análisis de la evolución del principio de proporcionalidad en el derecho público europeo, vid. BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., pp. 44-62.

⁴³² Cfr. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 29.

⁴³³ Véase sobre este tema, GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, ob. cit., p. 53.

De modo expreso o implícito, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido por las diferentes normas internacionales de protección a los derechos humanos.

Están relacionados con el principio los artículos 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 4.1, 12.3, 14.1, 18.3, 19.3 y 22.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículos 4.1, 5.4, 7.2, 3, 5, 6, 7, 8.1, 11.2, 12.2, 12.3, 13.1, 13.2, 13.3, 15, 16.2, 13.3, 22.3, 22.4, de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no establece de modo expreso el principio de proporcionalidad, aunque contenga innumerables disposiciones, inclusive en sus Protocolos Adicionales, que con él mantienen una íntima conexión, siendo cierto concluir que el principio fue implícitamente reconocido por el referido documento internacional.

En efecto, hay referencias implícitas al principio de proporcionalidad en las disposiciones relativas al derecho de toda persona al respeto de su vida privada (art. 8), libertad, conciencia y religión (art. 9), libertad de expresión (art. 10), libertad de reunión y asociación (art. 11). En todos estos preceptos, después del reconocimiento del derecho fundamental, se establece un límite basado en el interés general y vinculado a la concreta finalidad de la actuación, determinándose, además, como condición de legitimidad de cualquier limitación a los derechos fundamentales reconocidos, que la intervención esté legalmente prevista y que se presente como necesaria en una sociedad democrática, para el alcance de la finalidad perseguida en el caso concreto.

Súmese a todo lo anterior la Resolución nº 80, del 27 de junio de 1980, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que, en su apartado II,

6, establece que “La prisión provisional no debe decretarse si la privación de libertad es desproporcionada con relación a la naturaleza de la infracción alegada y a la pena prevista para la misma”.

El principio de proporcionalidad ha tenido un papel destacado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siendo frecuente su invocación en las decisiones de los Tribunales de Estrasburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de igual modo, constantemente acude a él, sobretodo al decidir sobre la admisibilidad de intervenciones en derechos fundamentales por las Instituciones Comunitarias, habiendo sido incluido expresamente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 52.1), siendo la aplicación continua de este principio por la jurisprudencia comunitaria y las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el principal factor desencadenante de su inserción en los diversos ordenamientos jurídicos europeos⁴³⁴.

Como se ve, la ausencia de una disposición categórica al respecto jamás constituyó óbice para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se valiese de él con frecuencia, siendo irrelevante que, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el principio tenga *status* de norma no escrita o de principio general de derecho comunitario⁴³⁵.

Conforme señala GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, la estructura de los preceptos del CEDH ha permitido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se valga con frecuencia del principio de proporcionalidad, siempre

⁴³⁴ A este respecto, vid. BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., p. 45.

⁴³⁵ Vid. FASSBENDER, Bardo. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en “Cuadernos de Derecho Público”, INAP, nº 5, 1998, p. 71.

manejado como una “herramienta utilísima al servicio de la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados parte”⁴³⁶.

3.2.3 Proporcionalidad y prisión provisional

Por afectar gravemente la libertad del agente que, incluso antes de una condena definitiva a la pena de privación de libertad, es expuesto de forma directa a los conocidos efectos criminógenos de la cárcel, con toda la estigmatización que de esta exposición prematura resulta, la legitimidad de las medidas cautelares de coerción personal y, en especial, de la prisión provisional, depende de la observación del principio de proporcionalidad, bajo pena de convertirse en puro arbitrio judicial.

Como sostiene BARONA VILAR, el principio de proporcionalidad debe ser el “punto de apoyo y pilar fundamental” en la regulación y aplicación de la prisión provisional⁴³⁷. Teniendo la tarea de encontrar una solución del conflicto entre el derecho a la libertad individual y las necesidades de una persecución penal eficiente, “servirá de modelo, de parangón, de medida para el decreto de una medida cautelar penal”⁴³⁸.

Hace mucho tiempo que el Tribunal Constitucional Español viene aplicando expresamente el principio de proporcionalidad a la prisión provisional, enfatizando que “la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería

⁴³⁶ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolas, ob. cit., p. 57.

⁴³⁷ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión Provisional...*, ob. cit., p. 67.

⁴³⁸ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *El principio de proporcionalidad...*, ob. cit., p. 853.

propriadamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”⁴³⁹.

El principio de proporcionalidad exige que para la adopción de la prisión provisional concurren todos los requisitos anteriormente apuntados, esto es, deberá la medida superar las exigencias destinadas a comprobar su idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Estos elementos estructurales del principio de proporcionalidad, que deberán ser aplicados de modo sucesivo y escalonado, actúan como requisitos intrínsecos de la prisión provisional y deberán ser obedecidos no solamente en el momento de su previsión legislativa, sino principalmente para su adopción y subsistencia, ya que deberán permanecer durante toda su vigencia⁴⁴⁰.

La incidencia del principio de proporcionalidad trae como primera consecuencia, más allá de la necesidad lógica de que la medida esté prevista en el ordenamiento procesal, el hecho de que solamente pueda ser adoptada como consecuencia del “estricto cumplimiento de los tasados motivos que justifican el sacrificio de este derecho fundamental”⁴⁴¹.

GIMENO SENDRA observa que, en un sistema democrático, la máxima de la proporcionalidad aplicada a la prisión preventiva exige el cumplimiento de dos exigencias constitucionales. En primer lugar, su excepcionalidad, de modo que jamás podrá ser convertida en regla general, debiendo ser adoptada exclusivamente “cuando se cumplan

⁴³⁹ Cfr. STC 108/1984, de 22 de febrero.

⁴⁴⁰ Véase sobre este particular, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolas, ob. cit., p. 154.

⁴⁴¹ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *La prisión provisional y derecho a la libertad*, en “Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales”, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, p. 144.

escrupulosamente los fines que la justifican”. Además, es indispensable la existencia de una imputación grave que haga “racionalmente presumir el peligro de fuga”⁴⁴².

Anota igualmente que, por provocar el sacrificio del derecho fundamental a la libertad, el principio de proporcionalidad exige una justificación objetiva de la prisión preventiva, debiendo el Juez examinar permanentemente la concurrencia y la persistencia de sus presupuestos materiales, como también la eventual presencia de medidas alternativas menos gravosas para el derecho a la libertad⁴⁴³.

Como otra consecuencia lógica de aquel principio en el plano de la prisión provisional, agrega el referido jurista la obligación formal del Juez, “consistente en efectuar una especial motivación de la resolución limitativa del derecho fundamental a la libertad en la que ha de plasmar el juicio de ponderación entre los contradictorios derechos e intereses en pugna a fin de justificar en el auto la necesidad de la medida”⁴⁴⁴.

De este principio de proporcionalidad deriva también una exigencia formal, que se manifiesta por ocasión de la motivación de la medida restrictiva de la libertad.

A éste propósito, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido enfática en proclamar que “la motivación de la resolución judicial que acuerde tal medida se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización

⁴⁴² Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *La prisión provisional...*, ob. cit., p. 145.

⁴⁴³ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *La prisión provisional...*, ob. cit., p. 145.

⁴⁴⁴ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *La prisión provisional...*, ob. cit., p. 146.

de la Justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro), que constituye una exigencia formal del principio de proporcionalidad, y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional”⁴⁴⁵.

Por fuerza de los diferentes principios parciales que componen el principio de proporcionalidad, podemos concluir que la prisión provisional no podrá perseguir finalidades distintas de aquellas que constitucionalmente le fueren asignadas, ni podrá ser impuesta en las hipótesis en que no fuera posible un pronóstico de imposición de una pena privativa de libertad. Su imposición, que deberá ser especialmente motivada, depende también de la imposibilidad de optar por otras medidas alternativas menos gravosas e igualmente idóneas para satisfacción del fin perseguido, volviéndose automáticamente desproporcionada cuando superado su plazo legal o incluso cuando excedido el tiempo correspondiente a la pena mínima de la infracción penal practicada.

En este sentido, anota el Tribunal Constitucional que la prisión provisional puede alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable, desde que sea concebida como medida cautelar, “esté prevista por la ley, que sea adoptada por resolución judicial especialmente motivada y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo”⁴⁴⁶.

En otros términos, “El contenido de privación de libertad, que la prisión provisional comporta, obliga a concebirla, tanto en su adopción como en su

⁴⁴⁵ Cfr. STC 333/2006, de 20 de noviembre. En la misma dirección, vid. SSTC 128/1995, de 8 de mayo; 33/1999, de 8 de marzo; 14/2000, de 17 de enero; 47/2000, de 17 de febrero; 64/2000, de 28 de febrero; 165/2000, de 12 de junio; 29/2001, de 29 de enero.

⁴⁴⁶ Cfr. STC 207/1996, de 17 de julio.

mantenimiento, como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente, la justifican y delimitan”⁴⁴⁷.

Además, una exigencia común y constante para el reconocimiento de la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, según la reiterada doctrina de la Corte Constitucional, viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad⁴⁴⁸.

Se hace oportuno acrecentar que, conforme apunta AGUADO CORREA, el principio de proporcionalidad también se refleja sobre las condiciones y el lugar de cumplimiento de la prisión provisional, pudiendo justificar la adopción de otras medidas restrictivas de derechos cuando esté en peligro su finalidad⁴⁴⁹.

Como se puede observar, el principio de proporcionalidad, a través de sus subprincipios, condiciona el régimen de la prisión provisional, limitando su utilización. Dirigiéndola exclusivamente para la atención de finalidades propiamente cautelares, tiene aptitud instrumental para evitar que la drástica medida sea convertida en una sanción atípica, y que el imputado o acusado soporte, antes de una condena definitiva, un daño mayor de aquel que de dicha condena pueda derivar.

De todo lo expuesto se deduce que valores y principios constitucionales irradiados por todo el ordenamiento jurídico como exigencias propias que emanan del carácter social y democrático de derecho de los Estados Español y Brasileño justifican la prisión provisional, aunque también

⁴⁴⁷ Cfr. STC 129/1995, de 8 de mayo.

⁴⁴⁸ Véanse SSTC 37/1989, de 23 de enero; 85/1994, de 14 de marzo; 54/1996, de 27 de febrero.

⁴⁴⁹ Cfr. AGUADO CORREA, Teresa, ob. cit., p. 107.

la condicionan, a fin de que pueda servir como instrumento procesal imprescindible al cumplimiento de la misión reservada para el proceso penal que, a fin de cuentas, es la incesante búsqueda de la armonización entre dos bienes imprescindibles para la realización de la dignidad humana: libertad y seguridad.

Veamos pues, las particularidades del régimen procesal de la prisión provisional en España.

CAPÍTULO CUARTO

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

4.1 La tutela cautelar en el proceso penal y la prisión provisional: consideraciones generales

Como ya se ha dicho anteriormente⁴⁵⁰, la necesidad del transcurso de tiempo y superación sucesiva de etapas hasta que sea posible la entrega final de la prestación jurisdiccional y la consecuente realización del derecho objetivo en el caso concreto, exige que el ordenamiento procesal contemple medidas que sean capaces de proteger toda esta actividad pública contra riesgos que puedan comprometer su eficacia. Estas medidas básicamente se destinan a asegurar que el *ius puniendi* no resultará ineficaz en razón del tiempo necesario para una declaración formal definitiva de la existencia de un delito y de su atribución a una determinada persona, cumpliendo así la función de garantizar la utilidad del resultado del proceso. Como manifestación del poder jurisdiccional cautelar, estas providencias normalmente reciben el nombre de medidas cautelares.

En efecto, el paso del tiempo necesario para el desarrollo de toda la actividad instructora, que obligatoriamente antecede al fallo, y que muchas veces es largo, puede poner en riesgo la eficacia del propio proceso y de la decisión definitiva, “bien porque no sea posible celebrar el juicio ante la ausencia del acusado, o bien porque la condena que imponga la sentencia no se puede cumplir, al haberse producido un estado de cosas tal que dificulte o niegue la efectividad de una sentencia de condena”⁴⁵¹. Justamente

⁴⁵⁰ Véase Capítulo 1º, epígrafe 1.5.

⁴⁵¹ Cfr. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., pp. 265-266.

para cubrir este riesgo es por lo que se establecen medidas cautelares, a través de las cuales se pretende garantizar, en primer lugar, que el proceso se desarrolle normalmente, a pesar de las actuaciones contrarias del imputado y, en segundo lugar, para que la sentencia dictada pueda ser cumplida, no obstante la resistencia y las maniobras, que tanto en el proceso como fuera del mismo, pueda urdir el acusado. Como sostienen MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, “se trata de actuaciones procesales encaminadas a impedir que la voluntad del sujeto pasivo logre que el proceso penal resulte ineficaz, burlando el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y los derechos patrimoniales de quienes han de ser reparados de las consecuencias dañinas de los hechos”⁴⁵².

Desarrollada para garantizar la utilidad del proceso, impidiendo maniobras tendentes a burlar su eficacia y el pleno ejercicio del *ius puniendi* Estatal, propiciando la preservación de una atmósfera procesal que haga viable la entrega de una prestación jurisdiccional justa, la actividad cautelar en el proceso criminal español se agrupa en dos grandes apartados o clases, conforme afecte a la libertad del sospechoso o acusado (medidas cautelares personales), o se proyecte sobre el patrimonio, asegurando la reparación de los daños emergentes de la práctica de una infracción penal (medidas cautelares reales o patrimoniales)⁴⁵³.

⁴⁵² Cfr. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, ob. cit., p. 266.

⁴⁵³ En general, sobre medidas cautelares, puede verse: MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, ob. cit., p. 271; ESCUSOL BARRA, Eladio, ob. cit., p. 400; MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, 17ª ed., Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 465-466; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, ob. cit., p. 394; RIFÁ SOLER, José María, VALLS GOMBAU, José Francisco. *Derecho Procesal Penal*, Iurgium Editores, Madrid, 2000, p. 162; RIFÁ SOLER, José María, RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, RIAÑO BRUN, Iñaki, ob. cit., pp. 225-258; GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., pp. 481-579; LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 262-278; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., Editorial AGESA, Madrid, 1987, p. 206; PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Editorial Trivium, Madrid, 1985, pp. 57-83; ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Editorial Bosch, Barcelona,

Constituyen medidas cautelares de naturaleza personal, según la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española: la citación cautelar⁴⁵⁴, la detención⁴⁵⁵, la prisión provisional y la libertad provisional⁴⁵⁶. Como medidas cautelares reales que pueden ser adoptadas para asegurar las consecuencias pecuniarias derivadas del proceso, prevé la LECrim la fianza y los embargos (arts. 589 e 597)⁴⁵⁷.

1991, pp. 57-68. Anótese, no obstante, que no hay unanimidad en relación a esta clasificación. ORTELLS RAMOS, Manuel. *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, nº 244, 1978, pp. 488-489, por ejemplo, clasifica las medidas cautelares de la siguiente forma: a) del proceso penal: personales, patrimoniales y relativas a la práctica anticipada de pruebas; b) del proceso civil acumulado al penal. FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., v. II, Editorial Labor S.A., 1952, p. 120, utilizando la expresión *actos cautelares*, las divide en actos cautelares personales y reales, pero agrega entre los últimos los actos destinados a asegurar los medios de prueba. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos, ARAGONESES ALONSO, Pedro, ob. cit., pp. 284-289, adoptan la terminología "actos de coerción personal y actos de coerción real". Entre los primeros, incluyen las medidas aseguradoras de la presencia del inculcado, como la prisión, y las medidas aseguradoras de la prueba. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Editorial Tecnos, 1989, p. 249, adoptan una subdivisión en actos y medidas de aseguramiento de los sujetos y los objetos del proceso penal.

⁴⁵⁴ También denominada orden de comparecencia, "es la mínima constricción posible de la libertad personal, en cuanto tiene por objeto simplemente oír al imputado". Cfr. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y otros, ob. cit., p. 395.

⁴⁵⁵ Para MORENO CATENA, Víctor, GIMENO SENDRA, Vicente y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Editorial COLEX, Madrid, 1999, p. 476, se trata de una medida provisionalísima, que consiste "en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, así como ponerlo a disposición de la autoridad judicial, bien, si se encuentra ya en dicha situación, de resolver sobre la mixta, restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos interina".

⁴⁵⁶ Como señala ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 222, consiste en una limitación de la libertad del imputado, que queda sujeto al cumplimiento de determinadas prestaciones, que pueden garantizarse a través de diversos mecanismos, únicos o conjuntos.

⁴⁵⁷ Algunos autores incluyen el secuestro y la prueba anticipada, entrada y registro en lugar cerrado y la detención y apertura de correspondencia. Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, ob. cit., p. 489; GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 566. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, ob. cit., p. 429, entiende por medidas cautelares reales no sólo aquella referente a pretensión de resarcimiento acumulable a la acción penal como la restitución de cosa, reparación de daño e indemnización de perjuicios, sino también la condena al pago de una multa y la condena en costas.

Se debe observar que el ordenamiento procesal penal admite la adopción de innumerables medidas que también posibilitan la limitación en el ejercicio de derechos hasta antes de una decisión definitiva, pero que no son *auténticamente* cautelares⁴⁵⁸.

En efecto, al lado de las clásicas medidas cautelares señaladas, el ordenamiento procesal permite la adopción de medidas con diferentes finalidades, que dan lugar a una limitación o privación de determinados derechos. Son medidas que no se deben confundir con la detención, prisión provisional o libertad provisional, puesto que son distintos los bienes jurídicos sobre los cuales recaen. Tampoco afectan a la libertad ambulatoria, ya que son medidas idénticas a las penas. De este modo, se asemejan más a las medidas provisionales o anticipatorias que a las medidas cautelares. Constituyen dos realidades distintas no sólo bajo el punto de vista conceptual, sino también en razón de sus presupuestos⁴⁵⁹.

En esencia, aunque sujetas a ciertos presupuestos comunes, estas medidas son diferentes de las medidas cautelares, porque persiguen finalidades totalmente ajenas a aquellas. A pesar de que, en ocasiones estén reguladas por el mismo precepto legal. Estas providencias no son medidas genuinamente cautelares, siendo el desconocimiento del legislador al respecto “uno de los factores que mayores confusiones ha producido y sigue produciendo en la materia”⁴⁶⁰.

En este grupo se incluyen las medidas de protección como la privación provisional de la licencia de conducir, la suspensión de cargos públicos, la

⁴⁵⁸ Vid., entre otros, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pp. 267 y 309; MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco. *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*, en “Justitia”, 2002, p. 117.

⁴⁵⁹ Vid., por todos, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 267.

⁴⁶⁰ Cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., p. 117.

suspensión de actividades o el cierre de empresas y establecimientos, el secuestro de publicaciones y su prohibición de difusión. También de esta naturaleza son las medidas de protección como la prohibición de residir, frecuentar o aproximarse a determinados locales, de aproximación o comunicación con determinadas personas (art. 544 bis LECrim)⁴⁶¹, que buscan el alejamiento o distanciamiento entre el agresor y la víctima. A éste propósito, a través de la Ley 27/2003 (completada posteriormente por la Ley LO 1/2004), se instituyó la orden judicial de protección⁴⁶², destinada a otorgar protección integral y específica para las víctimas de violencia doméstica (art. 544 ter LECrim).

Analizando este complejo elenco de medidas, MÁLAGA DIÉGUEZ observa que el actual sistema de tutela provisional en el proceso penal español es defectuoso, obsoleto y contradictorio, situación que se debe principalmente al proceso de reforma puntual del ordenamiento procesal penal español, que trajo consigo un “sin fin de disfunciones, lagunas y problemas interpretativos”⁴⁶³.

⁴⁶¹ Según MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., p. 119, a pesar de haber sido ubicada en el campo de la libertad provisional, siendo definida como medida cautelar por la Exposición de Motivos de la LO 14/1999, se trata de una “típica medida provisional de naturaleza tuitiva-coercitiva o de seguridad, cuya finalidad es exclusivamente la protección de la víctima del presunto delito, sus familiares y allegados mediante la intimación al imputado para que se mantenga alejado de los mismos”.

⁴⁶² La ubicación sistemática del precepto así como la propia dicción legal conducen a situar sus prevenciones entre las medidas cautelares. Pero su finalidad no es otra que la protección de la víctima: su fundamento no es el *periculum in mora*; no se trata ni de asegurar la presencia física del encausado en el proceso, ni de garantizar la ejecución de la pena, admitidos convencionalmente como objetivos propios y definidores de las medidas cautelares personales. No constituyen medidas cautelares en sentido estricto, son simplemente medidas coercitivas personales. Al respecto, vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, ob. cit., p. 415. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 319, afirman que se trata de un mecanismo “más amplio que las simples medidas limitativas de derechos que pretende, por encima de cualquier otra consideración, dispensar a la víctima una protección completa en el proceso penal, evitándole el peregrinar a la jurisdicción civil y activando los mecanismos asistenciales administrativos”.

⁴⁶³ Cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., p. 113.

Siguiendo este planteamiento, una de las principales dificultades en el estudio de la tutela cautelar se debe a la incorrecta asimilación entre medidas provisionales cautelares y medidas provisionales con finalidad no cautelar. La carencia de concordancia y uniformidad en el sistema cautelar viene reflejándose en la constante confusión entre medidas cautelares y medidas provisionales⁴⁶⁴.

Partiendo del presupuesto de que las medidas cautelares son aquellas cuya finalidad es garantizar la eficacia de la decisión que será dictada en un proceso pendiente o de inmediata iniciación, todas aquellas que persiguen otras finalidades no pueden ser de tal manera calificadas. Sin embargo, es necesario percatarse de que, según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, medidas tradicionalmente consideradas cautelares pueden ser adoptadas con objetivos distintos de aquellos pasibles de recibir este rótulo. Es justamente lo que ocurre con la prisión provisional.

Bajo este prisma, se pueden conceptualizar las medidas provisionales como todas aquellas que recaen sobre la persona o patrimonio del imputado, de un responsable civil o incluso de un tercero, limitando sus derechos personales o patrimoniales y que se adoptan con el objetivo de impedir durante el transcurso del juicio determinadas actuaciones de sus destinatarios que se estiman dañinas o perjudiciales.

La distinción en relación a las medidas cautelares se concretan a partir de las finalidades perseguidas. En el caso de las medidas cautelares, el objetivo no es otro que garantizar la eficacia de una eventual sentencia condenatoria. En las medidas provisionales, que pueden coincidir con las cautelares, las finalidades que pueden ser perseguidas son diferentes y pueden ser resumidas en dos: el aseguramiento de la prueba y la protección

⁴⁶⁴ En este sentido, véase principalmente MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., pp. 116-120.

de las víctimas actuales o hipotéticas del presunto delincuente, mediante la prevención de la reiteración delictiva.

En realidad, la naturaleza de la prisión provisional está estrechamente ligada a la función que está llamada a desempeñar. Dicho de otro modo, la finalidad de la prisión provisional condiciona su naturaleza jurídica. Estando dirigida a asegurar la efectividad del proceso, la prisión provisional será una medida genuinamente cautelar, mientras que estando a servicio de otras finalidades (legítimas) será calificada como provisional.

Sin embargo, independientemente de su configuración como medida cautelar o provisional, se constituye como el acto procesal que más intensamente implica la restricción del derecho fundamental de la libertad y, por lo tanto, está condicionada teleológicamente por los principios de la presunción de inocencia y de la proporcionalidad, debiendo además revestirse de las siguientes características: jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisional y homogeneidad.

4.2 Características de la prisión provisional

4.2.1 Jurisdiccionalidad

Es la primera característica de la prisión provisional, que deriva del hecho de que sólo podrá ser acordada en el ámbito de un proceso penal por un órgano dotado de poder jurisdiccional, es decir, por Jueces o Tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional.

El fundamento de este presupuesto es evidente. La prisión provisional implica la restricción de un derecho fundamental – libertad – que constituye un valor superior y conformador de todo el ordenamiento jurídico (art. 1.1

CE), imprescindible para la dignidad de todo ser humano. En este ámbito, la Jurisdicción goza de total monopolio, ya que a ningún otro Poder del Estado le ha sido otorgada la posibilidad de restringir un derecho fundamental.

Conforme escribe ASECIO MELLADO, la jurisdiccionalidad constituye una característica que deriva de la indisponibilidad del derecho a la libertad, en función de su naturaleza público-constitucional, del carácter instrumental que le es innato, y también del principio de la exclusividad de la jurisdicción, consagrados en los arts. 25.3 y 117.3 de la Constitución Española⁴⁶⁵, que supone negativamente que los órganos integrantes de la Administración no podrán imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen en privación de libertad.

La jurisdiccionalidad deriva naturalmente del carácter instrumental de la medida porque, estando subordinada a un proceso y posterior sentencia, supone que deberá corresponder a los órganos de jurisdicción encargados de la etapa declarativa o de ejecución y, consiguientemente, “su adopción le ha de estar vedada a las autoridades administrativas”⁴⁶⁶.

En la misma línea de razonamiento, observan SERRA DOMÍNGUEZ y RAMOS MÉNDEZ que la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares es determinada por la naturaleza jurisdiccional de la resolución definitiva. Por contener los elementos jurisdiccionales típicos, y sobretudo por su carácter instrumental en relación con un ulterior pronunciamiento jurisdiccional, no se puede dudar del carácter jurisdiccional de las medidas cautelares⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 49.

⁴⁶⁶ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 50.

⁴⁶⁷ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Las medidas cautelares en el proceso civil. Teoría General de las medidas cautelares. Medidas provisionales en relación con las personas. Intervención judicial de bienes litigiosos*, Barcelona, 1974, p. 31.

En el seno de la prisión provisional, el principio de la exclusividad de la jurisdicción implica que sólo podrá ser adoptada por el órgano jurisdiccional competente, es decir, “el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa” (art. 503 LECrim). Así pues, no se atiende al principio con cualquier orden judicial, sino que únicamente con una resolución emanada del órgano jurisdiccional competente que, por fuerza de mandato constitucional, deberá ser independiente e imparcial.

Para MÁLAGA DIÉGUEZ, este principio, que es aplicable no sólo a la prisión provisional sino también a las medidas cautelares en general, encuentra en el instituto de la detención una excepción, ya que podrá ser llevada a efecto por el Ministerio Público, practicada directamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y también por particulares. A pesar de que el sistema procesal penal parece calificar a las detenciones pre-procesales como verdaderas medidas cautelares o provisionales⁴⁶⁸, hay que concluir que no se puede hablar de jurisdiccionalidad⁴⁶⁹.

Justamente en razón de esta situación, al estudiar el régimen jurídico general de las privaciones de libertad, BANACLOCHE PALAO observa que ni la Constitución Española, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos, instrumentos habitualmente invocados como fundamentos de la exigencia de jurisdiccionalidad en relación a las medidas cautelares, exigen que las privaciones de libertad deban ser necesariamente acordadas por un órgano que desempeñe función jurisdiccional, correspondiendo a la ley indicar la forma en como debe aplicarse la medida. Lo que se puede deducir de aquellos preceptos normativos y “del espíritu mismo de la totalidad del texto

⁴⁶⁸ Señala BANACLOCHE PALAO, Julio, ob. cit., pp. 292-293, que no puede ser considerada como cautelar, justamente por no completar sus características, de modo que es más pré-cautelar.

⁴⁶⁹ Cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., p. 162.

es que siempre que se limite un derecho fundamental es necesaria la oportuna intervención judicial que decida en última instancia si tal medida es o no conforme a la legalidad ordinaria y a la propia Constitución”, de modo que lo que resulta realmente exigible es la revisión judicial de la medida acordada y no su autorización previa. La referida intervención podrá acontecer antes de la detención o después de su práctica, “pero, en cualquier caso, no es posible privar a nadie de su libertad personal y mantenerlo en tal situación sin que tal conducta haya sido autorizada por la autoridad judicial competente”⁴⁷⁰.

Estamos en desacuerdo con este planteamiento. A nuestro parecer la detención también constituye una medida cautelar que no resulta de la autotutela administrativa, sino que constituye un acto procesal penal y, como tal, está fundamentado y sometido siempre a la potestad jurisdiccional penal⁴⁷¹.

Por lo que se refiere a la prisión provisional, sin embargo, la nota de la jurisdiccionalidad, que constituye una garantía inherente al derecho de libertad que enuncia el artículo 17 de la Constitución Española, “puede predicarse en sentido propio y estricto, con una auténtica y esencial virtualidad: no puede existir prisión provisional no jurisdiccional. Esta medida es una medida siempre y exclusivamente adoptable por los órganos que integran la Administración de Justicia penal”⁴⁷².

⁴⁷⁰ Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio, ob. cit., pp. 274-275.

⁴⁷¹ En este mismo sentido, véase GIMENO SENDRA, Vicente. *La prisión provisional...*, ob. cit., p. 142.

⁴⁷² Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 62.

4.2.2 Instrumentalidad

Reconociendo en la instrumentalidad la nota verdaderamente típica de las medidas cautelares, CALAMANDREI señalaba que éstas no constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una medida definitiva⁴⁷³.

Conforme a su conocida lección, en relación al derecho sustancial, la tutela cautelar es una tutela mediata, mediante la cual “más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”. En ellas se identifica una instrumentalidad calificada, puesto que funcionan como un medio predispuesto para el éxito de la providencia definitiva que, por su parte, es un medio para la actuación del derecho. Por ello, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, constituye un “instrumento del instrumento”⁴⁷⁴.

La delimitación conceptual propuesta –las medidas cautelares están preordenadas a la emanación de una futura resolución definitiva–, permite diferenciar las genuinas medidas cautelares de otras medidas procesales que, aunque mantengan alguna semejanza, no buscan garantizar la ejecución de una resolución futura y, por lo tanto, no pueden ser consideradas verdaderamente cautelares.

Así las cosas, es cierto que la instrumentalidad tiene un valor distintivo innegable, en cuanto toda pretendida medida cautelar que no esté dirigida a una ulterior medida principal no puede ser considerada como cautelar⁴⁷⁵.

⁴⁷³ Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 44.

⁴⁷⁴ Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio...*, ob. cit., p. 45.

⁴⁷⁵ En este sentido se manifiestan SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, RAMOS MÉNDEZ, Francisco, ob. cit., p. 16.

En la medida que tiene por objeto impedir determinadas conductas dañinas del imputado durante el transcurso del proceso, con la intención de garantizar la eficacia del proceso y su normal desarrollo, es lógico concluir que las medidas cautelares cumplen una función instrumental.

Conforme pone de relieve ORTELLS RAMOS, esta concepción de la instrumentalidad contiene dos elementos fundamentales. En primer lugar, implica la existencia de dos resoluciones o de dos situaciones jurídicas, una instrumental y otra final. No habiendo esta dualidad de situaciones, la medida no podrá recibir el rótulo de cautelar. En segundo lugar, la instrumentalidad no deriva de una actividad dirigida a aportar elementos para la formación de la resolución principal, o porque de ella dependa la validez y eficacia jurídica de la resolución principal, sino porque “posibilita o facilita que la resolución principal sea eficaz en la práctica, es decir, tenga una incidencia en la esfera de lo real, correspondiente a lo que jurídicamente debe ser”⁴⁷⁶.

PEDRAZ PENALVA, apoyado en la lección de LANCELOTI, afirma que es evidente que estas medidas encuentran su razón de ser en la funcionalidad o dependencia que las origina, careciendo por sí y en sí mismas de significado, “si no es en relación a un proceso principal que les da vida y cuyas vicisitudes las afectan plenamente”⁴⁷⁷.

Las medidas cautelares, por lo tanto, no son adoptadas en un proceso independiente que persigue por sí solo la satisfacción de pretensiones, sino que son “instrumento del instrumento”, es decir, con ellas se busca garantizar que el proceso principal tenga un eficaz funcionamiento.

⁴⁷⁶ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, ob. cit., p. 466.

⁴⁷⁷ Cfr. PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Las medidas cautelares reales...*, ob. cit., p. 85.

Se identifica una relación de dependencia o subordinación de las medidas cautelares en relación a la resolución definitiva. En sí mismas consideradas, las medidas cautelares carecen de un valor, que sólo puede ser verificado en relación al proceso principal. Sobreviniendo una decisión firme en el proceso, la medida cautelar queda sin efecto, sea porque se convierte en medida ejecutoria, sea porque ya no presenta la situación material que tenía como objetivo garantizar.

Toda institución de garantía, como es la medida cautelar, está justificada y encaminada a una institución principal de la cual depende y cuyas vicisitudes le afectan profundamente. SERRA DOMÍNGUEZ y RAMOS MÉNDEZ consideran “la instrumentalidad como una nota propia de la medida cautelar que pone de relieve su vinculación con la pretensión deducida en el proceso, pretensión que normalmente será actuada en la sentencia definitiva, pero que puede resultar modificada en el transcurso del proceso, en cuyo caso su suerte llevará aparejada la de la medida cautelar”⁴⁷⁸.

Aunque actúe como instrumento de garantía de éxito de un proceso principal, estimamos que no hay impedimento para que la medida cautelar sea adoptada hasta antes de la instauración del proceso criminal, puesto que, en cualquier caso, tendrá como referente un proceso principal.

De esta opinión discrepa GUTIÉRREZ DE CABIEDES, que sostiene que esta característica, aplicada a la prisión provisional, teniendo en cuenta su especial gravedad, exige que la pendencia del proceso principal “debe serlo necesariamente en sentido estricto (actual, no inminente) no cabiendo una medida de prisión ante causa, previa a la incoación del proceso penal”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, RAMOS MÉNDEZ, Francisco, ob. cit., p. 16.

⁴⁷⁹ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 68.

Es oportuno destacar que la noción de instrumentalidad no debe ser comprendida únicamente como una vinculación con un proceso, sino que también implica una vinculación con el objeto del proceso y con los hechos que sirven para identificarlo, es decir, especialmente en relación a la prisión preventiva, la instrumentalidad se vincula “con la sentencia cuyo cumplimiento se intenta asegurar y con la tramitación que se pretende garantizar”⁴⁸⁰.

Resáltese que, incluso cuando la prisión provisional no esté vinculada estrictamente a la eficacia del proceso, como cuando se dirige a la protección de la víctima, no es posible su imposición de modo autónomo, sin la existencia de un proceso jurisdiccional. La adopción de la medida, entonces, siempre cumplirá una función instrumental y accesoria respecto del juicio.

4.2.3 Provisionalidad

CALAMANDREI parte de la distinción entre provisionalidad y temporalidad. Subraya que temporal es lo que no dura siempre, lo cual, con independencia de que sobrevenga otro evento, tendría por sí mismo duración limitada. Provisorio sería, en cambio, justamente lo que está destinado a perdurar hasta que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual es estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. Con base en esta distinción, asegura que la calidad de provisional de las medidas cautelares significa que sus efectos jurídicos no sólo poseen duración temporal, sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la medida cautelar y la emanación de otra actuación jurisdiccional. La provisionalidad sería, entonces, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos

⁴⁸⁰ Cfr. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, ob. cit., p. 268.

de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera⁴⁸¹.

En este sentido, se afirma que la providencia cautelar tiene efectos provisorios no porque (o no necesariamente porque) la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria y deba, por consiguiente, estar acompañada de una menor estabilidad de efectos, sino porque la relación que la providencia cautelar constituye está, por su naturaleza, destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia⁴⁸².

En relación a la prisión provisional, la provisionalidad significa que su vigencia está inevitablemente condicionada por la pendency de un proceso principal que, una vez finalizado, implicará el cese definitivo de aquella medida, sea porque se reveló improcedente, o porque se convirtió en una medida de ejecución. Pretendiendo asegurar la efectividad de la resolución final, una vez terminado el proceso y dictada ésta, la medida deberá necesariamente desaparecer, sea por revelarse improcedente o por su conversión en medida de ejecución, es decir, “revocando la medida y ordenando la inmediata puesta en libertad del inculpado, o, en cambio, transformándose en pena, con las consiguientes consecuencias que ello comporta en el régimen penitenciario (modificando con ello no sólo su naturaleza, sino sus características y régimen de cumplimiento)”⁴⁸³.

⁴⁸¹ Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio...*, ob. cit., pp. 36-37.

⁴⁸² Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio...*, ob. cit., p. 40.

⁴⁸³ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 82.

Sin embargo, por su característica singular, la prisión provisional no se encuentra solamente condicionada por la duración del proceso principal. Debido a la temporalidad en que se envuelve, la medida tiene su tiempo limitado en plazos máximos de duración que fueron previamente establecidos por el legislador procesal, en atención al principio de proporcionalidad.

El hecho de que sólo puede durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal no significa, sin embargo, que no pueda cesar antes de que este concluya o expirado el plazo máximo legalmente establecido, lo que deberá ocurrir cuando se hubiere modificado los presupuestos o circunstancias que justificaron su adopción. De ahí que se pueda predicar su carácter *rebus sic stantibus*, ya que solamente actúan mientras subsisten los presupuestos que justificaron su adopción.

En efecto, constituyendo un “instrumento del instrumento”, un medio para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, no tiene sentido que, desapareciendo los motivos que dieron oportunidad a la adopción de la medida cautelar personal, continúe produciendo efecto. Así, sin perjuicio de su limitación temporal, estas medidas también se caracterizan por su variabilidad o modificabilidad, de modo que, una vez acordadas y llevadas a efecto, podrán ser modificadas en cualquier tiempo y cuantas veces sea necesario, siempre que haya un cambio en las circunstancias que justificaron su adopción.

Tratando sobre la regla *rebus sic stantibus* en el ámbito de la prisión provisional, GUTIÉRREZ DE CABIEDES explica que como las razones que dictaron su imposición pueden variar, acentuándose, disminuyendo o, incluso, desapareciendo, el principio de la necesidad indica que la medida deberá ajustarse a estas nuevas circunstancias, que fundamentan y

condicionan su existencia, y que “sólo debe mantenerse mientras permanezca invariada la situación con base en la cual se adoptó”⁴⁸⁴.

Como una exigencia interna de la provisionalidad y de la temporalidad, ese carácter *rebus sic stantibus* fue expresamente contemplado en la LECrim que, entre otras disposiciones que hacen referencia al mismo, en su artículo 504.1, dispone que “La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”, y en el artículo 539 determina que “Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa”.

4.2.4 Homogeneidad

En la medida en que se considera que la prisión provisional tiene como objetivo principal el aseguramiento de la efectividad de la resolución definitiva que será dictada en un determinado proceso, o aún que suponga “en muchas ocasiones una suerte de anticipación de la ejecución de la eventual condena”⁴⁸⁵, es lógico que cualitativamente deberá revestirse de las mismas características que la medida ejecutiva⁴⁸⁶.

En palabras de MONTERO AROCA, si las medidas cautelares pretenden garantizar que el proceso cumpla de modo efectivo la satisfacción de la pretensión, “habrán de ser homogéneas con las medidas ejecutivas”⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 83.

⁴⁸⁵ Cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., p. 164.

⁴⁸⁶ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, RAMOS MÉNDEZ, Francisco, ob. cit., p. 19.

⁴⁸⁷ Cfr. MONTERO AROCA, Juan. *Trabajos de Derecho Procesal*. Editorial Bosch, Barcelona, 1988, p. 435.

Sin embargo, es conveniente señalar que esta homogeneidad que debe existir entre medida cautelar y ejecutiva no significa plena identidad⁴⁸⁸, ya que responden a diferentes presupuestos y finalidades y principalmente por ser distinto el título que les legitima, ya que, en relación a las medidas ejecutivas, se exige la previa declaración del derecho, mientras que, para las cautelares, es suficiente la mera apariencia fundada y el riesgo de retraso en su efectividad.

Parafraseando a CARRERAS, citado por MONTERO AROCA, si la homogeneidad significase plena identidad entre medida cautelar y ejecutiva, entonces no se estaría asegurando, sino ejecutando⁴⁸⁹.

Lo importante es no perder de vista esta nota distintiva, especialmente porque la prisión que resulta de una pena criminal o de la prisión provisional, al fin y al cabo, afectan de igual manera a la libertad del sujeto. A pesar del distinto título jurídico, esta similitud fue incluso tenida en cuenta en la propia ley al disponer que el tiempo de prisión provisional deberá ser abonado en su totalidad en el cumplimiento de la condena⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, en “El sistema de medidas cautelares”, Pamplona, 1974, p. 9, sostiene que la homogeneidad se verifica no entre la medida cautelar y la ejecutiva, sino entre aquellas y el derecho sustantivo tutelado. Sin embargo, estamos en desacuerdo con este planteamiento. A nuestro juicio, siguiendo a SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, ob. cit., p. 30, “si bien es cierto que para obtener sentencia favorable basta con la demostración de la existencia del derecho, mientras que para conseguir una medida cautelar es preciso normalmente justificar la existencia de un peligro derivado del retraso en su efectividad, siendo uno de los presupuestos idénticos en su esencia aunque diverso en su justificación –derecho afirmado–, no puede en forma alguna crearse un nuevo derecho sustancial determinado paradójicamente solo por una circunstancia extraña al derecho principal como sería el riesgo eventual y temporal de su duración”. Por lo tanto, aunque la característica de la homogeneidad pero no identidad es aplicable a las medidas cautelares, no cabe hablar de derecho sustantivo alguno.

⁴⁸⁹ Cfr. MONTERO AROCA, Juan. *Trabajos de...*, ob. cit., p. 435.

⁴⁹⁰ Véase artículo 58 del Código Penal, con la modificación que ha operado la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Para GIMENO SENDRA y DÍAZ MARTÍNEZ, *de lege ferenda*, debería modificarse este punto de las medidas cautelares, transformándolas en menos homogéneas o más autónomas que las de ejecución, porque “la vinculación del imputado al proceso, el obtener su futura personación en el juicio oral, no tiene siempre que pasar por la negación de su derecho a la libertad”⁴⁹¹.

Subráyese que estas características no mantienen entre sí una relación excluyente, por el contrario, “se hallan en estrecha interdependencia y mutuamente se complementan”⁴⁹², siendo la conjugación de todas ellas las que permite identificar a una determinada medida como cautelar o, de modo más amplio, provisional.

Es importante fijar que la doctrina científica y jurisprudencial, al tratar de las características de las medidas cautelares, no siempre utiliza una terminología coincidente, siendo distinto también su tratamiento y estructuración⁴⁹³.

A éste propósito, el Tribunal Constitucional Español ha sido enfático al proclamar que “tanto en su adopción como en su mantenimiento, es una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente, la justifican y delimitan”⁴⁹⁴.

Examinados los puntos que, de acuerdo con la literatura científica, se pueden atribuir a las medidas provisionales y, en especial, de la prisión

⁴⁹¹ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 475.

⁴⁹² Cfr. LLESCAS RUS, Angel-Vicente. *Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1995, p. 68.

⁴⁹³ Vid. al respecto GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 61.

⁴⁹⁴ Cfr. STC 128/1995, de 26 de julio.

provisional, se impone razonar sobre los presupuestos actuales para su configuración. Antes, sin embargo, se hace necesaria una breve alusión al desarrollo legislativo de la materia.

4.3 La regulación de la prisión provisional en el ordenamiento jurídico español: evolución histórica

La evolución legislativa de la prisión provisional tiene su punto de partida en las Constituciones de 1812, 1869 y 1876. La Ley Procesal de 1872 y la Compilación de 1879 contemplaban algunas normas reguladoras, llegándose hasta los arts. 503 y 504 de la LECrim de 1882. A partir de ahí, varias disposiciones legales trataron sobre la materia, como la Ley de 17 de enero de 1901; la Ley de 31 de diciembre de 1908; el RD Ley de 17 de noviembre de 1928; el Decreto de 31 de mayo de 1931; la Ley de 10 de setiembre de 1931; el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1957; el Decreto-Ley de 23 de noviembre de 1957; la Ley de 2 de marzo de 1957; la Ley de 2 de diciembre de 1963 y la Ley 10/1978, de 20 de febrero⁴⁹⁵.

Sin embargo, la esencia del instituto de la prisión preventiva, constante en los artículos 503 y 504, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, permaneció prácticamente inalterada por casi un siglo. Fue a partir de la Constitución Española de 1978 cuando se realizaron reformas que alcanzaron a los requisitos esenciales de la materia.

Después de intentos frustrados de aprobación de un nuevo código de proceso penal, la primera reforma de la materia se efectuó a través de la Ley de 22 de abril de 1980, dictada como consecuencia de la convulsión social

⁴⁹⁵ Sobre todo este desarrollo normativo, vid. BALLESTEROS MARTÍN, Javier Mariano. *Cuestiones relativas a la prisión provisional en el derecho español*, en "La Ley", 2002-1, p. 1789; BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional...*, ob. cit., p. 29.

generada a partir de la inseguridad ciudadana que estremecía a la sociedad en aquella época. Para responder a la exigencia popular de seguridad, la Ley 16/1980 modificó la redacción de los artículos 503, 504 y 505 de la LECrim, convirtiendo la prisión provisional en una medida policial y de seguridad, además de ser prácticamente automática y obligatoria cuando se dieran ciertas situaciones.

Conforme a lo dispuesto en el preámbulo del Proyecto remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados, las circunstancias hoy concurrentes de aumento de un cierto tipo de delincuencia, que sin ser de extrema gravedad atenta a la tranquilidad ciudadana, hace aconsejable un mayor rigor de las medidas provisionales que el juez pueda decretar para asegurar la presencia del detenido.

Endureciendo la regulación anterior, la Ley 16/1980 permitió la adopción de la prisión preventiva en casos de delitos castigados con simple arresto mayor e incluso cuando la pena prevista fuese inferior, teniendo en cuenta la alarma que haya podido producir el hecho, los antecedentes y circunstancias del inculpado o el fundado temor de que no comparezca al llamamiento de la autoridad judicial, siendo posible extenderla hasta la mitad de la pena prevista para el delito.

Respondiendo al problema de la seguridad ciudadana, la legislación referida modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal “en un sentido claramente regresivo al ampliar desmesuradamente el ámbito de aplicación de la prisión preventiva”⁴⁹⁶. La mencionada ley recrudesció notablemente el rigor de la prisión provisional, generalizándola para todos los supuestos en que la pena prevista fuere superior a arresto mayor.

⁴⁹⁶ Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Prisión preventiva y penas privativas de libertad*, en “Estudios Penales y Criminológicos”, vol. VII, Santiago de Compostela, 1984, p. 287.

De este modo, como señalaba ANDRÉS IBÁÑEZ, por inconfesadas razones de defensa social, convirtieron la medida en “pura anticipación generalizada del cumplimiento de la pena en un momento que sin embargo se dice cubierto por la presunción de inocencia”⁴⁹⁷.

Sin embargo, como puso de relieve la doctrina, las circunstancias de aumento de un cierto tipo de delincuencia que atenta a la seguridad ciudadana, “hay que ponerlas en relación con los fines que persigue la prisión provisional y determinar si realmente concuerdan con ellos o, por lo contrario, se le asignan a la prisión provisional funciones a las que no está preordenada”⁴⁹⁸.

Por ello, la lógica constante de la Ley de Enjuiciamiento Criminal acabó siendo transformada, de modo que la prisión provisional pasó a ser la regla general y no la libertad provisional. La medida que debería ser excepcional, pasó a ser aplicada de modo automático, como regla general y, en consecuencia, la libertad se convirtió en excepcional⁴⁹⁹.

Criticando el esquema empleado por la Ley 16/1980, señalaba MORENO CATENA, que para aceptar el encarcelamiento del inculpado como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito, era preciso partir del esquema lógico de la presunción de culpabilidad y no de la presunción de inocencia. Por otra parte, la obligatoriedad de la imposición de la prisión provisional en la mayoría de los supuestos daba un giro radical a todo el sistema y denotaba una clara involución⁵⁰⁰. Por lo demás, la medida se activaba de forma prácticamente automática,

⁴⁹⁷ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Cien años después. Lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. En “Poder Judicial”, nº 4, 1982, p. 44.

⁴⁹⁸ Cfr. MORENO CATENA, Víctor. *En torno a la prisión provisional...*, ob. cit., p. 651.

⁴⁹⁹ Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, ob. cit., p. 287.

⁵⁰⁰ Cfr. MORENO CATENA, Víctor. *En torno a la prisión provisional...*, ob. cit., p. 652.

circunstancia que se aliaba con una minusvaloración de la necesaria motivación del auto.

Todas estas circunstancias vulneraban principios constitucionales, además de normas reconocidas en tratados internacionales de protección a la persona humana, de ahí el por qué del rechazo generalizado de la doctrina contra aquella regulación.

Pese a la severidad de la normativa, el Tribunal Constitucional Español, basándose en principios constitucionales y normas internacionales de protección a la persona humana, acabó moderando su aplicación, limitando los efectos nefastos que la interpretación literal de sus disposiciones estaba generando⁵⁰¹.

Comentando decisiones dictadas en relación a los preceptos de la Ley 16/1980, apuntaba PÉREZ GORDO que el Tribunal Constitucional alertó de la necesidad de una interpretación de la legislación que se ajustase a los textos jurídicos internacionales, en especial a los principios mencionados por la Resolución n. 11 del Consejo de Europa, en razón de los cuales la prisión provisional debería ser considerada una medida excepcional y no obligatoria, teniendo en cuenta para su adopción las circunstancias del caso concreto, no pudiendo jamás ser mantenida con fines punitivos⁵⁰².

De todos modos, la severidad de aquella regulación “condujo a un clima de inseguridad en las prisiones y al hacinamiento, a costa de presos preventivos”⁵⁰³. Como afirmaba LANDROVE DÍAZ, la prisión provisional era, en definitiva, “el título bajo el que se encuentran un gran número de personas

⁵⁰¹ Véase SSTC 41/1982 e 42/1982, ambas del 2 de julio.

⁵⁰² Cfr. PÉREZ GORDO, Alfonso, ob. cit., p. 34.

⁵⁰³ Cfr. PRIETO RODRIGUEZ, Javier I. *La medida de prisión provisional: privación de libertad sin condena*, en “Actualidad Penal”, 1988-1, p. 1350.

privadas de libertad en España”, correspondiendo aproximadamente el 62% de la población reclusa, a la prisión preventiva que, por término medio, duraba treinta meses⁵⁰⁴.

La Fiscalía General del Estado, principalmente frente a la sensibilización de la opinión pública con el problema, a finales de 1981, llegó a adoptar una serie de medidas buscando la agilización de los procesos. Sin embargo, dichas medidas no alcanzaron el objetivo pretendido, habiendo reconocido, la propia Fiscalía, un año más tarde, que el número de presos provisionales superaba el número de penados, representando una disfunción que exigía cambios más profundos, sobretodo en razón de la excesiva duración de las privaciones de libertad antes de la condena, situación que, al tiempo que malhería principios procesales, desacreditaba la presunción de inocencia constitucionalmente consagrada⁵⁰⁵.

Fue con la Ley 7/1983, llamada “Reforma Ledesma”, cuando se produjo la nueva reglamentación del instituto, restaurando un tratamiento restrictivo de la prisión provisional que se correspondía con la filosofía liberal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de los textos que la desarrollaron⁵⁰⁶.

Ahora ya desvinculado de la demanda social por seguridad pública, el nuevo régimen jurídico de la prisión provisional implicó un verdadero cambio de rumbo, representando un viraje radical en la lógica represiva que contaminaba la Ley 16/1980. De la prevalencia de la seguridad sobre el derecho de libertad, se pasó a la primacía del derecho a la libertad sobre el derecho a la seguridad⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, ob. cit., pp. 288-289.

⁵⁰⁵ Al respecto, vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, ob. cit., p. 289.

⁵⁰⁶ Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. *El sentido de la prisión provisional y la ley orgánica 10/1983, del 26 de diciembre*, en “La Ley”, 1985-4, p. 1076.

Para obtener la disminución del número de presos preventivos y concomitantemente la agilización de la celebración de los juicios, la nueva legislación perseguía básicamente las siguientes finalidades, según destacaba su Exposición de Motivos: a) determinar legalmente el plazo máximo de duración de la prisión provisional, cumpliendo así el mandato constante del artículo 17.4 de la Constitución de 1978; b) otorgar a la prisión preventiva un carácter excepcional y no obligatorio, impidiendo que fuese convertida en una forma de ejecución anticipada de la pena; c) cumplir la recomendación del Consejo de Europa, del 27 de junio de 1980; d) sustituir el sistema que limitaba el arbitrio judicial introducido por la Ley 16/1980.

En pocas palabras, la Ley Orgánica 7/1983 acogía así la doctrina construida por el Tribunal Constitucional Español principalmente en la fundamental Sentencia 41/1982, del 2 de Julio.

De esta manera, fueron fijados los límites para la duración de la prisión provisional, rebajando significativamente los plazos máximos de duración de la medida, estableciéndose en seis meses para delitos castigados con pena de prisión menor o inferior y, en dieciocho meses, en los demás casos, pudiendo prolongarse hasta el límite de treinta meses cuando el delito hubiere afectado gravemente a intereses colectivos, tuviera consecuencias de ámbito nacional, se cometiera fuera de éste, o fuere de extraordinaria complejidad la instrucción de la causa. Anteriormente a la reforma, la prisión podía perdurar hasta la mitad de la pena prevista para el delito imputado, en su grado medio⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Vid. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional...*, ob. cit., p. 30.

⁵⁰⁸ A este respecto, vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio y otros. *La reforma de la prisión preventiva*, en "Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva", Editorial Comares, Granada, 1996, p. 465.

Por lo demás, se elevó a más de 6 (seis) años la pena correspondiente al delito cometido para decretar la prisión provisional, excepto cuando el imputado, sin justificación, dejase de comparecer a cualquier llamamiento judicial.

No obstante, a pesar de haber otorgado contornos más afinados a los principios constitucionales y a los textos internacionales de protección a la persona humana, acercándola a su “primigenio significado”⁵⁰⁹, siendo la reforma más importante al respecto el carácter y atribuciones de las resoluciones cautelares, “eximiéndolas de la enojosa misión de satisfacer demandas sociales de seguridad”⁵¹⁰, la verdad es que “lejos de conseguir sus objetivos, la ‘Reforma Ledesma’, con la salida rápida de presos preventivos peligrosos (unida al incremento del tráfico y consumo de drogas) generó un enorme incremento de los hechos delictivos y, por ende, de la inseguridad ciudadana; de tal forma que, al aumentar la delincuencia, se elevó de nuevo el número de presos preventivos y de procedimientos penales. En consecuencia, tampoco pudieron rebajarse los plazos medios de celebración de los juicios”⁵¹¹.

Dicha legislación posteriormente fue responsabilizada del recrudecimiento de la criminalidad frente a la liberación de presos de alta peligrosidad, dando lugar a la Ley nº 10/1984, titulada “Contrarreforma Ledesma”, impulsada por la crisis del sentimiento colectivo de seguridad ciudadana, activamente impulsada por sectores conservadores de la sociedad Española⁵¹².

⁵⁰⁹ Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, ob. cit., p. 293.

⁵¹⁰ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 27.

⁵¹¹ Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio y otros, ob. cit., p. 464.

⁵¹² Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, ob. cit., p. 1076.

Según la Exposición de Motivos de esta Ley, del 26 de diciembre de 1984, la “reforma de la reforma” de la prisión provisional se hizo atendiendo a principios constitucionales recogidos en la Ley 7/1983, así como en obediencia a la doctrina del Tribunal Constitucional, teniendo dos objetivos especiales: a) que la prisión provisional no sea aplicada con automatismo, sino que, por lo contrario, sean consideradas las circunstancias de cada caso concreto; b) la exigencia de que el órgano jurisdiccional tenga una atención especial, una mayor diligencia, en la resolución de las causas en las que existan sujetos en prisión provisional⁵¹³.

Empero, a pesar de estas afirmaciones garantistas y de la anunciada fidelidad a la doctrina Constitucional, el tratamiento otorgado a la prisión provisional la “aproxima a la pena anticipada o a la medida asegurativa, sacrificando en aras de una demagógica satisfacción de la inquietud de la opinión pública, los derechos a la libertad, a la presunción de inocencia y a un enjuiciamiento dentro de un plazo razonable”⁵¹⁴.

A través de ella fueron nuevamente modificados los artículos 503 y 504 de la LECrim, en los cuales fueron introducidos nuevos criterios de valoración, como la frecuencia en la práctica de delitos análogos y la alarma social, así como la ampliación de los motivos justificadores de la medida y del tiempo de su duración. En comparación con la legislación anterior, la posibilidad de que se decretase la prisión provisional fue ampliada, ya que no hubo limitación en relación a la pena, que podría ser prisión menor o arresto mayor, de modo que podría ser acordada en relación a todo tipo de delito.

Conforme señala BARONA VILAR, las reformas realizadas a través de las Leyes 16/1980, LO 7/1983 y LO 10/1984, “han pretendido buscar en la

⁵¹³ Cfr. CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. *De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984 del 26 de diciembre*, en “La Ley”, 1985-1, p. 1179.

⁵¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, ob. cit., p. 1079.

prisión provisional la medida de salvación a una situación socialmente crítica, introduciendo parches en la regulación de la misma, acoplándose al momento político concreto...y con ello desvirtuando el verdadero sentido y función de la prisión provisional”⁵¹⁵.

Posteriormente, a excepción de la Ley Orgánica 4/1988, que trató sobre la prisión provisional para los casos de terrorismo, solamente con la LO 5/1995, modificada mas tarde por la LO 8/1995, se procedió a nueva conformación legal de la materia, con el objetivo de tomar como presupuesto de su adopción la existencia de requerimiento formal por alguna de las partes acusadoras (la instancia de parte) y la consiguiente previsión de convocatoria de una audiencia contradictoria para debatir sobre la prisión preventiva del detenido o su libertad bajo fianza⁵¹⁶.

Esta regulación perduró hasta la edición de la LO 13/2003, que estableció un nuevo régimen legal para el instituto.

En innumerables decisiones el Tribunal Constitucional venía advirtiendo sobre las notorias dificultades de armonizar las normas constitucionales con el contenido de los arts. 503 y 504 de la LECrim, hasta que, en el año 2000, a través de la STC 47/2000, del 17 de febrero, terminó por plantearse una autocuestión de inconstitucionalidad de aquellos preceptos.

Conforme a la síntesis presentada por ARMENTA DEU⁵¹⁷, las dudas de inconstitucionalidad se cernían sobre los siguientes extremos:

⁵¹⁵ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión Provisional...*, ob. cit., p. 55.

⁵¹⁶ Vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio y otros, ob. cit., p. 469.

⁵¹⁷ Vid. ARMENTA DEU, Teresa, ob. cit., p. 210.

a) el artículo 17 CE somete la legitimidad constitucional de la prisión preventiva a múltiples exigencias, de manera que el incumplimiento de cualquiera de ellas determina la violación del derecho a la libertad (STC 44/1979);

b) la adopción de la grave medida debe partir de un presupuesto que es la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva;

c) el objeto de la prisión preventiva debe ser la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (STC 62/1966);

d) constituyen fines constitucionalmente legítimos: conjurar riesgos relevantes para el desarrollo del proceso, la ejecución del fallo, o en general, para la sociedad, como son, la sustracción del imputado de la justicia, la obstrucción de la instrucción penal, y en un plano distinto, la reiteración delictiva (STC 62/1966);

e) la medida sólo podrá ser adoptada a través de resolución motivada que debe contener un juicio ponderado sobre la concurrencia del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente legítimo (STC 128/1995);

f) aunque en un primer momento sea posible tomarse en cuenta sólo las características y gravedad del delito imputado, para su prórroga o incluso de oficio antes de la solicitud de esta última, deben incluirse los correspondientes juicios ponderados sobre las circunstancias personales y concretas del caso (STC 37/1996).

Reconociendo que la vulneración de algún presupuesto esencial de la medida no implicaba apenas una falta de tutela efectiva (art. 24 CE), sino

una lesión del propio derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante, el Tribunal Constitucional afirmó (no declaró) que la “Ley aplicada (arts. 503 y 504 LECrim) vulnera el art. 17 CE y esa vulneración ha podido ser determinante para la actuación inconstitucional de los órganos judiciales, por lo que se está en el supuesto previsto en el art. 55.2 LOTC y procede, por lo tanto, a plantearse la cuestión de inconstitucionalidad relativa a dichos preceptos”⁵¹⁸.

En virtud de la jurisprudencia afirmada por el Tribunal Constitucional en relación a la materia, que culminó con el emblemático *decisum* reconociendo que los artículos 503 y 504 de la LECrim vulneran principios de estatura constitucional, se volvió apremiante la necesidad de una nueva reformulación del régimen jurídico de la prisión provisional, capaz de adecuar la ley procesal penal a las exigencias constitucionales.

Para atender a esta aspiración y al mandato del Tribunal Constitucional, el 24 de octubre de 2003 se aprobó la Ley Orgánica 13/2003, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, y también de la LO 15/2003, de reforma del Código Penal, que introduce alguna nueva modificación⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Cfr. STC 47/2000, de 17 de febrero.

⁵¹⁹ “Artículo 502. [Prisión provisional. Adopción]. 1. Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa. 2. La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional. 3. El juez o tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta. 4. No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación. Artículo 503. [Requisitos de la prisión provisional]. 1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos: 1º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito

doloso. Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo II del título III del libro I del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). 2º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión. 3º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta Ley. Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona imputada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado. b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto. No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo. c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado. 2. También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º y 2º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer. Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad. Artículo 504. [Duración de la prisión provisional]. 1. La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción. 2. Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en los párrafos a) o c) del apartado 1.3º o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años. Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida. 3. Cuando la prisión provisional se hubiere acordado en virtud de lo previsto en el apartado 1.3º b) del artículo anterior, su duración no podrá exceder de seis meses. No obstante, cuando se hubiere decretado la prisión incomunicada o el secreto del sumario, si antes del plazo establecido en el párrafo anterior se levantara la incomunicación o el secreto, el juez o tribunal habrá de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional. 4. La concesión de la

4.4 Los presupuestos fundamentales de la prisión provisional

4.4.1 *Fumus delicti comissi*

De modo general, las medidas cautelares penales reclaman la presencia de un requisito destinado a demostrar la plausividad jurídica de la pretensión, que frecuentemente se denomina *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho en una referencia a la categoría nacida en el seno de la teoría de las medidas cautelares de naturaleza civil.

Sin embargo, la doctrina se divide en cuanto a la posibilidad de transposición para el proceso penal de conceptos construidos exclusivamente para el proceso civil, como ocurre con el llamado *fumus boni iuris*.

Se sostiene desde el rechazo del concepto de *fumus boni iuris* en sede procesal penal, pasando por su empleo exactamente en los moldes en que fue originalmente formulado, hasta un sector doctrinal que recomienda la reformulación del concepto para fines procesales penales.

Criticando el acoplamiento al proceso penal de conceptos elaborados para el proceso civil, BARONA VILAR defiende la necesidad de elaboración de una teoría cautelar propia que considere los principios, directrices y pilares fundamentales del proceso penal, sosteniendo que no hay necesidad

libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que ésta se acuerde en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal. 5. Para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa. Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia. 6. Cuando la medida de prisión provisional acordada exceda las dos terceras partes de su duración máxima, el juez o tribunal que conozca de la causa y el ministerio fiscal comunicarán respectivamente esta circunstancia al presidente de la sala de gobierno y al fiscal-jefe del tribunal correspondiente, con la finalidad de que se adopten las medidas precisas para imprimir la máxima celeridad a las actuaciones. A estos efectos, la tramitación del procedimiento gozará de preferencia respecto a todos los demás”.

y ni es conveniente partir de la teoría de las medidas cautelares civiles para la elaboración de los presupuestos materiales de la prisión provisional⁵²⁰.

PEDRAZ PENALVA, después de afirmar que “no es clara la exigibilidad en la esfera cautelar de ese presupuesto en que el ‘*fumus boni iuris*’ consiste, al menos y tal como es entendido y aplicado mayoritariamente en el ámbito procesal civil”, pregona su exigencia en relación a las medidas cautelares personales, frente a la íntima correlación existente entre ellas y la finalidad del proceso penal⁵²¹.

Analizando el tema, argumenta ARANGÜENA FANEGO que, teniendo en cuenta la distinta naturaleza, objeto de valoración e intereses protegidos por el proceso penal en relación al proceso civil, la formulación tradicional del *fumus boni iuris* no es trasplantable para el proceso penal. Reconoce la exigibilidad y validez del *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares penales, pero no de la manera como se manifiesta en el proceso civil, es decir, como apariencia del derecho en favor de quien será favorecido por la medida o, mejor dicho, en sentido de que para su adopción deba anteceder un juicio indicativo de que la resolución final será favorable a aquel que solicita la medida cautelar. Alega que, en el ámbito del proceso penal, este componente posee una configuración propia que exige un razonamiento diverso de aquel practicado en el proceso civil⁵²².

Aunque pueda admitirse que el concepto de *fumus boni iuris*, al menos del modo como fue teorizado por la doctrina civil, no encuentra un encaje perfecto en las medidas cautelares penales, en nuestra opinión nada obsta que el concepto sea invocado en este ámbito, siempre y cuando su

⁵²⁰ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *El principio de proporcionalidad...*, ob. cit., p. 847.

⁵²¹ Cfr. PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Las medidas cautelares reales...*, ob. cit., p. 102.

⁵²² Cfr. ARANGÜENA FANEGO, Coral, ob. cit., p. 46.

aplicación evidentemente no subvierta los principios y categorías jurídicas propias de esta rama del derecho procesal.

Subráyese que fue justamente en función de las singularidades que marcan este presupuesto (*fumus boni iuris*) en el ámbito del proceso penal por lo que GUARINIELLO⁵²³, con acierto, acuñó la expresión *fumus delicti comissi* como la más adecuada para expresar su contenido en este campo de aplicación⁵²⁴.

Así pues, según entendemos, el *fumus boni iuris* ajustado a las medidas cautelares penales, o más correctamente el *fumus comissi delicti*, en el ámbito del proceso penal español, se traduce a través del binomio: delito y responsabilidad criminal.

Teniendo en cuenta literalmente el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la prisión provisional presupone, desde el inicio, la coexistencia de los siguientes requisitos:

a) existencia de uno o más delitos;

b) motivos suficientes para creer responsable criminalmente por su práctica a la persona contra la cual deberá ser impuesta la medida.

Para decretar la prisión preventiva, concebida como medida auténticamente cautelar personal o simplemente provisional, especialmente por su especial capacidad de afectar derechos fundamentales como la libertad y la presunción de inocencia, es imprescindible examinar inicialmente

⁵²³ Cfr. GUARINIELLO, Raffaele. *La discrezionalità del giudice in tema di cattura e di liberta provvisoria*, en "Rev. Dir. Proc.", 1966, p. 523.

⁵²⁴ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, ob. cit., p. 473, entiende que no es adecuada esta terminología, porque "sólo denota la idea de probabilidad de comisión de un delito y no la de que ese delito ha sido probablemente cometido por una determinada persona".

estos dos componentes: delito y responsabilidad criminal (*fumus comissi delicti*).

Resulta conveniente observar, desde luego, que estos requisitos son apreciados desde un juicio de probabilidad, esto es, el *fumus comissi delicti* no hace referencia a una situación de certeza sobre la responsabilidad criminal del sujeto, aunque de igual modo no pueda ser satisfecho con la simple posibilidad.

Con anterioridad al análisis *per se* de estos dos elementos, es importante aclarar en qué consiste este juicio de probabilidad.

Como es bien sabido, las principales etapas del conocimiento que pueden ser alcanzadas dentro del proceso son básicamente clasificadas en posibilidad, probabilidad y certeza.

En relación a esto, es totalmente cierto, como puso de relieve CARNELUTTI, que la diferencia entre juicio de posibilidad y juicio de probabilidad es únicamente estadística, de modo que habrá posibilidad y no probabilidad siempre que las razones contrarias y favorables a la determinada hipótesis fueren equivalentes, puesto que el juicio de posibilidad prescinde de cualquier predominio de las razones positivas sobre las negativas o viceversa⁵²⁵. Quiere decir que, mientras la posibilidad supone una situación de equilibrio entre los motivos concurrentes para mantener una determinada convicción y los divergentes de la misma, la probabilidad denota un predominio de unos motivos sobre los otros.

En cuanto a la seguridad, sólo podrá ser alcanzada cuando fuere posible rechazar racionalmente los motivos divergentes a la hipótesis en cuestión, cuando no tuvieren fuerza suficiente para destruir el conjunto de los

⁵²⁵ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre...*, ob. cit., p. 181.

motivos afirmativos. En palabras de ARANGÜENA FANEGO, “Se logra, por lo tanto, una vez que es factible adquirir una posición de firmeza ante los hechos objeto del debate, como consecuencia del desarrollo de la actividad probatoria”⁵²⁶.

Al tratar de las providencias cautelares, señalaba CALAMANDREI que, en este campo de actuación, la cognición se limita siempre a un juicio de probabilidad y de verosimilitud. Al trasladarla al proceso penal, explicaba que, para acceder a la tutela cautelar, sería suficiente que el derecho se presentase verosímil, esto es, que, “según un cálculo de probabilidades”, fuese posible prever una resolución final favorable al derecho invocado. De cualquier manera, el resultado de esta cognición sobre la existencia del derecho tendría valor no como declaración de seguridad, sino únicamente de hipótesis⁵²⁷.

Probabilidad y certeza no se confunden. Según MITTERMAIER, habrá probabilidad cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tenga como verdadero un hecho, “pero sólo en el caso de que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido”. Deriva la probabilidad, como explica el autor, “o de que las pruebas que debieran por si mismas establecer la verdad, no se presentan a primera vista con las condiciones necesarias, o de que, en oposición a los motivos suministrados por ellas, existen otros también, muy fundamentados, en el sentido contrario, o de que la convicción no descansa sino en ciertos datos, que a pesar de su reunión, no son todavía bastante poderosos para producir la certeza”⁵²⁸.

⁵²⁶ Cfr. ARANGÜENA FANEGO, Coral, ob. cit., p. 24.

⁵²⁷ Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio...*, ob. cit, p. 77.

⁵²⁸ Cfr. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2004, p. 78.

Es necesario insistir que, si por un lado no se puede condicionar la adopción de la prisión provisional a la existencia de pruebas plenas, es decir, a un juicio de certeza, de igual forma un simple juicio de posibilidad también es insuficiente para autorizarla.

La noción de probabilidad implica el reconocimiento de que los motivos convergentes se superponen a la existencia de una determinada situación sobre los motivos divergentes. Por razones lógicas, el juicio de probabilidad es anterior y de menor intensidad que el juicio de certeza ya que en ese los motivos divergentes quedaron apartados. Se sitúa, sin embargo, enfrente de la simple posibilidad, en donde los motivos convergentes y divergentes están en posición de equilibrio.

Para la adopción de las medidas cautelares en general, no basta con la mera posibilidad del derecho, sino que es necesario algo más que esta posibilidad y algo menos que la certeza, es decir, la probabilidad. El fundamento de estas medidas aparece como un término medio entre la certeza, que establecerá la resolución final del proceso y la incertidumbre base de la iniciación del proceso: este término medio es la verosimilitud⁵²⁹. Exactamente lo mismo sucede con la totalidad de las medidas provisionales, con independencia de su finalidad cautelar.

Como señala GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “la probabilidad no es sino uno de los diversos grados o estadios referibles a la cognición o convicción jurisdiccional sobre un hecho intermedio entre la mera posibilidad y la certeza”⁵³⁰.

⁵²⁹ También lo entiende así, MONTERO AROCA, Juan. *Trabajos de...*, ob. cit., p. 431.

⁵³⁰ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., pp. 125-126.

Cierto es que con la custodia preventiva “el peso del proceso se agrava notablemente sobre las espaldas del imputado”⁵³¹, lo que por sí sólo justifica que el grado de convicción en torno a sus requisitos genéricos traspase la simple posibilidad.

En este sentido, atento a la gravedad y características propias de la medida, ya destacaba en su tiempo CARNELUTTI que el llamamiento a la prisión provisional estaría condicionado por la formulación de un juicio de probabilidad acerca de la culpabilidad del sujeto que debería soportarla. Probabilidad de culpabilidad que tenía el significado de probabilidad de la existencia de “todos los requisitos positivos y de la inexistencia de todos los requisitos negativos del delito”⁵³².

Para la adopción de la prisión provisional se exige una razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible, por lo que se concluye que el *fumus comissi delicti* finalmente se resuelve en juicio de imputación. En efecto, como requisito identificador de la posibilidad jurídica de la providencia cautelar de naturaleza personal el *fumus boni iuris* está inexorablemente unido con la imputación o, como prefiere MÁLAGA DIÉGUEZ, “la apariencia de buen derecho necesaria para la concesión de cualquier medida provisional frente al imputado se resume en una sola palabra: la imputación”⁵³³.

Es importante dejar sentado que este juicio de imputación, tratándose de la prisión provisional, posee características especiales que lo diferencian de aquél común a otras providencias procesales penales.

⁵³¹ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre...*, ob. cit., p. 182.

⁵³² Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre...*, ob. cit., p. 182.

⁵³³ Cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., p. 165.

En primer lugar, se exige la existencia de por lo menos un hecho que revista caracteres de delito.

Así pues, no se admite la prisión preventiva basada en la posibilidad de la práctica de un hecho criminal, esto es, que la medida sea decretada en previsión de la realización de un evento futuro.

Al establecer la práctica de por lo menos un hecho que sea constitutivo de delito como requisito de la privación anticipada de la libertad del sujeto, en atención al principio de proporcionalidad, la ley procesal automáticamente también impidió la prisión provisional en los casos de simples faltas o infracciones de naturaleza únicamente administrativa.

Otro hecho utilizado por la ley procesal para caracterizar el *fumus delicti comissi* se refiere a la exigencia de “motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión” (art. 503, 1, 2º, LECrim).

Obviamente no basta con la constancia de la existencia de un hecho punible para la imposición de una medida cautelar extremadamente gravosa como la prisión preventiva. Es imprescindible que, dentro de un juicio fundado de razonabilidad, sea posible atribuir su práctica a la persona que sufrirá sus efectos.

De estas exigencias deriva la inadmisibilidad de la medida restrictiva de la libertad en los casos en que, conforme expresamente dispone el artículo 502.4 da LECrim, “de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación”.

Sobre este aspecto, acentúa GIMENO SENDRA, “si el hecho adolece de tipicidad penal, lo procedente será el sobreseimiento libre y si concurre alguna causa de justificación, nunca se ha legitimado la prisión provisional, ya que, a diferencia del procesamiento que requiere indicios racionales de criminalidad, la existencia de motivos bastantes de responsabilidad penal incorpora el plus de la culpabilidad al de la autoría y desde siempre le ha vedado al Juez que ordene el ingreso en prisión de un procesado sobre el que existe la evidencia acerca de la concurrencia de una causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal”⁵³⁴.

En resumidas cuentas, para decretarse la prisión provisional es imprescindible un juicio sobre la figura típica que abarque desde el proceso de sumisión del hecho a la norma penal incriminadora, como las hipótesis de justificación y exclusión de la censurabilidad de la conducta. De ahí que deberán ser apreciados y valorados todos los componentes del concepto analítico de crimen, incluyendo las causas justificantes, de exención o extinción de la responsabilidad penal.

Así pues, es correcto afirmar que, no existiendo indicios racionales y fundamentados de que el afectado por la medida haya practicado o participado de la práctica de un delito, la prisión provisional deberá ser totalmente descartada.

En razón de su destacada singularidad, la imputación que la prisión provisional exige no se confunde con la que se reclama para el auto de procesamiento (art. 384 LECrim), para la detención por la autoridad o agente de la Policía Judicial (art. 492.4 LECrim) o hasta para la adopción de otras medidas cautelares, como la fianza o embargos (art. 589 LECrim), hipótesis en que el presupuesto legal (*fumus boni iuris*) es satisfecho con la presencia

⁵³⁴ Véase al respecto, GIMENO SENDRA, Vicente. *El auto de procesamiento*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1979-LXXIX, p. 324.

de “indicio racional de criminalidad”, “motivos racionalmente bastantes”, o “indicios de criminalidad”, respectivamente. En cuanto a la prisión preventiva, la ley procesal se refiere a la presencia de “motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión” (art. 503, 1, 2º, LECrim).

Como explica GIMENO SENDRA, para la privación cautelar de la libertad a través de la prisión preventiva se hace necesario un “plus material”, en el sentido de que no sólo haya prueba del delito, sino también “motivos bastantes” para que el Juez crea que el sujeto es criminalmente responsable por su práctica⁵³⁵.

El fundamento de esta exigencia (motivos bastantes para creer responsable criminal al inculpado) deriva de la intromisión que su adopción implica en la esfera jurídica de quien de ella padece. Sin embargo, en relación a la prisión provisional, este *fumus* adquiere una relevancia singular y grave. Por eso, el respeto a los principios de la libertad y presunción de inocencia exigen que la prisión preventiva “no recaiga sino en supuestos en que se dé la atribución, si quiera sea provisional (y con grado y forma propios de la sede cautelar) al encausado de la comisión del hecho punible y de la consiguiente responsabilidad penal derivada del mismo, es decir, cuando pueda efectuarse una imputación judicial de cierta solidez”⁵³⁶.

Al igual de lo que ocurre con los términos “motivos racionalmente bastantes” (art. 492.4 LECrim) e “indicios racionales de criminalidad” (art. 384 LECrim), la expresión “motivos bastantes para creer responsable criminal” al imputado (art. 503 LECrim), también pertenece a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, construcción teórica que repugna la idea

⁵³⁵ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *La necesaria reforma de la prisión provisional*, en “La Ley”, 2001-7, p. 1324.

⁵³⁶ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 129.

de una incontrolada discrecionalidad en las hipótesis en que la norma no contemple conceptos precisos, circunstancia que, por sí sola, justifica la dificultad de su exacta concreción.

Empero, a pesar de pertenecer al mismo género, y de algunos puntos de contacto, la expresión contenida en el artículo 503 de la LECrim no expresa el mismo contenido que las demás, y de igual manera no puede ser confundida con las llamadas “sospechas”.

ASENCIO MELLADO subraya que la sospecha significa “aprehender o imaginar una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad”⁵³⁷, dispensando por lo tanto una fundamentación en un dato fáctico real, como exigen los indicios. Los motivos poseen una mayor fuerza e importancia que las sospechas, por más evidentes que éstas puedan ser, pues se refieren a una casi certeza. Aunque no sean necesariamente objetivos, los motivos deberán tener una fuerza capaz de inducir al sujeto a actuar en un sentido determinado.

Según la doctrina mayoritaria, aunque similares, motivos e indicios también constituyen conceptos distintos, sea por el grado de convencionamiento que implican o por la naturaleza del elemento sobre el cual se apoyan (objetivo o subjetivo).

El indicio posee una naturaleza objetiva y muchas veces se confunde con el hecho que le da soporte. En otras palabras, el indicio coincide con el dato fáctico a partir del cual, por intermediación de una operación lógica y racional, se puede llegar a una presunción. Los motivos, a su tiempo, poseen una naturaleza eminentemente subjetiva, debido a que conllevan una apreciación y una valoración. Sin embargo, esta circunstancia no significa

⁵³⁷ Cfr. ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 114.

que “son algo alejado del mundo real de los hechos”⁵³⁸, ya que, por el contrario, tratándose de la prisión provisional, la privación de la libertad deberá necesariamente apoyarse sobre una sólida base fáctica. Los motivos reclaman una imputación de mayor intensidad que aquella que deriva de los indicios.

Según señala MATTES, la distinción entre motivos bastantes e indicios racionales de criminalidad es puramente de orden cuantitativa. Los llamados motivos bastantes apuntan hacia una sospecha evidente en relación a la práctica del hecho, siendo necesario “que sean más y más graves”, es decir, que no solamente denoten una posibilidad racional, sino que permitan sostener, aunque de modo meramente provisional, que la persona inculpada es la responsable del delito⁵³⁹.

Resulta patente que se debe hacer una interpretación lógica y funcional con el fin de clarificar las expresiones, debiendo ser rechazada la adopción de criterios puramente gramaticales. Una vez que los efectos y las consecuencias de la prisión son significativamente más duros para el imputado que el auto de procesamiento, es lógico que los indicios que permiten su adopción deban de ser de mayor entidad y solidez⁵⁴⁰.

Siguiendo a BARREIRO, se puede concluir que el juicio de imputación en relación a la prisión provisional “debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo”, siendo insuficientes meras posibilidades razonables de que el sujeto haya realizado el delito. Es justamente la diferencia en la cantidad y

⁵³⁸ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 117.

⁵³⁹ Cfr. MATTES, Heinz. *La prisión preventiva en España*, Servicio de Publicaciones de la fundación universitaria San Pablo, Madrid, 1975, p. 27.

⁵⁴⁰ Cfr. BARREIRO, Alberto Jorge. *La prisión provisional en la ley de enjuiciamiento criminal*, en “La Ley”, 1997-3, p. 1780.

calidad de los indicios lo que explica que, en un mismo procedimiento por delito grave, puede suceder que algunos se encuentren presos, mientras otros gocen de libertad provisional⁵⁴¹.

De hecho, constituyendo la medida judicial que más gravemente afecta al derecho fundamental de la libertad, es natural que la prisión provisional reclame una imputación diferenciada por medio de la cual se concreta el contenido propio de este presupuesto genérico. Al final, están en juego derechos fundamentales como la libertad y la presunción de inocencia.

Precisamente por ello, para que se pueda adoptar o mantener la prisión preventiva, debe efectuarse un juicio de verosimilitud sobre la responsabilidad criminal del encausado, que tenga un fundamento sólido y razonable. En palabras de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, deben existir “indicios fundados y razonables de la participación del encausado en el hecho enjuiciado, y a partir de ello, de su responsabilidad criminal”⁵⁴².

No obstante la distinción del contenido de las expresiones, conviene tener en cuenta que el Tribunal Constitucional Español, al tratar de los motivos “bastantes” para el juicio de imputación propio de la prisión preventiva llega a equiparar tal expresión a los “indicios racionales de criminalidad”, acudiendo indistintamente a ambas categorías⁵⁴³. En innumerables pronunciamientos el Alto Tribunal se ha referido al *fumus boni iuris* como una exigencia relativa a las razonables sospechas de la práctica del delito por el eventual destinatario de la medida, estableciendo que la

⁵⁴¹ Cfr. BARREIRO, Alberto Jorge, ob. cit., p. 1781.

⁵⁴² Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 130.

⁵⁴³ Cfr. BARREIRO, Alberto Jorge, ob. cit., p. 1780.

relevante probabilidad de culpabilidad constituye presupuesto para la adopción y mantenimiento de la prisión provisional⁵⁴⁴.

De acuerdo con el artículo 5.1, c), del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, para la adopción de la grave medida es imprescindible que “existan razones plausibles para sospechar que ha cometido una infracción”. Al referirse al juicio de imputación necesario para la adopción de la prisión provisional, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado expresiones como “plausibles y razonables sospechas”, indicando que lo que se puede entender por plausible depende del conjunto de las circunstancias que deben ser consideradas⁵⁴⁵.

Cabe añadir, siguiendo a GUTIÉRREZ DE CABIEDES que, aunque emplee un término impreciso, la Corte Internacional de Derechos Humanos ha incluido en relación a la prisión provisoria una “exigencia de racionalidad – que incluye la solidez– de los indicios”, considerándola “conditio sine qua non de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida cautelar”⁵⁴⁶.

La especial calidad con la cual debe revestirse la imputación para efecto de la prisión provisional también tiene como consecuencia, según un sector doctrinal, la necesidad de que sea precedida de la declaración del procesamiento del sujeto pasivo de la medida.

⁵⁴⁴ Véanse SSTC 128/1995, de 26 de julio; 62/1996, de 15 de abril; 108/1984, de 26 de noviembre; 67/1997, de 7 de abril; 14/2000, de 17 de enero; 156/1997, de 29 de septiembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 47/2000, de 17 de febrero; 98/1997, de 20 de mayo.

⁵⁴⁵ Véase los interesantes fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: SSTEDH, de 10 de noviembre de 1969 (caso Stogmuller); de 28 de marzo de 1990 (caso B c Austria); 30 de agosto de 1990 (caso Fox, Campbell y Hartley); de 26 de julio de 1991 (caso Letellier); de 27 de noviembre de 1991 (caso Kemmache); de 12 de diciembre de 1991 (caso Coth); de 12 de diciembre de 1991 (caso Clooth); de 26 de enero de 1993 (caso W c Suiza); de 13 de julio de 1995 (caso Van der Tang); de 18 de diciembre de 1996 (Caso Scott); de 30 de enero de 2003 (caso Nikolov).

⁵⁴⁶ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 130.

AGUILERA DE PAZ, después de enfatizar la mayor trascendencia de la expresión “motivos bastantes” (art. 503 LECrim) en comparación con el término “indicios racionales de criminalidad” (art. 384 LECrim), afirmaba que para poder dictarse un auto de prisión contra un sujeto “se requiere que previamente o conjuntamente con la prisión se le declare procesado”⁵⁴⁷.

Para GIMENO SENDRA, el procesamiento no sólo constituye un requisito previo de la prisión provisional sino también para otras medidas cautelares como la libertad provisoria, embargo de bienes y fianza⁵⁴⁸.

El procesamiento del imputado, según FENECH, constituye presupuesto de prisión provisional, puesto que, siendo suficiente para que sea dictado el auto la simple existencia de indicios racionales de criminalidad, “es menos que los motivos bastantes que se exigen para la prisión, por lo que el Juez que decretare la prisión sin haber procesado previamente incumpliría el art. 384”⁵⁴⁹.

En esta dirección, señala BARONA VILAR que “Es insostenible que se dicte simultáneamente e incluso con anterioridad la prisión provisional al propio auto de procesamiento”⁵⁵⁰. Según defiende, sólo cuando el sujeto haya alcanzado el status de procesado, y le haya sido comunicado el auto de procesamiento dictado contra él, será posible hablar de la adopción de alguna medida cautelar. Por ello, una vez percibida la necesidad de prisión provisional, será necesario que se den los motivos bastantes para creerle responsable criminalmente por los delitos que se le imputan. Pero, “sólo y

⁵⁴⁷ Cfr. AGUILERA DE PAZ, Enrique. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1924, p. 202.

⁵⁴⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *El auto de...*, ob. cit., p. 340.

⁵⁴⁹ Cfr. FENECH, Miguel. *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 131.

⁵⁵⁰ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional...*, ob. cit., p. 62.

únicamente debe admitirse la adopción de la prisión provisional cuando se trate de un sujeto sobre el que haya recaído ya el auto de procesamiento⁵⁵¹.

Como es notorio, sin embargo, es común el constreñimiento de la libertad del sujeto antes del auto de procesamiento, práctica que, conforme sostiene BARONA VILAR, viola los principios que deben regir un Estado social y democrático de Derecho y vulnera “el espíritu garantizador de los derechos de toda persona humana ante la Justicia y el Derecho”⁵⁵².

Es necesario reconocer que, bajo una perspectiva genuinamente garantista, el procesamiento debe realmente ser considerado como presupuesto previo para la adopción de las medidas cautelares personales.

Sin embargo, la praxis judicial, apoyada en doctrina no menos autorizada⁵⁵³ y sobretodo con respaldo jurisprudencial, ha sido la adopción de medidas cautelares con anterioridad al auto de procesamiento, durante la fase de instrucción sumarial, momento cuando serán verdaderamente eficaces. Por lo tanto, nos resulta claro que, representando dos realidades distintas (procesamiento y prisión provisional), el procesamiento no condiciona y ni necesariamente precede a la imposición de la prisión provisoria, pudiendo ser adoptados tanto simultánea como sucesivamente.

⁵⁵¹ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional...*, ob. cit., p. 62.

⁵⁵² Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional...*, ob. cit., p. 62.

⁵⁵³ En sentido de esta posibilidad: GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, ob. cit., p. 184; PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Las medidas cautelares reales...*, ob. cit., p. 152; CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. *Comentario a la ley orgánica del 23 de abril de 1983 sobre reforma de la prisión provisional*, en “La Ley”, 1983-4, p. 1263; RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal. Lectura Constitucional*, Barcelona, 1988, p. 238; VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos. *Curso de Derecho procesal penal*, 4ª ed., vol. II, Madrid, 1974, p. 152; ARANGÜENA FANEGO, Coral, ob. cit., p. 263; MATTES, Heinz, ob. cit., p. 26; LLESCAS RUS, Angel-Vicente, ob. cit., p. 68.

Como subraya LLESCAS RUS, la ausencia de procesamiento, figura contemplada tan sólo en el procedimiento ordinario, o cualquier otro acto expreso de inculpación, “no incide negativamente en la situación procesal del sujeto pasivo, ya que a partir del instante en que le sea notificada una resolución en que se acuerde alguna medida cautelar en su contra, o cualquier otro acto procesal de imputación, podrá disponer de todos los derechos y garantías procesales inherentes a dicha cualidad (art. 118 LECrim)”⁵⁵⁴.

En contra de las razones presentadas en el sentido de que el procesamiento debe necesariamente preceder a la prisión provisional, se destaca que el artículo 589 de la LECrim no hace referencia alguna a la figura del procesado o al auto de procesamiento, instituto que además sólo está previsto para el proceso ordinario. Además en algunas ocasiones será imprescindible la adopción de la medida antes del procesamiento bajo pena de frustrarse su virtualidad y los fines del sumario⁵⁵⁵.

Es pertinente además acentuar que la apreciación en el ámbito cautelar de motivos relacionados con la responsabilidad criminal del imputado no afecta al principio de la presunción de inocencia y menos aún significa una presunción de culpabilidad, tratándose únicamente de una exigencia para que la prisión provisional tenga una base sólida.

A éste propósito, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido enfática en proclamar que la apreciación de indicios racionales de criminalidad en la etapa de investigación no significa, por sí sólo, la consagración de una presunción de culpabilidad del imputado, “sino que únicamente implica la existencia de motivos razonables que permiten afirmar

⁵⁵⁴ Cfr. LLESCAS RUS, Angel-Vicente, ob. cit., p. 68.

⁵⁵⁵ En este sentido, vid. ARANGÜENA FANEGO, Coral, ob. cit., pp. 261-274.

la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida (STC 108/1994, del 11 de abril, FJ 3), por lo que ninguna objeción cabe hacer a dicha apreciación, en sí misma considerada”⁵⁵⁶.

4.4.2 *Periculum libertatis*

Para adoptarse la prisión provisional se impone además la presencia del *periculum in mora* o *periculum libertatis*, es decir, el peligro naturalmente resultante de la duración de la actividad jurisdiccional penal, factor del cual podrá valerse el imputado para privar de efectividad al propio proceso o hasta la ulterior decisión.

Se trata, por lo tanto, de un presupuesto que tiene como fin evitar que, frente a la natural lentitud del proceso, ciertas actuaciones puedan frustrar o hasta dificultar la eficacia del mismo.

Aunque el *periculum in mora* constituya un requisito genérico de las medidas cautelares, debiendo concurrir en todos los casos, los hechos que le otorgan materialidad son distintos.

En efecto, en la actualidad, el *periculum in mora* está constituido por diversos elementos, dependiendo de la finalidad que con la medida cautelar se pretenda alcanzar o interés que se quiera proteger, de modo que solo en función de ellos es posible identificar el peligro que en cada caso representa durante el transcurso del proceso.

A este respecto, señala DAMIÁN MORENO que “es evidente que el peligro de demora procesal únicamente puede obtenerse contrastando la

⁵⁵⁶ Cfr. STC 47/2000, de 17 de febrero. En el mismo sentido, véase SSTC 108/1994, de 11 de abril y 156/1997, de 29 de septiembre.

situación de hecho que aparece tras las comprobaciones que procedan con el resultado de una ponderación que debe llevar a cabo el Juez encargado de resolver en relación con la necesidad de la prisión, la cual naturalmente no puede ser fruto de meras conjeturas o especulaciones sin fundamento, sino como consecuencia de un pronóstico deducido en aplicación de las reglas de la lógica y de la experiencia, esto es, en atención a un juicio razonable de previsibilidad en el que se tengan en cuenta las circunstancias del caso y las personales del sujeto que vaya a ser objeto de esta medida”⁵⁵⁷.

Sin embargo, es precisamente en este elemento en el que son reflejadas las finalidades de la medida a ser adoptada, es decir, el *periculum in mora* nos remite a los riesgos relevantes y en consecuencia a las finalidades constitucionales legítimas de la medida.

Conforme apuntan MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, a través del *periculum in mora* se establecen los fines que la prisión provisional puede cumplir, “y representa la medida de su propia constitucionalidad, de modo que, si los fines que se persiguen con ella no se adecuan a las previsiones constitucionales, la medida cautelar resultará ilegítima”⁵⁵⁸.

No es otro el entendimiento de RAMOS MÉNDEZ, para quien el verdadero núcleo de los presupuestos de esta medida restrictiva de libertad se encuentra en las finalidades que le fueron atribuidas⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Cfr. DAMIÁN MORENO, Juan. *La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal*, en “Régimen jurídico de la prisión provisional”, coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004, pp. 108-109.

⁵⁵⁸ Cfr. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, ob. cit., p. 289.

⁵⁵⁹ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006, p. 265.

Dicho de otra manera, el juicio de imputación o fundada sospecha sobre la responsabilidad penal del imputado en un determinado delito debe ser conjugado con el *periculum in mora*, entendido como el peligro de daño que resulta del retraso del procedimiento penal.

Antes de proceder al análisis detallado de las finalidades legítimas de la prisión provisional, es importante tratar sobre la pena prevista para el hecho delictivo imputado, factor que la ley procesal penal española consideró como presupuesto genérico para que se decretase la prisión preventiva.

4.5 Límite penológico y sus excepciones

Una gran parte de los problemas planteados en las diversas reformas en materia de prisión provisional radican justamente en este criterio, esto es, en el establecimiento de un límite cuantitativo para la prisión provisional.

El legislador procesal siempre demostró preocupación por establecer un límite cuantitativo para la prisión provisional. A lo largo de las múltiples reformas realizadas sobre la prisión provisional, este límite sufrió varias modificaciones, siendo siempre empleado para atender a las necesidades sociales del momento, oscilando de acuerdo con la necesidad de aplacar la alarma social y, en consecuencia, la inseguridad ciudadana que afligía a la sociedad en un momento histórico dado.

Tradicionalmente, por lo tanto, la pena establecida para el delito ha sido considerada como un elemento indicativo del *periculum in mora*, es decir, como un verdadero presupuesto genérico para la adopción de la extrema medida, y así debe ser puesto que constituye una consecuencia lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Desde la supresión de las penas corporales, fueron previstos como límites cuantitativos de la prisión provisional: la pena de “prisión o reclusión por más de seis meses” (Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835), “confinamiento menor o arresto mayor” (Ley Provisional Reformada de 1850), “presidio, prisión y confinamiento mayores” (Real Decreto de 1853), “prisión mayor” (LECrím de 1872), “prisión correccional” (LECrím de 1882), “arresto mayor” (Ley 16/1980), “prisión menor” (Reforma de 1983 – LO 7/1983).

Ajustada al principio de proporcionalidad, la LO 13/2003 también estableció un límite penológico, alzando la pena conminada al delito a la condición de requisito para la decretación de la prisión provisoria (pena privativa de libertad máxima igual o superior a dos), a pesar de haber establecido la posibilidad de adopción de la providencia, incluso en hipótesis que escapan a aquellos parámetros.

No hay duda de que la determinación de un límite penológico en dos años de pena privativa de libertad atiende tanto a razones de naturaleza procesal como sustancial (material).

En primer lugar, atiende a razones procesales porque la fijación de aquel *quantum* tiene como objetivo ajustar la aplicación de la medida a las hipótesis en que no es posible el juicio en ausencia del acusado, estimulando de cierta manera el atendimento al principio de que, como regla general, no se aconseja su adopción sin la previa audiencia del imputado. De tal manera, el límite al que nos referimos coincide con aquel establecido en el artículo 786.1.2, de la LECrím (Ley 38/2002), que permite la celebración del juicio en ausencia del acusado cuando presentes sus requisitos legales que tal y como señala MUERZA ESPARZA, son los siguientes: a) que el acusado haya sido citado personalmente; b) que no comparezca sin justificación; c) que el Ministerio Fiscal o la parte acusadora soliciten la continuación del

proceso; d) que la defensa sea oída; e) que la pena solicitada por la acusación no exceda dos años, en el caso de que se trate de pena privativa de libertad o, siendo de diversa naturaleza, que no exceda seis años⁵⁶⁰.

Por ello, se viabiliza el acceso a la prisión preventiva en los casos en los que se debe garantizar la presencia física del imputado en el juicio oral como requisito para que acontezca su celebración y el consiguiente juicio del imputado. Siendo la pena solicitada inferior a aquel límite, no se podría hablar de la necesidad de la medida para garantizar el proceso y la ejecución de la decisión, frente a la posibilidad de celebración del juicio en ausencia del imputado.

Por otro lado, razones sustantivas también justifican el establecimiento de este límite punitivo. De hecho, subvertiría el principio de proporcionalidad el permitir la adopción de tan grave medida bajo pretexto de garantizar la efectividad de la resolución final para delitos cuyo *quantum* sancionador permite la incidencia de institutos como la suspensión o sustitución de la pena de prisión (arts. 81, 2ª parte, y 88 del CP). Sin duda, no es posible en estas circunstancias justificar el manejo de tan drástica medida bajo el argumento de que es imprescindible para garantizar la efectividad de la pena.

La pena señalada para el delito cobra importancia tanto para permitir la adopción de la prisión provisional como para modular su aplicación, estableciendo sus límites. Por lo tanto, inaccesible será la medida para las hipótesis envolviendo delitos de baja lesividad social o escasa relevancia penal, como aquellos castigados únicamente con penas restrictivas de derechos o multa, aunque en este último caso pueda ser sustituida por pena privativa de libertad en los casos en que no se cumpla.

⁵⁶⁰ Cfr. MUERZA ESPARZA, Julio. *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, Editorial Aranzadi, 2003, pp. 103-108.

Como se ve, no es suficiente para justificar la prisión provisional la constancia de que haya sido practicado un delito y que se den motivos bastantes para imputar a una determinada persona, y ni tampoco que éste lleve aparejada una pena privativa de libertad. La exigencia es mayor: que la pena correspondiente a este delito sea de cierta gravedad, toda vez que, también respecto al principio de proporcionalidad, no se podrá adoptar tan gravosa medida para delitos que, estableciendo penas menores de dos años, sean consiguientemente carentes de suficiente reproche.

Como destaca ASECIO MELLADO, “al margen de la desproporción que ello supone, el Estado sólo puede acceder a una medida tan intensa cuando razones también materiales lo impongan, no siendo posible, ni aún ante la insuficiencia o la dificultad de conseguir los resultados buscados mediante medidas menos graves, acudir a privaciones de libertad de sujetos inocentes”⁵⁶¹.

Según dispone la LECrim, art 503.1º, en las hipótesis en que fueren varios los delitos practicados, deberán ser observadas las reglas especiales de aplicación de la pena relativa a los casos de concurso real e ideal de delitos, delito continuado y delito masa, de modo que deberá realizarse un pronóstico de la pena que podrá corresponder de acuerdo con estas reglas.

Analizando la decisión del Tribunal Constitucional sobre el límite penológico previsto en el antiguo artículo 504.4, aclara ARAGONESES MARTÍNEZ que en el análisis de este límite penológico se debe tener en cuenta en principio la pena prevista en abstracto por el precepto sancionador correspondiente y no aquella que en concreto podrá ser impuesta. Sin embargo, con acierto, alerta que la no consideración de la concurrencia

⁵⁶¹ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *Reforma de la prisión provisional. El respecto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad*, en “La Ley”, 2005-2, p. 1590.

objetiva de ciertas circunstancias podrá desvirtuar el verdadero significado y sentido último del precepto que no es otro que el de establecer una debida proporción de la medida con la pena que en su caso cabría imponer⁵⁶².

Ahora bien, esta regla general a través de la cual se exige que el delito practicado deba estar sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años comporta excepciones que son tantas y, muchas veces injustificadas, que el resultado “viene a ser que la regla se convierte o corre el riesgo de convertirse en la excepción y viceversa”⁵⁶³.

En efecto, la regla general contemplada por el artículo 503.1.1º, de la LECrim, podrá ser declarada excepcional en las siguientes circunstancias:

a) con independencia de la finalidad perseguida con la prisión provisional, por la presencia de antecedentes no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito de naturaleza dolosa (art. 503.1.1º, LECrim);

b) cuando, teniendo por objetivo asegurar la presencia del imputado en el proceso frente al riesgo de fuga, hayan sido “dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores” (art. 503.1.3º.a), LECrim);

c) para la protección de la víctima del delito, pretendiendo evitar que el imputado pueda actuar contra sus bienes jurídicos (art. 503.1.3º. c), LECrim);

⁵⁶² Cfr. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, ob. cit., p. 405.

⁵⁶³ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 540.

d) en los casos de delincuencia organizada o habitual, cuando la prisión provisional pretenda conjurar el riesgo de reiteración delictiva, cuando sea posible deducir a través de los antecedentes que el imputado tiene relación con la delincuencia organizada o habitual (art. 503.2., LECrim).

En todas estas hipótesis, parte el legislador del presupuesto de que la previsión del límite penológico no es adecuado para atender a los fines que se pretenden atender con la adopción de la prisión provisional.

Criticando el límite penológico establecido por la LO 13/2003, pondera DÍAZ MARTÍNEZ que no habría necesidad de establecerse un límite tan severo y gravoso y, menos todavía, excepciones tan injustificadas, en la hipótesis de que el legislador hubiese previsto otras medidas no criminógenas y alternativas la prisión provisional que, sin restringir totalmente la libertad, pudiese alcanzar los mismos efectos de esta medida cautelar⁵⁶⁴.

Del mismo modo, ASECIO MELLADO sostiene que en una nueva regulación de la materia deberá ser previsto un límite cuantitativo insuperable, bajo el cual la imposibilidad de adopción de la prisión provisional sea absoluta, concluyendo que es el Estado el que debe asumir los riesgos de una Administración de Justicia lenta en la persecución de los delitos no graves, no debiendo el imputado soportar los riesgos derivados de su mal funcionamiento. De tal manera que no “puede el Estado inclinar la balanza hacia el lado del ciudadano”⁵⁶⁵.

Corroborada la presencia de los dos primeros presupuestos de la prisión provisional y una vez respetado el aludido límite penológico, y no

⁵⁶⁴ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos*, en “La Ley”, 2004-1, p. 1603.

⁵⁶⁵ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *Reforma de la prisión...*, ob. cit., p. 1500.

existiendo situaciones que autoricen ignorar aquel límite, es necesario examinar las finalidades perseguidas con la prisión provisional.

En concreto, después de la LO 13/2003, con la prisión provisional podrán perseguirse las siguientes finalidades: a) asegurar la presencia del imputado, conjurando un riesgo de fuga, evitando que frustre la acción de la justicia; b) evitar que el imputado oculte, manipule, altere o destruya las fuentes de prueba; c) evitar la reiteración delictiva.

En el marco de la lucha contra la violencia de género, a estas finalidades se incorporó la de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

4.6. Las finalidades constitucionalmente legítimas de la prisión provisional

4.6.1 Peligro de fuga

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 503.1.3. a), de la LECrim, la prisión provisional podrá ser adoptada para asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando se pueda inferir racionalmente un riesgo de fuga.

Referida finalidad está contemplada en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el apartado c del artículo 5.1 del Convenio para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, siendo unánimemente reconocida como legítima por el Tribunal Constitucional.

Se trata del primer *periculum in mora* que la Ley de Enjuiciamiento Criminal pretende combatir mediante la prisión provisional. En suma, trata de garantizar la presencia o disponibilidad física del imputado durante la tramitación del proceso penal, asegurando su normal desarrollo, así como la eventual ejecución de la sentencia.

La importancia de este fundamento ya era destacada con anterioridad a la LO 13/2003, constituyendo la inexistencia del riesgo de fuga uno de los requisitos para la concesión de la libertad mediante fianza incluido los crímenes graves, presentándose también como factor condicionante de la posibilidad de prorrogación de la medida una vez transcurridos los plazos ordinarios. Por lo demás, constituía la única circunstancia en la que se autorizaba al Juez o Tribunal a dictar de oficio, y sin comparecencia previa, un auto de prisión⁵⁶⁶.

Para RAMOS MÉNDEZ este es el único fin genuino de la prisión provisional y debería ser el único a ser considerado, “si no se quiere hacer peligrosas concesiones a la represión anticipada”⁵⁶⁷.

Respecto a esta finalidad, sostiene FERRAJOLI que el peligro de fuga deriva mucho más del miedo a la prisión provisional que de la propia pena. No habiendo la posibilidad de restricción anticipada de la libertad, el imputado tendría todo el interés de no ocultarse y de defenderse. En otro pasaje, apunta que, en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada como la actual, es prácticamente imposible una fuga definitiva, siendo la opción de fuga por el imputado ya en sí una pena gravísima, toda vez que lo fuerza a la clandestinidad y a un estado de permanente inseguridad⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ A este respecto, vid. MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., p. 197.

⁵⁶⁷ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal...*, ob. cit., p. 266.

Es importante percibir que, al evitar la fuga del imputado, se puede estar persiguiendo dos finalidades distintas, aunque no excluyentes. Una de ellas es la de mantener la presencia del imputado durante el proceso, para que pueda servir a las necesidades probatorias y evitar que el proceso sea suspendido en la hipótesis de que no se pueda juzgar en rebeldía. Otro objetivo es el de asegurar la presencia del imputado en el momento en que, dictada sentencia firme, deba procederse a la ejecución de la privación de libertad⁵⁶⁹.

De modo mayoritario, la doctrina española, apoyándose incluso en la legislación de su entorno, señala que la prisión provisional sirve a estas dos finalidades. No obstante, la tesis contraria encuentra también seguidores, entre los cuales se destaca DE LUCA⁵⁷⁰, para quien la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso sólo se justifica en virtud de la necesidad de garantizar la ejecución de una pena privativa de libertad. Por otro lado, PISAPIA⁵⁷¹ e ANDRÉS IBÁÑEZ⁵⁷² se basan exclusivamente en la necesidad de evitar la declaración de rebeldía del sujeto, que acabaría por frustrar el proceso y, por consiguiente, convertiría en imposible el esclarecimiento del hecho imputado.

Analizando detenidamente la cuestión, ORTELLS RAMOS observa que el defecto de la tesis de la doble finalidad radica en la no jerarquización de los fines que se persiguen con la prisión provisional. Combatiendo la

⁵⁶⁸ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, ob. cit., p. 555.

⁵⁶⁹ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, ob. cit., p. 448.

⁵⁷⁰ Cfr. DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Editorial Cedam, Padova, 1953, p. 16.

⁵⁷¹ Cfr. PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*, Editorial Cedam, Padova, 1982, p. 261.

⁵⁷² Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Cien años después...*, ob. cit., p. 43.

postura doctrinal que sitúa las dos funciones en el mismo nivel, explica el autor que, asignándose a la prisión provisional la función autónoma de satisfacer necesidades probatorias, no habría motivo para restringirla al imputado, toda vez que en relación a los testigos también sería justificable bajo este punto de vista, lo que naturalmente no es aceptable. De esta manera, ya que, concurriendo una misma razón para imponer la medida a imputados y testigos, su imposición sólo puede ser admitida en relación a los primeros, urge encontrar una justificación en una razón distinta que, concurriendo en relación a los imputados, no se verifique en los casos de los testigos⁵⁷³.

Desde esta perspectiva, conforme destaca el jurista, la única razón es justamente el aseguramiento de la ejecución de la pena que no podrá ser frustrada por el testigo, sino tan sólo por la parte pasiva. Así, la adopción de la prisión provisional para asegurar la ejecución no impide que, al mismo tiempo, se esté asegurando la presencia del acusado durante el proceso. Sin embargo, éste es un simple efecto práctico de la primera función, en todo caso, una función que puede atribuirse a la prisión provisional en cuanto está al servicio, esencialmente, del aseguramiento de la ejecución⁵⁷⁴.

Concluye el autor que la prisión provisional no puede tener la función exclusiva de asegurar la presencia del imputado durante el proceso, siendo esta función accesoria en relación al aseguramiento de la ejecución, siendo la función principal y constante de la prisión provisional, como obstáculo a la fuga del imputado, la de aseguramiento de la ejecución⁵⁷⁵.

En efecto, la finalidad comentada se concreta en otras dos de carácter más específico, correlativas entre sí e interdependientes, como son el

⁵⁷³ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, ob. cit., p. 550.

⁵⁷⁴ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, ob. cit., p. 451.

⁵⁷⁵ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, ob. cit., p. 452.

aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y también el sometimiento del inculpado a la ejecución de la presumible pena a ser aplicada.

Esta finalidad debe ser analizada desde una doble perspectiva, de una parte en el proceso y de otra, posteriormente, la firmeza de la sentencia de condena, precisamente para asegurar su cumplimiento. Por lo tanto, al lado de una función de cautela final, también ejerce una función cautelar instrumental, en la medida en que tiene por objeto garantizar el desarrollo regular del proceso penal, que es el presupuesto de la sentencia, donde se traduce, y sólo allí, la potestad jurisdiccional de imposición de sanciones penales, el *ius puniendi* estatal⁵⁷⁶.

En concreto, la fuga del imputado que esta finalidad trata de evitar se produce en todos aquellos supuestos en que éste impide u obstaculiza el normal desarrollo del proceso, bien ocultándose o simplemente no acudiendo cuando sea exigida su presencia ante el Juez o Tribunal.

4.6.1.1 Circunstancias acreditativas del riesgo de fuga: consideraciones preliminares

Para la valoración de este riesgo se atenderá conjuntamente a los siguientes factores: naturaleza del delito, gravedad de la pena, situación familiar, laboral y económica, así como la inminencia de celebración del juicio oral, marcadamente cuando se deba obedecer el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 503.1.3º.a), de la LECrim).

⁵⁷⁶ En la misma dirección, vid. MORENO CATENA, Víctor. *En torno a la prisión provisional...*, ob. cit., p. 645.

Por lo demás, según dispone el tercer párrafo de la citada disposición normativa, procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona imputada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos, incluso, no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado, de modo que es posible echar mano de esta extrema medida hasta cuando el delito esté castigado con pena no superior a dos años. Es en este apartado donde se sitúa la segunda de las excepciones al límite mínimo de la prisión provisional.

Por lo tanto, dos son los criterios que permiten la formación de un juicio en torno del riesgo de fuga. Inicialmente, la legislación hace mención a un criterio más flexible, pues implica una valoración conjunta de diferentes elementos como la naturaleza del delito, la gravedad de la pena, la situación familiar, etc. y, en segundo lugar, de modo aún más claro, se refiere a la constatación de, por lo menos, dos requisitorias para llamamiento y búsqueda del imputado por cualquier órgano judicial en los dos últimos años.

La fundada sospecha acerca del peligro de fuga del imputado con anterioridad a la LO 13/2003 constituía circunstancia legítima para decretar la prisión provisional. Sin embargo, fue sólo con la edición de esta ley cuando se establecieron criterios claros a través de los cuales se puede sopesar este peligro de fuga.

Es cierto que, aunque haya sido la normativa de esta institución hasta entonces deficiente, la doctrina y la jurisprudencia trataron de establecer como presupuesto justificativo del peligro de fuga, entre otros: la gravedad y los caracteres del delito, las circunstancias del hecho, las circunstancias del

imputado, la incomparecencia al llamamiento judicial, la incidencia del transcurso del tiempo⁵⁷⁷.

La propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos trató de establecer algunos criterios, haciendo referencia al arraigo en el país, la posibilidad de huir al extranjero, el carácter y moralidad del interesado, su profesión, domicilio, recursos y lazos familiares como factores que determinan la existencia de un peligro de fuga⁵⁷⁸.

Pero, sólo con la LO 13/2003 fueron expuestos de modo categórico los elementos que deberán ser valorados para la formación de un juicio en torno del riesgo de fuga. Desde entonces, pasaron a configurar circunstancias acreditativas del riesgo de fuga la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena, la situación familiar, laboral y económica del imputado, así como la inminencia de celebración del juicio oral, principalmente en aquellos casos en que se procede a iniciar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el Título III del Libro IV de la LECrim. Además, fue expresamente establecido que las referidas circunstancias deberán ser valoradas de modo conjunto⁵⁷⁹, lo que significa, como explica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, de forma ponderada y racional, de acuerdo con la experiencia y sana crítica, y siempre con una motivación explícita⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Véase las importantes SSTC 178/1985, de 19 de diciembre; 128/1995, de 26 de julio; 14/1996, de 29 de enero; 37/1996, de 11 de marzo.

⁵⁷⁸ Cfr. SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 132.

⁵⁷⁹ El Tribunal Constitucional, en distintas ocasiones, ha apuntado la necesidad de ponderación conjunta de criterios objetivos y subjetivos para determinar el riesgo de fuga (Véase SSTC 146/1997, de 15 de septiembre; 156/1997, de 29 de septiembre; 47/2000, de 17 de febrero).

⁵⁸⁰ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 146.

4.6.1.2 Naturaleza del hecho y gravedad de la pena

De acuerdo con la regulación legal actual, las primeras circunstancias a ser valoradas son la naturaleza de hecho y la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado.

Evidentemente, la expectativa de condena incide en el riesgo de fuga, constituyendo un factor fundamental para justificar la prisión provisional. Al aludir a la naturaleza del hecho y la pena que pudiera imponerse al imputado, pretende el legislador que se haga un pronóstico de la pena en concreto que pudiera corresponder al imputado.

La referencia a la naturaleza del hecho se relaciona con el desvalor de la acción delictiva y su resultado, independiente de la gravedad de la pena prevista para el delito, de modo que estaría excluida la adopción de la medida para hechos de mínima lesividad, carentes de desvalor.

Este criterio permite tomar en cuenta todas aquellas circunstancias objetivas relacionadas con la comisión del delito que se imputa, de las que pudiera inferirse una voluntad de eludir la acción judicial, tales como el comportamiento durante el descubrimiento del hecho o durante la detención, como si se emprendió o no la huida, si se empleó o no resistencia, si se entregó o no voluntariamente etc.

Como observa BARALLAT LÓPEZ, “es evidente que el riesgo de fuga únicamente será previsible en aquellos supuestos en que la gravedad y seriedad de la pena que pudiera ser impuesta pueda determinar en el ánimo del imputado el propósito de tratar de eludir su ejecución”⁵⁸¹.

⁵⁸¹ Cfr. BARALLAT LÓPEZ, Juan. *Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional*, en “Régimen jurídico de la prisión provisional”, coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004, p. 120.

Tomándose en consideración el peligro de evasión del imputado, es natural que ese riesgo sea incrementado en los casos en los que la pena correspondiente al delito practicado sea de mayor gravedad, razón por la cual el *periculum in mora* en el procedimiento penal español ofrezca un marcado carácter cuantitativo. No debe olvidarse, sin embargo, que este criterio no es el único a tener en cuenta con ocasión de la adopción de la prisión provisional, debiendo el órgano jurisdiccional conjugarlo con las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado, como se verá a continuación.

Es preciso estar atento al hecho de que la gravedad de la pena no constituye un presupuesto con significado y virtualidad por sí mismo autónomo para justificar la imposición de esta medida cautelar, sino que debe operar como circunstancia acreditativa, es decir, como hecho indicativo del cual cabe sopesar razonablemente el riesgo de fuga⁵⁸².

Por el contrario, la regulación anterior, vigente hasta la LO 13/2003, que dio nueva redacción al artículo 503.3, a, de la LECrim, establecía que la gravedad de la pena permitía la adopción automática de la prisión provisional, aún en aquellos casos en los que las circunstancias personales del imputado demostrasen ausencia de riesgo de fuga. Con la actual regulación, sin embargo, se tiene en cuenta no sólo la gravedad de la pena que podrá ser impuesta al imputado, sino también la naturaleza del hecho punible, las condiciones de arraigo del procesado (número de hijos o personas bajo su responsabilidad, su vecindad conocida, trabajo estable, reputación, etc.), circunstancias que, a pesar de la gravedad del delito, podrán formar la convicción del juez en el sentido de que el imputado no se ocultará de la actividad judicial y acudirá a la llamada para el juicio oral.

⁵⁸² En el mismo sentido, vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 149.

Ahora bien, anteriormente la doctrina señalaba que la medida implicaba la violación de principios de naturaleza constitucional, afirmando GIMENO SENDRA que “sin fundada sospecha del peligro de fuga del imputado nunca puede justificarse la prisión provisional”⁵⁸³, ya que su finalidad esencial consiste en asegurar la futura presencia del acusado cuando se le llame para la celebración del juicio oral, por lo que la mera gravedad del hecho nunca debería ocasionar la adopción automática de la medida cautelar.

Respecto al tema, señala MORENO CATENA que se trata sin duda de un criterio importante para pronunciarse acerca del peligro de fuga, pues es obvio que conforme aumente el número de años con que el delito se sanciona, la tentación de sustraerse a la acción de la justicia se incrementará con mayor probabilidad. Pero “no puede ser ni el criterio principal, ni, mucho menos, el criterio único para decretar esta medida, esencialmente por tres razones: en primer término, porque puede vulnerar el principio de proporcionalidad y encaminarse a finalidades ajenas a las que son propias de las medidas cautelares; en segundo lugar, porque la prisión provisional no debe ser obligatoria y automática, de modo que a unos hechos delictivos deba seguirle el internamiento del presunto responsable para ponderar luego si se le concede el beneficio de la excarcelación; en tercer lugar, porque la prisión no puede ser la regla general, sino la excepción”⁵⁸⁴.

En definitiva, a nuestro parecer, aunque constituya un dato objetivo fundamental para evaluar el riesgo de fuga, sobretodo en el momento inicial de la adopción de la medida, y en ausencia de otros factores que sirvan para apreciación de este riesgo, no se puede olvidar que después de un cierto tiempo perderá la virtualidad que tenía al principio, pues el riesgo de fuga

⁵⁸³ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *La prisión provisional...*, ob. cit., p. 151.

⁵⁸⁴ Cfr. MORENO CATENA, Víctor y otros, ob. cit., p. 527.

disminuye. El efecto de temor que la pena inspira a un inculpado va decreciendo a medida que la privación de libertad se prolonga, ya que va disminuyendo el resto de pena a cumplir.

4.6.1.3 Las circunstancias personales: el arraigo, los antecedentes y requisitorias

Como ya se ha dicho, según la normativa actual, para valorar el riesgo de fuga y la consecuente posibilidad de que se decrete la prisión provisional, deberán ser apreciadas y valoradas las circunstancias personales del imputado, debiéndose atender a su situación familiar, laboral y económica.

Entendida como la fijación y ligazón de una persona a un determinado lugar, el arraigo constituye un dato importante para evaluar el peligro de fuga, pues obviamente que este peligro será más acentuado en la medida en que menor sea el arraigo, puesto que es evidente que el establecimiento fijo de una persona en un determinado lugar depende directamente de sus relaciones familiares y profesionales. Cuando nulas o escasas sean estas relaciones, menor será el arraigo y mayor el riesgo de fuga.

De ahí el por qué de la existencia de un domicilio conocido en España, trabajo definido y familia constituida son circunstancias que mitigan el riesgo de fuga, ya que la acción de evadirse del procedimiento podrá conllevar pérdidas afectivas o perjuicios en diversos ámbitos, lo que demuestra una especial dificultad para la fuga. La ausencia de domicilio demuestra la falta de interés de permanencia en el lugar, pero también dificulta su localización, incrementando el riesgo de evasión a la acción de la justicia⁵⁸⁵. Lo mismo se puede decir cuando el acusado no posea bienes propios o bienes de raíces.

⁵⁸⁵ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 152.

El arraigo constituye un factor que desincentiva la fuga, por hacerla menos favorable en una relación coste-beneficio. No se puede negar que la existencia de intereses personales y patrimoniales que vinculen al sujeto a un determinado lugar puede hacer preferible la permanencia en él a la amenaza de la pena derivada de la evasión de la justicia.

El arraigo podrá ser familiar, siendo determinado por la existencia de lazos y vínculos familiares del imputado en el ámbito de la acción de la justicia, esto es, si las personas a las que se refiere esta estrecha relación dependen del imputado, si se trata de personas que están a su cargo, si hay entre ellas un vínculo de dependencia. Asimismo, podrá ser social, laboral o económico.

A fin de cuentas se puede decir que el arraigo se relaciona con una serie de circunstancias personales del imputado que demuestran un vínculo con un ámbito territorial determinado.

Es cierto que los indicios y contraindicios de arraigo mantienen relación con las siguientes circunstancias: nacionalidad, domicilio, vínculos o cargas familiares y sentimentales, situación laboral y patrimonial, antecedentes, disponibilidad, características del presunto delito.

Por lo que se refiere a la situación familiar, laboral y económica del imputado, observa BARONA VILAR que son elementos objetivos que justifican su introducción como parámetros para ponderar una decisión que comporte la prisión provisional, del mismo modo no parece tan razonable la situación económica del imputado, de manera que puede provocar la aplicación de un derecho procesal penal para ricos y otro, para pobres, fomentándose, a la postre, una quiebra del principio de igualdad de todos ante la ley⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ Cfr. BARONA VILAR, Silvia y otros. *Derecho Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 488.

Hay también una serie de circunstancias personales que también pueden servir para apreciación del riesgo de fuga, tales como el estado de salud del imputado, su edad avanzada, su mayor o menor capacidad económica, su conexión con otros países, datos que permiten valorar la relación coste-beneficio entre la permanencia en el lugar con la amenaza de pena o la fuga. Son todas ellas circunstancias relativas al imputado que el órgano jurisdiccional debe sopesar para determinar si hay riesgo de fuga para poder adoptar la prisión provisional.

MÁLAGA DIÉGUEZ, en relación a la edad y estado de salud del imputado, señala que, aunque no constituyan indicios de riesgo de fuga, podrán ser valorados como contraindicios que excluyan dicho riesgo en un caso concreto. De hecho, un mal estado de salud puede impedir al acusado procurar evadirse, sea porque se encuentra inmovilizado, sea porque se encuentra con una movilidad reducida, o hasta porque necesita de un tratamiento continuado que una fuga podría impedir o hasta dificultar⁵⁸⁷. El peligro de fuga también se puede estimar atenuado cuando el inculpado cuenta con una edad avanzada.

Así pues, en la investigación respecto a esta finalidad legítima, deben ser considerados los datos concretos y circunstancias que permitan un razonable pronóstico de riesgo de fuga, sirviendo de elementos para este juicio datos como la falta de arraigo, carencia de medios lícitos conocidos de vida, posibilidad de movilidad geográfica, así como la capacidad económica.

Un factor de significativo valor para la verificación de este riesgo se relaciona con los antecedentes del imputado.

⁵⁸⁷ Cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., p. 203.

Cierto es que no se está aludiendo a los antecedentes del inculpado que pueden ser determinantes de reincidencia pero que no comportan en principio un mayor riesgo de fuga. Es evidente que la existencia de antecedentes penales determinantes de reincidencia lleva aparejada una mayor penalidad, lo que a su vez aumenta la gravedad del hecho punible, por lo que este parámetro sí podrá tenerse en cuenta como argumento de refuerzo en los casos en los que la prisión provisional se acuerde en el momento inicial de la instrucción en base a aquella gravedad. Pero, en realidad, se trata más bien de analizar hasta qué punto la conducta del imputado en el pasado permite sospechas en el sentido de que podrá sustraerse a la justicia. Por lo tanto, no es estrictamente necesario que esa conducta pretérita haya tenido lugar en un proceso ya finalizado, puesto que lo que se intenta detectar es una actitud evasiva que puede haberse manifestado en un procedimiento aún pendiente⁵⁸⁸.

Como es fácil percibir, no se ciñe a estos efectos al concepto de antecedentes penales, en sentido propio, técnico-jurídico, sino a un ámbito más amplio de conducta o comportamiento del imputado. En él se incluyen aquellos comportamientos que pueden denotar una mayor predisposición, tendencia o actitud evasiva, como el haber protagonizado alguna huída o intento de huída en algún proceso anterior, el haberse constituido en situación de rebeldía voluntaria con anterioridad, por no comparecer al llamamiento y/o búsqueda de la autoridad judicial.

Según observa SOSPEDRA NAVAS, los antecedentes del imputado pueden ser penales, aunque también es posible tener en cuenta los antecedentes policiales, los cuales deben venir reflejados en el atestado. También podrá servir a estos efectos los asientos de registros de medidas cautelares, creado por la LO 15/2003⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Véase al respecto, MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., p. 207.

Se debe investigar la actividad delictiva previa del imputado, no con fines represivos ni de prevención especial, sino para hacer derivar de ello el mayor o menor riesgo de periculum in mora (vg. el sujeto tendrá mayor interés en eludir la acción de la justicia si por tener antecedentes no podría beneficiarse de la remisión condicional de la pena, o si se siguen contra él varios procedimientos).

Conforme establece el artículo 503.3.a), de la LECrim: “Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona imputada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado”.

Este precepto legal estableció una presunción legal del riesgo de fuga, que se verifica cuando, en virtud de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hayan sido dictadas contra el imputado por lo menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores, circunstancia que incluso excepciona la regla general del límite cuantitativo.

Como se puede observar, este criterio legal de valoración del riesgo de fuga hace referencia a la incomparecencia al llamamiento por el dictado de al menos dos requisitorias en los dos años anteriores, que hayan sido acordadas por cualquier órgano de la jurisdicción penal.

⁵⁸⁹ Cfr. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004, p. 195.

La ley se refiere aquí a un antecedente procesal específico, estableciendo una especie de presunción legal de fuga en las hipótesis en que “hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores”. Resulta que en estos casos el comportamiento anterior del imputado en otros procedimientos evidencia un claro riesgo de no disponibilidad del imputado en el proceso.

Analizando este criterio, BARALLAT LÓPEZ observa que por lo menos tres aspectos indican que este criterio debe ser objeto de valoración específica respecto de los restantes: a) su tratamiento separado, en párrafo a parte; b) la concreción del supuesto que contempla, frente al carácter abierto de los demás criterios expresados en el párrafo segundo; c) la especificidad de sus efectos, ya que como indica a tenor de la palabra “procederá” alude a un criterio reglado de valoración, frente al carácter discrecional de la valoración conjunta⁵⁹⁰.

Ahora bien, en cuanto a este último aspecto, seguimos a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, que sostiene con razón que, a pesar del término “procederá” contenido en el precepto legal, tal circunstancia deberá permitir la prueba en contra bajo pena de vulneración del principio de proporcionalidad⁵⁹¹.

Sobre este punto, manifiesta DÍAZ MARTÍNEZ que, pese a la expresión contenida en el precepto legal (*procederá*), la obligación de la adopción de la prisión provisional cuando presente la citada circunstancia, es decir, el haber sido dictada al menos dos requisitorias, atenta contra el principio de la excepcionalidad de la prisión provisional, en la medida en que convierte en automática la restricción de la libertad ante la mera presunción legal, sin atenderse a las circunstancias del caso y de la persona imputada,

⁵⁹⁰ Cfr. BARALLAT LÓPEZ, Juan, ob. cit., p. 123.

⁵⁹¹ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 156.

representando, por lo tanto, una vulneración del principio de proporcionalidad, ya que no se hace referencia a los delitos que estaban siendo enjuiciados en los procesos en que fueran dictadas las requisitorias, ni se observa si fueron dolosos, factor que, unido a que se excepciona el límite de dos años, permite calificarla como excesiva y desproporcionada⁵⁹².

Acerca de este aspecto, GIMENO SENDRA y DÍAZ MARTÍNEZ sostienen que “el hecho de haberse dictado dos requisitorias por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores constituye, ciertamente, un elemento robustecedor del que inferir el peligro de fuga, pero, en modo alguno, puede permitir la aplicación automática de la prisión provisional sin atender a otros elementos que, transcurridos dos años, pudieron acreditar que el imputado no se sustraerá a la acción de la justicia (domicilio conocido, trabajo estable, drogadicción superada, etc.), por lo que hubiera sido deseable sustituir la expresión ‘procederá’ por la de ‘podrá’ acordarse”⁵⁹³.

4.6.1.4 Incomparecencia injustificada

Se tiene aun como elemento importante para la valoración del peligro de fuga la incomparecencia injustificada en el mismo proceso. Esta es una circunstancia por sí misma suficiente autónomamente para justificar el peligro de fuga, lo que es natural siempre que no exista la disponibilidad del imputado. Es decir, el hecho acredita por sí solo el peligro en la demora.

Establece el artículo 504.4 de la LECrim que: “La concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no

⁵⁹² Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, ob. cit., p. 1604.

⁵⁹³ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 542.

impedirá que ésta se acuerde en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal”.

Este precepto deja claro que la no comparecencia del imputado se puede producir respecto de cualquier citación o llamamiento que le curse el órgano judicial, en relación con cualesquiera diligencia o actuaciones que hayan de practicarse en el proceso.

En estos casos, para acordar la prisión provisional es necesario básicamente la existencia del *fumus boni iuris* y el hecho de la incomparecencia, desde que ésta lo haya sido sin motivo legítimo a la llamada judicial. Ahora bien, se debe partir de una incomparecencia injustificada y que revele propósito de fuga.

Comentando el tema, anteriormente previsto en el artículo 504.1 de la LECrim, ASECIO MELLADO precisaba que lo importante no es la mera incomparecencia sino sólo aquella que revela una intención de evasión al proceso. De ahí que la ley haga mención del motivo legítimo, de modo que siempre que “la conducta del inculpado no suponga un obstáculo a la acción de la justicia entendida en el sentido de ponerse en contacto con el órgano judicial para dar razones de su incomparecencia, debe excluirse la prisión provisional”⁵⁹⁴.

En este aspecto particular, es necesario reconocer la procedencia de las conclusiones de ARAGONESES MARTÍNEZ:

“Asegurar la presencia del imputado en el proceso o, en sentido contrario, evitar el riesgo de fuga es posiblemente la finalidad por antonomasia de la prisión provisional. Pero, de nuevo, pueden surgir dudas acerca de la proporcionalidad y excepcionalidad de esta medida cuando se base en la incomparecencia pasada del sujeto, en un

⁵⁹⁴ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 90.

margen temporal tan amplio, cuando hubiese cometido un delito, que incluso pudiera ser culposo⁵⁹⁵.

4.6.1.5 La inminencia de la celebración del juicio oral

La inminencia de la celebración del juicio oral, especialmente en los casos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de la LECrim, también constituye un elemento a ser considerado para deducir el riesgo de fuga (art. 503.1.3º.a), de la LECrim), siendo justificada la medida frente a la escasa limitación de la libertad y de la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el momento de la celebración del juicio.

Lógicamente la proximidad de la celebración del juicio incrementa el riesgo de fuga, puesto que mayor es el interés del imputado de evitar la acción de la justicia frente a la posibilidad de que se dicte una sentencia condenatoria. El precepto destaca especialmente el supuesto de juicios rápidos, procedimiento de especial idoneidad para decretar la prisión provisional, puesto que a la inminencia del juicio se une lo reducido de los plazos de tramitación y la corta duración de la medida cautelar. La proximidad temporal del enjuiciamiento del delito supone una mayor probabilidad de que sea finalmente impuesta una pena, aspecto que entraña un factor de mayor riesgo de fuga⁵⁹⁶.

Sin embargo, a nuestro parecer, el simple dato temporal no determina por sí solo el peligro de fuga, pero unido a las otras circunstancias puede constituir un indicio del riesgo de fuga, ya que cuanto más factible sea la

⁵⁹⁵ ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, ob. cit., p. 406.

⁵⁹⁶ Véase al respecto, SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, ob. cit., p. 196.

eventual condena más intensa será la posible inclinación del imputado a sustraerse de ella.

4.6.2 Riesgo de ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba

Uno de los objetivos que pueden ser perseguidos con la prisión provisional es asegurar la obtención y práctica de los diversos medios de prueba⁵⁹⁷, finalidad que se manifiesta en dos diferentes momentos. Durante la instrucción del sumario o diligencias previas, es entonces cuando el objetivo debe ser el de garantizar que el imputado no adopte ninguna medida que pueda obstruir la investigación, impidiendo la obtención del material incriminatorio. También frente al juicio oral, cuando se desea impedir que el inculgado impida o dificulte la práctica de los medios de prueba y general, actuando mediante coacción, violencia o cualquier otra conducta que pueda dificultar el normal desarrollo del juicio.

Al contrario del riesgo de fuga, esta finalidad no fue expresamente prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Ahora bien, a pesar de la omisión, siempre fue admitida por la jurisprudencia del TEDH⁵⁹⁸ para justificar la prisión provisional.

⁵⁹⁷ Analizando la materia frente a la LO 13/2003, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 102, observa que no resulta preciso hablar de la finalidad de “aseguramiento de la prueba”, ya que existen algunas actuaciones procesales, como las relacionadas con las pruebas anticipadas, que a pesar de que sean de aseguramiento de la prueba, no tienen relación alguna con la finalidad de la prisión provisional.

⁵⁹⁸ Pueden ser apuntadas como principales sentencias al respecto del tema: SSTEDH, de 16 de julio de 1971; de 27 de noviembre de 1991; de 12 de diciembre de 1991; de 26 de enero de 1993; de 8 de junio de 1995; de 17 de marzo de 1997; de 23 de septiembre de 1998; de 24 de octubre de 1998.

Dicha finalidad está incluida en la legislación de varios países europeos, como Alemania (párrafo 112.II/StPO alemán), Italia (artículo 274.1, Códice de Procedura Penale italiano), Portugal (artículo 204, Código de Proceso Penal Portugués) y Francia (artículo 144.1º, CPP).

El Tribunal Constitucional Español desde tiempo atrás viene fijando que esta finalidad justificaba la adopción de la prisión provisional, aunque haya utilizado varios términos para expresarla, tales como “entorpecimiento de la investigación”, “obstrucción de la instrucción judicial”, “obstrucción de la justicia”, “obstrucción procesal”⁵⁹⁹.

Aunque la LECrim haga alusión indirecta a este motivo en algunos preceptos legales, fue con la reforma de la LECrim en materia de la prisión provisional cuando se incorporó de modo expreso la obstrucción de la instrucción penal como uno de los riesgos relevantes que pueden justificar la prisión provisional.

Es importante destacar que un sector doctrinal se muestra crítico con esta finalidad de la institución objeto de estudio.

Así, PISAPIA, de modo enfático, descarta la utilización de la prisión provisional para perseguir esta finalidad. Según el jurista italiano, este fin peca por ingenuidad, porque deja de considerar que la temida ocultación puede fácilmente ser conseguida a través de terceras personas, igualmente estando el imputado preso. Por otro lado, resalta que la medida implica en

⁵⁹⁹ Entre muchas, hacen referencia a este riesgo: SSTC 40/1987, de 3 de abril; 128/1995, de 26 de julio; 44/1997, de 10 de marzo; 98/1997, de 20 de mayo; 66/1997, de 7 de abril; 67/1997, de 7 de abril; 98/1997, de 20 de mayo; 156/1997, de 29 de septiembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 33/1999, de 8 de marzo; 14/2000, de 17 de enero; 47/2000, de 17 de febrero; 164/2000, de 12 de junio; 165/2000, de 12 de junio; 207/2000, de 24 de julio; 61/2001, de 26 de febrero; 94/2001, de 2 de abril; 145/2001, de 18 de junio; 146/2001, de 18 de junio; 217/2001, de 29 de octubre; AATC 179/1996, del 26 de junio; 4/1997, de 13 de enero; 191/2000, de 24 de julio; 177/2001, de 29 de junio.

cercenamiento de la defensa, ya que la privación de la libertad puede impedir un eficaz ejercicio de sus derechos de defensa⁶⁰⁰.

En especial, sobre el entorpecimiento de la investigación, ya señalaba BINDER que, como el Estado dispone de innumerables medios para evitar la acción ilícita del imputado, no podría constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona. Afirmaba que, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad⁶⁰¹.

En una concepción estrictamente garantista, conforme explica FERRAJOLI, el riesgo de la destrucción de las pruebas puede ser perfectamente prevenido con medidas menos infamantes, como la simple conducción del imputado a la presencia del juez, o, como mucho, con su detención por el tiempo estrictamente necesario para interrogarlo en una audiencia preliminar. Realizado el interrogatorio, la custodia preventiva del imputado es absolutamente injustificable. De modo radical, afirma que su prolongación no puede tener otro efecto que no sea el de colocar al imputado en una condición de sumisión, de obstaculizar a su defensa, de inducirlo eventualmente a la confesión e incluso también permitir que otros sujetos sean quienes realmente deterioren las pruebas. Por eso, argumenta que la prisión provisional no sólo no es necesaria, sino que es perjudicial para el esclarecimiento de la verdad por medio del libre contradictorio⁶⁰².

Añade este autor que después del interrogatorio, sólo puede ser considerada una finalidad legítima por quien considere el papel de la defensa como obstáculo inoportuno. Aunque admitiendo que, sobretudo en algunos

⁶⁰⁰ Cfr. PISAPIA, Gian Domenico, ob. cit., p. 262.

⁶⁰¹ Cfr. BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, p. 199.

⁶⁰² Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, ob. cit., p. 554.

crímenes graves, existe el peligro de que, después del interrogatorio y de las primeras investigaciones, el imputado pueda alterar las pruebas, sostiene que “ningún valor o principio es satisfecho sin costes” y que éste es un costo que el sistema penal, “si quisiere salvaguardar su razón de ser, debe estar dispuesto a pagar”⁶⁰³.

En la doctrina española, un sector de la misma también critica esta finalidad. Para GIMENO SENDRA, el peligro de ocultamiento u oscurecimiento de la prueba no debería ser incluido como motivo de prisión provisional. Antes de la LO 13/2003, afirmaba que, por más nobles que puedan ser las causas que inducen ciertos jueces a este atípico motivo, en el proceso penal moderno “no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio”, prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como “arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado”. Esta práctica inquisitiva debería ser considerada como “trato inhumano o degradante”⁶⁰⁴. A pesar de la crítica, no desconoce el autor que la jurisprudencia constitucional la admite, afirmando incluso que para determinados casos, como los de criminalidad organizada y delincuencia económica, debería ser autorizada⁶⁰⁵.

Según RAMOS MÉNDEZ, este objetivo, que es absolutamente ajeno a nuestra tradición procesal, se ha ido colando de rondón por la vía de hecho en la práctica judicial por un criterio de comodidad de la instrucción mal entendido y finalmente se le ha dado indebidamente carta de naturaleza en la ley. Las reservas que esta misma efectúa, nada más enunciar el objetivo, son un claro exponente de su fragilidad. La investigación penal tiene medios mucho más eficaces para preservar las fuentes de prueba que la prisión

⁶⁰³ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, ob. cit., p. 555.

⁶⁰⁴ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *La prisión provisional...*, ob. cit., p. 154.

⁶⁰⁵ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *La necesaria reforma...*, ob. cit., p. 1325.

provisional. Y del mismo modo: “No está justificado anticipar el cumplimiento de una pena para investigar más cómodamente, porque ello viola la transparencia constitucional que debe tener la instrucción criminal”⁶⁰⁶.

Estamos en desacuerdo con estos planteamientos. En nuestra opinión no se trata de ser favorable a la prisión para obtener la verdad a cualquier precio, para investigar más cómodamente o aún considerar el papel de la defensa como inoportuna. Sucede que la medida es imprescindible para que el proceso penal pueda tramitar regularmente a fin de que pueda alcanzar su finalidad, lo que solamente será posible si hubiera una protección legal contra las maniobras obstaculizadoras practicadas por el imputado. Lo cierto es que la evitación de ocultación o alteración de las fuentes de prueba consiste en una relevante función de la prisión provisional, y a partir de la LO 13/2003 pasó a tener previsión expresa en el artículo 503.1.3º. b), de la LECrim, que estableció como finalidad legítima a ser perseguida con la prisión provisional, “evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto”.

Es oportuno dejar sentado que la adopción de la prisión provisional frente a este riesgo está sujeta a la concurrencia de algunos requisitos.

En primer lugar, es necesario que las fuentes de prueba que se pretendan asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal principal, es decir, para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, lo que naturalmente excluye las fuentes de prueba relacionadas con las responsabilidades de naturaleza civil.

⁶⁰⁶ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal...*, ob. cit., p. 266.

De este modo, no se justifica acudir a esta medida cuando el peligro se refiera a material probatorio de escasa relevancia y tampoco cuando pueda ser fácilmente sustituido por otros elementos. Como observa ARMENTA DEU “El fin no es preservar las fuentes de prueba en general. Dicha configuración atentaría contra la exigencia de proporcionalidad. El objetivo se circunscribe a aquellas relevantes para el enjuiciamiento”⁶⁰⁷.

Por otro lado, es necesario que el peligro de la actividad ilícita del imputado no se trate de un posible riesgo sin más, sino que sea concreto y fundado.

Como aclara FARALDO CABANA, “la sospecha fundada de que el imputado puede obrar en este sentido debe basarse en hechos concretos relativos a su comportamiento, a sus circunstancias vitales, etc., pues la mera posibilidad de que pueda alterar la prueba no justifica todavía la existencia de una sospecha fundada. Ha de tratarse de un peligro concreto, fundamentado en circunstancias de hecho que se deberían indicar expresamente en el auto”⁶⁰⁸.

Prescribe el artículo 503, 3º, b, de la LECrim, que “No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación” (párrafo primero), así como que “Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo” (párrafo segundo).

⁶⁰⁷ Cfr. ARMENTA DEU, Teresa, ob. cit., p. 213.

⁶⁰⁸ Cfr. FARALDO CABANA, Patricia. *El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*, en “Actualidad Penal”, nº 25, 2003, p. 640.

Como se puede observar, la legislación procesal estableció básicamente dos criterios para valoración de este riesgo, uno negativo y otro positivo.

De acuerdo con el párrafo segundo de este apartado, el referido riesgo no podrá ser inferido únicamente del ejercicio de la defensa o de falta de colaboración del imputado durante la investigación. Se procura con ello evitar que estrategias defensivas que aspiren, por ejemplo, desacreditar una fuente de prueba, como un testigo o la autenticidad de un documento, o la no colaboración con la investigación, como la omisión de la identidad de determinado testigo, puedan justificar la utilización de la prisión provisional⁶⁰⁹. Así, el simple silencio, la falta de admisión de los hechos por parte del imputado o su falta de colaboración en el curso de la investigación no justifica acudir a la prisión provisional.

De esta manera, el objetivo de esta función es claro: evitar que, en libertad, pueda el imputado actuar de modo fraudulento sobre las pruebas que puedan ser obtenidas, es decir, que pueda de alguna forma obstaculizar o impedir la obtención o práctica de las pruebas, a través de su ocultación, alteración o también destrucción. No se trata, por lo tanto, de un instrumento destinado a obligar al imputado a realizar una determinada conducta positiva para la obtención de pruebas, esto es, de obligarlo a dar "*impulso activo*"⁶¹⁰ a la investigación y la prueba.

En esta línea, sostiene ASECIO MELLADO que este fin goza de clara función cautelar por la simple razón de que, por medio de ella, se pretende garantizar el proceso, de tal modo que, si esto no fuera hecho, el procedimiento podría frustrarse, no ya por la incomparecencia del imputado,

⁶⁰⁹ Cfr. BARALLAT LÓPEZ, Juan, ob. cit., p. 125.

⁶¹⁰ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 103.

sino que por la falta del mínimo material fáctico sobre el cual apoyar la inculpación⁶¹¹.

Precisamente por ello es por lo que merece el reproche unánime entre los autores y la propia jurisprudencia del tribunal constitucional, la búsqueda, a través de este gravoso medio, de la colaboración activa del imputado en el sentido de imponerle una declaración autoinculpatoria, es decir, no se puede deducir de su derecho de no auto incriminarse una actitud obstruccionista que pueda legitimar la prisión provisional.

A éste propósito, destacan GIMENO SENDRA y DÍAZ MARTÍNEZ que “La utilización de la prisión provisional como impulsora del descubrimiento del delito, para obtener pruebas o arrancar una confesión constituiría, sin duda alguna, una práctica inquisitiva que excedería los límites constitucionales y se erigiría en un trato degradante expresamente proscrito por el art. 15 CE”⁶¹².

En emblemático fallo el Tribunal Constitucional Español dejó sentado de modo enfático la proscripción de la utilización de la prisión provisional con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que la utilización de la privación de libertad con tal finalidades excede los límites constitucionales. En palabras del Tribunal Constitucional, en cuanto al fin, “la prisión provisional responde a 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 (STC 40/1987). Por el contrario, lo que en ningún caso

⁶¹¹ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 36.

⁶¹² Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 543.

puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena (STC 41/1982), o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los imputados, etc. Todos estos criterios ilustran, en fin, la excepcionalidad de la prisión provisional que tantas veces ha subrayado este Tribunal (SSTC 41/1982, fundamentos jurídicos 2. y 3.; 32/1987, fundamento jurídico 3.; 34/1987, fundamento jurídico 2.; 40/1987, fundamento jurídico 2.; 13/1994, fundamento jurídico 6.)”⁶¹³.

A fin de cuentas, a través de esta finalidad se pretende impedir la pérdida de material probatorio, causada de modo ilícito por el imputado.

La presencia o ausencia del peligro de destrucción probatoria podrá ser identificada a partir de ciertas circunstancias y características personales del imputado, de su propia conducta o hasta de la propia naturaleza y características del hecho imputado. Todos estos datos podrán servir de indicios de la existencia de este *periculum libertatis*. Para este efecto, son circunstancias indicativas e ilustrativas de este riesgo, entre otras: la real capacidad del imputado para acceder a documentos en una determinada organización, empresa o institución; su posición de ascendencia o influencia sobre otras personas para determinar la destrucción de pruebas; la actuación ilícita del imputado ya realizada durante el proceso, destruyendo o impidiendo la obtención y práctica de pruebas; los antecedentes del inculpado, es decir, las actuaciones anteriores en torno a los hechos constitutivos de este riesgo, como confabulación, coacción a testigos; la pertenencia del inculpado a una organización delictiva, cuando el tipo y la forma de actuación delictiva denote una especial capacidad de actuación u organización que evite o dificulte no sólo la inculpación propia sino también de otros copartícipes.

⁶¹³ Vid. STC 128/1995, de 26 de julio de 1995.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES alerta sobre la necesidad de una lectura restrictiva de esta finalidad, tanto bajo el punto de vista de su efectividad práctica como de su proporcionalidad. Apunta que, en cuanto a su finalidad práctica, es preciso reconocer que la prisión provisional no constituye una garantía de que no habrá actividad ocultadora u obstaculizadora, ya que la destrucción de pruebas, confabulación, aleccionamiento e incluso coacción a terceros pueden ser realizadas no sólo por el imputado sino por otras personas, a su instancia o incluso sin ella, pudiendo ser alcanzadas, ordenadas y hasta dirigidas por el imputado desde la prisión. Así pues, sólo la prisión incomunicada, que no es la regla, sino la excepción, sería hábil para prevenir este peligro. Empero, como su alcance temporal es limitado, no se puede decir que este objetivo será realmente alcanzado a través de la prisión provisional⁶¹⁴.

Por otro lado, bajo el prisma de la proporcionalidad, en cuanto a la posibilidad de ejercer la defensa y afrontar un juicio, no se puede comparar la situación del sujeto que se encuentra preso con aquel que se encuentra en libertad.

Por ello, siguiendo con este planteamiento, la privación de libertad basada en esta finalidad debe ser objeto de una aplicación especialmente prudencial. Sólo será legítima la prisión preventiva fundada en este motivo cuando pueda quedar claramente evidenciado un peligro de destrucción u ocultación de pruebas concretas y esenciales y, así mismo, sólo por el tiempo estrictamente necesario para salvaguardarlas, respetando siempre el derecho de defensa⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 105.

⁶¹⁵ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 106.

En todo caso, se puede decir que el legislador sabiamente intentó impedir el manejo de la prisión provisional como mecanismo de presión contra el imputado y su defensa.

Por otra parte, conforme se puede percibir en el párrafo tercero del mismo apartado *b*, fueron establecidos criterios para la valoración del peligro de ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, como “la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo”. En este particular es necesario observar que el avance de la instrucción judicial, con la natural producción de las pruebas, podrá hacer desaparecer este riesgo.

4.6.3 Evitación de la reiteración delictiva

De acuerdo con el artículo 503.2 LECrim, modificado por la LO 13/2003, otra función reservada a la prisión preventiva es la de evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Conviene precisar que, aun cuando carecía de cobertura legal expresa, parte de la doctrina española señalaba que la redacción de los artículos 503 y 504 de la LECrim, al referirse a los antecedentes del imputado, constituía una puerta abierta para su admisión⁶¹⁶.

Esta es la finalidad que seguramente más controversia suscita en la doctrina, incluso extranjera.

⁶¹⁶ Véase al respecto: ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 38; SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 225.

Para un mayoritario sector doctrinal, el objetivo de evitar la práctica de nuevos delitos constituye un fin que no puede ser atribuido a la prisión preventiva, en la medida que implica la vulneración del principio de la presunción de inocencia y un desvirtuamiento del significado y finalidad de las medidas cautelares.

Se tiene como premisa que esta finalidad justificadora de prisión provisional se conecta a una idea preventiva de reacción social frente a quien, en libertad, actúa de modo reiterado contra las normas básicas de convivencia social.

Envuelve un juicio de futuro que se basa en la probabilidad de que el sujeto al cual se imputa la práctica de un crimen volverá a delinquir, o en un juicio de prognosis en el que, partiendo de la conducta delictiva imputada, se especula acerca de cuál será la conducta del sujeto⁶¹⁷.

Por lo tanto, se apoya sobre un criterio de prevención especial cimentado sobre el concepto de peligrosidad, que atribuye a la prisión provisional fines que son propios de las penas y de las medidas de seguridad. De ahí que, conforme pone de relieve este sector doctrinal, se asienta en una presunción de culpabilidad, en la medida en que presupone una equiparación entre imputado y condenado.

Justificando su crítica a esta concepción, afirma ORTELLS RAMOS que reconocer la naturaleza de la medida de seguridad a la prisión preventiva supone una equiparación entre el imputado y la persona cuya peligrosidad social hubiera sido declarada, que no puede ser admitida, una vez que la prisión preventiva no es adoptada después de un procedimiento en el cual fueron observadas todas las posibilidades de contradicción, ni

⁶¹⁷ Cfr. BARREIRO, Alberto Jorge, ob. cit., p. 1781.

tampoco es precedida de actuaciones técnicas adecuadas para definir la peligrosidad de un sujeto y las medidas para repararla⁶¹⁸.

Destaca BARREIRO que se encausa, en este caso, “la prisión provisional hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad, asimilándose a ambas al no fundamentarse sólo en el hecho de que el acusado haya aparentemente delinquido, sino también en la evitación de que cometa nuevos delitos en tanto no llegue la fecha del juicio”⁶¹⁹.

En síntesis, se entiende que la finalidad de evitar la práctica de otros delitos por el inculpado no puede justificar la adopción de la prisión provisional porque las acciones destinadas a la prevención criminal corresponden a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y no a los órganos jurisdiccionales. Además, volcada para atender esta función preventiva, la prisión provisional invade el campo de actuación de la pena que posee como uno de los fines específicos el de la prevención especial del sujeto.

Para MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, la propia terminología empleada para expresar esta finalidad permite entrever que esta concepción se asienta en una presunción de culpabilidad. La prisión provisional tiene el objetivo de actuar como “un remedio frente a la temida peligrosidad del imputado, si bien es lo cierto que la valoración de dicha peligrosidad sólo puede encontrar su normal fundamento en la hipótesis de que efectivamente sea culpable del delito que se le imputa”⁶²⁰.

Al volcarse en la prevención de futuros delitos durante la tramitación del proceso, la prisión provisional deja de constituir una medida de aseguramiento del proceso y garantía de la ejecución de la pena que al final

⁶¹⁸ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, ob. cit., p. 456.

⁶¹⁹ Cfr. BARREIRO, Alberto Jorge, ob. cit., p. 1781.

⁶²⁰ Cfr. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, ob. cit., p. 291.

se podrá imponer, para convertirse en una medida de seguridad preventiva, desvirtuando así el significado y finalidades propios de una medida cautelar personal. Ello es debido a que se apoya en un juicio de futuro que se centra en la probabilidad de que el sujeto que cometió un delito volverá a delinquir, pero que, al contrario de las medidas de seguridad (que son postdelictuales), se da cuando ni siquiera quedó probado que el imputado delinquirió una vez⁶²¹.

HASSEMER también combate la atribución a la prisión provisional de fines propios del derecho penal material. Conforme señala, la evitación de un peligro de reiteración, la intimidación, o la integración normativa de la generalidad o los esfuerzos de resocialización sólo pueden ser ejecutados sobre una persona con respecto a la cual el derecho penal se ha asegurado de su culpabilidad en forma conforme al ordenamiento. En contra de la utilización de la prisión provisional como un mecanismo de defensa del orden social y de la tranquilidad ciudadana, advierte: “Quien lucha contra la criminalidad prematuramente, es decir, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de presunción de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona a una persona sin fundamento jurídico”⁶²².

En suma, de acuerdo con el entendimiento doctrinal mayoritario, al actuar como medio de defensa del orden social, destinado a garantizar la seguridad y la tranquilidad colectivas, la prisión provisional pasa a cumplir una finalidad de prevención que nada tiene de cautelar, convirtiéndose así en una medida de internamiento preventivo o de seguridad⁶²³ que se basa en una presunción de culpabilidad. En palabras de BARONA VILAR, al

⁶²¹ Cfr. FARALDO CABANA, Patricia. *El proyecto de reforma...*, ob. cit., p. 642.

⁶²² Cfr. HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 119.

⁶²³ Cfr. SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 1228.

desempeñar aquella función, la prisión provisional se convierte en una “medida de seguridad oculta o encubierta en una naturaleza aparente de medida cautelar”⁶²⁴.

De modo contrario se posiciona otro sector doctrinal⁶²⁵. EBERHARD SCHMIT llega a asignar un fundamento procesal a este motivo, razonando que el mismo persigue una función de aseguramiento procesal, ya que la comisión de nuevos delitos por el imputado implicaría un retraso del proceso, puesto que la investigación debería abarcar también los nuevos delitos⁶²⁶. En el mismo sentido, observa ILLUMINATI que en tales supuestos es prácticamente imposible que el riesgo de la práctica de nuevos delitos no venga acompañado de un más tangible peligro de fuga, sobre cuyos cimientos se podría operar como una base más propiamente cautelar. SOLCHAGA también afirma que, a pesar de que la finalidad preventiva no sea propia de una medida cautelar, lo cierto es que las medidas cautelares ejercen cada día más esta función, sobretudo en virtud de la larga duración de los procesos que acaba impidiendo que la pena cumpla la referida función preventiva⁶²⁷.

Según SANGUINÉ, la finalidad podría justificar, en una futura reforma, que la prisión provisional fuera dirigida a salvaguardar futuros bienes susceptibles de ser ofendidos por el supuesto autor del primer hecho. Ahora bien, sólo sería posible si fueran establecidos claros criterios restrictivos,

⁶²⁴ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional...*, ob. cit., p. 25.

⁶²⁵ A este respecto, entre otros, MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., p. 138; AGUILERA DE PAZ, Enrique, ob. cit., p. 190; MATTES, Heinz, ob. cit., pp. 17-21.

⁶²⁶ Citado por LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1995, pp. 560-561.

⁶²⁷ Citados por CUENCA MIRANDA, Alfonso. *La prisión provisional en el Derecho comparado y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en “Régimen jurídico de la prisión provisional”, coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004, p. 35.

limitando la adopción de la medida a determinados delitos de mayor gravedad. Así pues, el legislador, además de recurrir a los antecedentes, la personalidad y el quantum de la pena como factores indicativos de este riesgo, se debería establecer un catálogo de delitos que justificase la medida, apoyándose en un criterio cualitativo y no meramente cuantitativo⁶²⁸.

Sobre tal cuestión, RODRÍGUEZ RAMOS concluye que “urge pues una reforma de la reforma de la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva, pero no en el sentido reaccionario de llenar sin más las cárceles de preventivos (por cierto, hacen falta más locales penitenciarios), sino en el de clarificar la posiblemente inevitable (en tanto no se agilice la Administración de Justicia, reduciendo plazos) doble naturaleza de la institución, concretando los requisitos para su imposición en cada una de sus versiones”⁶²⁹.

Bajo una perspectiva técnica, al atribuirse a la prisión provisional una finalidad de rasgo preventivo como la de evitar el riesgo de reiteración delictiva, se debe reconocer que el instituto deja de ser una medida genuinamente cautelar. Esta circunstancia, no obstante, al contrario de lo que se sostiene, no tiene fuerza para deslegitimarla. En nuestra opinión, la tarea de evitar la reiteración delictiva, protegiendo las víctimas concretas y potenciales del inculpado, no aparta la prisión provisional totalmente del objetivo de garantizar la efectividad de la actividad jurisdiccional, siendo perfectamente compatible con su naturaleza cautelar y no representando cualquier ataque al principio de la presunción de inocencia.

De hecho, cada vez más son adoptadas medidas provisionales que atienden a finalidades que no se encuadran en las exigencias estrictamente

⁶²⁸ Cfr. SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 226.

⁶²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, ob. cit., p. 1059.

cautelares, ya que no se asocian con la necesidad de garantizar la efectividad de la actuación jurisdiccional penal.

Sin embargo, a pesar de poseer un significado y alcance distinto de las medidas auténticamente cautelares, referidas medidas son imprescindibles para que el proceso penal pueda cumplir la función para la cual fue constitucionalmente creado, es decir, servir de modo efectivo como instrumento de pacificación social.

En estas hipótesis, entre el conflicto libertad individual *versus* seguridad colectiva, que encuentra aquí su más alto y delicado punto de tensión, la preservación de la dignidad de todos los ciudadanos exige que se adopten medidas que, aunque no se encuadren con perfección a la técnica de las medidas cautelares, estén dirigidas a la protección de los derechos fundamentales de las víctimas actuales o potenciales del imputado.

Es del todo esencial que la legitimidad de estas medidas esté vinculada a su configuración como medida de naturaleza provisional (aunque no sea cautelar), sometida por lo tanto a los condicionamientos derivados de la obligatoria observancia de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad.

Por todo ello, el objetivo de impedir la reiteración delictiva asigna a la prisión provisional no una naturaleza cautelar, sino más bien tuitiva, dirigida a la protección de las “víctimas del presunto delito, sus allegados o las personas que podrían verse afectadas por la hipotética reincidencia producida *lite pendente*”⁶³⁰, objetivo que debe ser perseguido no sólo por el derecho penal, sino también por su instrumento: el proceso penal.

⁶³⁰ Cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, ob. cit., p. 137.

A nuestro parecer, una visión del proceso penal comprometida con el cumplimiento de los derechos fundamentales de todos y no sólo del imputado, que lleve en consideración no sólo la necesidad de posibilitar el ejercicio del *jus puniendi* estatal, sino también la tutela de aquellos que sufren con las consecuencias del delito, exige que se dé a la prisión provisional una doble dimensión: cautelar y también de prevención (provisional).

Tal y como hemos concluido, el objetivo de evitar la reiteración delictiva constituye una finalidad legítima y justificada de la prisión provisional, que no vulnera el principio de presunción de inocencia, ya que el juicio previo que su adopción en este caso implica no es distinto de aquel consustancial a la imputación y que es inherente a todas las medidas provisionales, e incluso porque no sería posible apreciar riesgo de fuga, por ejemplo, sin presumir que el imputado ha cometido el hecho delictivo y pretende eludir sus responsabilidades.

En efecto, son innumerables las medidas de naturaleza provisional que se inspiran en consideraciones de prevención, de profilaxis delictiva y no en finalidades instrumentales, entre las cuales se puede mencionar las medidas de protección de los ofendidos o perjudicados por el hecho enjuiciado, familiares u otras personas allegadas (Ley 14/1999), como la prohibición de residir o acudir a determinados lugares o de acercarse o comunicarse con determinadas personas.

En relación con esta función, indica acertadamente GUTIÉRREZ DE CABIEDES que la evitación de la práctica de futuros delitos implica asignar a la prisión provisional la naturaleza de medida preventiva, cuyo significado y alcance es más amplio que las tradicionales medidas cautelares. Conforme destaca, el término "*medida preventiva*" es apropiado tanto para la finalidad

tuitiva que desempeña la prisión provisional en este caso, como cuando esté volcada a la atención de fines propiamente cautelares⁶³¹.

Tanto es así, que esta finalidad de la prisión provisional se encuentra reconocida en varios instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como en el Convenio para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que así dispone:

“Art. 5. Derecho a la libertad y a la seguridad.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

...

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido”.

Asimismo, el Consejo de Europa, a través de la Recomendación R 11, del 27 de junio de 1980, dirigida a los Estados miembros, reconoció como motivo legítimo para la adopción de la prisión provisional la posibilidad de la práctica de un delito grave.

Aplicando estos preceptos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha construido una sólida jurisprudencia, admitiendo de modo reiterado que la prisión provisional podrá ser adoptada con vistas a prevenir el riesgo de reiteración delictiva⁶³².

⁶³¹ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 112.

⁶³² Véase SSTEDH, de 10 de noviembre de 1969 (caso Stögmüller y Matzenetter); de 16 de julio de 1971 (caso Ringeisen); de 28 de marzo de 1990 (caso B c Austria); de 26 de enero

Es importante resaltar, sin embargo, que aquella Corte Internacional ha establecido una serie de parámetros para modular la aplicación de dicha finalidad. Así, ha señalado como circunstancias importantes para la constatación de este peligro la continuación prolongada de los actos punibles, la gravedad de los perjuicios sufridos por la víctima, la nocividad del acusado y su capacidad para repetir los actos delictivos, la particular gravedad del crimen, el estado psíquico del inculcado y la propia fragilidad de la víctima, además de enfatizar la imposibilidad de invocación genérica de este riesgo, siendo necesaria una motivación concreta, específica, apoyada en un supuesto fáctico que demuestre la necesidad de la medida.

Varias legislaciones europeas reconocen que el peligro de que el inculcado cometa nuevas infracciones penales constituye un fundamento importante para que se decrete la prisión provisional.

El legislador alemán, por ejemplo, estableció la posibilidad de la adopción de la prisión provisional frente al peligro de reiteración delictiva (Wiederholungsgefahr) en relación a varios delitos de alta nocividad social.

Con la Ley de Modificación del Proceso Penal de 1964, y la Ley de 1972, que introdujo el § 112 StPO, podrá ser decretada la prisión provisional en aquel país, cuando exista riesgo de que el sujeto prosiga su trayectoria criminal, practicando delitos graves como los de abuso sexual de protegidos, presos, custodiados, enfermos, incapaces de oponer resistencia, de niños, violación y coacción sexual. También será posible invocar aquel fundamento cuando se constate la práctica repetida o continuada de hechos de gravedad en el ámbito de quebrantamiento de la paz, graves ataques contra la integridad corporal, a la propiedad y el patrimonio, tales como robos, asaltos,

de 1993 (caso W c Suiza); de 12 de diciembre de 1991 (caso Clooth c Bélgica); de 17 de marzo de 1997 (caso Muller c Francia).

incendios graves, y también de quebrantamientos de criminalidad violenta y de estupefacientes⁶³³.

En Italia, también la necesidad de evitar la repetición de la práctica de delitos constituye causa legítima para la adopción de la prisión provisional. Según prevé el artículo 274.1, do CPP, será adoptada en las hipótesis de delitos graves con uso de armas o medios de violencia personal, delitos contra el orden constitucional, o también de criminalidad organizada. Habiendo peligro de que el sujeto vuelva a practicar un delito de la misma especie que aquel que se le imputa, sólo será posible si la pena fuere, como mínimo, de cuatro años de reclusión, considerado su límite máximo. El peligro de reiteración deberá ser concreto, siendo inferido a partir de las específicas modalidades de comisión del delito y de la personalidad del autor, con el límite que se refiera a los antecedentes penales o a comportamientos o actos concretos que deben ser indicados expresamente⁶³⁴.

El peligro de continuación en la práctica de la actividad delictiva está previsto todavía como finalidad de la prisión provisional en las legislaciones de Francia (Côte de Procedure Penale), Portugal (Código de Proceso Penal Portugués), Inglaterra (Bail Act de 1976), Bélgica (Ley del 20 de Julio de 1990) y Holanda (Código de Procedimiento Criminal Holandés)⁶³⁵.

⁶³³ Como señala LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, ob. cit., pp. 559-560, el Tribunal Federal Constitucional Alemán admite esta finalidad, aunque reconozca que se trata de una función preventiva policial, pues se resalta que en el conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el interés de la colectividad en la presunción de los delitos, este tiene un mayor peso que el interés individual, posición contra la cual el autor se insurge, al argumento de que hay ofensa al principio de la dignidad humana.

⁶³⁴ Cfr. FARALDO CABANA, Patricia. *La prisión provisional en España, Alemania e Italia: un estudio de derecho comparado*, en "Revista de Derecho y Proceso Penal", 2002, p. 31.

⁶³⁵ Véase al respecto, CUENCA MIRANDA, Alfonso, ob. cit. pp. 40-62.

La doctrina constitucional española reconoce la evitación del riesgo de reiteración delictiva como una de las finalidades legítimas de la prisión provisional.

Como antecedente remoto de este reconocimiento por el Tribunal Constitucional puede ser citada la Sentencia 40/1987, de 3 de abril de 1987, cuando se apuntó como justificativa de la medida la necesidad de impedir otra infracción penal.

De modo más enfático, el Tribunal Constitucional Español, en la Sentencia n. 128/1995, de 26 de Julio de 1995, señaló que la prisión provisional responde a 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.

En la trascendental Sentencia 47/2000, de 17 de febrero, en la cual fue auto planteada una cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 de la LECrim, el Tribunal Constitucional Español volvió a reconocer la reiteración delictiva como fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la medida, al lado de causas como la sustracción del imputado de la acción de la Administración de Justicia y la obstrucción de la instrucción penal⁶³⁶.

⁶³⁶ En este sentido, es vasta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español: SSTC, 40/1987, de 3 de abril; 33/1999, de 8 de marzo; 44/1997, de 10 de marzo; 66/1997, de 7 de abril; 107/1997, de 2 de junio; 156/1997, de 29 de septiembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 14/2000, de 17 de enero; 207/2000, de 24 de julio; 165/2000, de 12 de junio; 164/2000, de 12 de junio; 217/2001, de 29 de octubre; 61/2001, de 26 de febrero; 94/2001, de 2 de abril; 145/2001, de 18 de junio; 146/2001, de 18 de junio; 8/2002 de 14 de enero; 23/2002, de 28 de enero; 304/2000, de 11 de diciembre; 23/2002, de 28 de enero; 333/2006, de 20 de noviembre; 62/2005, de 14 de marzo; 149/2007, de 18 de junio; 150/2007, de 18 de junio; 151/2007, de 18 de junio; 152/2007, de 18 de junio; 79/2007, de 16 de abril; 35/2007, de 12 de febrero; 333/2006, de 20 de noviembre; 27/2008, de 11 de febrero.

Para la valoración de este riesgo de reiteración delictiva de carácter general (art. 503.2 LECrim), expresamente admitido por el legislador como una de las finalidades legítimas de la prisión preventiva, fueron establecidos como criterios a tenerse en cuenta, las circunstancias del hecho presuntamente cometido y la gravedad de los delitos que se pudieren cometer, siendo necesario además que se trate de delito doloso y que lleve aparejada una pena igual o superior a dos años.

Dicha regla admite excepciones, no aplicándose el límite penal de dos años cuando, de los antecedentes del imputado y demás datos que aporte la policía judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza su actividad con habitualidad.

En estas hipótesis, la adopción de la prisión preventiva no está condicionada a la práctica de delitos cuya pena máxima sea igual o superior a dos años de prisión o que el imputado tenga previamente antecedentes penales no cancelables derivados de procesos por delitos dolosos.

Las excepciones contempladas en el aludido dispositivo legal se refieren a la hipótesis en que exista una alta probabilidad de reiteración delictiva. La realización de actividades delictivas con habitualidad dice respecto a la práctica reiterada y casi-profesional de delitos, constituyendo un verdadero modo de vida del sujeto, al mismo tiempo la comisión de delitos de manera concertada y organizada supone una mayor facilidad en su realización y la existencia de una estructura cuya finalidad no se agota con la práctica de un delito aisladamente, sino que, al contrario, supone toda una trayectoria de actuación volcada en la práctica de múltiples delitos.

4.6.4 Reiteración delictiva y tutela de la víctima

La tendencia a poner como fin del proceso penal la protección de las víctimas fue consolidada con la aprobación por el Consejo de la Unión Europea del Estatuto de la Víctima en el proceso penal, que dispone que los Estados miembros deberán garantizar un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que presente un riesgo grave de represalias o evidentes indicios de perturbación de su vida privada⁶³⁷.

Como es sabido, la violencia en el entorno familiar y, en especial, la violencia de género constituye un grave problema social, que exige una respuesta global y coordinada por parte de los poderes públicos. En el enfrentamiento de este problema, varias medidas legislativas de naturaleza penal y procesal penal fueron establecidas a fin de combatir y disuadir la práctica de delitos de este género, pudiendo ser citadas las Leyes 38/2002, de 24 de octubre⁶³⁸, 27/2003, de 31 de julio⁶³⁹ y 11/2003, de 29 de septiembre⁶⁴⁰.

Es dentro de este contexto de valorización de la víctima en el proceso penal donde se inserta la posibilidad de adopción de la prisión provisional como medida destinada a evitar que el imputado pueda actuar contra sus bienes jurídicos, introducida a través de la LO 13/2003.

⁶³⁷ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, ob. cit., p. 1605.

⁶³⁸ Dispone sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, entre los cuales lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas referidas en el artículo 173.2 CP.

⁶³⁹ Regula el orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

⁶⁴⁰ Dispone sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica y integración social de los extranjeros.

Como manifestación concreta del riesgo de reiteración delictiva, se refiere el artículo 503.1.3º.c), de la LECrim, al objetivo de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal.

El artículo 24.1 CE, al garantizar a todas las personas la tutela judicial efectiva, reconoció la necesidad de un modelo de proceso penal que sea apto para amparar los derechos de la víctima de la infracción penal y no sólo del imputado. De esta manera, es preciso tener sensibilidad para percibir que el sistema de garantías procesales no puede ser configurado exclusivamente en torno a la figura del imputado, sino que debe igualmente contemplar a la víctima. En pocas palabras, se debe buscar un proceso penal que tutele de modo concomitante los derechos del imputado y los legítimos intereses de la víctima.

Así es como la prisión provisional, al tener por función evitar el riesgo de reiteración delictiva en el ámbito de la violencia doméstica, en última instancia, se funda en el derecho constitucional de tutela judicial efectiva de los derechos de la víctima y también en la protección de su integridad física y moral (art. 24.1 y 15 CE)⁶⁴¹.

Es verdad que parte de la doctrina rechaza esta finalidad, como RAMOS MÉNDEZ, que, de modo particularmente radical, concibe este objetivo como una clara desviación represiva de lo que debe ser la medida. Para el autor, se está confesando el temor al fracaso de las órdenes de protección y convirtiéndolo en una excusa para la represión sin juicio, razón

⁶⁴¹ También lo entiende así, DELGADO MARTÍN, Joaquín. *La posición de la víctima ante la prisión provisional*. En "Régimen jurídico de la prisión provisional", coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004, p. 339.

por la cual concluye que “la formulación legal hay que considerarla claramente inconstitucional”⁶⁴².

Ahora bien, no se puede negar que la prisión provisional constituye un instrumento importante en aquellos casos en los que existe una mayor vulnerabilidad de la víctima frente al riesgo de nuevos ataques contra sus derechos e intereses, especialmente en el ambiente doméstico. En casos excepcionales es sumamente eficaz para satisfacer el derecho de quienes sufren las consecuencias de la acción delictiva, por lo que su legitimidad constitucional no puede ser puesta en duda.

Ya en 1994, a través de la LO 14/1999, fue introducido en la LECrim un artículo 544 bis que permite al juez la adopción de una serie de medidas⁶⁴³ que poseen como objetivo común el alejamiento o distanciamiento entre el agresor y la víctima. La finalidad de estas medidas es esencialmente la protección de las víctimas.

No hay dudas de que el distanciamiento entre agresor y víctima se constituye en factor importante para lograrse una adecuada protección de la integridad física y moral de la víctima. Sin embargo, desafortunadamente, el incumplimiento de estas medidas de alejamiento ha sido frecuente y, además de eso, la práctica forense revela que los casos más graves de violencia intrafamiliar se producen generalmente cuando ya habían sido adoptadas medidas de alejamiento⁶⁴⁴.

⁶⁴² Cfr. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal...*, ob. cit., p. 266.

⁶⁴³ Prohibición de residir en determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma; acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas; aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas, a fin de darles protección. Al respecto, vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, ob. cit., p. 415.

⁶⁴⁴ Cfr. DELGADO MARTÍN, Joaquín, ob. cit., p. 376.

Esta preocupante realidad obligó al legislador a reforzar el sistema de protección de la víctima, introduciendo en el derecho español, a través de la Ley 27/2003, la denominada orden de protección a las víctimas de violencia doméstica, un verdadero “estatuto integral de protección”, que prevé la adopción de medidas cautelares penales y civiles, así como medidas de asistencia y protección jurídicas, psicológicas y de seguridad.

Tras la reforma operada por la LO 14/99, las medidas cautelares del artículo 544 bis LECrim se han configurado como pieza fundamental de la protección de la víctima dentro del proceso penal. Por otra parte, dichas medidas pueden adoptarse en el seno de la Orden de Protección regulada por la Ley 27/2003. A tal efecto, el apartado 6 del artículo 544 ter LECrim dispone que “las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal”.

De esta forma, el incumplimiento de la medida de alejamiento del artículo 544 bis de la LECrim por el imputado determina una quiebra del sistema de tutela de la víctima, ocasionando básicamente dos consecuencias: en primer lugar, el incumplimiento será constitutivo de delito de quebrantamiento de condena o medida, o determinará la agravación del delito cometido quebrantado el alejamiento; y, en segundo término, el juez podrá adoptar nuevas medidas cautelares o de protección de la víctima que impliquen mayor limitación de la libertad personal del imputado.

En efecto, la violación de la medida de alejamiento determina con frecuencia el incremento de la situación de peligro o de riesgo de ataque contra los bienes jurídicos de la víctima. Por ello, el órgano judicial podrá acordar una nueva medida cautelar o de protección de la víctima. Por esta razón, el último párrafo del artículo 544 bis de la LECrim (con la redacción modificada por la LO 15/2003) dispone: “En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la

comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieren resultar”.

Como se observa, el incumplimiento de la medida de alejamiento podrá determinar, con carácter general, la adopción de la prisión provisional. Así se deduce de la interpretación conjunta de la letra c del artículo 503.1.3º y el último párrafo del artículo 544 bis LECrim.

Por otro lado, siguiendo a DELGADO MARTÍN, cabe advertir que hay que negar todo automatismo en su aplicación: la prisión provisional sólo podrá decretarse si concurren los requisitos exigidos por el artículo 503 LECrim⁶⁴⁵.

Comentando esta finalidad, DÍAZ MARTÍNEZ considera que, en el ámbito de la violencia doméstica, la prisión provisional podrá ser adoptada en dos hipótesis: a) cuando el imputado haya incumplido alguna de las medidas acordadas por el Juez o Tribunal, previstas en el artículo 544 bis, tales como prohibición de residir o acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales; b) como orden de protección en los casos en que, por su parte, existan indicios fundados de comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173 del Código Penal y, por otra, se acredite una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera su adopción (art. 544 ter 1 y 6 LECrim, introducido por Ley 27/2003)⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ Cfr. DELGADO MARTÍN, Joaquín, ob. cit., p. 381.

⁶⁴⁶ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, ob. cit., p. 1606.

A partir de la LO 13/2003 pasó a ser considerada como finalidad de la prisión provisional “evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal” (art. 503.1.3º, c), así como “evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos” (art. 503.2).

La LO 13/2003, en unión con las reformas introducidas a través de la Ley 27/2003, pretende evitar que “continúe el goteo de muertes, y lesiones en el ámbito doméstico, sin que se encuentre hasta ahora una forma de parar esta lacra de nuestra sociedad”⁶⁴⁷.

DE URBANO CASTRILLO observa que lo dispuesto en el artículo 503.1. 3º, c), LECrim, es una adaptación de la denostada alarma social, concepto ligado a prevención general y a los conceptos criminológicos de inseguridad ciudadana, temor social y otros similares, que reflejan el modo en que se ve afectada la colectividad social por el delito⁶⁴⁸.

Esta nueva fórmula es de rasgo individual y significa una protección de los derechos y libertades de las personas específicamente perturbadas por el delito. Se sustituye la finalidad anterior, más vaporosa, por otra más concreta, que trata de proteger a las víctimas del hecho delictivo concreto⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, Avelino. *Nueva regulación de la prisión provisional tras la ley orgánica 13/2003, del 24 de octubre, modificada por la ley orgánica 15/2003, del 25 de noviembre*, en http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=170.

⁶⁴⁸ Cfr. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *Presupuestos y fines de la prisión provisional*, en “Régimen jurídico de la prisión provisional”, coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004, p. 156.

⁶⁴⁹ Cfr. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, ob. cit., p. 156.

Obsérvese que los bienes jurídicos no fueron determinados, pero pueden ser citados la vida, integridad física, psíquica, libertad, intimidad y patrimonio.

La fundamentación de la prisión en esta finalidad exige una motivación no sólo de decisión, sino una concreción de detalle de las personas a proteger y de los bienes y derechos que se estiman están en riesgo.

De todas maneras, el que se trate de un delito del ámbito de la denominada violencia de género, familiar o doméstica, no es más que una especial llamada de atención para el juzgador, pero no acarrea una decisión automática de privación de libertad.

Es importante dejar asentada la posición de GIMENO SENDRA y DÍAZ MARTÍNEZ. Según estos autores, de la lectura del artículo 503.1.3º. c), se concluye que la prisión preventiva podrá ser adoptada con base en esta finalidad en cualquier caso en que se presuma, genéricamente, que el imputado pueda cometer un delito, de cualquier gravedad, que atente contra bienes jurídicos de la víctima, si bien el delito del cual se infiere el peligro de reiteración debería implicar un riesgo para los bienes jurídicos más relevantes que el delito efectivamente cometido, “aún cuando el segundo apartado del referido precepto permite sustentar la conclusión contraria, que, por infringir el principio de proporcionalidad, puede generar serias dudas de inconstitucionalidad”⁶⁵⁰.

RAMOS MÉNDEZ comparte la crítica, aduciendo que este objetivo constituye una clara desviación represiva de lo que debe ser la medida. Conforme expone, el legislador está confesando el temor por el fracaso de las órdenes de protección y convirtiéndolo en una disculpa para la represión

⁶⁵⁰ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 546.

sin juicio, razón por la cual la considera claramente inconstitucional. Lo lógico sería apostar por la eficacia del resto del sistema y “no cargar sobre una institución procesal excepcional culpas que la exceden”⁶⁵¹.

El fundamento de esta finalidad consiste marcadamente en dispensar protección a la víctima del delito frente a un concreto riesgo de reiteración delictiva por parte del imputado durante la sustanciación del procedimiento, teniendo en cuenta que el artículo 13 LECrim contempla entre las actuaciones que comprenden la instrucción judicial más inmediata la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas⁶⁵².

Hay que señalar que, siendo esta su finalidad principal, la prevención del riesgo también tiende a asegurar el correcto desarrollo del proceso, en la medida en que el testimonio de la víctima a la que se previene del riesgo constituye una fuente de prueba del hecho enjuiciado. Consiguientemente, en este caso la prisión provisional cumple una doble función cautelar y de prevención especial⁶⁵³.

El fundamento y el factor cohesionador de esta hipótesis normativa es la incidencia sobre el mismo sujeto pasivo de la actuación de la que se viene imputando, es decir, la prolongación o agravación en el ataque contra la víctima llevada a efecto por el imputado. Cabe añadir, siguiendo GUTIÉRREZ DE CABIEDES, que la ley no tiene en cuenta para identificar este riesgo el requisito de concurrencia de tipos delictivos de especial gravedad. Y es que cabe apuntar que no existe una correlación directa entre ésta y la frustración que para la Justicia supone la comisión de actuaciones

⁶⁵¹ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal...*, ob. cit., p. 266.

⁶⁵² Cfr. BARALLAT LÓPEZ, Juan, ob. cit., p. 127.

⁶⁵³ En esta misma dirección, BARALLAT LÓPEZ, Juan, ob. cit., p. 128.

criminales pendiente el juicio, especialmente si están dirigidas contra la víctima. Cuestión distinta, matiza el autor, “es que, en aplicación del principio de proporcionalidad, deba sopesar el juzgador en qué casos resulta imprescindible esta medida”⁶⁵⁴.

Bajo esta hipótesis, el pronóstico de reiteración está relacionado con los delitos contra bienes jurídicos personales, especialmente vida e integridad física y moral, mereciendo destacarse los supuestos de violencia en el ámbito familiar, momento en el cual la medida puede ser especialmente adecuada cuando el imputado incumplió otra medida cautelar como la orden de alejamiento⁶⁵⁵.

Como puede observarse, la prisión provisional también se ha visto afectada por el reforzamiento de las medidas cautelares en relación a la violencia doméstica y de género, hasta el punto de que las reformas operadas por LO 13/2003 y 15/2003, además de la indicada necesidad de adecuar la ley procesal a las exigencias constitucionales en materia de prisión provisional, introdujeron como uno de los fines por los que se puede adoptar tal medida el de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal (art. 503.1.3º,c).

Por otro lado, aunque los arts. 544 bis, 544 ter LECrim y las disposiciones contenidas en el Cap. IV de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, se refieren a las medidas cautelares que pueden adoptarse en el ámbito de la violencia doméstica y de género, es importante destacar, que cuando en virtud de lo regulado en los mismos, se estime procedente acordar la medida

⁶⁵⁴ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., pp. 168-169.

⁶⁵⁵ Cfr. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, ob. cit., p. 198.

de prisión provisional, dichas disposiciones se reconducen a los artículos de la LECrim que regulan los presupuestos, requisitos, contenido y vigencia (v. art. 544 bis y 544 ter.6) que han de tenerse en cuenta para la adopción y mantenimiento de ésta, así como los principios que la configuran como constitucionalmente legítima, particularmente, los de excepcionalidad y proporcionalidad.

Procede destacar que, incluida expresamente en el artículo 503.1.3º de la LECrim por las indicadas reformas en materia de prisión provisional para evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, constituye el único de los fines que permite acordar la prisión provisional cuando la pena señalada al delito sea inferior al límite penológico de dos años sin ningún otro requisito, es decir, aunque el imputado no tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso (art. 503.1.1 LECrim).

Ahora bien, no se puede perder de vista que la existencia de diferentes medidas cautelares dirigidas a prevenir este riesgo exigen que se haya de ponderar en cada caso, atendiendo al principio de proporcionalidad, la necesidad y adecuación de la medida al fin perseguido, de acuerdo con el artículo 502, apartado 2, según el cual “la prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional”.

Resulta claro que, en esta especial manifestación del riesgo de reiteración delictiva, el *periculum libertatis* se concreta en los riesgos que para

la víctima pueden derivarse de la no adopción de la medida de protección que representa la prisión provisional.

Según el artículo 503.1.3º.c), de la LECrim, son tres los requisitos para que se decrete la prisión preventiva: a) infracción penal inicial; b) juicio de peligrosidad; c) identidad de víctima.

En primer lugar, es preciso que haya habido una lesión o peligro de un bien jurídico que sea constitutivo de infracción penal, es decir, es necesario que exista una víctima cuyos bienes jurídicos deban ser protegidos. Por lo tanto, para la adopción de la prisión provisional será necesaria la concurrencia de evidentes indicios de que el imputado atacó un bien jurídico de una persona, mediante una acción u omisión constitutiva de infracción penal.

Por lo demás, se exige que concurra el riesgo o peligro concreto de que el imputado por la infracción penal anterior vuelva a atentar contra bienes jurídicos de la víctima. Se trata de un juicio provisional que consiste en la actividad jurisdiccional por medio de la cual se establece la existencia o inexistencia de probabilidad fundada de que el imputado volverá a delinquir. En este caso, se refiere a realización, durante la tramitación del proceso, de una actividad delictiva de la misma naturaleza de la anteriormente imputada o condenada y sobre el mismo sujeto pasivo. Por medio de este juicio, se hace “un pronóstico desfavorable respecto a la ulterior conducta criminal de un sujeto, una prognosis de criminalidad, con vistas a su eventual evitación durante la duración del proceso”⁶⁵⁶.

Conviene insistir que el pronóstico de reiteración está relacionado con los delitos contra bienes jurídicos personales, especialmente vida e

⁶⁵⁶ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 170.

integridad física y moral, mereciendo destacarse los supuestos de violencia en el ámbito familiar.

Finalmente, se exige identidad de víctima, esto es, que este peligro se refiera a bienes jurídicos de la misma víctima. No se trata de evitar genéricamente que el imputado reitere la comisión de delitos, sino de evitar que vuelva a cometer una infracción penal contra bienes jurídicos de la misma víctima. Dicho de otro modo, no se trata de evitar la genérica reiteración delictiva, sino que la prisión provisional adopte una clara finalidad de protección de la víctima.

Como se puede percibir, en relación al pronóstico de peligrosidad sería necesario identificar los elementos que pudieran ser considerados para su elaboración. Ni la jurisprudencia, ni la ley procesal establecían criterios básicos para la formación de este juicio de peligrosidad. Esta omisión fue de cierta forma suplida con la LO 13/2003, según la cual para la constatación de este riesgo “se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer” (art. 503.2º, del apartado 2).

Se hace oportuno precisar que los criterios para la identificación del riesgo de reiteración delictiva, establecidos a partir de la LO 13/2003, no se relacionan con consideraciones genéricas o abstractas de alarma social y la frecuencia con que se cometen hechos análogos como criterios para la adopción de la prisión provisional, ya que estos no permiten valorar la adecuación de la medida en un supuesto concreto.

La detección del peligro de reiteración puede derivar de varios indicios, tales como los antecedentes penales o policiales del presunto delincuente, su perfil psicológico (personalidad psicopática), tipo del delito (vg. delito de malos tratos habituales o continuados del artículo 153 CP), una

posición social o laboral que facilite la reincidencia, las circunstancias de la detención o aun una conducta manifiestamente agresiva o peligrosa.

Con acierto, GUTIÉRREZ DE CABIEDES señala que, frente a la imprecisión y lo incompleto del artículo 503.2.II, que no hace referencia al riesgo contemplado en el artículo 503.1.3º.c), es necesaria una interpretación integradora del texto legal sobre las circunstancias relevantes que deberán ser consideradas para el efecto de valoración del riesgo de reiteración criminal⁶⁵⁷.

Así pues, deberán ser examinadas las circunstancias personales del imputado, como sus antecedentes, no siendo necesario, sin embargo, que haya condenas firmes y no cancelables para que se pueda concluir la existencia de peligro de actuación criminal. De hecho, la ley no exige que los antecedentes de que puedan deducirse este riesgo sean aquellos resultantes de condenas definitivas. Por lo tanto, abarca cualquier conducta anterior del imputado, antecedentes penales, denuncias previas, datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial, incumplimiento de alguna medida cautelar previa (art. 544 bis)⁶⁵⁸.

Desde el punto de vista procedimental, en la valoración de estas circunstancias, pueden ser aprovechados “los antecedentes penales del imputado (art. 379 LECrim), de informes sobre el imputado (arts. 377, 378, 762.10ª y 797 1.2ª la LECrim), declaraciones sobre el mismo (como la del art. 380) y de ciertos informes médicos (arts. 375, 380 y 381 la 383 LECrim)”. Asimismo, el resultado de las diligencias de investigación practicadas, las actividades previas como el atestado (art. 292 y ss. modificado el primero por la LO 13/2003), la declaración de la víctima y sus allegados y, en el juicio

⁶⁵⁷ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 171.

⁶⁵⁸ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 167.

oral, de medios de prueba como periciales, testificales, declaraciones del inculpado, documentales⁶⁵⁹.

En lo que se refiere a las circunstancias del hecho, para que se pueda deducir el peligro de reiteración delictiva será importante analizar los datos relacionados con las circunstancias del delito, con la forma de comisión, la disponibilidad de distintos efectos para la realización del delito o la participación de varios con funciones especializadas. Hay hechos que, “por su propio contenido o las circunstancias que inciden en su comisión, están caracterizados por una susceptibilidad en su reiteración”⁶⁶⁰. En el propio material investigatorio o judicial podrán ser encontrados indicios o pruebas que indiquen que el imputado tenga la intención de proseguir en su trayectoria delictiva.

En cuanto a la consideración de gravedad de los delitos como criterio para inferir de ellos el riesgo de reiteración delictiva, se debe partir del delito cometido, valorándose la probabilidad fundada de que sean practicados delitos similares, no siendo posible inferir que los futuros delitos serán siempre más gravosos.

En pocas palabras, se debe concluir que este peligro específico de reiteración deberá ser concreto, basado en circunstancias de hecho cometido anteriormente contra la víctima, además de circunstancias personales del propio imputado. Sin embargo, no se construye sobre una condena, sino sobre indicios de que el sujeto cometió dicha infracción penal.

Como establece el último inciso de la letra c del artículo 503.1.3º de la LECrim, “en estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena

⁶⁵⁹ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 173.

⁶⁶⁰ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 172.

impone el ordinal 1º de este apartado”. De ahí que la referida limitación genérica no es aplicable cuando la prisión preventiva fuere adoptada con la finalidad de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

Interesa señalar que, cuando trató con carácter general sobre el riesgo de reiteración delictiva como fundamento de la prisión provisional (art. 503.2 LECrim), el legislador excepcionó aquel límite al disponer que “no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad”.

En estos casos, el acuerdo de la prisión preventiva no está condicionado a la práctica de delitos cuya pena máxima sea igual o superior a dos años de prisión o que el imputado tenga previamente antecedentes penales no cancelables derivados de la condena por crimen doloso. Las excepciones contempladas en la normativa legal se refieren a la hipótesis en que existe alta probabilidad de reiteración delictiva. La realización de actividades delictivas con habitualidad dice respecto a la práctica reiterada y casi-profesional de delitos, constituyendo un verdadero modo de vida del sujeto, al mismo tiempo que la comisión de delitos de manera concertada y organizada supone una mayor facilidad en su realización y la existencia de una estructura cuya finalidad no se agota con la práctica de un delito aisladamente, sino que, al contrario, supone toda una trayectoria de actuación volcada en la práctica de múltiples delitos.

4.7 Modalidades de cumplimiento de la prisión provisional

La prisión provisional podrá revestirse básicamente de tres diferentes modalidades de cumplimiento, que también pueden ser entendidas como sus clases, a saber: comunicada, incomunicada y atenuada, aunque la llamada prisión atenuada no sea propiamente prisión provisional, sino una verdadera alternativa a ésta.

4.7.1 Prisión provisional comunicada

Constituye la regla general, de modo que es la forma que, en principio, la prisión provisional adoptará. Su delimitación se opera de modo negativo, es decir, siempre que no estén presentes las circunstancias que determinan la adopción de la prisión provisional incomunicada ni tampoco de la prisión atenuada.

Esta modalidad supone la necesidad de que la prisión provisional sea practicada del modo menos gravoso posible, lo que significa restringir en la menor medida posible los derechos del imputado.

Así dispone el artículo 520.1 de la LECrim: “La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio”.

Así pues, la prisión provisional no podrá limitar los derechos de comunicación en sus variadas formas de manifestación: oral, visitas, escrita, a través de correspondencia o por las vías telefónicas. En otras palabras, el preso preventivo mantiene en su plenitud los derechos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional.

El derecho a la comunicación es uno de los derechos básicos y fundamentales de la persona humana, que posee, además de un fundamento filosófico, un claro amparo jurídico-positivo en el ordenamiento jurídico. Forma parte del capítulo de derechos naturales inherentes a la persona humana, “en el sentido de que la sociabilidad como nota esencial de la persona humana no puede sino explicarse dentro de las relaciones sociales entre los individuos de una sociedad y no hay mejor medio de relación que la comunicación entre los individuos”⁶⁶¹.

Innumerables preceptos insertos en el Capítulo “Los derechos y deberes fundamentales” hacen referencia al derecho a la comunicación, pudiendo ser inferido también del propio artículo 10.1 CE, que establece como fundamento del orden político y de la paz social la dignidad de la persona humana y los derechos inviolables que le son inherentes, de modo que la comunicación interpersonal se presenta como “uno de los principales vehículos de desarrollo de la personalidad humana”⁶⁶².

La fundamentación constitucional y también filosófica ponen de manifiesto que “la comunicación es un derecho de toda persona humana, que las personas necesitan comunicarse con los demás y este derecho innato a la persona en cuanto tal, no puede limitarse o impedirse sino cuando existan circunstancias que hagan necesario el establecimiento de la incomunicación”⁶⁶³.

Este modo habitual de acordar la prisión provisional se rige por los artículos 522 a 527 de la LECrim y 55 a 58 de la Ley General Penitenciaria, procurando la separación de los presos provisionales de aquellos que estén cumpliendo condena, conforme dispone el artículo 521 de la LECrim.

⁶⁶¹ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional...*, ob. cit., p. 73.

⁶⁶² Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional...*, ob. cit., p. 74.

⁶⁶³ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional...*, ob. cit., p. 74.

Debiendo ser cumplida del modo menos perjudicial para su persona, reputación y patrimonio, el preso preventivo goza de los siguientes derechos:

a) a ser informado de los hechos que se imputan y de las razones de la privación de su libertad;

b) a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, hasta para evitar que la prisión preventiva sea utilizada como instrumento para obtención de declaraciones inculpatorias o que faciliten la investigación;

c) a designar, ser asistido y entrevistarse con su abogado, pudiendo solicitar su presencia para que intervenga en todas las diligencias referidas al preso o de que éste sea objeto;

d) que el hecho de su privación de libertad y el lugar de custodia sea comunicado a un familiar o terceros;

e) a ser asistido por un intérprete, cuando el preso sea extranjero que no comprenda o no hable el castellano;

f) a ser reconocido por el Médico Forense;

g) a procurarse las comodidades y ocupaciones compatibles con su situación, así como a ser visitado y a comunicarse de forma oral y escrita⁶⁶⁴.

⁶⁶⁴ El preso preventivo goza de todos los derechos propios del régimen penitenciario común, reconocidos por la legislación procesal y penitenciaria (arts. 520, a, b, c, d, e, f, 522 de la LECrim; 55, 56, 57 y 58 LOGP).

4.7.2 Prisión provisional incomunicada

La prisión provisional incomunicada constituye una medida de excepcionalidad cualificada que implica una restricción del régimen ordinario de los derechos del preso preventivo, marcadamente de aquellos relativos a la comunicación con el exterior.

Según el artículo 509.1 de la LECrim: “El Juez de Instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos”.

De acuerdo con este precepto legal, que señala el carácter excepcional de la medida, la incomunicación tendrá por finalidad evitar uno de los siguientes riesgos:

a) que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados;

b) que se pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima⁶⁶⁵;

c) que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión;

⁶⁶⁵ Para reforzar los intereses de la víctima del delito, en el trámite del Senado, esta finalidad fue introducida a fin de acentuar que la finalidad de la incomunicación también va dirigida a evitar que determinadas personas relacionadas con los hechos investigados no solamente pudieran sustraerse a la acción de la justicia, sino que, de conocerse la detención de la persona sujeta a incomunicación, podrían actuar contra la propia víctima del delito para conseguir determinados fines no deseados por la investigación policial y judicial. A este respecto, vid. MAGRO SERVET, Vicente. *Régimen jurídico penitenciario de la prisión provisional: prisión incomunicada*, en “Régimen jurídico de la prisión provisional”, coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004, p. 285.

d) que se cometan nuevos hechos delictivos.

Como se percibe, la ley autoriza la incomunicación para cumplir cualquiera de las finalidades que puedan justificar la adopción de la prisión preventiva, como el peligro de fuga, la ocultación, alteración o destrucción de pruebas, la actuación contra bienes jurídicos de la víctima y el riesgo de reiteración delictiva.

Sin embargo, como observan MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, “hay que insistir en su excepcionalidad y en su específica justificación, de modo que el auto debe expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida (art. 509.3)”⁶⁶⁶.

La prisión incomunicada presupone un aislamiento del preso preventivo respecto del mundo exterior, de modo que no podrá recibir visitas ni realizar o recibir comunicaciones, aun menos salir del establecimiento penitenciario.

Se pretende fundamentalmente a través de esta modalidad de prisión provisional conjurar el riesgo de frustración del éxito de la investigación penal y consiguientemente la eficacia del proceso y de la propia justicia penal.

Así, como señalaba ASECIO MELLADO, con anterioridad a la LO 13/2003, a través de ella se pretende evitar que el preso se confabule con otras personas, sean testigos, cómplices u otros sujetos ajenos al proceso, lo cual conlleva en sí mismo la misión de asegurar el mantenimiento de las

⁶⁶⁶ Cfr. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, ob. cit., p. 292.

distintas fuentes y medios de prueba que, en caso contrario, podían desaparecer⁶⁶⁷.

En defensa de la incomunicación en el estado de prisión provisional, señala AGUILERA DE PAZ que se trata de una situación transitoria de la privación de libertad, que aunque penosa es indispensable en determinados casos para que la autoridad judicial no vea burlados sus esfuerzos⁶⁶⁸.

En concreto, para que se pueda acordar esta modalidad de prisión provisional deberá existir peligro de frustración del éxito de la investigación penal, estando de este modo reservada a casos muy concretos que precisen de la misma y cuando exista una justificación suficiente.

Esta modalidad de prisión provisional, además de afectar al derecho fundamental de la libertad, también alcanza al derecho al secreto de las comunicaciones, previsto en el artículo 18.3 de la Constitución Española, cuya limitación depende del cumplimiento de distintos requisitos dependiendo de las comunicaciones de las que se trate. De ahí que dichas restricciones deben fundarse en una previsión legislativa clara y determinante, que autorice a adoptarla.

Conforme señala BARONA VILAR, si la prisión provisional por sí misma constituye una situación gravosa y perjudicial del imputado en la medida en que le somete a un estado de privación de libertad física, la incomunicación supone un recrudecimiento de esta situación. De este modo, sólo cuando sea absolutamente necesario podrá ser establecido un régimen de incomunicación. Por lo tanto, “esta medida, cuyos efectos positivos favorecen la investigación y facilitan el éxito en la instrucción sumarial, debe,

⁶⁶⁷ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 190.

⁶⁶⁸ Cfr. AGUILERA DE PAZ, Enrique, ob.cit., p. 219.

sin embargo, acordarse con la debida prudencia y siempre tomando en consideración el tan citado principio de proporcionalidad, ya que la incomunicación y las consecuencias limitadoras que conlleva, debe sólo adoptarse en la medida en que sea proporcional a la necesidad de limitar la libertad del imputado para conseguir llevar a buen término la investigación sumarial”⁶⁶⁹.

Para que pueda atender a dichas finalidades, la incomunicación exige la limitación de ciertos derechos, pero no podrá ser un aislamiento total, sino que estará subordinada y adecuada a la específica función de la incomunicación.

A este respecto, comentando la legislación derogada, exponían PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ y GUTIÉRREZ DE CABIEDES que “La incomunicación no tiene el sentido de un apartamiento absoluto del mundo exterior, sino que presenta un carácter hasta cierto punto relativo, pues se le permite al incomunicado recibir libros ‘y efectos’ si no ofrecieran inconveniente, a juicio del juez; este puede autorizar que se le suministre, si lo pide, recado de escribir, si tampoco ve inconveniente, aunque en la providencia de autorización debe adoptar las previsiones oportunas para evitar que se frustren los efectos de la incomunicación; y en cuanto a la correspondencia, el incomunicado no puede recibir directamente carta ni papel alguno, pero sí por conducto y con licencia de dicho juez instructor, que ha de ver su contenido, para darles o negarles curso”⁶⁷⁰.

De acuerdo con el vigente régimen de incomunicación, el incomunicado “podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias en que le dé intervención esta Ley cuando su presencia no pueda desvirtuar el

⁶⁶⁹ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional...*, ob. cit., p. 103.

⁶⁷⁰ Cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, ob. cit., p. 262.

objeto de la incomunicación” (art. 510.1), pudiendo “contar con los efectos que él se proporcione siempre y cuando a juicio de juez o tribunal no frustren los fines de la incomunicación” (art. 510.2). No podrá el preso incomunicado realizar ni recibir comunicación alguna. Ahora bien, podrán ser autorizadas comunicaciones para que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada, adoptando, en su caso, las medidas oportunas (art. 510.3). La legislación también le garantiza el derecho “a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos” (art. 510.4).

Los derechos de los cuales disfruta el preso provisional en la modalidad de prisión comunicada son considerablemente restringidos. El afectado por esta medida no goza del derecho que tiene toda persona detenida o presa de ser informada del derecho de que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento (art. 520.2.d), no siéndole permitido tampoco recibir visitas.

MAGRO SERVET considera que es preciso percibir que la finalidad de la medida es garantizar el resultado de la investigación impidiendo la confabulación del imputado con terceras personas, que puedan llevar a cabo la ocultación y destrucción de pruebas, razón por la cual la medida es acertada y proporcionada, “en tanto y cuanto la comunicación podría dar lugar a esa destrucción y ocultación de pruebas si se tuviere conocimiento exacto y puntual del hecho de la detención”⁶⁷¹.

A tenor del artículo 527.c), LECrim, no se extiende al incomunicado la posibilidad que todo detenido o preso tiene de entrevistarse reservadamente

⁶⁷¹ Cfr. MAGRO SERVET, Vicente, ob. cit., p. 282.

con el letrado antes o después de las diligencias de declaración o reconocimiento de identidad, prevista en el artículo 520.6.c), LECrim.

Desde la perspectiva de la ley, la referida limitación está en sintonía con la finalidad de la propia incomunicación, ya que, según se ha interpretado, una cosa es la asistencia letrada a la que tiene derecho por la presencia de un letrado de oficio, y otra la de la comunicación, que es, precisamente, lo que está limitado por el auto dictado por el Juez en atención a las especiales características del caso que han motivado la medida complementaria a la propia prisión provisional del detenido⁶⁷².

En cuanto al derecho de defensa y asistencia de abogado, conforme establecido en el artículo 527, a), de la LECrim, “En todo caso, su Abogado será designado de oficio”.

El Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona en relación con el artículo 527.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción que a este precepto se ha dado por la LO 14/1983, de 12 de diciembre, según el cual siempre que el detenido o preso se halle incomunicado el Abogado será designado de oficio. En esta ocasión, el Alto Tribunal se pronunció entonces por la constitucionalidad de esta previsión legal⁶⁷³.

Interpretando este fallo del Tribunal Constitucional Español, MAGRO SERVET considera que la incomunicación del detenido, prevista por la LECrim, tiene por objetivo la protección de valores garantizados por la Constitución, permitiendo al Estado cumplir con su deber de proporcionar

⁶⁷² En esta dirección, por todos, MAGRO SERVET, Vicente, ob. cit., p. 282.

⁶⁷³ Vid. STC 196/1997, de 11 de diciembre.

seguridad a los ciudadanos, “aumentando su confianza en la capacidad funcional de las instituciones estatales”. De esta forma, la limitación temporal del detenido incomunicado en el ejercicio de su derecho de libre designación de Abogado “no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada, sino de conciliación ponderada del derecho de asistencia letrada –cuya efectividad no se perjudica– con los valores constitucionales citados, pues la limitación que le impone a ese derecho fundamental se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido, ajustándose a la exigencia de proporcionalidad de las leyes”⁶⁷⁴.

Estamos en desacuerdo con este planteamiento. Sea como fuere, no cabe duda de que, como señala GUTIÉRREZ DE CABIEDES, consistiendo esta privación en una sustancial limitación del derecho de defensa, “más correcto –y respetuoso con los derechos del imputado preso– sería configurar tal privación como una posibilidad excepcional motivada en cada caso”⁶⁷⁵.

4.7.3 Duración máxima, prórroga y segunda incomunicación

El problema fundamental de la prisión incomunicada es su duración. Teniendo en cuenta la gravedad de la medida en función de los derechos que afecta y la presunción de inocencia que actúa a favor del imputado, el plazo de la incomunicación deberá ser breve⁶⁷⁶.

En atención a los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y subsidiariedad, considerando la gravedad de la medida, el legislador

⁶⁷⁴ Cfr. MAGRO SERVET, Vicente, ob. cit., p. 275.

⁶⁷⁵ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 193.

⁶⁷⁶ En este sentido, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, ob. cit., p. 293.

estableció plazos máximos para su duración, aunque también haya establecido algunas excepciones a la regla.

Preceptúa el artículo 509.2 LECrim: “La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a los que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en los que la prisión se acuerde por causa de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. No obstante, en estos mismos casos, el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aún después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso, de tres días”.

Se debe destacar que la Ley prevé que la incomunicación sólo podrá durar el tiempo estrictamente necesario para practicar las diligencias que conjuren los riesgos que la justificaron, es decir, aquellos que legitiman la adopción de la prisión provisional. Asimismo, establece de modo categórico que la medida no podrá exceder más allá de cinco días.

Ahora bien, la LECrim prevé expresamente la posibilidad de prórroga de la incomunicación por el plazo de cinco días bajo dos hipótesis: si la prisión se acuerda por los delitos del artículo 384 bis (delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas) o de investigaciones llevadas a cabo por la denominada delincuencia organizada.

Comparando la redacción actual y el precepto legal derogado, que hacía referencia a las “actividades propias de la delincuencia organizada”, se nota que el legislador amplió el horizonte legitimador de esta duración excepcional, ya que no restringió esta posibilidad al universo de la delincuencia organizada, sino también a los delitos cometidos de forma concertada y organizada, cometidos por dos o más personas.

La incomunicación puede adoptarse al inicio de las actuaciones o en el curso de la causa, rigiendo en ambos casos idéntico plan máximo. Se puede volver a incomunicar al preso que ya lo hubiere estado anteriormente en el caso de delitos del artículo 384 bis o de delincuencia organizada a que se refiere el apartado 2 del artículo 509 de la LECrim, supuesto en que esta segunda incomunicación no podrá exceder en ningún caso de tres días (art. 509.2, último párrafo, LECrim).

Debe destacarse que el estatuto del detenido o preso incomunicado se regula en los artículos 510 y 527 de la LECrim. El incomunicado será asistido por abogado de oficio; su intervención en el proceso está limitada a las diligencias en las que su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación (art. 510.1); y no puede realizar ni recibir comunicación alguna, salvo las que autorice el Juez o Tribunal siempre que éstas no frustren la finalidad de la prisión incomunicada (art. 510.3). Como garantía reforzada derivada de la situación de incomunicación, el artículo 510.4 de la LECrim establece que el preso sometido a incomunicación tiene derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos.

4.7.4 Prisión atenuada

La prisión atenuada constituye una forma de cumplimiento de la prisión provisional de un carácter menos gravoso que la ordinaria y la incomunicada.

Esta modalidad de prisión fue introducida en la LECrim por la Ley del 10 de septiembre de 1991, que incorporó a la norma procesal penal común los artículos 472 y 473 del Código de Justicia Militar de 1890, preceptos que regulaban la medida en atención a las personas sometidas al fuero castrense. Sin embargo, esta incorporación se llevó a cabo “con la inusual característica de no asignarles numeración ni incorporarlos a ningún concreto artículo”⁶⁷⁷. De acuerdo con aquella normativa, las condiciones para la adopción de la medida quedaban sujetas exclusivamente al libre arbitrio del juez, no discriminando la Ley, los casos en los que sería posible adoptarla.

Una utilización expresa de la prisión atenuada en la LECrim, no obstante, sólo ocurrió a través de la Ley 16/1980, del 22 de abril, cuando entonces se estableció la posibilidad de atenuación de la prisión provisional cuando, por razón de enfermedad del imputado, el internamiento entrañase grave peligro para su salud (art. 505.2 LECrim).

Frente a la nueva regulación de la materia, que fue mucho más restrictiva que la anterior, donde la adopción de la medida dependía únicamente del prudente arbitrio del juzgador, y principalmente por falta de derogación expresa de aquella normativa por la reforma de 1980, se planteó la duda sobre la vigencia o no de la regulación prevista en la Ley republicana de 1931⁶⁷⁸. Mientras que parte de la doctrina sustentaba el haber sucedido

⁶⁷⁷ Cfr. MORENO CATENA, Víctor, GIMENO SENDRA, Vicente y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, ob. cit., p. 529.

⁶⁷⁸ Cfr. ASENSIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 202.

sin derogación tácita, para otro sector las disposiciones coexistían y se complementaban⁶⁷⁹.

Según MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, la introducción de un nuevo párrafo al artículo 505 de la LECrim con la reforma de 1980, autorizando a los jueces a aplicar la prisión atenuada en casos de enfermedad, sólo reiteró el contenido de la normativa de 1931. Así, en la medida en que las disposiciones de la ley republicana no fueron incorporadas a ningún artículo de la LECrim, restaba concluir que las mismas se encontraban totalmente vigentes⁶⁸⁰.

En adhesión a esta tesis, ASECIO MELLADO añadió la circunstancia de que en el artículo 505 de la LECrim no hubo ninguna reglamentación del modo de cumplimiento de la prisión atenuada, siendo de este modo correcto el recurrir al artículo 473 del CJM de 1980 que establecía de modo claro y exhaustivo el contenido y la forma de su adopción⁶⁸¹.

A pesar de haber prevalecido la tesis de que la prisión atenuada no sólo podría acordarse en casos de enfermedad, sino también en todos en los que el Juez así lo estimase oportuno, lo cierto es que el hecho generó una total incertidumbre sobre la regulación aplicable, generando la necesidad de una nueva regulación de la institución.

La reforma de la LECrim en materia de prisión provisional, promovida por la LO 13/2003, fue excesivamente restrictiva, no habiendo regulado satisfactoriamente el tema, que continuaba siendo dirigido exclusivamente

⁶⁷⁹ Cfr. DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *La nueva prisión atenuada domiciliaria: ¿una alternativa a la prisión ordinaria?*, en "La Ley", 2004-5, p. 1597.

⁶⁸⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y MORENO CATENA, Vicente. *La prisión provisional en el Derecho Español*, en "La reforma penal y penitenciaria", Santiago de Compostela, 1980, p. 388.

⁶⁸¹ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 202.

para el caso de enfermedad grave, a ser cumplida tan sólo en el domicilio del imputado.

Frente a la deficiencia en su tratamiento jurídico, poco tiempo después la materia volvió a ser reglamentada. La LO 15/2003 estableció un nuevo régimen jurídico a la prisión atenuada, modificando el artículo 508 de la LECrim, que pasó a prescribir:

“1. El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

2. En los casos en los que el imputado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el imputado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida”.

En la actualidad, la ley procesal prevé dos supuestos en los que se procede a la atenuación de la prisión provisional: cuando por razón de enfermedad del imputado el internamiento entrañe grave peligro para su salud y cuando el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de un tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias

estupefacientes, siempre que el tratamiento se hubiera iniciado después de haberse cometido el delito.

La restricción en el ámbito de aplicación de esta medida está conectada básicamente a la falta de disponibilidad de medios personales y materiales para una adecuada fiscalización del cumplimiento de la medida.

Razonando que esta concepción implica “sufrir una profunda miopía”, principalmente frente a los innumerables mecanismos de control electrónico que dispensan una presencia policial continuada, DE LA ROSA CORTINA señala que al menos algunos de los supuestos previstos en el derecho comparado deberían haber sido contemplados, e incluso respetando el principio de la proporcionalidad, tales como la posibilidad de una imputada encinta o en período de lactancia, con hijos menores, los mayores de 70 años, o los parálíticos con grave incapacidad funcional. En estos casos, señala el citado autor, no se debe descartar la medida, ya que “La escasez de medidas alternativas a la prisión provisional en nuestro proceso penal aconsejar una interpretación extensiva pro reo que integre supuestos de hecho huérfanos de solución legal en los que el interés público no se vea comprometido. Sin olvidar la excepcionalidad en nuestro Derecho de la prisión atenuada, debe el intérprete aportar soluciones a los espacios que deja abiertos el legislador”⁶⁸².

Tratándose de la adopción de la prisión atenuada por razón de enfermedad, se cumple con el internamiento del imputado en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias. Sin embargo, en determinadas circunstancias, se le permitirá salir para realizar el tratamiento

⁶⁸² Cfr. DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, ob. cit., p. 1600. También en este sentido: MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, ob. cit., p. 294. Por otro lado, entendiéndose que no son aplicables otros motivos sancionados en leyes especiales como el Código de Justicia Militar que lo amplían a otras circunstancias excepcionales, véase RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, ob. cit., p. 174.

de su enfermedad con la vigilancia precisa, siempre mediante previa autorización judicial.

La permanencia en el domicilio, así como las eventuales salidas, son sometidas a fiscalización judicial, custodia y vigilancia policial. Sin embargo, conviene señalar que la ley no reglamentó el régimen de limitación de las comunicaciones que pueda recibir el arrestado domiciliario.

Además, la salida del domicilio, según la ley, debe guardar relación directa con el tratamiento de su enfermedad, no habiendo sido contempladas otras razones que también podría justificarla, como aquellas relacionadas al trabajo o con asuntos relevantes, tal cual prevé la Ley procesal militar⁶⁸³.

La ley no contempló el régimen de limitación de las comunicaciones que pueda recibir el arrestado domiciliario, habiéndose referido, el texto legal, únicamente a la adopción de las medidas de vigilancia que resulten necesarias, de forma que solo podrán ser aceptadas medidas restrictivas de derechos orientadas a la vigilancia del sometido a la medida, que sean proporcionadas y respeten su dignidad humana.

En este género, deben ser incluidas varias posibilidades supervisoras como los medios de control electrónico, pudiendo la prisión atenuada ser adoptada y ofrecer enormes posibilidades como alternativas a la prisión provisional⁶⁸⁴.

Teniendo por objetivo no frustrar un tratamiento de desintoxicación o deshabitación, deberá ser cumplida con el ingreso del imputado en un

⁶⁸³ Cfr. RIFÁ SOLER, José María y otros, ob. cit., p. 235, exponen que “no puede autorizarse la salida para acudir al trabajo habitual o al ejercicio de las actividades profesionales, conforme dispone el artículo 227.1º del Código de Justicia Militar”.

⁶⁸⁴ También lo entiende así, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, ob. cit., p. 1601.

centro oficial o en una organización legalmente reconocida para continuar el tratamiento, sin que pueda salir del centro sin autorización judicial (art. 508.2).

En este caso, constituyen requisitos para el acogimiento de la prisión atenuada: a) que el agente ya esté sometiéndose al tratamiento de desintoxicación de una adicción real; b) existir una influencia enervadora de su eficacia por el ingreso en prisión; c) que los hechos imputados sean anteriores a la iniciación del tratamiento curativo de la adicción a estas sustancias.

Como se puede percibir, la prisión atenuada no es propiamente una modalidad de prisión provisional, sino una medida distinta y alternativa a la prisión que antecede a una condena definitiva. Se trata en realidad de una medida menos gravosa que la prisión preventiva, siendo susceptible de gradación y aplicación diversificada a las necesidades derivadas de las circunstancias personales del sujeto y a los riesgos que se pretenden conjurar, y que se cumple, con la debida vigilancia, en el propio domicilio o lugar donde el sometido a ella reciba la debida atención y cuidado⁶⁸⁵.

4.8. Los plazos de duración de la prisión provisional

No pudiendo jamás asumir el aspecto de pena, es imperativo que la prisión decretada antes de la condena, por su carácter excepcional, limitador del fundamental derecho constitucional, tenga su existencia limitada en el tiempo. Al final, el sacrificio de la libertad personal no podrá jamás quedar a merced del Estado o a expensas de las contingencias procesales.

⁶⁸⁵ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., pp. 200-201.

La limitación temporal de la prisión provisional viene proclamada en varios documentos internacionales de protección a los derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 9), el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9).

La jurisprudencia del TEDH hace mucho tiempo que viene insistiendo en la necesidad de que la prisión provisional deberá tener una duración razonable, elemento que deberá ser valorado en cada caso concreto a través del examen de naturaleza y complejidad del asunto, de la actividad desplegada por el órgano judicial y del comportamiento del recurrente⁶⁸⁶.

La Constitución Española establece, en sintonía con la proclamación de la Libertad como un valor nuclear del ordenamiento jurídico, que “por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional” (art. 17.4 CE).

Movido por la necesidad de garantizar al preso un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y dar cumplimiento a aquel precepto constitucional, era necesario que el legislador ordinario fijase un plazo máximo de duración de la privación de la libertad antes de la sentencia firme⁶⁸⁷.

La LECrim inicialmente señala que la prisión provisional “durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”

⁶⁸⁶ Véase al respecto: GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 539.

⁶⁸⁷ Para RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal...*, ob. cit., p. 272, las previsiones actuales son la confesión clara del fracaso del juicio penal por la búsqueda de una duración razonable, a pesar de la obsesión por los juicios rápidos.

(art. 504.1), insistiendo en el artículo 528 que “sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado”.

La prisión provisoria está limitada a plazos máximos de cumplimiento, nunca mínimos y de todos modos sólo puede ser mantenida mientras subsistan las circunstancias que justificaron su adopción, debiendo, consiguientemente, ser levantada cuando las mismas desaparezcan, se mitiguen o puedan ser verificadas mediante otras medidas menos intensas.

En cuanto al significado constitucional de los plazos máximos de la prisión provisional, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado que el objetivo perseguido por la Constitución al someter la duración de la prisión provisional a un plazo máximo es “por un lado, ofrecer una garantía de seguridad, de manera que el afectado por la medida cautelar sepa o pueda saber que la prisión nace con un fin o término temporal predeterminado legalmente y, por otro, ayudar a la evitación de posibles dilaciones indebidas”⁶⁸⁸.

Se trata de una exigencia de “trascendencia constitucional, de modo que ilegalidad e inconstitucionalidad –vulneración del derecho fundamental a la libertad– vienen aquí a coincidir. La superación de los plazos de prisión preventiva supone no sólo un tratamiento ilegal en tan trascendente materia, sino también una limitación desproporcionada del derecho a la libertad, pues es el principio de proporcionalidad, junto con el de seguridad jurídica, el que informa en última instancia el establecimiento de dichos topes temporales a la medida cautelar”⁶⁸⁹.

⁶⁸⁸ Vid., por todas, STC 305/2000, de 11 de diciembre.

⁶⁸⁹ Vid. STC 98/1998, de 4 de mayo. En el mismo sentido: SSTC 127/1984, de 26 de diciembre; 28/1985, de 27 de marzo; 8/1990, de 18 de enero; 206/1991, de 30 de octubre; 103/1992, de 25 de junio; 56/1997, de 17 de marzo.

En este sentido, después de establecer que la prisión deberá durar apenas el tiempo imprescindible para alcanzar las finalidades que persigue, la LECrim, en su artículo 504, vincula la duración de la prisión preventiva a dos parámetros: a) la duración de la pena que corresponda al delito; b) el fin constitucionalmente legítimo de la medida.

Como se percibe, los plazos máximos no fueron establecidos teniendo en cuenta exclusivamente la gravedad de la pena, sino que también guardaran relación con los fines que justificaron la adopción de la medida, con lo que se respeta los principios fundamentales que rigen esta medida extrema.

Es importante dejar sentado que se trata de plazos máximos de duración, es decir, de límite temporal de duración que no podrá ser superado, pero que evidentemente, hasta por fuerza de los principios que rigen la materia, no deberán ser agotados en todos los casos, como deja claro la LECrim, en el artículo 504.1, al afirmar que sólo deberá durar por el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de sus finalidades legítimas y en tanto subsistan en los motivos que justifican su adopción.

Como señala BARONA VILAR: “En todo caso, debe entenderse que estamos ante unos plazos máximos que deberán aplicarse desde la debida razonabilidad y adecuación de los plazos a las concretas circunstancias del caso”⁶⁹⁰.

En la misma línea de razonamiento, señalan MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ que “los plazos se establecen con carácter abstracto, pero la razonabilidad hay que buscarla adecuando los referidos plazos a las circunstancias del caso concreto donde se ha ordenado la prisión provisional,

⁶⁹⁰ Cfr. BARONA VILAR, Silvia y otros. *Derecho Jurisdiccional...*, ob. cit., p. 493.

de modo que si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato⁶⁹¹.

Es importante subrayar que, la puesta en libertad a cauce del término del plazo legalmente previsto, no impide un nuevo acuerdo de privación de libertad siempre que este derive de la falta de personación sin motivo legítimo a una llamada judicial, de acuerdo con lo que dispone el art. 504.4 LECrim.

4.8.1 Prevención del riesgo de fuga, de reiteración delictiva y de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

Conforme establece el artículo 504.2 de la LECrim, cuando la prisión provisional se hubiera adoptado para garantizar la presencia del imputado en la causa, esto es, con el objetivo de evitar la huída del imputado, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos o también para conjurar el riesgo de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, el plazo máximo de duración de la prisión provisional será de un año si el delito tiene pena señalada igual o inferior a tres años. Caso de que el delito tenga señalada una pena superior a tres años, la medida podrá durar, como máximo, dos años.

Cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos, el Juez o Tribunal podrá acordar mediante auto una sola prórroga, que tendrá la siguiente duración temporal: de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años.

⁶⁹¹ Cfr. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, ob. cit., p. 298.

En cuanto al cómputo de los plazos legales, incluso de las prórrogas, deberá tomarse en consideración, de acuerdo con el artículo 504.5 de la LECrim⁶⁹², el tiempo en que el imputado hubiera estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa.

Es importante observar aquí que la reforma promovida por la LO 13/2003 en este punto se apartó de la doctrina constitucional que había estimado lo contrario al establecer que el tiempo de detención no computa para la prisión, ya que la detención y prisión son situaciones legales distintas tanto en sus finalidades como en sus consecuencias⁶⁹³.

El criterio adoptado por el legislador es considerar como *dies a quo* el día en que el inculpado comienza a sufrir la privación efectiva de su libertad, que es, sin duda, lo más justo. La propia identidad de fin y de efectos entre las dos modalidades de privación de libertad exige la posibilidad de agregar al tiempo de prisión preventiva aquel cumplido en virtud de la detención preventiva. Además, no resultaría lógico la imposibilidad de computar en el tiempo máximo de duración de la prisión provisional el tiempo de detención preventiva, cuando el artículo 58 del CP dice que “toda privación de libertad sufrida preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada”.

Como observa SÁNCHEZ MELGAR, por si acaso el acusado sufrió varios períodos de detención o prisión provisional, conforme autoriza el artículo 539 de la LECrim, en la computación de tales plazos, deberán

⁶⁹² “Para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa”.

⁶⁹³ Vid. STC 37/1996, de 11 de marzo. Al respecto, véase: ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, ob. cit., p. 408.

integrarse todos los períodos en los que el imputado haya sufrido prisión provisional o mera detención⁶⁹⁴. Por otro lado, los distintos períodos de prisión provisional sufridos en la misma causa deben computarse de forma acumulativa para determinación del plazo máximo de duración.

Es preciso poner de manifiesto que, debiendo computarse de forma acumulativa para efecto de la determinación del plazo máximo de duración de la medida todos los períodos de prisión provisional sufridos en la misma causa, no será posible rebasarse el plazo máximo, legalmente previsto, alzando e imponiendo sucesivas medidas de prisión provisional. De lo contrario, sería fácil frustrar el objetivo legal, bastando acordar la libertad provisional para decretar nuevamente la prisión provisional y entonces reiniciar un nuevo plazo, situación que implicaría la duración indefinida de la prisión provisional.

En caso de enjuiciamiento de varios delitos en una misma causa no se permite que el plazo máximo de duración de la medida sea obtenido contándose por separado para cada delito, esto es, para efectos de prisión provisional en caso de conexión real de delitos los diversos hechos enjuiciados forman una unidad y no pueden ser tratados como delitos separados.

Los casos de tramitación compleja, por otro lado, deben ser analizados cuidadosamente. Es el caso de la acumulación de la acción civil y penal, especialmente en los casos de varios perjudicados en el que un proceso relativamente simple acaba convertido en un macro proceso, de manera que la duración de la prisión provisional se supedita al cumplimiento de las obligaciones civiles. También en la hipótesis de conexión objetiva, es

⁶⁹⁴ Cfr. SÁNCHEZ MELGAR, Julián. *Límites temporales de la prisión provisional*, en "Régimen jurídico de la prisión provisional", coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004, p. 257.

decir, la reunión en un único proceso de todos los delitos imputados al agente. La acumulación que en este caso es dictada por razones de economía procesal atrasa la tramitación de los asuntos y puede acabar produciendo consecuencias contradictorias: una, que no se dicte sentencia inmediata, lo que favorece la reiteración delictiva; otra, por el contrario, que prolongue la duración de la privación de la libertad hasta límites inadmisibles en razón del artículo 503.1.1 de la LECrim⁶⁹⁵.

En el cómputo de los plazos, sin embargo, se excluye el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la administración de Justicia, conforme lo dispuesto en el artículo 504.5, 2ª parte, LECrim, lo que resulta, a nuestro parecer, manifiestamente injusto cuando las dilaciones sean debido a actuaciones ajenas al imputado, que sin embargo padece los efectos de la demora.

Al respecto, GUTIÉRREZ DE CABIEDES afirma que “La ratio de esta norma ha de encontrarse en la voluntad de excluir del cómputo de la prisión provisional las dilaciones ocasionadas por maniobras procesales fraudulentas del preso preventivo, destinadas a prolongar la causa para que la coetánea prisión preventiva alcance su límite máximo de duración, con el objeto de que el órgano judicial se vea legalmente compelido a ordenar su puesta en libertad. Es decir, se quiere que la expiración de la duración de la prisión no sea provocada por una actividad obstruccionista de la defensa, a través, principalmente, del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional”⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ En este sentido, vid. ASECIO MELLADO, José María. *Reforma de la prisión...*, ob. cit., p. 1594.

⁶⁹⁶ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 277.

En la hipótesis de condena del imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad y la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida, conforme prevé el artículo 504.2. II, de la LECrim.

La referida resolución incide tanto en el *fumus boni juris* como en el *periculum libertatis*. En cuanto al *fumus boni juris* porque la condena acaba confirmando los indicios racionales de responsabilidad criminal que amparan la imputación. En la escala probatoria, hay un avance en dirección a la certeza, en la medida en que su reconocimiento se dio al final de todo un procedimiento contradictorio. Se refleja también sobre el *periculum libertatis*, ya que refuerza el riesgo de sustracción a la acción de la justicia. Sin embargo, este factor no constituye justificación autónoma para que se lleve a cabo la prórroga de la prisión provisional; ésta habrá de apreciarse en conjunción con todas las circunstancias del caso, determinantes de la existencia efectiva de un riesgo que deba conjurarse⁶⁹⁷.

Es importante observar, no obstante, que la adopción de la prisión preventiva durante la tramitación del recurso y hasta el límite que representa la mitad de la pena impuesta, “no puede ser considerada implícitamente concurrente por razón de que el acusado estuviera sufriendo ya prisión provisional durante la tramitación de la causa, y que la sentencia condenatoria sea sin más un título habilitante para su prórroga”⁶⁹⁸. En estos casos, conforme pacífica jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es imprescindible “una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión con base en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello y que ha de ser adoptada antes de que el plazo máximo inicial haya expirado, pues la lesión en que consiste la ignorancia del plazo no se

⁶⁹⁷ En esta dirección, vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 252.

⁶⁹⁸ Cfr. SÁNCHEZ MELGAR, Julián, ob. cit., p. 254.

subsana por el intempestivo acuerdo de prórroga adoptado una vez superado éste, sin que sea constitucionalmente razonable la interpretación según la cual la aprobación de una sentencia de condena lleva consigo, implícitamente, la prolongación del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta (SSTC 98/1998, FJ 3; 142/1998, FJ 3; y 231/2000, FJ 5)⁶⁹⁹.

Resulta claro que la prórroga de la prisión provisional exige una decisión judicial específica que deberá ser especialmente motivada y fundamentada en alguno de los supuestos legales que la justifican, no siendo posible hablar de cualquier prorrogación automática. Por lo demás, esta resolución que amplía el plazo de duración de la prisión provisional deberá ser adoptada con anterioridad a que el plazo inicial haya expirado.

Por lo tanto, hay que concluir que se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal no sólo cuando el imputado permanece preso más allá del límite máximo absoluto, sino incluso cuando, siendo legalmente posible la prórroga o el mantenimiento de la medida, las decisiones judiciales correspondientes no hayan sido acordadas antes de que se cumpliera el plazo relativo oportuno.

Una vez transcurridos aquellos plazos, el imputado deberá ser puesto inmediatamente en libertad, aunque el procedimiento no haya sido finalizado. Sin embargo, la ley prevé una hipótesis de prórroga extraordinaria en el artículo 504.4 que así establece: “La concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que

⁶⁹⁹ Vid. STC 272/2000, de 13 de noviembre. También en este mismo sentido: SSTC 98/1998, de 4 de mayo; 142/1998, de 29 de junio; 234/1998, de 1 de diciembre; 231/2000, de 2 de octubre; 305/2000, de 11 de diciembre; 98/2002, de 29 de abril; 144/2002, de 15 de Julio; 121/2003, de 16 de junio; 22/2004, de 23 de febrero; 99/2005, de 18 de abril; 27/2008, de 11 de febrero.

ésta se acuerde en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal”.

De ahí que, aunque se encuentre en libertad provisional frente al transcurso del plazo máximo de la prisión provisional, el imputado podrá ser nuevamente privado de su libertad en el caso de que deje de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal.

Se debe señalar que la ley no aclara si los plazos vuelven a empezar a contarse, incluyendo las prórrogas ordinarias. Sobre esta cuestión, entendemos que sólo será posible decretar la prisión provisional por el tiempo estrictamente necesario hasta que desaparezca el riesgo que propició el incumplimiento al llamamiento judicial. En nuestra opinión, bajo pena de vulneración de los principios constitucionales aquí estudiados, no se puede sostener que la norma permite una duración indeterminada a la prisión provisional.

4.8.2 Garantizar la intangibilidad del material probatorio.

Una vez adoptada la prisión provisional frente a la existencia de riesgo fundado y concreto de que el imputado o procesado pueda ocultar, alterar o destruir las fuentes de pruebas relevantes para el enjuiciamiento, su duración está limitada al plazo de seis meses. El plazo menor en comparación con las hipótesis anteriores se justifica por el menor riesgo de que se dé una manipulación probatoria conforme el paso del tiempo, es decir, el transcurso del tiempo tiende a mitigar especialmente el riesgo de ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de pruebas⁷⁰⁰.

⁷⁰⁰ Como opina SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, ob. cit., p. 200, lógicamente, si esta finalidad concurre con otros fines como evitar el riesgo de fuga o la reiteración delictiva son aplicables los límites temporales del artículo 504.2 de la LECrim.

Bajo esta hipótesis, la ley no permite su prórroga por ninguna causa, lo que obliga al juez a una actuación muy diligente. Ni tampoco tendrá sentido la prórroga por la mitad de la condena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida⁷⁰¹.

Para evitar que el imputado entorpezca la investigación judicial la ley prevé dos recursos que se encuentran directamente conectados con esta finalidad de prisión provisional. Se refieren al secreto de las actuaciones sumariales (art. 302) y la prisión incomunicada (art. 509), siendo que esta última también se aúna a otras finalidades que coadyuvan tal incomunicación.

Cuando la prisión provisional haya sido decretada con el objetivo de evitar la ilícita ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba procesalmente relevantes y, a su vez, se haya acordado por el Juez instructor alguno de los mecanismos anteriores, el artículo 504.3.2º de la LECrim ordena que el Juez o Tribunal, caso de que antes del plazo de seis meses fuere levantada la incomunicación o el secreto, motive la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional. Dicho con otras palabras, deberá el Juez o Tribunal, al alzar tales medidas, verificar si todavía es necesaria la prisión del imputado para evitar que destruya, altere u oculte pruebas relevantes para el enjuiciamiento de la causa.

4.8.3 Sistemas de control de la prisión provisional

Con el objetivo de que los plazos máximos para la duración de la detención preventiva se cumplan efectivamente, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, estableció dos sistemas de control.

⁷⁰¹ También lo entiende así, SÁNCHEZ MELGAR, Julián, ob. cit., p. 261.

El primero de ellos se refiere a la necesidad de comunicación a los órganos del gobierno de los tribunales para que adopten las medidas precisas para acelerar el proceso, que tendrá tramitación preferente a cualquier otro (art. 504.6 LECrim), medida que tendrá que ser adoptada siempre que la prisión provisional acordada exceda de las dos terceras partes de su duración máxima. Se trata de un alerta ante el inminente agotamiento del tiempo máximo que tiene el objetivo de hacer que se alejen todos los obstáculos que están impidiendo la pronta celebración del juicio oral.

Se debe tener en cuenta que la responsabilidad del encendido de tal alarma es del juez o tribunal que conozca de la causa, pero también del Ministerio Fiscal, que comunicarán respectivamente esta circunstancia al Presidente de la Sala de Gobierno y al Fiscal-jefe del tribunal correspondiente.

Otro instrumento de garantía es el Registro Central de medidas cautelares, que tiene por objetivo establecer una coordinación entre las resoluciones adoptadas por los diferentes órganos judiciales en cuanto al tema de la prisión provisional.

De acuerdo con la LO 15/2003, las medidas cautelares de prisión provisional, su duración máxima y su cesación, así como las demás medidas cautelares adoptadas en el curso de los procedimientos penales, se anotan en un registro central, de ámbito nacional, que existirá en el Ministerio de Justicia.

Es innegable la utilidad de este mecanismo de control, puesto que permite a los Tribunales y al Ministerio Fiscal el permanente control, durante

la duración del proceso, de la situación personal del imputado y la duración de la medida cautelar de prisión que se haya adoptado.

4.9 Procedimiento

La prisión provisional puede ser decretada por la autoridad judicial competente durante todo el procedimiento penal (las primeras diligencias; la fase de instrucción o la fase de juicio oral) cuando estén presentes sus presupuestos legales. Por lo tanto, podrán decretarla el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias y el juez de lo penal o el tribunal que conozca de la causa, conforme dispone el art. 502.1 LECrim.

Observa ARMENTA DEU que, en virtud del juego de los recursos, otras dos hipótesis pueden suceder. La primera, cuando resulte competente para dictar el auto de prisión siendo el juez superior al juez de instrucción, si este estima el recurso contra la decisión de no acordarla del juez de instrucción (arts. 507 y 766.5 LECrim). En la segunda, la competencia correspondería al órgano que dicte la sentencia definitiva, cuando ésta sea recurrida y se acuerde la prórroga de la medida estando pendiente de resolver el correspondiente recurso de apelación o casación⁷⁰².

Todas las actuaciones procesales referidas a la adopción, mantenimiento, sustitución o alzamiento de la prisión provisional deberán sustanciarse en pieza separada (arts. 519 y 544 LECrim). Ello no obsta para que algunas diligencias que se haya practicado en el procedimiento principal puedan ser llevadas, mediante el correspondiente testimonio, a la pieza separada. Sucede que pueden ser practicadas diligencias o pruebas que poseen una doble proyección, sea porque inciden tanto sobre los presupuestos de la prisión provisional como también formen parte del objeto

⁷⁰² Vid. ARMENTA DEU, Teresa, ob. cit., p. 217.

del proceso principal. En estos casos, por si se diese la casualidad de que estas diligencias fueren realizadas en la pieza principal, nada impide que pueda llevarse testimonio de las mismas al ramo de situación personal.

Es importante subrayar que no hay impedimento para que la prisión provisional sea acordada en la propia condena, lo que generalmente sucede cuando la pena aplicada es de especial gravedad. Sin embargo, en estos casos, es imprescindible una motivación independiente y específica que exprese la presencia de los requisitos que permiten la medida, así como de sus finalidades legítimas. No se puede admitir que la motivación de la prisión provisional esté implícita en la propia condena, puesto que no son coincidentes los supuestos de hecho y los fundamentos de derecho en que se funda la condena y la adopción de la prisión provisional.

El sistema de adopción de medidas cautelares se desplazó del principio de la oficialidad, en virtud del cual el juez podría adoptar ex officio la prisión provisional. A partir de la LO 5/1995, pasó a exigirse en todo caso la instancia del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora para que el juez adopte la prisión provisional, excepto si el imputado estuviera en libertad y el juez entendiera que se dan los presupuestos para acordarla.

Cuando se trate de imputado detenido, una vez que estuviera a disposición del instructor, y éste le hubiera tomado declaración, se abren tres posibilidades: a) el juez puede entender que los hechos no son constitutivos de delito o que el imputado no tubo participación en los mismos, en cuyo caso dejará en libertad, levantando la imputación contra él; b) puede mantenerle en calidad de imputado, pero entender que no se dan los presupuestos para decretar la prisión provisional o la libertad provisional con fianza, dictando entonces un auto en el que fijara los plazos en que el imputado ha de presentarse ante la autoridad judicial; c) puede el juez

considerar que es necesario ordenar la prisión o libertad personal con fianza, y en ese caso convocará a una audiencia.

Estando el imputado en libertad, si el juez considera procedente alguna de estas medidas cautelares, convocará también dicha audiencia. Con todo, considerando que estén presentes los presupuestos legales para la adopción de la medida, estando el imputado en libertad, podrá ordenar de oficio la medida, debiendo convocar dentro de las 72 horas siguientes, la oportuna comparecencia, conforme dispone el art. 539. IV LECrim, lo mismo puede hacer cuando la comparecencia no pudiera celebrarse, en cuyo caso convocará una nueva audiencia (art. 505.5 LECrim). Obsérvese que en estos casos en los que de oficio se decreta la prisión provisional, es imprescindible que en la posterior comparecencia alguna parte acusadora solicite la medida, porque si ninguna lo hace el juez deberá revocar la medida y acordar necesariamente la libertad del imputado (art. 505.4 LECrim).

Esta comparecencia deberá celebrarse en todo caso para decretar la prisión provisional o la libertad provisional con fianza, y tiene como finalidad determinar la procedencia de la medida, de modo que el juez no podrá adoptar si ella no ha sido solicitada. Esta exigencia “supone un tributo al principio acusatorio y al principio de contradicción, así como una paulatina redefinición del papel del juez en la investigación penal”⁷⁰³.

La celebración de la audiencia previa deviene preceptiva para acordar, a instancia de parte, toda medida cautelar que no sea la libertad provisional sin fianza, ni, obviamente, la libertad plena del imputado. Tampoco será preceptiva siempre que el órgano judicial estime procedente la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la

⁷⁰³ Cfr. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 296.

medida, supuesto en que el órgano judicial podrá acordarla en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte⁷⁰⁴.

En el caso de presentarse el detenido ante juez distinto del que conozca de la causa, y no fuere posible la puesta en disposición del juez competente dentro de las 72 horas, éste decidirá sobre la situación personal del detenido. Una vez puesto a disposición del Juez competente se convocará a la partes a una audiencia para ratificar o revocar la medida adoptada (art. 505.6 LECrim).

En efecto, según dispone el art. 505.6 LECrim, sin perjuicio de que el juez incompetente practique la audiencia previa prevista en el art. 505, una vez que el juez o tribunal competente reciba las diligencias oír al imputado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda.

No se olvide, de igual manera, que el mantenimiento de la prisión provisional también está condicionada al parecer de las partes acusadoras. En otras palabras, del mismo modo que la solicitud de parte se presenta como una condición suspensiva respecto de la posibilidad de acordar la prisión provisional, la subsistencia del parecer de una parte se revela como condición resultante de la medida ya adoptada. De este modo, la petición de libertad o de mejora de la situación personal del imputado por la parte acusadora vincula al juez o tribunal penal⁷⁰⁵.

Conforme dispone el art. 506.1 LECrim, tras la comparecencia se dictará una resolución motivada, que deberá adoptar la forma de auto que, si

⁷⁰⁴ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 548.

⁷⁰⁵ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, ob. cit., p. 229.

acuerda la prisión, expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada.

El auto de prisión debe tener una motivación especialmente reforzada, en virtud de su propia naturaleza y contenido de la resolución, que limita gravemente un derecho fundamental. Es exigible un especial rigor en la motivación del auto, en el cual debe recoger de forma expresa e individualizada los presupuestos o requisitos esenciales de la medida de prisión, como son la existencia de motivos suficientes para imputar la comisión de un delito de alguna gravedad al destinatario de la medida y la necesidad de adoptar la misma para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos y congruentes con su naturaleza, como son el de conjurar el riesgo de sustracción a la acción de la Justicia o de obstrucción de la instrucción penal o evitación de la reiteración delictiva. El auto deberá referirse de modo claro y específico a los elementos fácticos y jurídicos correspondientes a los presupuestos y finalidades de la medida, así como también establecer la relación entre el fin perseguido por la medida y las concretas circunstancias del caso. Los mismos requisitos deberán estar en el auto que acuerde la prórroga de la prisión preventiva, de acuerdo con la exigencia del art. 506.1 LECrim.

El auto de prisión ha de ser notificado al Ministerio Fiscal, a las partes y al imputado. Conforme establece el art. 506.3 de la LECrim, debe ser puesto en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución.

Evidentemente el auto de prisión habrá de ser notificado integralmente al interesado, no siendo suficiente el dar a conocer la parte dispositiva de la resolución, siendo imprescindible notificar las razones o fundamentos de la misma, con el fin de que puedan ser impugnados.

Por este motivo la declaración de secreto del sumario no significa atribuir al instructor la facultad de omitir la tutela de derechos fundamentales, ni le autoriza para ocultar todos los fundamentos fácticos y jurídicos de sus resoluciones. De este modo, cuando se hubiera declarado secreta la instrucción, en el auto de prisión se expresaran los particulares del mismo que permitan preservar el secreto, pero en ningún caso se omitirá una sucinta descripción del hecho imputado y de los fines perseguidos con la prisión provisional. Cuando se alce el secreto se notificará el auto íntegro, momento en el que se podrá interponer contra esa resolución el recurso de apelación (art. 506.2 e 507.2 LECrim).

El auto de prisión se ejecuta expidiendo dos mandamientos: uno a la Policía Judicial o Agente Judicial que, en su caso, haya de ejecutarlo; y otro al director del establecimiento que deba recibir el preso. En el mandamiento deben consignarse los datos personales que consten del imputado, el delito que dé lugar al procedimiento y si la prisión ha de ser con comunicación o sin ella (art. 511.1 LECrim).

En dicho mandamiento se consignará el contenido del auto de prisión: los datos personales que consten del imputado, el delito que haya dado lugar al procedimiento, y si la prisión ha de ser en comunicación o sin ella.

El mandamiento de prisión es un documento imprescindible para la ejecución del auto, y en tal sentido el apartado 2 del artículo 511 de la LECrim establece que los directores de los establecimientos no recibirán a ninguna persona en condición de preso sin que se les entregue mandamiento de prisión.

4.10 El control judicial de la prisión provisional injusta

Con anterioridad a la Constitución Española de 1978, no existía un procedimiento adecuado para establecer el derecho a una indemnización para aquellas personas que hubieran sufrido una prisión provisional injusta. La responsabilidad de la Administración de Justicia se extendía a muy pocos supuestos y no alcanzaba el ciudadano que padecía de una privación de libertad a lo largo de un procedimiento penal, aunque en definitiva resultara absuelto o se decretase el sobreseimiento de las actuaciones.

En aquel momento histórico, “ni por la vía de la responsabilidad directa de Jueces y Magistrados, ni por la exigible al Estado en base al error constatado en un juicio de revisión, los ciudadanos privados de libertad de forma provisional y, posteriormente, absueltos o condenados a una pena de duración menor al tiempo pasado en prisión preventiva, tendrían derecho específico alguno a solicitar una reparación en base al perjuicio sufrido”⁷⁰⁶.

La regulación positiva del derecho a indemnización por los daños causados en la aplicación de la Administración de Justicia tuvo su origen en el artículo 121 de la CE, que establece: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

Como señala ASECIO MELLADO la inclusión en el texto constitucional de este precepto supuso una reforma fundamental en lo referido a la indemnización de los particulares por causa de actitudes dimanantes de la actividad jurisdiccional⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 296.

⁷⁰⁷ Cfr. ASECIO MELLADO, José María. *La prisión...*, ob. cit., p. 289.

Es conveniente resaltar que el derecho a la indemnización del Estado por una ilegítima prisión provisional puede derivar tanto de un error judicial como del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Sin embargo, la indemnización a cargo del Estado en los supuestos de prisión provisional injusta fue regulada autónomamente, independiente de los conceptos contenidos en el artículo 121 de la CE, es decir, desligada de los conceptos de error judicial y de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y con independencia de ellos.

En efecto, según el artículo 294.1 de la LOPJ, “tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

Como matiza MORENO CATENA, la indemnización específicamente prevista en caso de prisión provisional injusta se hace depender de la inexistencia del hecho, con total abstracción de que en el supuesto concreto concurren o no los otros motivos, de modo que se aproxima así a una especie de reconocimiento de responsabilidad objetiva⁷⁰⁸.

Ahora bien, aunque el precepto legal solamente haga referencia a la posibilidad de indemnización por la privación de libertad en el curso de un procedimiento penal que finalice mediante sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o se decrete el sobreseimiento por idéntico motivo, ello no significa que no son susceptibles de indemnización las privaciones de libertad cuando el procedimiento finalice por sentencia absolutoria que no se funde en la pura inexistencia del hecho. En estas hipótesis, la indemnización

⁷⁰⁸ Cfr. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., p. 300.

podrá tener acogida en las figuras jurídicas del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Como ya hemos afirmado, el artículo 294.1 de la LOPJ llevó a cabo una regulación autónoma e independiente de los conceptos contenidos en el artículo 121 de la CE, estableciendo un tipo concreto de indemnización concedida a raíz del sufrimiento de una prisión provisional injusta. Es así porque la concesión de la indemnización se hace depender, con exclusividad, de la inexistencia del hecho imputado, sin que sea necesario que la prisión provisional haya sido derivada de un error del Juez o Tribunal que la acordó o, si por el contrario, la misma fuese fruto de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. En definitiva, la LOPJ hace abstracción del análisis de la causa concreta que originó la situación injusta.

A este propósito, el Tribunal Supremo ha proclamado que el artículo 294 de la LOPJ “no cubre todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de una sentencia condenatoria a una pena privativa de libertad de una duración que abarque todo el tiempo pasado en situación de prisión, pues solo cubre algunos supuestos, y para los demás, no amparados por el artículo 294, ha de entenderse plenamente viable el cauce general del artículo 293, supuesta la concurrencia de los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.... de modo que cuando el artículo 294 no resulte aplicable, ello no significará la negación de la posibilidad de obtener la indemnización que podía conseguirse mediante el procedimiento de alcance general del artículo 293. Tal doctrina solo significa que la concreta inaplicación del referido artículo 294 no obsta a demandar la responsabilidad patrimonial del Estado, como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y, por ende, deviene necesaria e inexcusable la anomalía en el desarrollo de la función judicial y además la concurrencia

de otros requisitos de orden general para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado...”⁷⁰⁹.

A tenor de lo expresamente expuesto en el artículo 294.1 de la LOPJ, solamente será posible conceder una indemnización para los que fueren absueltos por inexistencia del hecho imputado o cuando haya sido dictado auto de sobreseimiento libre también por el mismo motivo.

En este orden de cosas, el precepto legal no contempla las hipótesis de sobreseimiento o absolución provocados por no tener el preso preventivo responsabilidad criminal derivada de su participación en el hecho, restricción que, a nuestro parecer, es totalmente injusta. Sin embargo, la jurisprudencia, basada en criterios de equidad, tiene declarado que no se puede restringir la indemnización por prisión provisional injusta a los casos de inexistencia del hecho imputado. Por lo tanto, considera también susceptible la indemnización por falta de participación en el delito de quien sufrió la prisión provisional, haciendo así una distinción entre inexistencia objetiva e inexistencia subjetiva.

La doctrina del Tribunal Supremo ha señalado que el artículo 294 cumple la función de hacer innecesaria la previa declaración jurisdiccional del error en los casos en los que el propio curso del proceso penal ha puesto de relieve más descarnadamente el error, es decir, la improcedencia – objetivamente apreciada a posteriori–, de la prisión provisional. Esto es llamativamente manifiesto en los casos de inexistencia del hecho, objetivamente entendida. Pero tal inexistencia, desde un punto de vista subjetivo, significa una imposibilidad de participación en un hecho que ha resultado ser inexistente. Así las cosas, esa imposibilidad de participación no puede quedar circunscrita a los casos de hechos inexistentes, puede derivar de otros supuestos: piénsese en el hecho existente con una acreditada no

⁷⁰⁹ Cfr. STS de 12 de junio de 1999.

participación en él –es, por indicar un ejemplo, el caso clásico de la coartada–. Cabe perfectamente concluir que la antes señalada finalidad del art. 294 exige su aplicación no sólo en los casos de inexistencia del hecho sino también en los de probada falta de participación. En consecuencia, la inexistencia subjetiva aunque está al margen de la literalidad del art. 294 queda plenamente amparada por su espíritu, lo que debe dar lugar a una interpretación extensiva que reconozca la virtualidad del precepto en todos aquellos casos que, pese a la dicción expresa, están comprendidos en el designio normativo del precepto a interpretar. Como proclama el Tribunal Supremo: “Prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto son pues dos supuestos equiparables y subsumibles ambos en la regulación del art. 294. No resulta en cambio viable extender su virtualidad a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho en los que la reclamación de una posible indemnización derivada de la prisión preventiva habrá de discurrir por el cauce general del art. 293.1”⁷¹⁰.

El Tribunal Constitucional también se ha adherido a esta tesis. De tal forma su doctrina viene afirmando que “El art. 294.1 de la LOPJ, al disponer que tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado Auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios, incluye tanto la absolución por inexistencia del hecho (inexistencia objetiva) como la absolución por prueba de la no participación en el mismo (inexistencia subjetiva), quedando solamente fuera de su singularidad los casos de falta de prueba, tanto del

⁷¹⁰ Cfr. STS de 27 de enero de 1989. En la misma dirección, véanse SSTs de 12 de junio de 1996; 21 de enero de 1999; 5 de abril de 1999; 22 de diciembre de 2000; 28 de febrero de 2001; 1 de octubre de 2002; 24 de octubre de 2002; 20 de enero de 2003; 30 de abril de 2003; 16 de noviembre de 2004; 26 de enero de 2005; 21 de marzo de 2006; 4 de abril de 2006; 5 de abril de 2006; 27 de abril de 2005; 23 de mayo de 2006; 12 de julio de 2006; 20 de septiembre de 2006; 6 de octubre de 2006; 6 de junio de 2007; 18 de septiembre de 2007; 3 de octubre de 2007; 25 de enero de 2008; 30 de enero de 2008; 23 de abril de 2008; 3 de marzo de 2010; 24 de marzo de 2010; 26 de mayo de 2010; 14 de junio de 2010; 22 de junio de 2010; 29 de junio de 2010; 21 de julio de 2010; 28 de septiembre de 2010; 24 de marzo de 2010.

hecho como de la participación en él, de difícil comprensión en el mismo, y en los que la reclamación habrá de encauzarse por los otros supuestos, ya los generales del error judicial, si en virtud de él se hubiese decretado indebidamente la prisión, o de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, cuando, sin error alguno, se haya mantenido por causa de ese defectuoso funcionamiento y tenido una duración superior a la normal en una diligente tramitación del proceso o por tiempo mayor del legalmente establecido”⁷¹¹.

En definitiva, como se puede percibir, en virtud de un esfuerzo jurisprudencial basado en criterios de equidad se consigue añadir entre los supuestos que autorizan la indemnización por una prisión provisional injusta una hipótesis que, aunque no haya sido literalmente prevista, debe igualmente ser admitida por criterios de justicia.

Analizado el régimen jurídico de la prisión provisional en España, a continuación, pasaremos al estudio de la prisión provisional en Brasil, confrontando las regulaciones para establecer sus relaciones de semejanzas y divergencias y, a la postre, señalar eventuales cambios que puedan contribuir al perfeccionamiento del modelo brasileño.

⁷¹¹ Cfr. STC 98/1992, de 22 de junio.

CAPÍTULO QUINTO

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL BRASILEÑO

5.1 La estructura cautelar en el proceso penal brasileño: consideraciones generales

El Código de Proceso Penal Brasileño carece de una falta total de técnica jurídica en el tratamiento del tema objeto de estudio. Además de no disponer de forma ordenada las medidas cautelares o provisionales, es posible identificar una serie de disposiciones legales ambiguas e incluso contradictorias, situación que acaba por generar una total inseguridad jurídica.

A pesar de la falta de previsión específica y nominal de las medidas cautelares, así como la falta de organización en el tratamiento del tema, es lógico que el Código de Proceso Penal contemple un plantel de medidas que poseen finalidad cautelar, que actúan en el interés de la administración de la justicia, procurando eliminar riesgos eventuales que de algún modo puedan comprometer el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Examinando estas medidas⁷¹², que están dispersas por todo el Código de Proceso Penal Brasileño, es posible agruparlas en dos clases⁷¹³:

⁷¹² Al respecto, vid. CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. *Processo Penal Cautelar*, Editorial Forense, Rio de Janeiro, 1982, p. 28-38; RAMAZZINI BECHARA, Fábio, ob. cit., pp.132-137; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, pp. 285-287; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1981, pp. 56-57; CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 448-454; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 5ª ed., Editorial Revista dos Tribunais, 2008, pp. 364-373; PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, 10ª ed., Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, pp. 272-277; MONGENOT BONFIM, Edílson. *Curso de Processo Penal*, 4ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 288-293; LOPES JÚNIOR. Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, v. II, 2009, pp. 171-183;

a) medidas cautelares personales, que inciden sobre la persona del investigado o acusado, como la prisión *in flagranti*⁷¹⁴, la prisión temporal⁷¹⁵, la prisión preventiva y la libertad provisional⁷¹⁶ con o sin fianza;

b) medidas cautelares reales o patrimoniales, que son aquellas que inciden sobre el patrimonio del imputado o condenado o incluso también en un tercero. Desarrollan una importante función de tutela del interés

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª ed. Editorial Saraiva, São Paulo, 2010, p. 176; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*, 2ª ed., Editorial Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, pp. 183-225; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 27ª, v. III, Editorial Saraiva, São Paulo, 2005, pp. 25-47.

⁷¹³ De modo general, las medidas cautelares, en el Derecho Procesal Brasileño, o se destinan a garantizar la indemnización del daño resultante del delito, o actúan estrictamente en el campo de la persecución criminal.

⁷¹⁴ De acuerdo con el Código de Proceso Penal Brasileño, cualquier persona del pueblo podrá y las autoridades policiales y sus agentes deberán arrestar a quien se encontrara *in flagranti* (art. 301). Se considera en flagranti delito quien: I - esta practicando la infracción penal; II - acaba de practicarla; III - es perseguido, inmediatamente después, por la autoridad, por la víctima o cualquier persona, en situación que autorice concluir ser ella la autora del delito; IV - es hallado, inmediatamente después, con instrumentos, armas, objetos, papeles que autoricen concluir que es el autor de la infracción penal (art. 302). Obsérvese que el derecho brasileño no prevé la medida de detención, prevista en los artículos 489 a 501 de la LECrim. Es correcto que algunas hipótesis que se encuadran como *in flagranti* en el derecho brasileño admiten la detención. Sin embargo, la detención esta contemplada en otras varias situaciones para las cuales no se admite prisión en flagrantes. La prisión *in flagranti* en el derecho brasileño no tiene un plazo máximo de duración, siendo posible que perdure hasta el final del proceso, pero en estos casos deberán estar presentes los requisitos de la prisión preventiva. En cuanto sea arrestado *in flagranti*, la prisión del agente deberá ser comunicada inmediatamente al juez competente, que deberá adoptar las siguientes medidas: a) anular la prisión en flagrantes en virtud de ser ella ilegal; b) conceder libertad provisional con o sin fianza, cuando no estén presentes los requisitos de la prisión preventiva. Por lo tanto, la prisión preventiva no puede ser adoptada cuando el agente estuviera arrestado en flagrante delito legal. En estos casos, la prisión *in flagranti* es mantenida, no siendo debida la libertad provisional.

⁷¹⁵ Esta reglamentada en la Ley nº 7.960/89, de 21 de diciembre. Solamente es debida durante la investigación criminal y jamás durante el proceso. Podrá ser decretada cuando hubiere indicios de autoría del investigado en crímenes graves. Su plazo de duración será de 5 (cinco) días, pudiendo ser prorrogados por más (días), excepto cuando se tratar de delitos considerados graves (Ley nº 8.072/90, de 25 de junio), supuestos en los que en plazo será de 30 (treinta) días, con posibilidad de prorrogación por más 30 (treinta) días.

⁷¹⁶ Es la única medida alternativa a la prisión cautelar en la legislación brasileña. Puede ser concedida con o sin fianza.

económico de la víctima, resguardando los bienes para una futura acción ex delicto y también del Estado, con el objetivo de garantizar el pago de la multa y costes procesales (Por ej. el secuestro y arresto de bienes)⁷¹⁷.

Otra clasificación posible es la que tiene por base el momento en que la medida cautelar es adoptada. En este caso, pueden ser: a) preparatorias, que suceden con anterioridad al ejercicio de la acción penal, como es el caso de la prisión temporal; b) incidentales, en los casos en los que el proceso ya estuviera iniciado (Ej. prisión preventiva).

Por último, pueden del mismo modo ser clasificadas de acuerdo con su previsión categórica o no en el ordenamiento jurídico. De acuerdo con este criterio, se clasifican en: a) típicas: son las previstas expresamente en el Código de Proceso Penal o en otras leyes; b) atípicas: son aquellas que derivan del poder general de cautela del juez⁷¹⁸.

En nuestra opinión, sin embargo, no pueden ser adoptadas medidas que impliquen restricción de la libertad que no tienen base legal, bajo pena de vulneración al principio de la legalidad. Así pues, el poder general de cautela dado al juez no le autoriza a adoptar contra el imputado medidas que limiten su libertad y que no estén taxativamente previstas en ley.

Dicho de otro modo, la posibilidad jurídica de ser adoptada una medida cautelar que afecte el derecho fundamental depende de la verificación *prima facie* que este prevista en el ordenamiento procesal de

⁷¹⁷ Se trata de una medida que consiste en la retención de los bienes muebles del acusado, para que no se deshaga de ellos, garantizando a la víctima o al Estado la solvencia al final del proceso (art. 137 del CPP).

⁷¹⁸ Según dispone el art. 798 del Código de Proceso Civil, además de los procedimientos cautelares específicos, reglamentados en este Código, el juez podrá determinar las medidas provisionales que entienda adecuadas, cuando esté constatado el fundamentado de riesgo para una de las partes, antes de la resolución final, de provocar daño de difícil reparación al derecho de la otra parte.

modo categórico. Existe, por lo tanto, una tipicidad procesal que no es distinta de la tipicidad del derecho material. Así pues, en primer lugar será necesario verificar si la medida que se pretende adoptar puede encuadrarse en una de aquellas previstas taxativamente por la ley. No existiendo en el ordenamiento procesal la referida medida, no habrá posibilidad jurídica de adoptarla⁷¹⁹.

De este modo, se evita el uso indiscriminado de las medidas cautelares que, en muchos casos, podrían funcionar como instrumento de imposición de sanciones atípicas, bajo la justificación vacía de urgencia y necesidad, con violación de los principios fundamentales del Estado de Derecho.

Es correcto que en el proceso civil, se otorgue al juez un poder general de cautela en función del cual, siempre que exista la posibilidad de un daño derivado del retraso en la resolución del proceso, utilice la forma y el medio que considere más oportuno y adecuado al caso para alejar el peligro. Posee el juez civil, por lo tanto, amplios poderes para utilizar medidas de naturaleza cautelar, aunque no estén previstas de modo taxativo.

En el proceso penal, sin embargo, no existen medidas cautelares innominadas. De ahí que el juez penal no podrá usar el llamado poder general de cautela. Como todas las medidas cautelares implican limitaciones en la esfera de los derechos fundamentales del imputado es imprescindible la observación del principio de la legalidad y de la tipicidad procesal.

Como se puede constatar, de modo general, el panorama cautelar brasileño no es muy distinto del español, siendo también semejantes los

⁷¹⁹ En sentido contrario, vid.: SOUZA NETTO, José Laudindo de. *O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar*, Editorial Revista dos Tribunais, volume 801, pág. 456; ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*, en www.amperj.org.br.

problemas presentados, como la falta de coherencia lógica entre las medidas y la imprecisión legislativa en el tratamiento de la materia.

Al igual que sucede en España, para que pueda ser considerada legítima, la prisión preventiva en Brasil también debe estar revestida de las características de jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y homogeneidad.

Al lado de las medidas auténticamente cautelares, en el ordenamiento procesal brasileño también se encuentran otras medidas con finalidades no propiamente cautelares, que pueden ser llamadas genéricamente provisionales. Es el caso de prisión preventiva, como se verá a continuación.

5.2 La Regulación procesal de la prisión provisional: reseña histórica

La prisión preventiva surgió legalmente en Brasil poco después de ser proclamada su independencia en el año 1822, habiendo sido prevista por la Constitución Imperial de 1824, en donde se admitía la custodia preventiva, en los casos declarados por la ley, mediante una orden escrita del juez⁷²⁰.

El Código de Proceso Criminal del Imperio de 1832 también consideró la prisión sin culpa formada, sin embargo, exclusivamente para los crímenes

⁷²⁰ Establecía el artículo 179, §§ 8º y 10º de aquella Constitución que: “Nadie podrá ser preso sin culpa formada, excepto en los casos declarados por ley. A excepción del delito flagrante, la prisión no puede ser ejecutada a no ser por orden escrita de la autoridad legítima. Si esta fuera arbitraria, el juez que la dio y quien la hubiera requerido, serán sancionados con las penas que la ley determine”.

en los que no se admitiera fianza, mediante orden escrita de la autoridad legítima⁷²¹.

El 15 de noviembre de 1889 fue proclamada la República, instaurándose un orden de formas liberales, siendo, el 24 de febrero de 1891, promulgada la Constitución de la República⁷²², momento en el cual, se llevó a cabo formalmente la separación entre Iglesia y Estado, y en ella, de igual manera se garantizaba la autonomía para que los Estados legislasen sobre materia procesal. Sin embargo, pasado algún tiempo, los positivistas apartaron el poder de las manos de los liberales, implantándose en el país un verdadero régimen del terror.

Con la autorización para que los Estados legislasen sobre materia procesal, la Provincia de “Rio Grande del Sur” trató de reglamentar la prisión preventiva, confiriéndole un carácter obligatorio⁷²³. Es importante destacar que en ningún otro Estado de la Federación se adoptó tal medida, y no se produjo ninguna otra tentativa para su introducción durante todo el periodo de la llamada Primera República⁷²⁴.

⁷²¹ Disponía el artículo 175 que “Podrá también ser presos sin culpa formada los que fueran acusados en crímenes, en los que no cabe fianza; pero en estos, y en todos los demás casos, a excepción del delito flagrante, la prisión no puede ser ejecutada, a no ser por orden escrita de la autoridad legítima”. Esta disposición fue reiterada en el artículo 114 del Reglamento n° 120, del 31 de enero de 1842.

⁷²² Los artículos 72, §§ 13 y 14, de la Constitución de la República de 1891, establecían: “A excepción del delito flagrante, la prisión no podrá ejecutarse, salvo en los casos determinados por ley, y mediante orden escrita de la autoridad competente. Nadie podrá ser mantenido en prisión sin culpa, salvo excepciones específicas por ley, ni llevado a prisión, o en ella detenido, cuándo preste fianza idónea, en los casos que la ley admita”.

⁷²³ Prescribía el artículo 194 del Código de Proceso Penal de Rio Grande del Sur: “La orden de prisión preventiva debe ser expedida: a) en caso de homicidio o lesión personal gravísima, salvo si estos hechos son justificables o cometidos casualmente; b) en los atentados a la propiedad, cuando las penas excedan a cuatro años de prisión celular; c) si el denunciado, durante la formación de la culpa, practica nuevo delito, amenaza a la parte ofendida o trata de corromper o intimidar a los testigos”.

⁷²⁴ Cfr. CAMPOS BARROS, Romeu Pires de, ob. cit., p. 176.

El carácter obligatorio de la prisión, reflejado en el Código de Rio Grande del Sur, fue posteriormente rechazado por el Supremo Tribunal Federal⁷²⁵, quien declaró inconstitucionales dichas disposiciones, puesto que entraban en conflicto con otras de ámbito federal, fieles a los principios de la necesidad y de la conveniencia.

En 1934 fue promulgada una nueva Constitución⁷²⁶ que, sin embargo, fue tempranamente sustituida con motivo de un golpe militar, dando lugar a la Constitución Autoritaria de 1937⁷²⁷, por la que fueron eliminadas algunas garantías, tales como la comunicación inmediata de la prisión al juez competente, y la concesión de fianza, medidas solamente reestablecidas con la Constitución de 1946.

Como se puede observar, el actual Código de Proceso Penal, legitimado a través del Decreto-Ley nº 3.689, del 3 de octubre de 1941, entró en vigor en un periodo totalitario, habiendo sido inspirado por el Código de Proceso Penal Italiano de 1930⁷²⁸ que, nacido con el advenimiento del fascismo, adoptó la medida en sentido opuesto a la doctrina y como

⁷²⁵ Cfr. Arquivo Judiciário, 1934, v. 39, p. 177.

⁷²⁶ Establecía el artículo 113, nº 21, de la Constitución de 1934, que “Nadie será preso a no ser en caso de delito flagrante, o por orden escrita de la autoridad correspondiente, en los casos expresados por ley. La prisión o la detención de cualquier persona será inmediatamente comunicada al juez competente, que la alzará si no fuera legal, y promoverá, siempre que por derecho, la responsabilidad de la autoridad responsable”. En el artículo 113, nº 22, también consideraba que “Nadie quedará preso, si presta fianza idónea, en los casos por ley instituidos”.

⁷²⁷ La Constitución autoritaria de 1937, a pesar de ello, consagraba algunas garantías. En su artículo 122, nº 11, prescribía que “A excepción del delito flagrante, la prisión no podrá efectuarse, excepto en los casos determinados por ley y mediante orden escrita de la autoridad competente. Nadie podrá ser mantenido en prisión sin culpa, a no ser por la autoridad competente en virtud de ley y en la forma por ella regulada; la instrucción criminal será contradictoria, asegurándose al imputado durante el proceso todas las garantías de defensa”.

⁷²⁸ Obsérvese que la propia Exposición de Motivos del actual Código de Proceso Penal hace referencia expresa a la legislación procesal penal que en la época estaba en vigor en Italia.

verdadero enfrentamiento contra la legislación hasta entonces vigente, hiriendo, realmente, la dignidad de la cultura jurídica de aquel pueblo⁷²⁹.

El legislador nacional de 1941 admitió la prisión preventiva en el artículo 312 del Código de Proceso Penal, en estos términos: “La prisión preventiva será decretada en los crímenes a los cuales fuera impuesta pena de reclusión por tiempo máximo, igual o superior a diez años”. Acogiendo una absurda suposición de necesidad, se instituyó, así, en el orden jurídico nacional, la prisión preventiva compulsoria.

Existían entonces dos especies de prisión preventiva *stricto sensu*: la obligatoria y la facultativa. En algunos casos (cuando la pena asignada al crimen fuera de reclusión por tiempo máximo, igual o superior a 10 años), el Juez estaba obligado a decretar la medida extrema. A excepción de lo anteriormente citado, en el resto de casos, la ley otorgaba al juez la posibilidad de decretarla o no (manteniendo esta dinámica en la actualidad) siguiendo su prudente arbitrio. Era competencia de este juzgar sobre la conveniencia y necesidad de la medida. En el primer caso, la prisión era obligatoria o compulsoria; facultativa, en la segunda hipótesis.

Se trataba de una obligatoriedad relativa. Era obligatoria en el sentido de que se dispensaban las verificaciones de carácter general, previstas en artículo 313 del Código de Proceso Penal Brasileño, de tal manera que no se indagaba sobre la conveniencia del orden público, o de la instrucción criminal, ni se trataba de asegurar la aplicación de la ley penal. Sin embargo, se dispensaban la prueba de la existencia del crimen e indicios suficientes de autoría, así como el examen preliminar del mérito de la acusación para saber

⁷²⁹ Vid. al respecto CAMPOS BARROS, Romeu Pires de, ob. cit., p. 177.

si había en favor del imputado cualquier justificativo legal, en cuyo caso no sería decretada⁷³⁰.

Ahora bien, de acuerdo con la norma anteriormente citada, se presuponía que, a través de la fuga, pretendía evadirse a la acción de la justicia aquél que estaba sujeto a una pena privativa de libertad grave, por haber practicado crimen en relación al cual no sería posible invocar, con éxito, una causa excluyente de criminalidad. Así mismo, como los crímenes graves estremecían el medio social, el pensamiento acogido por el texto era también que, en tales casos, la prisión preventiva del delincuente serviría para satisfacer la opinión pública, anticipando la aplicación de la pena en beneficio del prestigio de la ley violada.

Es curioso que el legislador ni siquiera hiciera alusión a la peligrosidad del imputado. Peligroso o no, practicando un delito sancionado con reclusión por tiempo máximo, igual o superior a 10 años, el sujeto sería objeto de prisión preventivamente, si hubiera prueba de la existencia del crimen e indicios suficientes de su autoría.

Dicho de otro modo, cuando se trataba de prisión preventiva obligatoria había presunción sobre sus fundamentos, tales como el peligro de incumplimiento de la pena, garantía del orden público, conveniencia de la instrucción criminal. Y la presunción era absoluta⁷³¹.

La regla del artículo 312 del Código de Proceso Penal Brasileño estaba en discordancia con las ideas dominantes en todo el mundo civilizado, inclusive en Italia, país de donde se importó el instituto de la

⁷³⁰ Cfr. GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, v. III, Editorial Forense, Rio de Janeiro, 1945, p. 157.

⁷³¹ Sobre este punto, vid. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal...*, vol. III, ob. cit., p. 497.

prisión obligatoria⁷³². La posibilidad de imposición de la prisión preventiva tomando como base, simplemente, la calidad y cantidad de la pena abstractamente considerada, provocó un rechazo generalizado en la doctrina⁷³³, principalmente debido a que en la práctica judicial, su imposición era una consecuencia inmediata del recibimiento de la denuncia, representando así una medida de coacción de profunda maldad que, en muchos casos, daba margen a irreparables injusticias⁷³⁴. Finalmente, a través de la Ley nº 5.349, de 3 de noviembre de 1967, la draconiana medida desapareció.

Con la nueva legislación, que transformó la prisión preventiva en facultativa, eliminando el criterio de la gravedad del crimen, el Capítulo III del Código de Proceso Penal sufrió una profunda modificación⁷³⁵.

⁷³² La Comisión de Derechos Humanos de la ONU reveló que solamente las legislaciones de Italia, Austria, Albania y Brasil consideraban la prisión preventiva obligatoria. Cfr. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal...*, vol. III, ob. cit., p. 496.

⁷³³ A tal respecto, señalaba TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*, t. IV, Editorial José Konfino, Rio de Janeiro, 1967, p. 1312, que la “prisión preventiva compulsoria fundada en una presunción absoluta es un paso atrás en el progreso de la civilización por los efectos nefastos que acarrea y por la imperfección evidente como instrumento de técnica jurídica”.

⁷³⁴ Cfr. BATISTA, Weber Martins. *Liberdade Provisória*, 2ª ed., Editorial Forense, Rio de Janeiro, 1985, p. 48.

⁷³⁵ Véanse: “Art. 311. En cualquier fase de la investigación policial o de la instrucción criminal, cabrá la prisión preventiva decretada por el juez, de oficio, a requerimiento del Ministerio Público, o del acusador particular, o mediante solicitud de la autoridad policial. Art. 312. La prisión preventiva podrá ser decretada como garantía del orden público, por conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley penal, cuando haya prueba de la existencia del crimen e indicios suficientes de la autoría. Art. 313. La prisión preventiva podrá ser decretada: I – En los crímenes inafianzables; II – En los crímenes afianzables, cuando se confirme en el proceso que el denunciado es holgazán o cuando, habiendo duda sobre su identidad, no proveer o indicar elementos suficientes para esclarecerla; III – En los crímenes dolosos, a pesar de afianzables, cuando el imputado o acusado hubiera sido condenado por crimen de la misma naturaleza, en sentencia firme. Art. 314. La prisión preventiva en ningún caso será decretada si el juez lo verifica por las pruebas constantes en los autos que el agente haya practicado el hecho en las condiciones do art. 19, nº I, II y III del Código Penal. Art. 315. La resolución que decretar o denegar la prisión preventiva será siempre fundamentada. Art. 316. El juez podrá revocar la prisión preventiva si, en el transcurrir del proceso, verifica la falta de motivo para que subsista, así como de decretarla de nuevo, si aparecieran razones que la justifiquen”.

Respecto a la exclusión de la prisión preventiva compulsoria del Código de Proceso Penal, señaló NORONHA: “Hizo bien el legislador en abolirla. Primeramente, se registra que el criterio de la ley se fundaba en la cantidad de la pena, lo que era insubsistente. Basta decir que suprimía la facultad del juez – que es quien orienta el proceso y aplicará la pena final – apreciar la conveniencia o no de la medida”⁷³⁶.

En efecto, la abolición de la prisión preventiva compulsoria era postulada vigorosamente por la doctrina, habiendo sido incluso tratada en el Anteproyecto del Código de Proceso Penal, denominado Anteproyecto Tornaghi⁷³⁷, principalmente por el abuso de los jueces al utilizar dicha medida de una manera desproporcionada, e incluso en casos de acusaciones formuladas “en medio de agitaciones emocionales, acarreado la prisión preventiva de quien no se sabe si practicó crimen”⁷³⁸.

Así, con la Reforma de 1967, la prisión preventiva se convirtió siempre en facultativa, siendo eliminado el criterio de la gravedad del crimen. Se mantuvo el criterio de “afianzabilidad” de los crímenes, a través del cual se pautaba la adopción de la medida, destinada a asegurar las pruebas y la punición, así como también el orden público. Desde entonces, la prisión preventiva ha estado siempre sujeta a la presencia de prueba de la existencia del crimen e indicios suficientes de su autoría, desde que fuese

⁷³⁶ Cfr. NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, 26ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 1998, p. 224.

⁷³⁷ El Anteproyecto Tornaghi, de 1963, surgió con el objetivo de reformar el Código de Proceso Penal de 1941, siendo de autoría del Profesor Hélio Basto Tornaghi. Con él, el proceso cautelar fue sistematizado, siendo las medidas cautelares divididas en cautelares reales y personales, con la denominación de “medidas que recaen sobre personas o cosas, habiendo tratado sobre la prisión preventiva en el Capítulo II, sección I, nº 3, artículos 475 a 483”.

⁷³⁸ Cfr. GOMES FILHO, Antonio Magalhães, ob. cit., p.62.

necesaria para garantizar el orden público, por conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley penal.

Posteriormente, sin embargo, se comprobó que, en todo el país, se estaba dando una superpoblación en las prisiones sin lugar siquiera para albergar al cuantioso número de criminales peligrosos, ya condenados por la justicia. Y la superpoblación carcelaria fue ocasionada, no por el número de condenados encarcelados, sino por el excesivo número de personas en régimen de prisión cautelar. De ahí que, una de las alternativas para atenuar el problema fuera dejar en libertad a los imputados no peligrosos y que no tuvieran antecedentes penales, mientras no fuesen definitivamente condenados. Las plazas así obtenidas serían ocupadas por los criminales ya condenados, entre los cuales se podía encontrar algunos de gran peligrosidad, aún en libertad por falta de lugar⁷³⁹.

En virtud de esta situación, surgieron las alteraciones promovidas por la Ley nº 5.941, de 22 de noviembre de 1973⁷⁴⁰, que, a pesar de referirse a los recursos, merece ser mencionada, ya que acabó por reconocer la posibilidad del imputado de permanecer en libertad después de haber interpuesto un recurso, hasta que se hubiese dictado una sentencia final⁷⁴¹, disposición que naturalmente produjo efectos en el ámbito de la prisión preventiva y que, en la práctica, por error en su interpretación, acabó implicando la modificación del criterio de su aplicación.

⁷³⁹ Sobre la cuestión, vid. BATISTA, Weber Martins, ob. cit., p. 52.

⁷⁴⁰ La Ley nº 5.941, de 29 de noviembre de 1973, disminuyó sensiblemente el rigor de la prisión cautelar impuesta al imputado pronunciado o condenado por sentencia recurrible, estableciendo que “si el imputado no tuviera antecedentes, podrá el juez dejar de decretarle la prisión o revocarla, en el caso de que ya se encuentre preso” (art. 408, §1º, del Código de Proceso Penal Brasileño). También alteró el artículo 594, estableciendo que “El imputado no podrá interponer recurso sin retirarse a prisión, o prestar fianza, salvo que no tenga antecedentes penales, así reconocido en la sentencia de condena”.

⁷⁴¹ Pronuncia es la resolución que juzga admisible la acusación en delitos dolosos contra la vida de la persona, sometiendo al imputado a juicio popular.

Con ella, como observó BATISTA, se atendió a dos realidades: al mal causado al imputado sin antecedentes penales, por la imposición de cárcel, con todos los daños que de ello se derivaban, y al reconocimiento de una triste realidad, la de que la prisión provisional se estaba transformando en verdadera pena, como resultado de la congestión de los procesos⁷⁴².

Sin embargo, no se puede olvidar que la referida modificación legislativa liberal también fue dictada por una momentánea conveniencia derivada de la relación de algunos funcionarios de la alta jerarquía policial en acusaciones de homicidio, hecho por el cual se introdujo en la disciplina de la prisión cautelar del concepto de “primariedad⁷⁴³ y buenos antecedentes”.

Sucedió entonces que, con las referidas modificaciones legislativas, se estableció una duplicidad de fundamentos para la custodia antes de la sentencia final, dando lugar a curiosidades tales como que: antes del pronunciamiento o sentencia de primer grado, la cognición cautelar se refiere al *periculum libertatis*, que puede indicar, o no, la necesidad de la prisión; en el momento de las referidas decisiones, debe el juez proceder a un nuevo examen de la medida, dedicándose en estos momentos a la constatación de los datos relativos a la personalidad del acusado⁷⁴⁴.

Además, en lo que respecta al concepto de primariedad era y es objetivo, derivándose de la existencia o no de condena anterior, mientras que la idea de “buenos antecedentes” era y continua siendo extremadamente difusa, posibilitando la adopción de criterios jurisprudenciales elásticos, que incluyen apreciaciones subjetivas en relación a la personalidad del agente y de las circunstancias del hecho criminal, ajenos a la valoración de la situación de peligro exigible para la adopción de la prisión preventiva.

⁷⁴² Cfr. BATISTA, Weber Martins, ob. cit., p. 52.

⁷⁴³ En Brasil, se considera “primario” el imputado que no tiene antecedentes penales.

⁷⁴⁴ Cfr. GOMES FILHO, Antonio Magalhães, ob. cit., p. 63.

La necesidad de compatibilizar las reglas del proceso penal con las normas de protección a la libertad individual consagradas en la Constitución Federal era un hecho objeto de preocupación por parte de todos los procesalistas, y este problema se convirtió en más apremiante después de la Ley nº 5.941/73. Ello es debido a que, al tratar de solucionar un problema de orden práctico, se acabó ocasionando otro, y más complicado, de orden doctrinal. A partir de la modificación del artículo 594 del Código de Proceso Penal, se pasó a suponer, *iuris et de iure*, que no era necesaria la prisión de los imputados sin antecedentes, incluso después de condenados por sentencia que no ha alcanzado la firmeza. Por otro lado, a pesar de esto, continuó existiendo la presunción también *iuris et de iuris*, de que la medida era necesaria para el imputado o acusado, en las mismas condiciones, y siempre que fuera preso en flagrante por delito castigado con la pena de reclusión, y esto contra quien aún no tenga una sentencia condenatoria, sino apenas la simple probabilidad de condena⁷⁴⁵.

Además de todo esto, el problema de la superpoblación carcelaria venía manteniéndose, faltando lugar donde recluir a los que ya habían sido condenados definitivamente. Como señaló el Ministro Armando Falcão, en la exposición de motivos de la ley, esta situación consagraba la impunidad, generando consecuencias perjudiciales, escandalizando a la opinión pública, constituyendo estímulo al delito, fomentando un clima y un sentimiento de inseguridad personal, generando corrupción en el organismo policial, desacreditando la función intimidatorio de la pena y desprestigiando a la justicia⁷⁴⁶.

Así pues, con el objetivo de sanear a corto plazo la gravedad de la situación, y con la preocupación de resolver el problema de la

⁷⁴⁵ Sobre este punto, vid. BATISTA, Weber Martins, ob. cit., p. 58.

⁷⁴⁶ Cfr. BATISTA, Weber Martins, ob. cit., p. 58.

superpoblación de las prisiones, sin dejar a los delincuentes impunes, se adoptó una nueva fórmula a través de la Ley nº 6.416, del 24 de mayo de 1977⁷⁴⁷, que modificó el artículo 313 del Código de Proceso Penal⁷⁴⁸ y también agregó un párrafo único al artículo 310 del mismo código procesal, imposibilitando el mantenimiento de la prisión preventiva cuando no se hubiesen verificado sus presupuestos, razón por la cual ésta pasó a ser la modalidad de prisión cautelar más importante del ordenamiento jurídico brasileño⁷⁴⁹.

De hecho, la Ley nº 6.416/77, considerando la orientación de que sólo debe haber prisión cautelar cuando sea estrictamente necesario, introdujo relevantes alteraciones en la regulación de la prisión preventiva.

⁷⁴⁷ Se extrae de la Exposición de Motivos de la aludida ley que: “1. El aumento de los índices de criminalidad, que se observa a escala mundial, hizo que, en Brasil, gran número de condenados, incluso peligrosos, permanecieran en libertad, no siendo posible cumplir los respectivos mandatos de captura, por no haber donde recluirllos, incluso con nuevas penitenciarias construidas y por más que esas se multipliquen. Esa impunidad, a pesar de la existencia de una condena, tiene graves consecuencias: escandaliza la opinión pública, constituye estímulo al delito, fomenta un clima y sentimiento de inseguridad personal, genera corrupción en el organismo policial, desacredita la función intimidatoria de la pena y desprestigia la Justicia, hechos capaces de comprometer la paz social. 2. La superpoblación de los establecimientos penitenciarios, además de los problemas de promiscuidad, acarrea una acumulación de tensiones, principalmente en las prisiones obsoletas de gran porte. Los órganos de la administración penitenciaria han conseguido, con gran coste, contener la situación, en una atmósfera de presión constante, que crea problemas de todo tipo para los que lidian con Justicia Penal. 3. Parece fuera de duda que la gravedad de la situación exige la inmediata reformulación de algunos preceptos legales, con el fin de reservar la reclusión a prisión para los criminales de mayor peligrosidad posibilitando a los establecimientos existentes dedicarse con mayor rigor a aquellos cuya conducta representa más acentuado peligro, ya sea para las personas, individualmente, o para la sociedad, orientación que se une como un todo con las recomendaciones de varios organismos internacionales”. Cfr. PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *A Nova Lei Processual Penal. Comentários a la Ley 6.416, del 24 de maio de 1977*, 2ª ed., Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, p. 123.

⁷⁴⁸ Véase “Art. 313. En cualquiera de las circunstancias, previstas en el artículo anterior, será admitida el decreto de la prisión preventiva en los crímenes dolosos: I – castigados con reclusión; II – castigados con detención, cuando se confirme en el proceso que el denunciado es holgazán o cuando, habiendo duda sobre su identidad, no proveer o no indicar elementos suficientes para esclarecerla; III – si el imputado hubiera sido condenado por otro crimen doloso, en sentencia firme, exceptuado o dispuesto en el párrafo único del art. 46 del Código Penal”.

⁷⁴⁹ Vid. DELMANTO JÚNIOR, Roberto, ob. cit., p. 161.

Entre otras medidas, se trató de dirigir la prisión preventiva hacia al principio de la necesidad, es decir, solamente debería ser utilizada siempre y cuando fuese necesaria para los intereses de la Justicia, la seguridad de la sociedad y al orden público.

En función de esta reforma, se mantuvo la exigencia relacionada con el *periculun in mora*, siendo eliminado el criterio de “afianzabilidad” de los crímenes, considerando la gravedad de la infracción penal cometida como elemento de vital importancia para la imposición de la medida.

De este modo, el mantenimiento de la custodia derivada de la flagrancia solamente se convertía en pertinente cuando se encontraba presente el *periculum in mora* que autorizaba la adopción de la prisión preventiva, consagrándose así el principio de necesidad, que debe marcar el punto de equilibrio entre el derecho a la libertad del imputado y el interés social de que se haga justicia.

La reforma reveló un liberalismo que jamás se alcanzaría antes, de modo que el estado coercitivo derivado del flagrante no podría perdurar si no estuviesen presentes las hipótesis que legitimaban la prisión preventiva. Y carece de importancia si se trata de infracción que admite fianza. Como señalaba PELLEGRINI GRINOVER, “la piedra de toque de la libertad provisional es, así, lo innecesario de la medida”⁷⁵⁰.

Como hemos visto, de acuerdo con la sistemática adoptada por el Código de Proceso Penal de 1941, dos factores fueron tomados en consideración para la imposición de la prisión preventiva. El primero de ellos, la gravedad del crimen, que debería prever pena de reclusión, por tiempo máximo, igual o superior a diez años. En segundo lugar, la “afianzabilidad”, o no, de los crímenes, por la cual se interponía la imposición facultativa de la

⁷⁵⁰ Cfr. PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *A nova Lei Processual Penal...*, ob. cit., p. 136.

medida cautelar. Del mismo modo, se exigía la presencia del requisito representado con el fin de garantizar el orden público, la conveniencia de la instrucción criminal o la seguridad de la aplicación de la ley penal, igualmente ajustables en el *periculum in mora*.

Con la Reforma de 1967, a través de la Ley nº 5.349/67, la prisión preventiva se convirtió siempre en facultativa, siendo eliminado el criterio de la gravedad del crimen. Se mantuvo el criterio de la “afianzabilidad”⁷⁵¹ de los crímenes, a través del cual se matizaba la imposición de la medida, destinada a asegurar las pruebas y la punición, así como también el orden público.

Por medio de la Ley nº 6.416/77, se mantuvo la exigencia relacionada con el *periculum in mora*, siendo eliminado el criterio de la “afianzabilidad” de los crímenes, considerando la gravedad de la infracción penal cometida como elemento suficiente para la imposición de la medida.

A pesar de los avances legislativos, tomando como referencia este último marco (Ley nº 6.416/77), cobró relevancia la relación de incompatibilidad entre fianza y prisión preventiva. Sucede que, como el propio legislador reconoce, la fianza no podrá ser concedida si estuvieran presentes los motivos que autorizan la prisión preventiva (art. 324, inc. IV, del Código de Proceso Penal, con la redacción de la Ley nº 6.416/77, art. 22). Ello es debido a que la libertad provisional no es sucedánea de la prisión preventiva, de modo que la imposición de la prisión preventiva indica la existencia de razones que excluyen la posibilidad de la libertad provisional, incluso con fianza, con la consiguiente necesidad de la prisión.

⁷⁵¹ En Brasil, la fianza es una modalidad de libertad provisional prevista en favor del sujeto preso en flagrante delito, cuando no están presentes los requisitos para la adopción de la prisión preventiva.

Ya bajo el mandato de la Constitución Democrática de 1988⁷⁵², pasados veintiséis años, la redacción del artículo 312 del Código de Proceso Penal Brasileño fue modificada por la Ley nº 8.884/94, de 11 de junio, a través de la cual se incluyó la posibilidad de la imposición de la prisión preventiva para garantía del orden económico, habiendo también, empleado la expresión “indicio suficiente de autoría” en vez de “indicios suficientes de autoría”⁷⁵³.

De esta forma, de noviembre de 1967 a junio de 1994, la prisión preventiva exigía como presupuestos para su imposición, además de la prueba de la existencia del crimen e indicios suficientes de la autoría, uno más de entre tres requisitos que la autorizan: la conveniencia de la instrucción criminal, el garantizar la aplicación de la ley penal o la garantía del orden público. Con posterioridad a junio de 1994, un cuarto motivo la justificaría: la mencionada garantía del orden económico.

⁷⁵² La Constitución Federal de 1988 trató de modo pormenorizado la prisión y las medidas que la rodean. En el artículo 5º, dicta que: “nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal” (LIV); “nadie será considerado culpable hasta que la condena sea susceptible de recurso” (LVII); “Nadie será preso a no ser en delito flagrante o por orden escrita de la autoridad judicial competente, salvo en los casos de trasgresión militar o crimen propiamente militar, definidos por ley” (LXI); “la prisión de cualquier persona y el lugar donde se encuentra serán comunicados inmediatamente al juez competente y a la familia del preso o persona por él indicado” (LXII); “el preso será informado de sus derechos, entre los cuales está el de permanecer callado, asegurándole asistencia de la familia y de abogado” (LXIII); “el preso tiene derecho a la identificación de los responsables de su prisión o por su interrogatorio policial” (LXIV); “la prisión ilegal será inmediatamente declarada nula por la autoridad judicial” (LXV); “nadie será llevado a prisión o mantenido en ella, cuando la ley admita libertad provisional, con o sin fianza” (LXVI); “no habrá prisión civil por deuda, salvo la del responsable por incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación alimenticia y del depositario infiel” (LXVII); “se concederá habeas corpus siempre que alguien sufra o se encuentre amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder” (LXVIII); “el Estado indemnizará al condenado por error judicial, así como también al que estuviera preso excediendo el tiempo fijado en la sentencia” (LXXV).

⁷⁵³ Establece esta disposición legal que la “prisión preventiva podrá ser decretada como garantía del orden público, del orden económico, por conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley penal, cuando haya prueba de la existencia del crimen e indicio suficiente de la autoría”.

Una última alteración legislativa en torno al tema aconteció a través de la Ley nº 11.340/2006, de 7 de agosto, norma legal que, en atención al artículo 226, §8º, de la Constitución Federal⁷⁵⁴, creó mecanismos para cohibir la violencia doméstica y familiar contra la mujer, posibilitando la adopción de la prisión preventiva para garantizar la ejecución de las medidas protectoras de urgencia adoptadas⁷⁵⁵.

Conforme a lo expuesto, desprovista de la absurda nota de la obligatoriedad en su imposición en función de la pena prevista para el delito practicado, la medida pasó por varias reformas que buscaban moldearla de acuerdo a las exigencias del momento histórico vivido por el país.

Respetadas sus singularidades, la evolución histórica de la prisión preventiva en España no fue muy diferente a la de Brasil. El proceso legislativo relacionado con la medida en los dos países fue marcado por el error común de haber renunciado a una reforma global de la legislación procesal penal, optando por mínimas reformas parciales, circunstancia que comprometió la estabilidad y seguridad jurídica por la falta de coherencia sistemática en torno al tema.

En efecto, por la Ley 16/1980, que modificó los artículos 503, 504 y 505 de la LECrim, ampliando el ámbito de la aplicación de la prisión preventiva, la medida podría ser adoptada en cualquier tipo de delito, siendo prácticamente automática e incluso obligatoria en algunas situaciones, todo ello con el objetivo de apaciguar la sensación de intranquilidad social generada a partir del crecimiento de la criminalidad. En este período, por lo

⁷⁵⁴ Dispone el artículo 226, §8º, de la Constitución Federal, que el “Estado asegurará la asistencia a la familia en la persona de cada uno de los que la integran, creando mecanismos para cohibir la violencia en el ámbito de sus relaciones”.

⁷⁵⁵ En su artículo 42, estableció que el artículo 313 del Código de Proceso Penal entraría en vigor junto con el siguiente inciso IV, que dispone: “si el crimen conllevara violencia doméstica y familiar contra la mujer, en los términos que la ley específica, para garantizar la ejecución de las medidas protectoras de urgencia”.

tanto, la prisión preventiva fue prácticamente convertida en pena anticipada, al igual que sucedió en Brasil a partir del Código de Proceso Penal de 1941 hasta la puesta en vigor de la Ley nº 5.349, del 3 de noviembre de 1967.

Es cierto que, en el tema de prisión preventiva, si se considera la redacción original de la LECrim de España y del Código de Proceso Penal Brasileño, la lógica en torno a dicha materia era distinta. De acuerdo con los artículos 503 y 504 de la LECrim de 1882, la regla tenía la intención de responder al proceso criminal en libertad, situación que se alteró con la Ley 16/1980, que pasó a considerar la libertad como algo excepcional. Por otra parte, para el Código de Proceso Penal Brasileño, siempre que fuese practicada una infracción penal grave, la regla era utilizada para responder al proceso criminal, hecho que resultó modificado, solamente a partir de 1967.

En España, a través de la Ley 7/1983, se invirtió la lógica represiva de la Ley 16/1980, restringiéndose el uso de la prisión preventiva, para otorgarle un carácter excepcional, con preponderancia del derecho a la libertad sobre el derecho a la seguridad. Sin embargo, en función del sentimiento de inseguridad generado a partir de la liberación de varios presos, en 1984, a través de la Ley nº 10/1984, la posibilidad de decretar la prisión preventiva fue nuevamente ampliada, situación que perduró hasta 2003⁷⁵⁶, cuando a través de la LO 13/2003, fue establecido un régimen legal para la prisión preventiva más adecuado a los principios constitucionales.

A pesar de que en Brasil también haya habido constantes alteraciones en las reglas sobre la prisión preventiva, al menos a partir de 1967 (cuando la prisión preventiva pasa a ser facultativa), esta oscilación legislativa no fue tan radical como en España. Las modificaciones legislativas llevadas a cabo

⁷⁵⁶ Como ya fue destacado, durante ese periodo, fueron promulgadas la Ley Orgánica 4/1988, que trató sobre la prisión provisional en caso de delito de terrorismo, y la LO 5/1995, alterada por la LO 8/1995, que pasó a exigir solicitud formal de las partes acusadoras para la adopción de la prisión preventiva.

en Brasil a partir de aquel marco (Ley nº 5.349/67) no implicaron ruptura con el régimen jurídico por ella instaurado, como ocurrió en España con las Leyes 16/1980 y LO 7/1983. De modo general, las leyes que trataron acerca de la prisión preventiva en Brasil a partir de 1967 se mantuvieron fieles al espíritu de la ley reformada, a pesar de que, lamentablemente, hayan causado una situación de inseguridad jurídica provocada por la falta de armonía y coherencia lógica entre la prisión preventiva y las disposiciones afines.

No obstante, es verdad que, en ambos países, con el objetivo principal de responder a las presiones ejercidas por los medios de comunicación de masa, manipulados políticamente, se aprovechó para hacer el uso ideológico de la prisión preventiva⁷⁵⁷, introduciéndose en algunas ocasiones disposiciones legales de absoluta inutilidad, con el efecto únicamente demagógico de generar la creencia de que, si se alteraba la legislación al respecto de la prisión preventiva, sería posible controlar el crecimiento de la criminalidad.

En definitiva, en ninguna otra medida, los efectos dañinos de la equivocada opción legislativa por la fragmentación de la reforma del proceso penal se hicieron sentir con tamaña intensidad⁷⁵⁸.

A pesar de todas las reformas realizadas tanto en España como en Brasil en materia de prisión preventiva, los problemas que se pretendían solucionar a través de ellas, como la superpoblación penitenciaria y el aumento de la delincuencia, no sólo persistieron sino que también se

⁷⁵⁷ En el sentido de que, a través de ella, será posible el control de la criminalidad, con lo que pasa a actuar como instrumento sustitutivo de políticas sociales de reforma de la sociedad.

⁷⁵⁸ En el caso brasileño, debe observarse que el Título IX, del Código de Proceso Penal, que trata "De la prisión y de la libertad provisional", fue el que más sufrió modificaciones desde su vigencia.

agravaron sensiblemente. Y no podría ser diferente, ya que la solución de estos problemas no puede ser alcanzada a través de la prisión preventiva.

Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que, tomando en consideración la legislación actualmente en vigor, tanto en España como en Brasil, la medida se mantiene fiel al principio de que se trata de un mal necesario y que solamente debe ser decretada en casos excepcionales, cuando consten sus requisitos legales.

5.3. Presupuestos y fines de la prisión provisional

5.3.1 Requisitos genéricos: *fumus boni iuris*

De acuerdo con la normativa en vigor, para que sea posible el decreto de prisión preventiva, se impone la identificación de dos presupuestos fundamentales: la prueba de la existencia del crimen e indicio suficiente de su autoría. Sin la coexistencia de estos dos elementos, la prisión preventiva constituye una flagrante arbitrariedad, combatida a través del *habeas corpus*⁷⁵⁹.

Estos requisitos se refieren al *fumus comissi delicti*, esto es, la plausibilidad del derecho invocado, la probabilidad de éxito de la pretensión punitiva deducida.

La ley procesal exige prueba de la existencia del crimen, es decir, prueba de la materialidad de la infracción penal. Dicha prueba de la existencia del crimen se da cuando está demostrada la práctica del hecho típico (punible) en la totalidad de sus elementos. No es suficiente, por lo

⁷⁵⁹ De acuerdo con el artículo 5º, inciso LXVIII, de la Constitución Federal, "Se concederá *habeas corpus* siempre que alguien sufra o se encuentre amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad locomoción, por ilegalidad o abuso de poder".

tanto, con la mera sospecha, indicios o presuposiciones, “sea cual sea su contundencia”⁷⁶⁰.

A tal propósito, ponía de relieve BORGES DA ROSA que “Siempre que haya duda, sea en cuanto al carácter criminal del hecho, sea en cuanto a su ocurrencia, práctica, o realización, el Juez no puede decretar la prisión preventiva”⁷⁶¹.

Repárese que, sin embargo, no se exige prueba plena o certeza absoluta, como la necesaria para tomar una condena, puesto que se refiere a la tutela cautelar, de modo que es necesario un juicio de probabilidad y no de certeza.

Habiendo sido reservada para las hipótesis en que se tenga como probada la existencia del crimen, para la adopción de la prisión preventiva se hace necesaria la verificación de los elementos que integran la figura típica.

En otras palabras, es necesario averiguar la posibilidad de conformación de la conducta típica con el precepto primario de la norma penal incriminatoria, con la consecuente identificación de todos sus elementos, sean objetivos o subjetivos. Si no es posible la perfecta adecuación típica, será inconcebible la prisión preventiva.

Por lo tanto, la primera cuestión a la que se debe enfrentar el juez en el caso de la apreciación de la solicitud de prisión preventiva es la aparente tipicidad de la conducta practicada. El acto practicado debe moldearse conforme a la norma penal incriminadora. Sin embargo, esto por si sólo no es

⁷⁶⁰ Cfr. BENTO DE FARIA, Antonio. *Código de Processo Penal*, v. I, Editorial Jacintho, Rio de Janeiro, 1942, p. 368.

⁷⁶¹ Cfr. BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo Penal Brasileiro*, v. II, Editorial Globo, Porto Alegre, 1942, p. 281.

suficiente, ya que, según el concepto formal de delito, el hecho debe ser típico⁷⁶², antijurídico⁷⁶³ y culpable⁷⁶⁴. De esta forma, también debe ser demostrada la ilicitud del hecho, por ausencia de una causa legal de justificación, así como la existencia de los elementos que integran la culpabilidad penal⁷⁶⁵.

La ley procesal penal fue categórica al referirse a la antijuridicidad o ilicitud, disponiendo, en el artículo 314 del Código de Proceso Penal, que “La prisión preventiva en ningún caso será decretada si el Juez verifica por las pruebas constantes de los autos que el agente haya practicado el hecho en las condiciones del artículo 19, I, II o III, del Código Penal”⁷⁶⁶. Así, una vez ausente la antijuridicidad, no habrá ninguna posibilidad de prisión preventiva.

En cuanto al momento del análisis de la solicitud de prisión preventiva, el juez deberá considerar que el crimen es acción u omisión a los que se adjuntan los atributos de tipicidad, de ilicitud y de culpabilidad. Así pues, no habrá prisión preventiva sin la prueba de esos tres elementos. La subsunción rigurosa del hecho de la vida real en el tipo legal debe ser el primer examen que se realice en el juicio cautelar. Sin embargo, el juicio valorativo

⁷⁶² Se considera hecho típico el hecho material que se amolda con perfección a los elementos constantes del modelo previsto en la ley penal. La tipicidad de la acción constituye un indicio de su ilicitud.

⁷⁶³ La antijuridicidad o ilicitud, a su vez, es la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico, por el cual la acción u omisión típicas se tornan ilícitas.

⁷⁶⁴ Es el juicio de reprobabilidad ejercido sobre alguien que practicó un hecho típico e ilícito. Sus elementos son la imputabilidad, potencial conciencia de ilicitud y exigibilidad de conducta diversa.

⁷⁶⁵ Los elementos que integran la culpabilidad según la teoría del Código Penal Brasileño son la imputabilidad, potencial conciencia de la ilicitud y la exigibilidad de conducta diversa.

⁷⁶⁶ La parte general del Código Penal Brasileño fue reformada en 1984, de modo que el artículo 19 corresponde actualmente al artículo 23, que dispone: “No hay crimen cuando el agente practica el hecho: I – en estado de necesidad; II – en legítima defensa; III – en estricto cumplimiento del deber legal o en el ejercicio regular del derecho”.

comprende también a los otros dos elementos formales del delito: la antijuridicidad y la culpabilidad⁷⁶⁷.

Es preciso constatar que, a pesar de que el artículo 314 no haga ninguna referencia a las causas de exclusión de la culpabilidad⁷⁶⁸, en principio, su presencia también desaconseja el decreto de la prisión preventiva.

En la medida en que el sujeto en estos casos está exento de pena, no tendrá sentido la adopción de la medida cautelar. No es justificable la imposición de la prisión preventiva contra quien actuó, por ejemplo, bajo coacción moral irresistible⁷⁶⁹ o en error de prohibición⁷⁷⁰.

No corresponde a un sistema que considera la medida como “excepcional”, que solamente pueda ser adoptada en casos de extrema necesidad, admitir la prisión provisional cuando haya presencia de una causa de exclusión de culpabilidad simplemente porque el legislador mantuvo silencio al respecto.

En este punto, es correcta la observación de FERRAJOLI, en el sentido de que “ningún hecho o comportamiento humano es valorizado como acción si no es fruto de una decisión; consecuentemente, no puede ser

⁷⁶⁷ Vid. al respecto, CAMPOS BARROS, Romeu Pires de, ob. cit., p. 191.

⁷⁶⁸ Son causas de exclusión de culpabilidad en el derecho brasileño: enfermedad mental; desarrollo mental incompleto o retardado; embriaguez completa derivada de caso fortuito o fuerza mayor; error de prohibición; coacción moral irresistible y obediencia jerárquica (arts. 21, 22, 26 y 28, §1º, todos del Código Penal).

⁷⁶⁹ Es aquella insuperable, a la cual no se puede resistir. Es una fuerza de la cual el sujeto no consigue substraerse, y a la cual no puede enfrentar. Constituye causa de exclusión de culpabilidad.

⁷⁷⁰ La errónea comprensión de una determinada regla legal puede llevar al agente a suponer que cierta conducta injusta sea justa, a tomar una errada por correcta. Surge así lo que la doctrina denomina de “error de prohibición”.

castigado, ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer”⁷⁷¹.

A nuestro parecer, en estas hipótesis, será necesaria una apreciación minuciosa por parte del juzgador de la causa de exclusión de la culpabilidad, puesto que, si en principio la medida no debe ser admitida, hay casos en que será inevitable, como el del enfermo mental, en que su prisión es necesaria, incluso estando exento de pena⁷⁷².

Es importante subrayar que, como obstáculo a la imposición de la prisión preventiva, es suficiente con que la circunstancia excluyente de la ilicitud o de la culpabilidad se presente con probabilidad fundada de aceptación, siendo innecesaria prueba contundente, robusta e irrefutable. No tendría sentido que el juez exigiese la comprobación de que el imputado hubiera actuado bajo una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad. Es suficiente con que se vislumbre como probable su existencia para que, como consecuencia, se tenga como no demostrada la probabilidad fundada de la ocurrencia de un crimen, y con eso la “prueba de la existencia del crimen”, según lo exige la ley procesal.

Para que sea posible la adopción de la prisión preventiva es imprescindible la presencia de “indicio suficiente de autoría”. Ello se producirá cuando se haya superado el análisis respecto al tipo penal en la totalidad de sus componentes, es decir, conducta humana voluntaria y dirigida hacia un fin, con presencia de dolo o culpa, resultado, relación de

⁷⁷¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, trad. de Ana Paula Zomer y otros, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 390.

⁷⁷² Obsérvese que el sistema penal brasileño no prevé medidas de seguridad preventiva. De este modo, incluso siendo el sujeto enfermo mental, siempre que estén presentes sus presupuestos, se decreta la prisión preventiva, transfiriéndose al agente, posteriormente, a un hospital de custodia y tratamiento psiquiátrico.

causalidad y tipicidad, así como alejada la posibilidad de que existiese alguna causa justificante o circunstancia que excluya la culpabilidad.

Se entiende por indicio suficiente de autoría la convicción razonable, en términos de probabilidad fundada, de que el acusado o sospechoso haya sido el autor de la infracción o que haya participado en ella de alguna forma.

La expresión “indicio suficiente”, que es utilizada con el mismo sentido de contundente, significa probabilidad cierta de autoría y no simple posibilidad.

En este mismo sentido, sostiene ESPÍNDOLA FILHO que, para ser posible la custodia provisional, la autoría debe ser confirmada por medio de “indicios serios, sin probabilidad de error”⁷⁷³, no admitiéndose que el ejercicio de la libertad venga a ser limitado a propósito de la presencia de simples sospechas, conjeturas o suposiciones.

La exigencia de una fundada probabilidad en torno a la autoría y no simplemente meras sospechas es el resultado de la propia excepcionalidad de la medida frente al principio constitucional de presunción de inocencia que, en sede cautelar, incluye el *in dubio pro libertate*, de modo que, habiendo dudas acerca de la existencia del crimen o su autoría, se presenta inadmisibles recurrir a la prisión preventiva.

Equivale a decir que los indicios deben ser tales que generan la convicción de que fue el acusado el autor de la infracción penal, a pesar de que no se tenga certeza de esto. En síntesis, ellos deben ser suficientes para tranquilizar la conciencia del juez.

⁷⁷³ Cfr. ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 5ª ed., v. III, Editorial Borsoi, Rio de Janeiro, 1962, p. 398.

Es importante destacar que la ley procesal penal, al tratar de la medida de secuestro⁷⁷⁴, en el artículo 126 del Código de Proceso Penal Brasileño⁷⁷⁵, exigió para su adopción, la presencia de “indicios contundentes de la providencia ilícita de los bienes”, al mismo tiempo que, al tratar sobre la prisión preventiva, utilizó la expresión “indicio suficiente de autoría”.

Como señala TORNAGHI, las expresiones indicios “contundentes” e indicios “suficientes” son resquicios del sistema legal de evaluación de la prueba. La primera designaba los verdaderos indicios y otras pruebas leves que, a pesar de no ser suficientes para formar la convicción del juez respecto del hecho, de la autoría, de la culpabilidad, etc. eran numerosas y concordantes, llevando a un grado eminente de sospecha. La otra indicaba los indicios y demás pruebas que bastasen para que el juez afirmase algo (por ejemplo, la autoría), aunque no alcanzasen para convencer totalmente (no obstante por si solos no probasen que el sujeto hubiese actuado culposamente, *lato sensu*). Eran suficientes para determinado fin. En este sentido es por lo que el Código de Proceso Penal menciona indicios suficientes de eso, de aquello, de aquello otro⁷⁷⁶.

A pesar de que el vocablo “suficiente” (al contrario de “contundentes”) provoque la impresión de que se tolere menor intensidad de los elementos indicativos de la autoría imputada, no se puede concluir que el propósito haya sido la mitigación de los indicios al tratarse de la prisión preventiva. Al fin y al cabo, la expresión “indicio suficiente” significa probabilidad cierta de

⁷⁷⁴ Se trata de una medida cautelar real, consistente en la retención de los bienes inmuebles y muebles del investigado o acusado, aunque en poder de terceros, cuando adquiridos con el provecho de la infracción penal, para que de ellos no se deshaga, durante el curso de la acción penal, a fin de viabilizar la indemnización de la víctima o imposibilitar al sujeto de obtener lucro con la actividad criminosa.

⁷⁷⁵ Establece esta disposición legal que para “la adopción del secuestro, bastará la existencia de indicios contundentes de la proveniencia ilícita de los bienes”.

⁷⁷⁶ Cfr. TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*, ob. cit., p. 1309.

autoría y no simplemente posibilidad, no existiendo ninguna distinción del grado de credibilidad exigido por el vocablo “indicios contundentes”. En realidad, la expresión fue utilizada indistintamente en el sentido de apuntar un grado de conocimiento de autoría más elevado, es decir, de mayor verosimilitud para el convencimiento del juez.

De hecho, bajo pena de innegable violación del principio de la proporcionalidad no es admisible que se exija menos para la imposición de una medida constrictiva de la libertad del que exige para una medida que busque simplemente el resarcimiento de perjuicios derivados del ilícito penal. Es evidente que, en un Estado democrático de derecho, el patrimonio no puede encontrar mayor protección en el proceso penal que la propia libertad⁷⁷⁷.

Empero, nos parece correcto que el empleo de la locución “indicio suficiente de autoría” está marcada por la falta de certeza y subjetividad, lo que acaba permitiendo que la medida sea adoptada incluso cuando no haya una base probatoria sólida en relación a su autoría o participación en la misma.

Sin la coexistencia de los dos elementos exigidos por la norma procesal penal (prueba de la existencia del crimen e indicio suficiente de autoría) la prisión preventiva no podrá ser decretada.

Como en los dos órdenes jurídicos que son objeto de comparación no hay una teoría propia, se hace necesario recurrir a los conceptos técnicos contruidos a partir de la teoría de las medidas cautelares civiles para identificar los presupuestos de la prisión preventiva tanto en España como en Brasil.

⁷⁷⁷ Vid. al respecto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, ob. cit., p. 169.

De tal manera, adaptando para el proceso penal, el requisito del *fumus comissi delicti*, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el brasileño, es el primer aspecto que debe ser tomado en consideración cuando se trata de prisión provisional.

Al respecto, en el artículo 503 de la LECrim se habla de la “existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito...” y de “motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”, mientras que el artículo 312 del Código de Proceso Penal Brasileño utiliza las expresiones “prueba de la existencia del crimen” e “indicio suficiente de autoría”.

No obstante, a pesar de que las expresiones sean distintas, ambas se refieren a la necesidad de que la prisión preventiva debe ser precedida de un juicio de verosimilitud sobre la responsabilidad criminal del investigado o acusado que, por su parte, debe basarse en indicios fuertes, fundados y razonables de autoría o participación.

Al mismo tiempo, el juicio de imputación propio de la prisión preventiva tanto en España como en Brasil posee límites especiales, no equiparándose a aquel que en estas legislaciones se exige para la adopción de otras medidas⁷⁷⁸. Los elementos fácticos en los cuales se asientan deben tener mayor fuerza y solidez, puesto que, lógicamente, cuanto mayor sea el grado de certeza de la práctica de un delito, mayor será la apariencia de buen derecho en la adopción de la medida de prisión.

Por tratarse de una medida que afecta gravemente a un derecho fundamental del ciudadano, garantizado en ambas Constituciones, se tiene

⁷⁷⁸ Son ejemplos: la detención (art. 492 de la LECrim), fianza o embargos (art. 589 de la LECrim), arresto (art. 126 del Código de Proceso Penal Brasileño).

como inadmisibles la adopción de la medida con soporte en simples suposiciones, temores infundados o conjeturas. Ello es debido a que si bien no es necesaria la certeza absoluta en relación a la infracción penal y respectiva autoría, ya que se trata de tutela cautelar, tampoco será suficiente con la simple posibilidad.

Se exige un juicio de probabilidad fundada en lo que se refiere a la existencia del crimen y su autoría o participación, formados a partir de datos concretos, que debe considerarse el análisis de la tipicidad penal, causas de justificación y exención o de extinción de la responsabilidad penal.

Es importante resaltar que la necesidad de previa apreciación de la responsabilidad criminal del imputado para la imposición de la prisión preventiva no afecta el principio de presunción de inocencia y consecuentemente no significa presunción de culpabilidad, ya que no redundan en una conclusión perentoria y definitiva acerca del crimen y de la responsabilidad criminal de su autor o partícipe. Se trata simplemente de una exigencia legal destinada a evitar que la libertad de investigados y acusados sea restringida a través de la prisión provisional de forma temeraria y precipitada, sin base concreta que indique la verosimilitud y fuerte probabilidad al respecto de la existencia del crimen y de la responsabilidad criminal del autor o partícipe.

5.3.2 Requisitos específicos: *periculum in mora*

Un segundo presupuesto que debe ser cumplido para que sea posible adoptar la prisión preventiva es el llamado *periculum in mora* o *periculum libertatis*, es decir, el peligro de que, en función de la natural lentitud del proceso, la libertad del sujeto puede representar un peligro para alcanzar las legítimas finalidades del proceso penal. Se relaciona, por lo tanto, con las

finalidades que constitucionalmente pueden ser atribuidas a la prisión preventiva.

De acuerdo con la disciplina legal brasileña en vigor (art. 312 del Código de Proceso Penal), una vez probada la existencia del crimen y habiendo indicio suficiente de la autoría, la prisión preventiva podrá ser decretada para garantizar el orden público, el orden económico, por conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley penal. Mientras algunas de esas situaciones representan un peligro de satisfacción tardía del proceso principal, otras se relacionan con la propia insatisfacción de la finalidad máxima del proceso.

Según ya tuvimos oportunidad de destacar⁷⁷⁹, de acuerdo con la legislación española, a través de la prisión provisional se puede legítimamente proteger el proceso penal del riesgo de fuga del imputado o acusado, que podría suponer la consiguiente frustración de la acción de la justicia, la destrucción probatoria, así como la reiteración delictiva (objetiva y subjetiva). Para la identificación de estos riesgos probables que, en último término, constituyen la finalidad legítima de la prisión preventiva, la LO 13/2006 hace referencia a una serie de circunstancias acreditativas de las que se puede intuir tal situación de peligro.

Como demostraremos a continuación, no sucede lo mismo con la legislación brasileña que se refiere al *periculum libertatis* tan sólo a través de conceptos amplios y vagos, sin referencia a las situaciones capaces de caracterizarlo.

Por tales razones, es necesario el examen detallado de cada una de estas finalidades.

⁷⁷⁹ Véase Capítulo 4º, epígrafes 4.3 y 4.4.

5.3.2.1 Garantía del orden público

La posibilidad de decretar la prisión preventiva con el objetivo de garantizar el orden público o el orden económico ha sido duramente criticada por la mayor parte de la doctrina⁷⁸⁰.

Se sostiene que la prisión preventiva, en estos casos, no tiene ninguna relación con el proceso y nada tiene que ver con los fines puramente cautelares y procesales que marcan estas medidas. Al contrario, su intención tiene que ver con la protección de intereses extraños a este, poseyendo nítidos rasgos de medida de seguridad, asumiendo funciones que son propias de las penas y que, por lo tanto, implican un proceso judicial y una sentencia judicial firme de condena.

En esa línea de pensamiento, señala TOURINHO FILHO que no se puede perder de vista que nuestro Código de Proceso Penal es de 1942 y fue elaborado durante un régimen dictatorial. En aquellos tiempos, nuestro ordenamiento no conocía el principio de presunción de inocencia como dogma constitucional. Por eso, esta circunstancia autorizadora de la medida extrema (garantía del orden público) toma como base la conveniencia de la sociedad o, por otro lado, un criterio meramente utilitario. En suma, sus fines

⁷⁸⁰ En esta dirección, vid. BORGES DA ROSA, Inocêncio, ob. cit., p. 197; CAMPOS BARROS, Romeu Pires de, ob. cit., p. 286; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal...*, v. III, ob. cit., p. 510; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade...*, ob. cit., p. 108; DELMANTO JÚNIOR, Roberto, ob. cit., p. 179; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 139; HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 497-500; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*, 2ª ed., Editorial Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, p. 191; MACHADO, Antonio Alberto. *Prisão Preventiva*, Editorial Acadêmica, São Paulo, 1993, p. 59; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, ob. cit., pp. 66-68; BALDEZ KATO, Maria Ignez Lanzellotti. *A (des)razão da prisão provisória*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 117; WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar & Estigmatização*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 169; SANGUINÉ, Odone. *A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*, en "Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva", org. SCHECAIRA, Sérgio Salomão, Editorial Método, São Paulo, 2001, pp. 257-295.

no poseen carácter cautelar y son innegablemente extra-procesales, razón por la cual representan una anticipación de la pena. Es decir, puede parecer que el juez establece una pena con anterioridad al juicio⁷⁸¹.

Teniendo como referencia los principios constitucionales de presunción de inocencia, legalidad, contradicción, amplia defensa, y de la motivación, se afirma que toda prisión procesal debe necesariamente poseer naturaleza propia o genuinamente cautelar. Debe estar destinada a tutelar los medios y los fines del proceso penal, con el objeto de asegurar la eficacia de la decisión que deberá ser dictada posteriormente y posibilitar, de esta manera, la normalidad de la instrucción probatoria⁷⁸².

Se argumenta, por lo tanto, que a la luz de la presunción constitucional de inocencia son ilegítimas todas aquellas finalidades que corresponden a la función de prevención general o especial, que han sido cubiertas por la invocación de la “garantía del orden público”.

En Brasil, incluso antes del actual Texto Constitucional, esta posición fue adoptada de modo pionero por CAMPOS BARROS, tomando en cuenta la ausencia de cautelaridad de la prisión movida por la preocupación por la prevención general o especial⁷⁸³.

Partiendo de tales premisas se sostiene que, al representar el orden público una situación o un estado de legalidad en el que las autoridades ejercen sus atribuciones y los ciudadanos las respetan sin protestar, son innumerables las situaciones que podrían retratarlo, dada la falta de precisión de la expresión.

⁷⁸¹ Cfr. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal...*, vol. III, ob. cit., p. 507.

⁷⁸² En este sentido, vid. KARAM, Maria Lucia. *Prisão e Liberdade Provisória*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1993, pp. 83-84.

⁷⁸³ Vid. CAMPOS BARROS, Romeu Pires de, ob. cit., p. 197.

De tal manera que, para este sector doctrinal, la prisión preventiva fundada en dichas situaciones constituye un verdadero abuso de autoridad y una innegable ofensa a la Constitución, ya que la expresión “orden público” resulta de una excesiva vaguedad. “Peligrosidad del imputado”, “crimen perverso”, “insensibilidad moral”, “la algarabía de la midia”, “reiteradas divulgaciones por la radio o la televisión”, todo, absolutamente todo, se acomoda a aquella expresión genérica “orden público”. En estos casos, la prisión preventiva no dejaría de ser una ejecución sumaria, ya que el imputado es condenado antes de ser juzgado. Mantienen, así pues, que solamente en una época totalitaria, en un momento en que la presunción de inocencia no había sido introducida dentro del principio constitucional, sería posible justificar la prisión preventiva⁷⁸⁴.

Señala GOMES FILHO, que la propia idea de orden público constituye un recurso retórico utilizado con el propósito de superar los límites impuestos por el principio de la legalidad estricta, con lo cual se otorga al magistrado un amplio poder discrecional. En estas situaciones, la prisión no es un instrumento al servicio del instrumento, sino una anticipación de la punición, dictada por razones de orden sustancial y que presupone el reconocimiento de la culpabilidad⁷⁸⁵.

En la misma dirección, afirma WARAT que se trata de una expresión estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cuyo significado real depende de sencillos contenidos axiológicos o ideológicos. Según afirma, cuando el legislador la utiliza está autorizando a los jueces a emitir, en sus

⁷⁸⁴ Cfr. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal...*, vol. III, ob. cit., p. 509.

⁷⁸⁵ Cfr. GOMES FILHO, Antônio Magalhães, ob. cit., p. 66.

sentencias, definiciones persuasivas que bajo la apariencia de definiciones empíricas, encubren juicios de valor⁷⁸⁶.

En concreto, se sostiene que el concepto de orden público es impreciso, indeterminado y desprovisto de referencia semántica alguna. Por ello, tratándose de un concepto indeterminado, la determinación para garantizar el orden público va a depender de la mayor o menor sensibilidad del juez, de las ideas preconcebidas al respecto de las personas, sus concepciones sociales, morales, políticas, que le conducen a determinadas tendencias que lo orientan inconscientemente en sus decisiones⁷⁸⁷.

Son estos, en síntesis, los argumentos en que se basa la doctrina mayoritaria para rechazar de modo perentorio la posibilidad de la adopción de la prisión preventiva como garantía del orden público.

Sin embargo, no compartimos esta posición. Es cierto que, a pesar de haber pasado casi sesenta años de vigencia del Código de Proceso Penal, la jurisprudencia todavía no ha conseguido marcar unas líneas valorativas sólidas para delimitar la idea de orden público, admitiendo, de modo general, que con ella se relacionen aquellas finalidades de custodia que no poseen las características necesarias para que sean consideradas como auténticamente cautelares.

Se suele, de ese modo, incluir en el concepto de orden público una gama de finalidades que, en realidad, además de no poseer naturaleza estrictamente cautelar, son claramente punitivas, suponiendo, por

⁷⁸⁶ Cfr. WARAT, Luiz Alberto. *La lingüística jurídica, la problemática definitoria y el condicionamiento del accionar humano*, en "Lenguaje y definición jurídica", Cooperadora de Derecho y Ciências Sociales, Buenos Aires, 1973, p. 49.

⁷⁸⁷ Cfr. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal...*, vol. III, ob. cit., pp. 449-450.

consiguiente, el reconocimiento anticipado de la culpabilidad del imputado, con violación flagrante del principio de presunción de inocencia.

Es lo que ocurre cuando se identifica “orden público” con el llamado clamor público.

a) Orden público y clamor público

A pesar de no estar previsto expresamente en la legislación procesal como fundamento de la prisión preventiva, un segmento de la jurisprudencia lo acepta como tal, ajustándolo en el concepto indeterminado de la “garantía del orden público”. Para ello, habitualmente se relaciona el clamor público con la necesidad de “preservación de la credibilidad en la Justicia” o “satisfacción del sentimiento de justicia de la sociedad”, así como también con “ejemplaridad” y “alarma social”.

Como se puede ver, la expresión “clamor público” acaba asumiendo una multiplicidad de significados que son incompatibles con un sistema constitucional basado en la idea de seguridad jurídica y en la eficacia de los derechos fundamentales y que, en realidad, no se ajustan al propósito de servir como instrumentos de garantía del orden público.

Al hacerse esta equivocada correspondencia entre “orden público” y “clamor público”, se dice entonces que, en el concepto de orden público, se aspira a responder al gran impacto social que el crimen causó, en razón de su gravedad o su modo de ejecución, y que la prisión preventiva serviría, así para proteger el medio social y preservar la propia credibilidad del Estado y de la Justicia, en función de la repercusión negativa en el medio social.

Es evidente que la aproximación del concepto de orden público con el de preservación de la credibilidad del Estado en la justicia no puede ser aceptada.

Es absolutamente cierto que todo proceso intenta retratar la confianza del desarrollo de la justicia por parte del Estado, que un día sustituyó a la venganza privada. Utilizando con tal finalidad la prisión preventiva, sería posible arrestar provisionalmente al sujeto en cualquier situación, ya que en todos los procesos la justicia debe ser confiable⁷⁸⁸.

Efectivamente, cuando se emplea la prisión preventiva con el argumento de reestablecer el sentimiento de confianza en el orden jurídico, en realidad, se introducen elementos extraños a su naturaleza, dotándola de funciones que acaban transformándola en pena anticipada. La prisión preventiva asume así rasgos de verdadera pena anticipada, siendo flagrantemente inconstitucional.

En este sentido, MANZINI ya denunciaba que la custodia preventiva no tiene por finalidad la ejemplaridad que es exclusivamente de la pena. Es absurdo admitir que la prisión preventiva sea ordenada para servir de ejemplo ya que ella es adoptada contra el imputado, es decir, contra una persona de quien aún no se sabe si es culpable o inocente. Por la misma razón sería un error pensar que esa prisión tuviese por finalidad dar satisfacción al sentimiento público de justicia. En la práctica, sin embargo, el juez se inspira a veces en ese falso criterio como si la justicia fuese sierva de la política, o peor aún, de la demagogia⁷⁸⁹.

⁷⁸⁸ Sobre este tema, vid. HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Processo Penal à luz da Constituição*, Editorial Edipro, São Paulo, 1999, pp. 115-116.

⁷⁸⁹ Cfr. MANZINI, Vincenzo. *Derecho procesal penal*, trad. Santiago S. Melendo, t. III, Editorial EJE, Buenos Aires, 1952, p. 629.

La Constitución de Brasil no indica expresamente los intereses en función de los cuales la ley ordinaria puede prescribir el sacrificio de la libertad personal, no obstante del valor constitucional de la libertad se pueda deducir que tal sacrificio sólo puede ser producido en función de intereses de relevancia constitucional. Entre estos intereses, se incluye el de la represión de los delitos que, sin embargo, encuentra un límite insuperable en la presunción de inocencia, de la cual se genera la necesidad de verificar que en el tratamiento del acusado no se parta de la identificación de él como culpable y que, por consiguiente, la prisión preventiva no sea utilizada como pena anticipada relativamente a la condena, que solamente la aplicación de la sanción, en sentido propio, puede legitimar. Esto significa, en fin, que las medidas preventivas solamente pueden ser admitidas en los casos que permitan salvaguardar intereses desprovistos de intentos punitivos.

La invocación a la ejemplaridad, como criterio de imposición de la custodia preventiva, constituye seguramente la más evidente violación del principio de presunción de inocencia, puesto que parte justamente de la admisión inicial de la culpabilidad y termina por atribuir al proceso una función meramente formal de legitimación de una decisión tomada *a priori*. Esa incompatibilidad se revela aún más grave cuando se tiene en cuenta la referencia a la función de pronta reacción del delito como forma de apaciguar la alarma social, porque aquí se parte de un dado emotivo inestable y sujeto a manipulaciones, imponiéndose a la conciencia del juez una medida muy próxima de la idea de justicia sumaria.

El propósito de ejemplaridad para resguardo de las instituciones sobrepasa, en gran medida, el ámbito de legitimidad constitucional de la prisión preventiva y constituye innegable uso del proceso penal como forma de anticipación de la sanción penal.

Al mismo tiempo, como es sabido, el efectivo combate a la criminalidad y a la eficacia de la justicia penal no depende únicamente de una optimización de la represión por los órganos encargados de la persecución criminal. Las causas de la criminalidad y los medios para combatirla encuentran sus raíces en factores socioeconómicos y exigen una reforma estructural, no simplemente dentro del aparato represivo estatal, sino en la propia base material de la sociedad, que es donde se manifiestan las relaciones de producción y distribución de los resultados. Por lo tanto, la preservación de la imagen de la justicia no debe ser pretexto para la aplicación de la prisión preventiva de los sospechosos y acusados.

En pocas palabras, en nuestra opinión, el camino para contener la criminalidad no puede ser la renuncia a los valores fundamentales del Estado de Derecho.

Con la intención de definir clamor público y, consecuentemente, incluir la situación en el concepto de “orden público”, es usual relacionarlo con la alarma social o con la conmoción social, desdoblándolo entonces en diversos sentidos, tales como: a) desasosiego, temor general, perplejidad, conmoción o inquietud social; b) indignación, repulsión profunda o sublevación en la comunidad; c) gravedad del crimen y su *modus operandi*⁷⁹⁰.

Bajo esta hipótesis, la prisión preventiva estaría justificada por la finalidad de frustrar un eventual sentimiento de temor que pueda sentir la sociedad, desprotegida con la agresividad de la acción, así como para servir de respuesta a la indignación social ante el crimen cometido y/o de la villanía del comportamiento del agente.

⁷⁹⁰ Vid. SANGUINÉ, Odone. *A inconstitucionalidade do clamor público...*, ob. cit., pp. 263-264.

Notoriamente en los casos en que son cometidos crímenes de gran repercusión en el medio social, se tolera que el juez cercene la libertad del individuo, bajo la alegación de que ella representa una amenaza al orden público, lo que, en verdad, significa la utilización de la prisión preventiva como medida de satisfacción de la opinión pública.

Por ello, la política del gobierno se convierte, cada vez más, en defensa de la alarma social, para transferir el problema de la criminalidad enteramente sobre el Poder Judicial, que recibe constantemente incitaciones a sobrepasar este papel de instancia imparcial para convertirse en instrumento al servicio de los cambiantes objetivos de la política criminal en cada momento concreto. A pesar de ser algo extraño a la finalidad institucional del proceso, los jueces son impulsados a servirse de sus poderes instrumentales para finalidades de carácter material, en el intento de suplir las carencias de los otros poderes estatales, con la preocupación de eliminar de cualquier manera la impunidad. Entretanto, este fenómeno de suplencia de la magistratura de funciones que encontrarían un ámbito más adecuado de desarrollo en otros sectores debe ser sustituido por una política de reforma⁷⁹¹.

Este desvío en la utilización de la prisión preventiva con la finalidad de tranquilizar o satisfacer los ánimos de los ciudadanos o la opinión pública trae consigo el riesgo de hacer depender la libertad del sujeto de factores emocionales y fácilmente susceptibles de constante manipulación. Del mismo modo no se debe ignorar que, en muchas ocasiones, el clamor público utilizado para fundamentar la prisión preventiva, acaba confundiéndose con la opinión publicada.

⁷⁹¹ Al respecto, vid. SANGUINÉ, Odone. *A inconstitucionalidade do clamor público...*, ob. cit., p. 270.

Por esta razón, se alerta de una censurable maniobra hecha rutinariamente en Brasil, donde se explora mediáticamente un determinado hecho, muchas veces con el intencional escape de informaciones o grabaciones para posicionar el hecho ante la opinión pública y fomentar así una serie de discusiones. Explorando mediáticamente el hecho, la petición de prisión preventiva es consecuencia directa de esa excesiva publicidad y argumenta la necesidad de tutela del orden público, pues existe un “clamor público”. En otras palabras, se construye mediáticamente el presupuesto para la posterior petición de la prisión preventiva.

Asimismo, desde esta hipótesis de utilización de la prisión preventiva como instrumento para aplacar la conmoción social causada por el crimen, no se puede olvidar que tal reacción social en muchos casos es fruto de la manipulación de la opinión pública, no pasando de ser una desmedida dramatización e incluso alteración de la versión de los hechos por parte de la prensa. Mejor dicho, “los medios de comunicación son elementos indispensables para el ejercicio del poder de todo el sistema penal, pues permiten crear la ilusión, difundir los discursos justificadores, inducir los miedos en el sentido que se desee y, lo que es peor, reproducir los hechos conflictivos que sirven para cada coyuntura”⁷⁹².

Es innegable que la adopción de la prisión preventiva con el objetivo de aplacar el clamor social, preservar la credibilidad de la justicia, satisfacer a la opinión pública o el sentimiento público de justicia, da respaldo a un subjetivismo absoluto de las interpretaciones judiciales, muchas veces construida bajo un discurso que es fruto de la presión mediática o incluso de la conturbación organizada por una masa desequilibrada⁷⁹³. En estos casos, apartándose totalmente de su naturaleza, la prisión preventiva acaba

⁷⁹² Cfr. DELMANTO JÚNIOR, Roberto, ob. cit., p. 382.

⁷⁹³ Sobre la cuestión, vid. WEDY, Miguel Tedesco, ob. cit., p. 169.

sirviendo de inaceptable instrumento de justicia sumaria, con reconocimiento previo de la culpabilidad, con evidente vulneración del principio de presunción de inocencia.

En consecuencia, resulta claramente perceptible que no se puede aceptar que el clamor público sirva de fundamento para la prisión preventiva.

De tal manera, destaca la doctrina española que admitir la prisión preventiva con el objetivo de calmar la alarma social, implica atribuirle una doble naturaleza: por un lado, de pena anticipada, ya que constituye una sanción que satisface a la sociedad; y, de otro, de medida de seguridad, ya que pretende, con una finalidad preventiva, aislar al sujeto supuestamente peligroso⁷⁹⁴.

De hecho, la prisión preventiva basada en la alarma social cumple una función sedativa y retributiva, puesto que apacigua el ansia vengativa que todo delito grave naturalmente genera en la sociedad. Igualmente, cumple una función de prevención general, al transmitir la sensación y los efectos de una condena inmediata, lo que actuaría como mecanismo de intimidación para los posibles delincuentes.

Así pues, resulta fácil percibir que la alarma social constituye uno de los criterios que claramente sobrepasan la propia naturaleza cautelar de la prisión preventiva entrando en una dimensión más propia de la pena o de las medidas de seguridad. Solamente razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad es posible concebir el encarcelamiento anticipado como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito.

⁷⁹⁴ Cfr. ASECIO MELLADO, José Maria. *La prisión provisional...*, ob. cit., p. 87.

En la medida que, en función del principio de presunción de inocencia, no fue concebida como una pena anticipada, no es constitucional atribuir a la prisión preventiva la función de calmar la alarma social causada por el delito.

Como sostiene BARONA VILAR, al tratar sobre el tema a la luz del ordenamiento jurídico español, con la utilización de la alarma social como finalidad de la prisión preventiva el legislador pretende contribuir a la seguridad de la sociedad, con lo cual, no obstante, desvirtúa totalmente el verdadero sentido y naturaleza de la prisión provisional, pues le atribuye funciones de prevención que no debe ser llamada a cumplir. De esta manera, pone en peligro el esquema constitucional del Estado de Derecho, dando lugar a una ruptura indefendible de lo que debe ser un proceso penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, ya que ofende al principio constitucional de presunción de inocencia⁷⁹⁵.

Solamente partiendo de la presunción de culpabilidad es posible atribuir a la prisión preventiva la función de anticipación de la pena. Únicamente así se puede justificar el encarcelamiento con fines de intimidación o de ejemplo. La función preventiva general calma el temor y asegura un sentimiento de seguridad en la conciencia colectiva y revela la función simbólica de la prisión preventiva que, utilizada como pena anticipada, refuerza estos valores.

El Tribunal Constitucional español, a partir de la STC 128/1995, eliminó cualquier referencia al criterio legal de alarma social como finalidad de la prisión preventiva. Según el Alto Tribunal Español la alarma social es inconstitucional como motivo aislado para decretar la prisión provisional, debiendo concurrir motivos distintos y relevantes para su utilización. La invocación de la alarma social que genera los hechos imputados, sin ninguna especificación, no contiene un fin constitucionalmente legítimo y coherente

⁷⁹⁵ Cfr. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional...*, ob. cit., pp. 59-60.

con la naturaleza de la prisión preventiva. Lo cierto es que no se puede considerar suficiente una motivación fundada en la alarma social ocasionada por la realización del delito, ya que este constituye un fin exclusivo de la pena y presupone, bajo pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la ruptura de principios y garantías jurídicas fundamentales, un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad por parte del órgano judicial.

Así pues, el Tribunal Constitucional Español aclara que la legitimidad de la prisión preventiva exige para su configuración y aplicación que tenga como presupuesto la existencia de indicios racionales de la realización de una acción delictiva. Como objetivo, el logro de fines constitucionalmente legítimos y coherentes con la naturaleza de la medida. Y advierte que no constituye un fin constitucionalmente legítimo la anticipación de la pena, declarando que en ningún caso pueden perseguirse con la prisión preventiva fines punitivos o de anticipación de la pena. El hecho de que el imputado ha de ser considerado no culpable obliga a no castigarlo por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que esta no puede tener carácter retributivo de una infracción que todavía no se encuentra jurídicamente establecida. Por lo tanto, no se puede atribuir a la prisión provisional una finalidad retributiva incompatible con su naturaleza y con el derecho a la presunción de inocencia del imputado⁷⁹⁶.

No fue otra la razón por la que, con la reforma de 2003 (Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre), se eliminó de la LECrim la referencia a la alarma social como presupuesto habilitador para la adopción de la prisión provisional.

En un nivel más avanzado de madurez político-jurídica, percibió el legislador español y, antes de él, el propio Tribunal Constitucional, que no se

⁷⁹⁶ Cfr. las SSTC 66/1997, de 7 de abril; 98/1997, de 20 de mayo; 156/1997, de 29 de septiembre; 14/2000, de 17 de enero; 47/2000, de 17 de febrero; 8/2002, de 14 de enero; 23/2002, de 28 de enero.

puede utilizar la prisión preventiva para dar satisfacción a la inseguridad colectiva, como instrumento para amenizar a la irritación social, a la repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos.

En Brasil, sólo más recientemente la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal se estabilizó en el sentido de que el estado de conmoción social y de eventual indignación popular, motivado por la repercusión de la práctica de la infracción penal, no puede justificar, por sí sola, la adopción de la prisión cautelar para el supuesto autor del crimen. El clamor público, precisamente por no constituir causa legal de justificación de la prisión procesal, no se califica como factor de legitimación de la privación cautelar de la libertad del imputado o del acusado⁷⁹⁷.

La Suprema Corte Brasileña ha enfatizado que la naturaleza o la gravedad en abstracto de los crímenes no es suficiente para justificar la privación cautelar de la libertad individual del imputado⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ Así señala el Tribunal Constitucional Brasileño: “El clamor público, aunque se trate de crimen hediondo, no constituye, sólo por sí, factor de legitimación de la privación cautelar de la libertad. El estado de conmoción social y de eventual indignación popular, motivado por la repercusión de la práctica de la infracción penal, no puede justificar, sólo por sí mismo, que se decrete la prisión cautelar del supuesto autor del comportamiento delictivo, bajo pena de completa y grave aniquilación del postulado fundamental de la libertad. El clamor público, precisamente por no constituir causa legal de justificación de la prisión procesal (CPP, art. 312), no se califica como factor de legitimación de la privación cautelar de la libertad del imputado o del acusado, no siendo lícito que se pretenda, en esa materia, por improcedente, la aplicación analógica de lo que contiene el artículo 323, V, do CPP, que concierne, exclusivamente, al tema de la fianza criminal. La acusación penal por crimen hediondo no justifica, sólo por sí misma, la privación cautelar de la libertad del imputado”. Cfr. HC n° 89.501, rel. Min. Celso de Mello, j. en 12 de diciembre de 2006. En el mismo sentido: HC n° 96.483, rel. Min. Celso de Mello, j. en 10 de marzo de 2009.

⁷⁹⁸ Cfr. HC n° 94.509, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. en 21 de octubre de 2008: “La mera afirmación de supuesta peligrosidad, de gravedad en abstracto del crimen y del clamor social, por sí solo, no son suficientes para fundamentar la constricción cautelar, bajo pena de transformar el acusado en instrumento para la satisfacción del ansia colectiva por la respuesta penal”. En la misma dirección, por todas, HC n° 95.886, rel. Min. Celso de Mello, j. en 27 de octubre de 2009: “El postulado constitucional de la presunción de inocencia impide que el estado trate, como si fuese culpable, a aquél que aún no sufrió condena penal no recurrible. La prerrogativa jurídica de la libertad, que posee extracción constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV), no puede ser ofendida por interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales, que, fundadas en un preocupante discurso de contenido autoritario, culminan por consagrar, paradójicamente, en detrimento de derechos y garantías

Para la misma Corte, de igual manera, no está dotada de idoneidad jurídica, para efecto de justificación del acto excepcional de privación cautelar de la libertad individual, la alegación de que el imputado debería ser mantenido en la prisión a fin de garantizar la credibilidad de la justicia⁷⁹⁹.

Sin embargo, a pesar de esta nueva orientación jurisprudencial, en la práctica judicial, la gran mayoría de las prisiones preventivas son adoptadas con base justamente en estos fundamentos y, lo que es peor, acaban encontrando respaldo en varias decisiones del Superior Tribunal de Justicia⁸⁰⁰.

fundamentales proclamados por la Constitución de la República, la ideología de la ley y el orden. Incluso, aunque se trate de persona acusada de la supuesta práctica del crimen caracterizado como grave, y hasta que sobrevenga sentencia penal condenatoria no recurrible, no se revela posible, por efecto de insuperable veto constitucional (CF, art. 5º, LVII), presumible la culpabilidad. Nadie puede ser tratado como culpable, cualquiera que sea la naturaleza del ilícito penal cuya práctica le haya sido atribuida, sin que exista, a ese respecto, sentencia que no ha alcanzado la firmeza. El principio constitucional de presunción de inocencia, en nuestro sistema jurídico, consagra, además de otras relevantes consecuencias, una regla de tratamiento que impide al Poder Público actuar y comportarse, en relación al sospechoso o al imputado, como si estos ya hubiesen sido condenados, definitivamente, por sentencia del Poder Judicial”.

⁷⁹⁹ Cfr., por todas, HC n° 97.466, rel. Min. Celso de Mello, j. en 25 de agosto de 2009: “No se reviste de idoneidad jurídica, para efecto de justificación del acto excepcional de la prisión cautelar, la alegación de que esa modalidad de prisión es necesaria para resguardar la credibilidad de las instituciones”.

⁸⁰⁰ En la misma dirección, vid. RHC n° 1.004, rel. Min. José Cândido, j. en 5 de marzo de 1991; RHC n° 1.139, rel. Min. Edson Vidigal, j. en 15 de mayo de 1991; RHC n° 1.697-0, rel. Min. Costa Lima, j. en 11 de marzo de 1992; RHC n° 2.190-5, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. en 8 de marzo de 1993; RHC n° 2.463-3, rel. Min. Adhemar Maciel, j. en 8 de febrero de 1993; RHC n° 2.481-5, rel. Min. Adhemar Maciel, j. en 2 de marzo de 1993; RHC n° 2.190-5, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. en 8 de marzo de 1993; HC n° 8.495, rel. Min. Félix Fischer, j. en 16 de marzo de 1993; RHC n° 1.657-0, rel. Min. Anselmo Santiago, j. en 1 de junio de 1993; HC n° 1.915-4, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. en 15 de junio de 1993; RHC n° 2.174-6, rel. Min. Adhemar Maciel, j. en 7 de diciembre de 1993; RHC n° 3.268-5, rel. Min. Pedro Acioli, j. en 13 de diciembre de 1993; HC n° 2.355-2, rel. Min. Pedro Acioli, j. en 22 de febrero de 1994; HC n° 2.423-0, rel. Min. Edson Vidigal, j. en 7 de marzo de 1994; RHC n° 3096-8, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. en 22 de marzo de 1994; RHC n° 3.715-6, rel. Min. Adhemar Maciel, j. en 29 de junio de 1994; HC n° 2.660-8, rel. Min. Anselmo Santiago, j. en 29 de agosto de 1994; RHC n° 6.351, rel. Min. Anselmo Santiago, j. en 9 de junio de 1997; RHC n° 7.436, rel. Min. Anselmo Santiago, j. en 26 de mayo de 1998; RHC n° 7.535, rel. Min. Fernandes Gonçalves, j. en 18 de junio de 1998; HC n° 80.278, rel. Min. Félix Fischer, j. en 8 de septiembre de 1998; RHC n° 7.925, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. en 15 de octubre de 1998; REsp. n° 158.042, rel. Min. Félix Fischer, j. en 19 de octubre de 1998; HC n° 8.533, rel.

Con el pretexto de lograr la “garantía del orden público”, se llegó a sostener incluso la posibilidad de la prisión preventiva con el objetivo de proteger al sospechoso o imputado de posibles represalias del ofendido o de sus parientes⁸⁰¹. Y a pesar de ser este verdadero absurdo jurídico, la jurisprudencia acabó dándole amparo⁸⁰².

Del mismo modo ocurre cuando se relaciona orden público con clamor público y, por extensión, con ejemplaridad, preservación de la credibilidad de la Justicia, satisfacción de la opinión pública y alarma social, la prisión preventiva dictada con el propósito de garantizar la seguridad del sospechoso o imputado representa un innegable desvío de la finalidad de la medida, que no puede ser admitido y debe ser combatido.

En caso de que el imputado esté siendo amenazado por los familiares de la víctima, o por la propia víctima, es competencia de la justicia el dar garantías al sujeto contra cualquier violencia y, del mismo modo, no arrestarlo con el pretexto de que habría posibilidad de perturbación del orden público. No se puede admitir que la prisión preventiva sea utilizada con la intención de proteger al imputado para evitar un riesgo que él no creó y en el cual no concurrió. Si eso pudiese acontecer, al contrario de protección le estaríamos causando a él un mal no previsto por ley.

Min. Vicente Leal, j. en 20 de marzo de 1999; HC nº 8.754, rel. Min. Gilson Dipp, j. en 2 de agosto de 1999; HC nº 9.996, rel. Min. Vicente Leal, j. en 14 de septiembre de 1999; HC nº 10.759, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. en 22 de febrero de 2000; RHC nº 9.376, rel. Min. Vicente Leal, j. en 29 de marzo de 2000; HC nº 117.017, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 18 de junio de 2009.

⁸⁰¹ En este sentido, vid. FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*, 7ª ed., v. II, Editorial Forense, Rio de Janeiro, 1960, p. 44; SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*, 2ª ed., Editorial Magalhães, São Paulo, 1937, p. 129.

⁸⁰² Cfr. *Revista dos Tribunais*, v. 593, p. 339.

En otras palabras, a nuestro entender, arrestar cautelarmente al individuo, con el fin de asegurar su integridad física, constituye una absurda transferencia de responsabilidad del Estado, que debe mantener el orden y la paz en el seno de la sociedad, con el consecuente reconocimiento de la incompetencia de los poderes públicos para alcanzar las finalidades legítimas de la prisión preventiva.

b) Orden público y reiteración criminal

A nuestro parecer, si es absolutamente inconsistente invocar el fundamento “orden público” para justificar la prisión preventiva desde todas estas hipótesis, no lo es cuando el objetivo es el de evitar la reiteración criminal, a pesar de que sea necesario admitir que también aquí no posee ella un auténtico y genuino carácter cautelar. Es en este sentido cuando debe ser aplicada la cláusula de orden público prevista en el artículo 312 del Código de Proceso Penal Brasileño.

Cabe enfatizar, entretanto, que la doctrina mayoritaria no hace distinción, considerando ilegítima la prisión preventiva utilizada como garantía del orden público, sin importar el contenido que esta fórmula exprese. Como constituye un requisito legal amplio, abstracto, abierto, carente de sólidos criterios de valoración, se sostiene que puede ser fácilmente ajustable en cualquier situación. De esta forma, como expusimos con anterioridad, se dice que el magistrado estaría autorizado para ejercer un amplio e incontrolable poder discrecional, transformándola en instrumento de arbitrio, con violación del principio constitucional de presunción de inocencia⁸⁰³.

⁸⁰³ En ese sentido, por todos, señala PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio, ob. cit., p. 485 que “ya sea que se pretenda fundamentar la preventiva para garantía del orden público en razón del riesgo de nuevas infracciones penales, o ya sea porque se sostiene su justificación en

En Brasil, al igual que en España, no hay un concepto legal, una definición exacta e inequívoca de la expresión “orden público”⁸⁰⁴, a pesar de que ésta sea constantemente introducida en el ordenamiento jurídico por medio de la Constitución y de leyes infraconstitucionales, como un principio general.

En efecto, la Constitución Federal brasileña⁸⁰⁵ hace alusión al orden público cuando se refiere al tema de la seguridad pública, consignando que la primera es ejercida para la preservación de la segunda (art. 144)⁸⁰⁶. El

razón de la intranquilidad causada por el crimen (aquí, incrementado de su gravedad), de una manera o de otra, se estaría partiendo de una anticipación de culpabilidad⁸⁰³.

⁸⁰⁴ Para un estudio del desarrollo normativo del concepto de orden público en España, vid. DORAL GARCÍA, José Antonio. *La noción de orden pública en el Derecho civil español*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1967; AGUILAR NAVARRO, Mariano. *El orden público en el derecho internacional privado*, en “Revista española de derecho internacional”, 1953; IZU BELLOSO, Miguel José. *Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la constitución de 1978*, en “Revista española de derecho administrativo”, nº 58, abril-junio 1988; CALVO ALVAREZ, Joaquín. *Orden público e factor religioso en la Constitución española*, Ediciones EUNSA, Pamplona, 1983; DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo. *Orden público y conflictos colectivos*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976; ZORILLA RUIZ, Manuel María. *Teoría del derecho para una comprensión razonable de los fenómenos jurídicos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997; SCHMIT, Juan Carlos. *El orden público como concepto y como status social*, en “Revista de Derecho español y americano”, nº 10, Madrid, 1965; BALLBE, Manoel. *Orden Público y militarismo en España Constitucional*, Editorial Alianza, Madrid, 1983; FREIXES SANJUAN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, Jose Carlos. *La configuración constitucional de la seguridad ciudadana*, en “Revista de Estudios Políticos”, nº 87, enero-marzo, 1995; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1975; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Editorial Abella, Madrid, 1971; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Notas para la historia de la noción de orden público*, en “Revista española de Derecho administrativo”, nº 26, 1983; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Las sanciones de orden público en derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973; BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; SANZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1976; LOPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco. *Seguridad ciudadana y orden público*, Editorial Abella, Madrid, 1992.

⁸⁰⁵ En la Constitución Española, el orden público aparece de modo expreso en los artículos. 16.1 y 21.2, limitando la libertad ideológica, religiosa y de culto y la libertad de reunión en lugares de tránsito público.

⁸⁰⁶ Artículo 144 de la CF “La seguridad pública, deber del Estado, derecho y responsabilidad de todos los ciudadanos, es ejecutada para la preservación del orden público y da

Código de Proceso Penal, por su parte, como vimos, la utiliza como presupuesto para la determinación de la prisión preventiva, con lo cual contribuye a la seguridad de la colectividad.

Tal y como recuerda BARTOLOMÉ CENZANO, el orden público es un concepto jurídico indeterminado y complejo. Su complejidad deriva tanto de su carácter polisémico como de la pluralidad de funciones que desempeña en los más variados sectores del ordenamiento jurídico⁸⁰⁷. Así, es lógico que la dificultad para obtener su contenido sea mucho más acentuada que en los conceptos legales determinados. A fin de cuentas, reciben esta denominación justamente por causa del elevado grado de indeterminación que presenta su contenido.

Al tratar sobre el control judicial de la aplicación por la administración de los conceptos jurídicos indeterminados, GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que no se puede adoptar cualquier decisión si resulta carente de motivos o de fundamentos objetivos o si la situación de la que se parte es contraria a la que podría justificar la decisión que se adopta. En la medida que los conceptos proceden de la ley (o de la Constitución) son siempre una cuestión jurídica. Según el citado autor esta función delimitadora de suposición de hecho o de determinados valores es evidente, pues es común en la técnica misma de legislar. Sin embargo, solamente se asegura el carácter normativo de la Constitución si el juez es capaz de controlar el legislativo y, por idénticas razones, la propia administración, valorando causas justificadoras o la aplicación de un interés público concreto a los fines determinados o a una determinada parte del mismo⁸⁰⁸.

incolumidad de las personas y del patrimonio, a través de los siguientes órganos: I – policía federal; II – policía rodoviaria federal; III – policía ferroviaria federal; IV – policía civil; V – policía militar y bomberos militares”.

⁸⁰⁷ Cfr. BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de, ob. cit., p. 83.

⁸⁰⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*, 5ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 2000, pp. 135-138.

Examinando el tema a la luz del Derecho Administrativo, FRANCISCO DE SOUZA señala la existencia de dos fases para la aplicación concreta de los conceptos jurídicos indeterminados, siendo ellas la interpretación y la adecuación del caso concreto del concepto. En la primera, el intérprete debe buscar el significado preciso del concepto indeterminado en el sector jurídico en que se ajusta y teniendo como base el sentido de la ley y no del concepto indeterminado tomado aisladamente. La segunda etapa se desdobra en tres fases que son: a) identificación de los presupuestos del hecho y del derecho de la decisión; b) ponderación o valorización de los presupuestos; c) adecuación en sentido estricto. Inicialmente, deben ser identificados los elementos que de forma directa o indirecta deberán influenciar la decisión en su conjunto. Seguidamente debe ser utilizada la ponderación para la determinación del peso de cada uno, considerados individualmente y en relación con los demás. Por último, deberá el intérprete delimitar los aspectos positivos y negativos y decidir en la dirección que el indicador de la balanza se incline⁸⁰⁹.

Resulta esencial percibir que el hecho de estar delante de un concepto jurídico indeterminado no implica la imposibilidad de control, ya que su sentido jurídico indeterminado es posible delimitarlo por medio de la interpretación, que debe partir de la propia Constitución. La referida indeterminación hace que la función del intérprete asuma un papel significativo en el ajuste del término, pudiendo decirse que el principio fundamental de los conceptos indeterminados es el de que su aplicación debe orientarse hacia la búsqueda, por la vía interpretativa, de su sentido jurídicamente correcto⁸¹⁰. En síntesis, lo que se quiere decir es que, a pesar

⁸⁰⁹ Cfr. FRANCISCO DE SOUZA, Antônio. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Editorial Almedina, Coimbra, 1994, p. 190.

⁸¹⁰ Sobre la necesidad de acudir a la interpretación para la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados, véase BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, ob. cit., pp. 41-93.

de que se esté delante de un concepto jurídico indeterminado, esto no significa que el contenido de la expresión “orden público” no pueda ser alcanzado.

Como se sabe, el ordenamiento jurídico contiene conceptos jurídicos indeterminados. Esta característica implica la necesidad de un esfuerzo interpretativo mucho más arduo y acentuado para la obtención de los diversos conceptos. A pesar de ello, la conclusión del proceso de interpretación es la obtención de un resultado más próximo al de los anhelos sociales. Si, por un lado, la indeterminación del concepto sugiere una aparente inseguridad jurídica en razón de la mayor libertad de argumentación dada al intérprete, por otro lado, el resultado obtenido es mucho más eficiente y ajustado a la realidad.

No obstante puede ser consensualmente identificado como el estado de convivencia pacífica, segura y equilibrada, que implica en la limitación del ejercicio de derechos, la disciplina jurídica para su salvaguarda naturalmente varía de un ordenamiento a otro, es decir, cada Estado adopta una disciplina propia de intervención en los derechos individuales en nombre del orden público, que representa un estado de paz, situación fáctica opuesta al desorden. Por lo tanto, el concepto de orden público debe ser buscado a partir de su conformación normativa.

A lo largo del presente estudio hemos visto que los derechos fundamentales constituyen la mayor expresión de los ordenamientos jurídicos español y brasileño⁸¹¹, teniendo como núcleo intangible la dignidad de la persona humana. Siendo así, deben funcionar como parámetros para la identificación de las situaciones que puedan representar el orden público. Además, sirven también como instrumentos de control sobre el concepto

⁸¹¹ Véase especialmente Capítulo 2º, epígrafe 2.2.

obtenido. La necesidad del control se impone como una condición fundamental para la eficacia del concepto, bajo pena de la indeterminación de ser confundida con arbitrariedad o incluso con conveniencia. Por ello, se puede decir que justamente el contenido del orden público, en su más amplia acepción, se concreta en el respeto de los derechos fundamentales, de las leyes y de los derechos de los demás.

Resulta patente que cuando el legislador habla de orden público tiene como objetivo garantizar un mínimo de seguridad en la convivencia social. Así, si determinado individuo compromete la seguridad en el medio social o impide la normal convivencia de los demás ciudadanos, cabe al Estado el deber de reestablecer o garantizar ese orden público. En la medida en que el legislador ordinario brasileño, autorizado por precepto constitucional (art. 5º, inc. LXI)⁸¹², estableció la garantía del orden público como fundamento de la prisión preventiva, se impone reconocerla como pertinente en estas situaciones.

En todo caso, el orden público es tratado como sinónimo de convivencia ordenada, segura y pacífica. Hace referencia a un estado ideal de las cosas, a una relación idónea para mantener el equilibrio, la concordia. Representa un anhelo social de justicia, así caracterizado por cuenta de la preservación de los valores fundamentales, proporcionando la construcción de un ambiente favorable para el pleno desarrollo humano. Se asocia, por lo tanto, a la idea del bien social, siendo expresión de la tranquilidad y normalidad que el Estado debe asegurar a todos los miembros de la sociedad, en consonancia con las normas jurídicas legalmente establecidas.

Así las cosas, una vez que se acredite que el agente en libertad proseguirá cometiendo delitos, estará afectado el orden público y, por

⁸¹² Artículo 5º, inciso LVXI, de la CF: “Nadie será arrestado excepto en virtud de prisión in flagrante o por orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial competente”.

consiguiente, será correcto hacer uso de la prisión preventiva con el fin de garantizar la seguridad en la convivencia social.

En palabras de DORAL GARCÍA, la noción de orden público facilita a los jueces la aplicación de la ley a cada caso concreto con criterios de justicia, teniendo en cuenta esa misión instrumental del Derecho de estar siempre al servicio de la persona y de la sociedad. Siguiendo al citado autor, por este motivo hay que tener presente que la conexión del orden público con las convicciones que dinamizan la vida social, en cada tiempo y lugar es un rasgo típico de esta noción, es decir, despegada de la vida, el orden público perdería su razón de ser. Hoy no puede permitirse una noción de orden público de espaldas a los cambios que se producen en la sociedad⁸¹³.

Partiendo de tales premisas, la actuación del Estado en nombre de la defensa social a través del proceso penal funciona como una condición necesaria para el reestablecimiento del orden público violado, y por lo tanto, de la paz social, de la convivencia armónica y del disfrute por todos los ciudadanos de sus derechos fundamentales.

El orden público se presenta, de esta forma, en el proceso penal como un valor que debe ser tutelado, cuyo titular es la colectividad, que ve en la actuación estatal de represión de la criminalidad la expectativa de reestablecimiento del equilibrio afectado con la práctica reiterada de las infracciones penales.

En realidad, la preocupación de tutelar penalmente el orden público surge a partir de una situación de intranquilidad social generada por la práctica de una infracción penal. El orden público representa el anhelo social traducido en la existencia de un ambiente armonioso y una convivencia pacífica. La expresión integra a la noción de defensa social que, a su vez,

⁸¹³ Cfr. DORAL GARCÍA, José Antonio, ob. cit., pp. 56, 80 y 136.

materializa el derecho social a la seguridad y cuyo alcance coincide con la función social y jurídica del proceso penal. La defensa social es el instrumento puesto al servicio de la colectividad contra el crimen, ya sea en función de las acciones que inhiben las prácticas criminales o a través de la efectiva punición de los responsables. Lo que autoriza la intervención estatal en la esfera de la libertad individual de los acusados es el hecho de que está apoyada en la preservación de la defensa social.

Al decretarse la prisión preventiva con el objetivo de garantizar el orden público se invoca el carácter colectivo que justifica la actuación estatal por intermediación del proceso penal. Se trata de una inequívoca hipótesis de tutela colectiva, traducida en el riesgo que la libertad representa para la seguridad social, riesgo este caracterizado por la posibilidad de que el individuo cometa nuevas infracciones.

Resulta conveniente matizar que la ausencia de una definición correcta de la expresión puede implicar resultados desproporcionados e inaceptables desde el punto de vista constitucional, configurando un verdadero abuso de autoridad, como sucede con las hipótesis en que es asociada al clamor público, preservación de la credibilidad de la Justicia y la alarma social. Por ello la necesidad de delimitación del concepto de orden público para definir el alcance de la prisión preventiva, a fin de evitar decisiones arbitrarias que dejen de considerar los límites de la presunción de inocencia.

Por otra parte, es cierto que no puede afirmarse la limitación general y descontrolada de los derechos y libertades fundamentales mediante la cláusula indeterminada de orden público⁸¹⁴, incluso porque la formación de la

⁸¹⁴ Como señala BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, ob. cit., p. 38, resulta absolutamente evidente la utilización indiferente en el derecho positivo español y en la jurisprudencia de los conceptos de seguridad pública, seguridad ciudadana y orden público.

noción de orden público al margen de la ley puede suponer una amenaza para la seguridad jurídica.

Como expone MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, la cláusula de orden público no puede ser sometida a un proceso de generalización, de vulgarización o trivialización. Ello significaría la negación de toda garantía de libertad individual, puesto que serían inciertos los límites dentro de los cuales se podría decir que el particular posee un derecho de libertad⁸¹⁵. Por tanto, siempre hay que tener en cuenta que el contenido de la cláusula orden pública debe ser deducido de la propia Constitución y que su función esencial es la garantía de los derechos y libertades, tutela y protección.

Por su claridad, merecen ser reproducidas las palabras del citado autor: “Se ha potenciado una interpretación para la cláusula de orden público, que no sólo no trata de circunscribirla dentro de unos reductos más o menos claros y transparentes, sino que, por el contrario, la ha liberado de contenciones de forma se ha expandido hasta alcanzar cotas sorprendentes. Se ha hinchado más que el globo de Betanzos, podría decirse, acudiendo a un símil de fácil comprensión”⁸¹⁶.

DORAL GARCÍA puso de relieve la flexibilidad del orden público, como instrumento jurídico, que hace posible el juego armónico de la libertad al permitir cohonstar la autoridad con la libertad dentro de las reglas que caracterizan una sociedad moderna. Explica el autor que incluso cuando el orden público interviene como mecanismo defensor de los principios jurídicos

Hasta el momento no se ha llegado a adjudicarles con claridad un contenido preciso y diferenciado. Al igual sucede en Brasil.

⁸¹⁵ Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Las sanciones de orden público...*, ob. cit., p. 14.

⁸¹⁶ Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Las sanciones de orden público...*, ob. cit., pp. 33-34.

fundamentales, no solamente no se opone a la libertad sino que, además, la exige y presupone⁸¹⁷.

A nuestro entender, la constatación de la inexistencia de un carácter auténticamente cautelar en la prisión preventiva como garantía del orden público no es suficiente para indicar su incompatibilidad con el texto constitucional brasileño. El propio texto constitucional admitió la prisión independientemente de la situación de flagrante delito, por orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial competente (art. 5º, LXI).

La plausibilidad de la prisión preventiva como medida de garantía del orden público es reforzada por la posibilidad de recursos y por la obligatoriedad de motivación de las decisiones judiciales, que constituyen un método de control de los abusos eventuales. Así, será válida si basada en la declaración manifiesta de los motivos de la decisión, interpretados a la luz de los principios constitucionales, de los fundamentos y objetivos del Estado, no siendo posible que se admita la imposición de la medida fundamentada vagamente en la exigencia de garantía del orden público. Evidentemente deben ser combatidos el automatismo y la ausencia de una motivación clara y precisa que apunte las razones de la necesidad de la prisión. En definitiva, a través de la motivación será posible identificar si, en un caso concreto, el concepto de “orden público” es correctamente empleado.

Conforme ya expusimos a lo largo del presente estudio, en el Estado democrático de derecho se constata una inevitable tensión entre el respeto a los derechos humanos y la garantía del orden público. La seguridad no constituye una finalidad del Estado que pueda ser obtenida a cualquier precio. Del mismo modo, el derecho a la libertad no es absoluto. Los límites

⁸¹⁷ Cfr. DORAL GARCÍA, José Antonio, ob. cit., p. 62.

son establecidos a partir de la noción de dignidad de la persona humana y de los principios que de ella provienen.

Así, de la seguridad individual derivada del respeto por el Estado a los derechos individuales y colectivos nace la seguridad social que, con la primera, encontrándose, interactuará en un proceso dialéctico, siendo el sistema penal un Estado democrático de derecho pivotado por la tutela de ambos polos en cuestión⁸¹⁸.

En realidad, justamente lo que distingue el Estado de Derecho del Estado Policial es la aplicación efectiva de los derechos fundamentales, siendo la buena aplicación de esas garantías, elemento esencial de realización del principio de la dignidad humana en el orden jurídico, a través del cual el hombre no puede ser convertido en objeto de los procesos estatales. Recordando la lección de ROXIN, la diferencia entre un Estado totalitario y un Estado democrático de derecho estriba en la forma de regulación del orden jurídico interno y en el énfasis dado al instrumento procesal de la prisión preventiva. En un Estado de derecho la regulación de la situación de conflicto entre libertad y seguridad no es tratada a través de la antítesis Estado-ciudadano, puesto que el Estado está obligado a ambos fines⁸¹⁹.

A pesar de las críticas presentadas por la doctrina, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal Brasileño reconoce como legítima la prisión preventiva adoptada para garantizar el orden público cuando el objetivo fuera el de parar la trayectoria criminal del imputado⁸²⁰.

⁸¹⁸ Cfr. HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Processo Penal de Emergencia*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 11.

⁸¹⁹ Cfr. ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal...*, ob. cit., p. 258.

⁸²⁰ Cfr., entre otras, HC n° 86.175, rel. Min. Eros Grau, j. en 19 de septiembre de 2006; HC n° 92.697, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. en 12 de febrero de 2008; HC n° 93.000, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. en 1° de abril de 2008; HC n° 93.913, rel. Min. Eros Grau, j. en 8 de

En conclusión, en nuestra opinión, aunque desprovista de carácter auténticamente cautelar, la utilización de la prisión preventiva con el objetivo de evitar la reiteración criminal se halla constitucionalmente legitimada tanto en España como en Brasil, en la medida en que el principio de la dignidad humana exige un proceso penal comprometido con la protección también de los derechos fundamentales de las víctimas actuales o potenciales del imputado. En estos casos, la prisión preventiva ejerce la función de medida preventiva, esencial para que el proceso penal logre su primordial finalidad: la pacificación social.

En estos casos, lo que se revela preocupante en Brasil es la completa ausencia de referencia a criterios capaces de modular la aplicación de esta finalidad.

El legislador español, a través de la LO 13/2003, de 24 de octubre, estableció expresamente la reiteración delictiva como un fin legítimo de la prisión preventiva, poniendo como supuesto específico del riesgo de una futura actuación ilícita el riesgo de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima del delito de violencia familiar o doméstica. Contempló, por lo tanto, dos supuestos diversos constitutivos de este riesgo, uno de alcance general y otro más específico.

El artículo 503.2. de la LECrim, al admitir expresamente la reiteración criminal como riesgo relevante que puede ser conjurado a través de la prisión preventiva, establece algunos criterios para valorar este riesgo, tales como las circunstancias del hecho cometido y la gravedad de los delitos que se

abril de 2008; HC nº 100.801, rel. Min. Felix Fischer, j. en 5 de junio de 2008; HC nº 93.985, rel. Min. Eros Grau, j. en 24 de junio de 2008; HC nº 95.602, rel. Min. Eros Grau, j. en 16 de septiembre de 2008; HC nº 95.889, rel. Min. Eros Grau, j. en 25 de noviembre de 2008; HC nº 95.889, rel. Min. Eros Grau, j. en 25 de noviembre de 2008; HC nº 96.008, rel. Min. Eros Grau, j. en 2 de diciembre de 2008; HC nº 96.977, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. en 9 de junio de 2009; HC nº 95.424, rel. Min. Eros Grau, j. en 3 de marzo de 2009; HC nº 160.556, rel. Min. Eros Grau, j. en 18 de agosto de 2010.

podieran cometer. Prevé aún la necesidad de tratarse de crimen doloso y que la pena sea igual o superior a dos años, proponiendo, sin embargo, las hipótesis en que este límite podrá no ser tenido en cuenta.

Es cierto que la legislación española podría haber avanzado más, aclarando, por ejemplo, si la actuación delictiva futura del imputado debería ser homogénea con la que se le imputa en el proceso, es decir, de la misma naturaleza que el delito anterior, o, por el contrario, si solamente en determinados tipos de delitos podría ser invocada esta finalidad.

Aun así, la legislación española, principalmente en este tema, es mucho más avanzada que la brasileña que, como ya hemos destacado, ni siquiera prevé de forma categórica como lo hace aquella, la posibilidad de la prisión preventiva para evitar la reiteración criminal, siendo esta posibilidad resultante de un proceso de interpretación destinado a la delimitación del concepto de la expresión “garantía del orden público”. El ordenamiento jurídico brasileño de igual manera no hace referencia alguna a criterios que deberán graduar la aplicación de esta finalidad.

Ahora bien, como afirmamos, el hecho de que esta expresión constituya un concepto jurídico indeterminado no impide su concreción y, por consiguiente, la aceptación de esta finalidad para la prisión preventiva, obviamente, esta circunstancia convierte en bastante más inestable su aceptación doctrinal y jurisprudencial.

En una futura reforma del régimen jurídico sobre la prisión preventiva en Brasil, no se podrá perder la oportunidad de, abandonar el concepto indeterminado “orden público”, no sólo con el fin de prever expresamente la reiteración criminal, como finalidad legítima de ser perseguida por la medida, sino también para aprovechar la experiencia española, y establecer criterios

claros que deberán ser observados con la intención de ampliar las bases anteriormente expuestas.

5.3.2.2 Garantía del orden económico

La Ley nº 8.884, de 11 de junio de 1994, conocida como Ley “Antitruste”, en su artículo 86, alteró la redacción del artículo 312 del Código de Proceso Penal Brasileño para incluir como circunstancia autorizadora de la prisión preventiva la garantía del orden económico.

La pretensión del legislador fue la de combatir la impunidad reinante en esta área, dando así una satisfacción a la sociedad, admitiendo la prisión preventiva del autor del hecho que perturbase el libre ejercicio de cualquier actividad económica, con abuso del poder económico, con vistas a la dominación de mercados, a la eliminación de competencia y al aumento arbitrario de los lucros.

Los delitos con posibilidad de ser considerados atentatorios contra el orden económico son aquellos que pueden provocar los efectos a los que se refiere el artículo 20 de la Ley nº 8.884/94, esto es, limitar, falsear o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o la libre iniciativa; dominar el mercado relevante de bienes o servicios; aumentar arbitrariamente los lucros; ejercer de forma abusiva una posición dominante.

De este modo, en los términos legales, tomando como referencia conductas que pueden ser consideradas como infracciones penales que admiten la prisión preventiva para garantizar el orden económico, pueden citarse aquellas previstas en la Ley nº 8.137, de diciembre de 1990, tales como “abusar del poder económico, dominando el mercado o eliminando, total o parcialmente la competencia mediante ajuste o acuerdo de empresas,

adquisición de acerbos de empresas o acciones, títulos o derechos” (art. 4º, inc. I); “formar acuerdo, convenio, ajuste o alianza con vistas a la fijación artificial de precios o cantidades vendidas o producidas” (art. 4º, inc. II); “discriminar precios de bienes o de prestación de servicios por ajustes o acuerdo de grupo económico, con el fin de establecer monopolio, o de eliminar, total o parcialmente, la competencia” (art. 4º, inc. III); “apropiar, estafar, destruir o inutilizar bienes de producción o de consumo, con el fin de establecer monopolio o de eliminar, total o parcialmente, la competencia” (art. 4. IV, da Ley 8.137/90); “elevar sin razón el precio de un bien o servicio, valiéndose de posición dominante en el mercado” (art. 4º, VII, con la redacción dada por la Ley nº 8.884/94).

Podrá, del mismo modo, ser decretada la prisión preventiva para garantizar el orden económico-financiero en los casos de delitos contra la Economía Popular (Ley nº 1.521, de 26.12.51)⁸²¹ y contra el Sistema Financiero Nacional (Ley nº 7.492, de 16.6.86)⁸²².

⁸²¹ Entre otros, constituyen delitos de esta naturaleza: “I - rehusar individualmente en establecimiento comercial la prestación de servicios esenciales a la subsistencia; negar la existencia de mercadería o negarse a venderla a quien esté en condiciones de comprar con pago inmediato; II - favorecer o preferir comprador o cliente en desprecio de otro, con excepción de los sistemas de entrega al consumidor por intermedio de distribuidores o revendedores; III - exponer a la venta o vender mercadería o producto alimenticio, cuya fabricación no haya atendido a determinaciones oficiales, en cuanto al peso y composición; IV - negar o dejar el proveedor de servicios esenciales de entregar al cliente la factura relativa a la prestación de servicio, siempre que el importe exceda a quince *cruzeiros*, y con la indicación del precio, del nombre y la dirección del establecimiento, del nombre de la firma o responsable, de la fecha y lugar de la transacción y del nombre y residencia del cliente; V - mezclar géneros y mercaderías de especies diferentes, exponerlos a la venta o venderlos, como puros; mezclar géneros y mercaderías de calidades diferentes para exponerlos a la venta o venderlos por precio marcado para los de más alto costo...”.

⁸²² Configuran delitos contra el Sistema Financiero Nacional: “Imprimir, reproducir o, de cualquier modo, fabricar o poner en circulación, sin autorización escrita de la sociedad emisora, certificado, cautela o otro documento representativo de título o valor mobiliario (art. 2º); divulgar información falsa o perjudicialmente incompleta sobre institución financiera (art. 3º); generar fraudulentamente institución financiera (art. 4º); Apropiarse, cualquiera de las personas mencionadas en artículo 25 de esta ley, de dinero, título, valor o cualquier otro bien móvil de que tiene la posesión, o desviarlo en provecho propio o ajeno (art. 5º); inducir o mantener en error, socio, inversor o organización pública competente, relativamente a operación o situación financiera, escondiéndole información o declarándola falsamente (art. 6º)...”.

Sin embargo, entendemos que no deriva ninguna utilidad para el artículo 312 del Código de Proceso Penal la inserción del vocablo “orden económico”, ya que el orden económico es una derivación o una forma de manifestación del orden público⁸²³. Es decir, está abarcado por la expresión más amplia “orden público”. A final de cuentas, todo delito que atenta contra el orden económico representa un atentado contra el orden público. Lo que particulariza el orden económico es justamente el objeto de tutela, traducido en los principios descritos en el artículo 170 de la Constitución Federal⁸²⁴.

Así, por ejemplo, si un determinado empresario abusa del poder económico y eleva sin motivo el precio de algún bien o servicio, aprovechándose de su posición dominante en el mercado, cometiendo el delito previsto en el artículo 4º, inciso VII, de la Ley nº 8.137/90, la prisión preventiva ya podría ser decretada para garantizar el orden público, expresión que incluye al propio orden económico.

De esta forma, la referencia expresa a la garantía del orden económico es totalmente inadecuada. Si el hecho de que el acusado, por encontrarse en libertad, represente riesgo al orden económico, principalmente por la posibilidad de repetición de las conductas y, así, de ampliación de los daños, la cuestión podría ser fácilmente relacionada con la protección del orden público ya prevista en el artículo 312, antes aun que la Ley nº 8.884/94.

⁸²³ En sentido contrario, vid. MUCCIO, Hidejalma. *Prisão e Liberdade Provisória: teoria e prática*, Editorial HM, São Paulo, 2003, p. 153.

⁸²⁴ El artículo 170 de la Constitución Federal Brasileña determina que el “orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como finalidad asegurar a todos existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social, observados los siguientes principios: I – soberanía nacional; II – propiedad privada; III – función social de la propiedad; IV – libre competencia; V – defensa del consumidor; VI – defensa del medio ambiente; VII – reducción de las desigualdades regionales y sociales; VIII – busca de pleno empleo; IX – tratamiento favorecido para las empresas brasileñas de capital nacional de pequeño porte. Párrafo único. Es asegurado a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, independientemente de autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos por ley”.

No obstante, es preciso reconocer que incluso aquí el secuestro y la indisponibilidad de bienes y valores de los responsables serían medidas más eficientes, considerando la perspectiva de protección al orden económico. Sucede que la prisión preventiva no es la medida ideal para cohibir los abusos contra el orden económico. Si el objetivo es preservarlo, evitando la ganancia, la *auri sacra fames*, lo acertado sería adoptar medidas contra las empresas. Si la medida tiene el objetivo de perseguir la ganancia, el lucro fácil, la malicia de industriales y comerciantes deshonestos, sería más oportuno establecer sanciones sobre la persona jurídica, tales como el cierre de la empresa por determinado plazo; imposibilidad de hacer préstamos en establecimientos de crédito, etc. A final de cuentas, la multa para los que tienen apego excesivo al dinero es peor que la cárcel⁸²⁵.

Ahora bien, cierto es que no puede ser admitida el decreto de la prisión preventiva en función del vago e impreciso argumento de que, habiendo sido practicada una de aquellas infracciones penales que las admiten, quedará afectado el orden económico. En la práctica, sin embargo, exactamente en estos términos se han adoptado una serie de medidas autoritarias⁸²⁶, especialmente contra individuos de elevado patrón económico y alta proyección social, menos por necesidades del proceso y más por preconceptos ideológicos.

De forma radical, considera LOPES JÚNIOR que en un país pobre como el nuestro, tener la prisión preventiva con el fin de tutelar el capital especulativo, es vergonzoso para el proceso penal. Es elemental que si el

⁸²⁵ Cfr. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal...*, vol. III, ob. cit., p. 513.

⁸²⁶ Obsérvese que hay decisiones en sentido contrario: vid. HC nº 18.520, rel. Min. Edson Vidigal, j. en 22.04.2002: "La gravedad del delito y alegación de posible riesgo a la instrucción criminal, tan solamente en virtud de los acusados sean considerados personas importantes, no autoriza que se decrete la prisión preventiva, que exige el atendimiento a los presupuestos inscritos en el CPP, artículo 312, mediante la exposición de motivos concretos a indicar el *periculum libertatis*".

objetivo es perseguir la especulación financiera y las transacciones fraudulentas el camino pasa por las sanciones a la persona jurídica y no por la prisión preventiva⁸²⁷.

Es evidente que la criminalidad económica debe ser combatida puesto que, al contrario de lo alegado, no afecta apenas al capital especulativo, e, incluso, que debe ser admitida la prisión preventiva como medida destinada a poner fin a la trayectoria delincencial de aquellos que insisten en violar el orden económico. A pesar de que estas infracciones penales no amenacen directamente al ciudadano como es el caso de la delincuencia violenta, por ello debe tenerse en cuenta que las consecuencias derivadas de este tipo de criminalidad envuelven a un número enorme de personas y, por lo tanto, son tan perjudiciales para la sociedad al igual que la criminalidad violenta. Basta recordar los grandes golpes al mercado financiero, perpetrados sin violencia física, sino con inteligencia y manipulación y que acaban perjudicando a millares de ciudadanos.

Sin embargo, no es suficiente para justificarla la simple práctica de una infracción penal clasificada como atentatoria contra el orden económico. Es preciso algo más que la conmoción del orden económico, por el riesgo que conlleva de desvirtuación para la medida⁸²⁸. De lo contrario, la prisión preventiva estará siendo adoptada con fines nítidamente punitivos, asumiendo el mismo aspecto que cuando es utilizado como justificativa para aplacar el clamor público generado por la infracción.

No se puede utilizar la prisión preventiva con el fin de garantizar que la sociedad se quede tranquila por la acción del Poder Judicial ante la práctica

⁸²⁷ Cfr. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade...*, p. 109.

⁸²⁸ En España, señala GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles. *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Editorial Colex, Madrid, 2000, la trascendencia social o la indignación que en la opinión pública pueden causar ciertos delitos económicos no justifica la adopción de la prisión provisional.

de un delito que atenta contra el orden económico. La práctica por si sola de la infracción penal, aunque sea grave y contra el orden económico, no justifica la restricción de la libertad del acusado, puesto que la medida no puede tener como finalidad el objetivo propio de la sanción penal. Solamente será adecuada la medida con esta justificativa (garantía del orden económico) si las pruebas demostraran su necesidad en función de la concreta posibilidad de reiteración delictiva.

Es necesario destacar que, mucho antes de la alteración promovida en el artículo 312 del Código de Proceso Penal por la Ley nº 8.884/94, la Ley que hacía referencia a los delitos contra el Sistema Financiero Nacional (Ley nº 7.492/86), establecía en su artículo 30, que la prisión preventiva del acusado por la práctica del delito en ella definido podría ser adoptada en función de la magnitud de la lesión causada.

La cuestión fue examinada por el Supremo Tribunal Federal, quien por el contrario, fijó la tesis de que la magnitud de la lesión causada es insuficiente para justificar que se decreta prisión preventiva, pasando a exigir que el referido requisito esté asociado a uno de los motivos de la prisión preventiva (garantía del orden público, del orden económico, conveniencia de la instrucción criminal o seguridad de la aplicación de la ley penal). En otros términos, señaló la inconstitucionalidad del artículo 30 de la Ley nº 7.492/86, que permitía la imposición de la medida en virtud únicamente de la magnitud de la lesión causada por determinada infracción penal⁸²⁹.

Es claro que la magnitud de la lesión causada no puede ser fundamento apto para justificar la prisión cautelar del imputado⁸³⁰. Este

⁸²⁹ Cfr. HC nº 80.717-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 5 de marzo de 2004.

⁸³⁰ Sosteniendo lo contrario, vid. VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção de inocência*, Editorial Sérgio Fabris, Porto Alegre, 2007, p. 176.

fundamento está ligado a algo que concierne a la decisión final de la acción penal, es decir, a la imposición de la pena. La prisión debe ser “preventiva” y no reparadora. La finalidad de la prisión preventiva no es restituir al afectado aquello que le fue sustraído. Con ese fin, la legislación dispone de una serie de medidas como el bloqueo de cuentas bancarias, arresto o indisponibilidad de bienes, entre otras. La medida adoptada en estos términos busca simplemente satisfacer el clamor público, lo que, como ya vimos, no puede ser aceptado.

En definitiva, la magnitud de la lesión causada no puede funcionar en los delitos financieros como fundamento autónomo para la prisión preventiva. La restricción de la libertad del acusado no tiene la virtud de minimizar los efectos de la magnitud de la lesión causada. Esta justificación solamente podrá fundamentar la prisión preventiva cuando, con ella, se concrete uno de los motivos previstos en el artículo 312 del Código de Proceso Penal.

En relación con lo anteriormente expuesto, es lógico que la práctica de una infracción penal contra el orden económico, financiero o contra la economía popular no tiene la facultad de establecer una presunción absoluta de la necesidad de prisión preventiva con la justificación de ser indispensable para “garantizar el orden económico”. Tal presunción tendría como presupuesto lógico la afirmación de responsabilidad del acusado por el crimen, lo que no puede ser aceptado en función de la consagración constitucional de la garantía de que “nadie será considerado culpable hasta el trámite en juicio de la sentencia penal condenatoria” (art. 5º, inc. LVII).

Por lo tanto, insistimos que aun en los casos de la práctica de delitos catalogados como contra el orden económico, financiero o economía popular, que pueden configurarse genéricamente como atentatorios al orden económico, la prisión preventiva solamente estará legitimada bajo el título “garantía del orden económico” cuando permita evitar la reiteración criminal.

En la legislación española no hay semejante disposición legal, porque, como ya fue destacado, es de completa inutilidad, puesto que, de acuerdo con los preceptos legales constantes de la LECrim, incluso tratándose de delitos que afectan al orden económico o financiero, será posible que se decrete la prisión preventiva siempre que estén presentes sus presupuestos.

5.3.2.3 Conveniencia de la instrucción criminal

La prisión preventiva podrá también ser decretada para tutela de la prueba, dirigiéndose la medida en este caso directamente hacia la tutela del proceso, revelando un carácter nítidamente cautelar instrumental.

Seguramente es la finalidad de la prisión preventiva que menos estigmatiza al acusado⁸³¹, ya que en menor grado se da la asimilación entre imputado y culpable. En este caso, la prisión preventiva permite garantizar que la persecución criminal se desarrolle normalmente, sirviendo para protegerla contra acciones del acusado que trate de impedirla o comprometerla.

La utilización del encarcelamiento provisional como medio para garantizar la efectividad del proceso evidentemente no está conectada con la concepción medieval de obtención de la verdad a cualquier precio⁸³², pues la instrumentalidad que se atribuye a la prisión cautelar no tiene como mira la obtención de la confesión, pero sí el evitar que el agente, en libertad, pueda evadirse a la presentación de los actos instructorios en los que su presencia

⁸³¹ En este mismo sentido, vid. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. *Presunción de Inocência y prisión sin condena*, en "Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica", nº 13, 1997, p. 26.

⁸³² En sentido contrario, vid. GOMES FILHO, Antônio Magalhães, ob. cit., p. 70.

sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos o, de cualquier otro modo, venga a perturbar el correcto desarrollo de las actividades judiciales.

Según lo acentúa CAMPOS BARROS, la conveniencia de la instrucción criminal tiene una doble función: a) utilizar al acusado como prueba en el proceso; b) evitar que él perjudique la obtención o práctica de pruebas, dificultando el descubrimiento de la verdad⁸³³.

En lo que se refiere a la primera función, no presenta duda alguna que el acusado es también prueba en el proceso, no sólo por lo que pueda decir, cooperando con el juez en la reconstrucción fáctica, sino también por su propio aspecto somático, resultando suficiente pensar en un reconocimiento de persona, el cual no se realiza sin su presencia. En este aspecto el acusado prueba con su cuerpo, siendo examinado en juicio como si fuera una prueba real. En el segundo aspecto, su importancia es destacada porque implica todas las maniobras que puedan dificultar y, muchas veces, incluso, imposibilitar la producción de la prueba. Otro aspecto que podrá indicar la conveniencia de la prisión es el comportamiento procesal del imputado.

Es necesario considerar que la ley procesal penal se refiere a la posibilidad de la prisión preventiva cuando haya conveniencia para la instrucción criminal, que es la fase del procedimiento en que el juez busca, a través de la actividad instructora, reconstruir históricamente el hecho para poder decidir con justicia. Así, siempre que el imputado pueda poner en peligro la actividad probatoria o el normal desarrollo del proceso, sirviéndose de artificios ilícitos para perjudicar la búsqueda de la verdad, tendrá sentido la constricción de su libertad.

⁸³³ Cfr. CAMPOS BARROS, Romeu Pires de, ob. cit. p. 201.

Así, por la vía de la custodia preventiva, se cohibe el comportamiento del acusado que, comprometiendo el desarrollo regular del proceso, crea obstáculos al descubrimiento de la verdad, practicando maniobras ilícitas, tales como: convocar testigos falsos; amenazar o corromper testigos que puedan testificar contra él; intimidar peritos; amenazar a la víctima, juez o fiscal; maquinar pruebas, destruir o alterar la escena del crimen; inutilizar vestigios del crimen; sustraer documentos relacionados a la prueba de la infracción; ocultar objetos o productos de la infracción penal; intentar cohechar a alguna persona que pueda llevar al conocimiento del juez de elementos útiles al esclarecimiento de los hechos.

En todas estas hipótesis, como ya sostenemos con anterioridad⁸³⁴, es evidente que la medida será necesaria, ya que, de lo contrario, el juez no podrá recoger con seguridad los elementos de convicción que necesitará para llevar a cabo el desenlace del litigio penal. En este caso el poder coercitivo del Estado se justifica para impedir que el imputado perjudique la actividad judicial, perturbando la obtención de la verdad.

A pesar de que el legislador ha utilizado la expresión “conveniencia para la instrucción criminal”, es lógico que no se trata de simple conveniencia, sino de necesidad para la instrucción criminal. Encontrándose la prisión preventiva sometida a los principios de la proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad, claro está que, por simple conveniencia, no puede ser decretada. Solamente podrá ser admitida con esta justificación cuando sea estrictamente necesaria para garantizar que la actividad probatoria se desarrolle regularmente.

En otros términos, no podrá el magistrado decretar la prisión preventiva con tal fundamento simplemente por conveniencia o comodidad.

⁸³⁴ Véase Capítulo 4º, epígrafe 4.6.2.

No la justifica, como sostenía TORNAGHI, la comodidad, “la facilidad de tener al acusado siempre a la mano”⁸³⁵. No puede el juez, por lo tanto, sólo porque el imputado vive algo distante, mandar arrestarlo por conveniencia de la instrucción, argumentando que, cuando deba presentarse para una audiencia, por ejemplo, no hará falta el envío de “carta precatoria”⁸³⁶.

Efectivamente, para sostener un decreto de prisión preventiva bajo la alegación de conveniencia de la instrucción criminal, no basta con la sencilla suposición de que, en libertad, el acusado podrá imposibilitar la producción de la prueba a través de maniobras ilícitas. Se hace necesario que hechos concretos vinculados al comportamiento del acusado revelen de forma indudable su disposición en aquel sentido.

Por ello, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal es enfática en reconocer la ilegalidad de la prisión preventiva adoptada por conveniencia de la instrucción criminal cuando la alegación de que el acusado podrá influir en la producción de la prueba en juicio estuviera destituida de base empírica idónea⁸³⁷.

Resulta oportuno, del mismo modo resaltar que, habiendo sido adoptada como medida necesaria para la instrucción criminal, no debe mantenerse este fundamento con posterioridad a la producción de la prueba. Habiendo sido producida toda prueba, estando el juez capacitado para

⁸³⁵ Cfr. TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*, ob. cit., p. 1314.

⁸³⁶ En este caso, es el medio de comunicación procesal a través del cual se procede a la notificación a un sujeto que reside en comarca distinta de aquella donde está siendo procesado.

⁸³⁷ Cfr., por todas, HC n° 92.368, rel. Min. Eros Grau, j. en 13 de noviembre de 2007: “La prisión cautelar, por conveniencia de la instrucción criminal, tampoco se sustenta cuando fundada en la simple afirmación de su necesidad, sin indicación de elementos fácticos que la ampare”.

decidir, no tiene sentido el mantenimiento de la restricción de la libertad del acusado con este fundamento⁸³⁸.

Debe advertirse que no se debe recurrir de inmediato a la prisión preventiva cuando aún existiera una alternativa para la obtención de la prueba. Siendo admisibles medidas alternativas para la obtención de la prueba criminal, inicialmente, debe hacerse uso de ellas para, solamente después, en el caso de haber resultado ineficaces, la opción sería la prisión preventiva⁸³⁹.

Esta hipótesis en la que fácilmente se puede identificar la naturaleza cautelar instrumental de la prisión preventiva, la fórmula legal adoptada por la LECrim española nuevamente se muestra muy superior a la que consta en el Código de Proceso Penal Brasileño, que simplemente indica ser admisible la prisión preventiva por “conveniencia de la instrucción criminal”.

A pesar de la identidad de objetivo, el legislador procesal español fue preciso al establecer expresamente que no se trata de cualquier especie de actividad del imputado en función de las pruebas que admite la medida, sino solamente en relación a aquellas relevantes para el enjuiciamiento y siempre y cuando exista un peligro fundado y concreto.

Cabe añadir que el legislador español se refiere a un criterio que modula el alcance de las situaciones en relación a las cuales se puede inferir el riesgo de destrucción probatoria, que es el de la capacidad del imputado

⁸³⁸ Cfr., por todas, HC nº 83.806, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. en 9 de marzo de 2004: “Si la custodia cautelar fue decretada con fundamento en la conveniencia de la instrucción criminal y esta ya se encuentra encerrada, no persistirá más la necesidad de la prisión preventiva”.

⁸³⁹ Es el caso del no comparencia del acusado para el reconocimiento personal. Nada impide que, antes de la prisión preventiva, se opte por la conducción coercitiva. No produciendo efecto esta medida, ahí si debería ser decretada la prisión preventiva.

para acceder, por sí o a través de terceros, a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, peritos o quienes pudieran serlo.

Además, el ordenamiento jurídico español también establece un criterio negativo para la evaluación de este riesgo. Se trata de la imposibilidad de que sea inferido del propio ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración en curso de la investigación, lo que se ajusta al derecho de no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable⁸⁴⁰.

El legislador brasileño, por su parte, erró dos veces. En primer lugar, porque, como ya fue resaltado, al referirse a esta finalidad de la prisión preventiva se refirió a la posibilidad de su adopción siempre que fuere “conveniente” para la instrucción criminal. En segundo lugar, al no establecer criterio alguno para valorización de este riesgo.

El resultado de este doble error es la existencia, al menos desde el punto de vista de los preceptos legales relativos a la prisión preventiva⁸⁴¹, de una puerta abierta para el uso de la medida con el fin de preservación de las fuentes de prueba en general, y no solamente de aquellas realmente importantes para el juicio, lo que es contrario al principio de proporcionalidad. Y lo que es más grave, una puerta abierta de par en par para el uso de este instrumento como consecuencia de la simple falta de colaboración del sospechoso o imputado con el esclarecimiento de los hechos, con lo que queda funcionando como un medio de presión contra el imputado,

⁸⁴⁰ Debe notarse que conforme la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, la consideración de que, interrogado, el acusado no haya demostrado interés por colaborar con la justicia, no constituye un fundamento idóneo para la prisión preventiva, ya que al investigado no le corresponde la obligación de cooperar con la averiguación de los hechos que puedan incriminarlo, función que es de los organismos estatales de la represión penal. Cfr., por todas, HC n° 79.781-4, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 18 de abril de 2000.

⁸⁴¹ Es decir, haciendo una lectura constitucional de la prisión preventiva y un análisis sistémico de la medida, se llega a la conclusión que no puede ser así utilizada. No obstante, del modo como está configurada legalmente, acaba facilitando su uso de modo indebido por el Poder Judicial.

vulnerando así el principio constitucional del derecho a no producir pruebas contra si mismo (art. 5º, inc. LVIII).

5.3.2.4 Garantía de aplicación de la ley penal

La última de las finalidades otorgadas por la legislación procesal penal a la prisión preventiva es la de “asegurar la aplicación de la ley penal”. Es la finalidad tradicional de la prisión preventiva.

No hay duda de que el peligro de fuga del acusado justifica la imposición de la cautela, evitando que se convierta en ilusoria la condena que se pueda dictar en el proceso principal. El riesgo de huída representa una tutela típicamente cautelar, pues busca resguardar la eficacia de la sentencia, que se convierta en inocua por imposibilidad de aplicación de la pena eventualmente impuesta.

La fuga del imputado o acusado, con la consecuente frustración de la pretensión punitiva, revela una situación de peligro de no aplicación de la ley penal. De hecho, con la fuga del agente, será imposible la ejecución de la pena que debería ser aplicada, de modo que no se entreve en esta hipótesis violación al principio de la presunción de inocencia, porque en dicha hipótesis no se parte de una equiparación entre la situación del acusado y del culpable (también el inocente puede huir para evitar una condena injusta) y, de cualquier modo, no se trata de una función esencialmente punitiva.

Comparando los tipos de cautela –conveniencia de la instrucción criminal y asegurar la aplicación de la ley penal–, se concluye que, mientras en la primera tenemos una providencia cautelar instrumental, en la última hay una cautela final. En otras palabras, mientras que la primera encuentra justificación más adecuada antes de la instrucción, o por lo menos al inicio de

ella, cuando lo que importa es la obtención y práctica de las pruebas, la segunda va adquiriendo razón en la medida en que son reunidos elementos capaces de autorizar la suposición de que el resultado del proceso será la imposición de una pena de prisión.

El peligro de fuga se revela, entre otras hipótesis, cuando el imputado se prepara para dejar su domicilio, deshaciéndose de los bienes muebles, demostrando la intención de abandonar el lugar de los hechos; cuando revela el deseo de emprender un viaje; cuando cambia su dirección sin previa comunicación a las autoridades encargadas de la persecución.

La falta de residencia fija, ocupación lícita, vínculo directo con el lugar de los hechos, son circunstancias que convierte en incierta la aplicación de la ley penal, justificando la custodia provisional. Como insiste TOURINHO FILHO, si el acusado se está deshaciendo de sus bienes de raíces injustificadamente, si “le es indiferente la vida errante de los perseguidos por los órganos de represión penal”, la medida se impone, a fin de asegurar la aplicación de la ley penal⁸⁴².

Puede observarse, no obstante, que también aquí no se admite la adopción de la medida extrema con base en una simple especulación, suposiciones o presunciones, en virtud de la situación económica del

⁸⁴² Cfr. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal...*, vol. III, ob. cit., p. 512.

imputado⁸⁴³, es decir, la medida debe fundarse en datos concretos de la realidad, bajo pena de configurarse totalmente arbitraria⁸⁴⁴.

Es inconcebible cualquier hipótesis de presunción de fuga, incluso porque es manifiestamente inconstitucional ante el principio de presunción de inocencia. Por ello, toda decisión que determine la prisión del imputado debe estar basada en un fundado temor, que jamás debe ser producto de ilusiones injustificadas. Se debe presentar un hecho claro, determinado, que justifique el recelo de evasión del acusado. La prisión preventiva basada en la seguridad de la aplicación de la ley penal sólo se justifica cuando el imputado da pruebas indudables de no querer someterse al probable resultado desfavorable del proceso.

Por otro lado, aunque, en principio, la fuga del agente sea motivo suficiente para la prisión, pueden desarrollarse situaciones excepcionales que justifiquen su evasión y que, por lo tanto, no autorizan la prisión preventiva.

⁸⁴³ A este propósito, decidió el Supremo Tribunal Federal que la buena o mala situación económica del acusado no basta por sí sola para fundamentar la prisión preventiva, que no puede basarse en meras presunciones. No es posible, ni la Constitución permitiría que fuese utilizada para eso, punir sin proceso, atendiendo a la gravedad del crimen imputado, del cual, entretanto, nadie será considerado culpable hasta la tramitación en juicio de la sentencia de condena (art. 5º, inc. LVII, CF). Motivar la prisión preventiva en la buena relación del acusado con personas de gran poder económico, que le testimonian la honorabilidad, es una paradoja que sugiere abuso de poder. Cfr. HC n° 86.758, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 2 de maio de 2006.

⁸⁴⁴ Según la jurisprudencia, el mero temor de fuga del sujeto, cuando no fue apuntado hecho concreto que justifique la real posibilidad de su ocurrencia, no legitima el decreto de prisión preventiva, pues la custodia cautelar no puede basarse en conjeturas, sino en la real necesidad de constrictión que justifique la excepcionalidad de la medida. Por tal razón, no constituye fundamento jurídicamente idóneo, por sí solo, para legitimar la privación cautelar de la libertad individual, el mero hecho del acusado disponer de facilidad de tránsito por el territorio nacional y el exterior, una vez que, sin la efectiva comprobación de que el acusado objetiva evadirse del país, se torna inadmisibles la imposición de su prisión preventiva. Por otro lado, no es solamente el poder de movilidad de tránsito por los territorios nacional o internacional lo que justifica la medida constrictiva, sino la demostración de que el acusado intenta promover su fuga del lugar de los hechos. Cfr., por todas, HC n° 71.289, rel. Min. Ilmar Galvão, j. en 9 de agosto de 1984.

En ese sentido, decidió el Supremo Tribunal Federal que una de las excusas razonables es el temor de ser agredido y hasta linchado por terceros o incluso cuando se aleja del lugar de los hechos para atender un familiar gravemente enfermo o para evitar una prisión ilegal⁸⁴⁵. Identificadas estas situaciones, no debe ser impuesta la prisión preventiva y, aun habiendo sido ella decretada, una vez justificada la acción del imputado, deberá ser levantada⁸⁴⁶.

Debe percibirse que esa circunstancia exige una evaluación más rigurosa en cuanto a los indicios suficientes de autoría, puesto que tiene en mira una probable aplicación de pena restrictiva de libertad, es decir, es la seguridad de la aplicación de la pena privativa de libertad la que justifica la medida.

De este modo, como la custodia cautelar tiene como objetivo alejar el riesgo fundado del agente de evadirse de la ejecución de la pena, solamente será pertinente la prisión preventiva en la hipótesis de ser posible un pronóstico de cumplimiento efectivo de pena privativa de libertad.

Así las cosas, siendo posible entrever que, en caso de condena, la pena a imponer será pecuniaria o no restrictiva de libertad, inadmisibles serán la adopción de la medida extrema bajo pena de grave ofensa al principio de

⁸⁴⁵ El Supremo Tribunal Federal entiende que el hecho de abandonar el distrito de la culpa para evitar la caracterización de la situación de flagrancia no justifica que se decrete su prisión preventiva. En el caso de que se trate de una persona sin antecedentes penales, con domicilio estable y con profesión definida, la fuga, cuando fuera motivada por el exclusivo propósito de evitar la prisión en flagrante, no autoriza que se decrete la custodia cautelar. Cfr. RHC n° 59.386, rel. Min. Soares Muñoz, j. en 3 de marzo de 1981. La Corte Suprema también viene entendiendo que es irrelevante la fuga del imputado del lugar de la culpa posibilitando impedir la prisión preventiva que considere ilegal, porque no le puede obligar a someterse a la prisión cuya legalidad pretende contestar. Cfr. HC n° 87.838-5, rel. Min. Cezar Peluzo, j. en 21 de marzo de 2006. En el mismo sentido, entre otras, HC n° 79.781, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 18 de abril de 2000; HC n° 81.148, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 19 de octubre de 2001; RHC n° 84.293, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 29 de junio de 2004.

⁸⁴⁶ Cfr. HC n° 85.453, rel. Min. Eros Grau, j. en 17 de mayo de 2005.

proporcionalidad. Lo mismo sucederá cuando se constate como posible la concesión de beneficios penales, tales como: la suspensión condicional de la pena por satisfacer el acusado los requisitos legales⁸⁴⁷; la conversión de la pena privativa de libertad en restrictiva de derecho⁸⁴⁸; el derecho de recurrir en libertad o aun cuando el quantum de la pena y las circunstancias personales permitan percibir que será fijado un régimen inicial abierto para el cumplimiento de la pena de prisión. En estos casos, por este motivo exclusivo –asegurar la aplicación de la ley penal– no será pertinente la adopción de la medida.

En conclusión, solamente será aceptable la adopción de la prisión preventiva para asegurar la aplicación de la ley penal si hubiere pronóstico de cumplimiento efectivo de pena privativa de libertad. Habiendo pronóstico fundado de la concesión de algunos de los referidos beneficios, y no existiendo otro motivo legal autónomo (garantía del orden público o conveniencia de la instrucción criminal por amenazas dirigidas a testigos, por ejemplo), la prisión preventiva no deberá ser adoptada. Esto es debido a que, salvo motivo independiente, no hay razón para una prisión preventiva si por lo que está no se llevará a cabo.

Es importante añadir que el hecho de que el imputado sea primario, tener buenos antecedentes y ejercer actividad profesional lícita, no excluye

⁸⁴⁷ De acuerdo con el artículo 77 del Código Penal Brasileño, la ejecución de la pena privativa de libertad, no superior a 2 (dos) años, podrá ser suspensa, por 2 (dos) a 4 (cuatro) años, siempre que: I - el condenado no sea reincidente en crimen doloso; II - la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y personalidad del agente, así como los motivos y las circunstancias autoricen la concesión del beneficio; III - No sea indicada o admisible la sustitución de la pena privativa de libertad por restrictiva de derecho.

⁸⁴⁸ Según el artículo 44 del Código Penal Brasileño que las penas restrictivas de derechos son autónomas y substituyen las privativas de libertad, cuando: I - aplicada pena privativa de libertad no superior a cuatro años y el crimen no fuere cometido con violencia o grave amenaza a la persona o, cualquiera que sea la pena aplicada, si el crimen fuere culposo; II - el imputado no fuere reincidente en crimen doloso; III - la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del condenado, así como los motivos y las circunstancias indicaren que esa sustitución sea suficiente.

por si sólo, la posibilidad jurídica de la prisión preventiva, pues los fundamentos que la autorizan –garantía del orden público o del orden económico, conveniencia de la instrucción criminal, o la necesidad de asegurar la aplicación de la ley penal–, no son neutralizados por la existencia de aquellos factores de orden personal, principalmente cuando la decisión que ordena la privación cautelar de la libertad individual encuentra soporte idóneo en elementos concretos y reales que se ajustan a los presupuestos abstractos definidos en sede legal y que demuestran que la permanencia en libertad del supuesto autor del delito podrá frustrar el logro de aquellos objetivos⁸⁴⁹.

Las doctrinas española y brasileña coinciden en lo que respecta a la legitimidad de la prisión preventiva que tiene por objetivo evitar el riesgo de fuga, garantizando la presencia o disponibilidad física del imputado durante el transcurso del proceso criminal⁸⁵⁰, así como la eventual ejecución de la sentencia, siendo este el fundamento que menos controversia suscita, tomando en cuenta su naturaleza esencialmente cautelar.

Al paso que el legislador español, a través de la LO 13/2006, suplió una deficiencia hasta entonces existente en su legislación, esclareciendo cuales son las circunstancias que pueden servir de base para la valoración de este riesgo de fuga, por el contrario, el ordenamiento jurídico brasileño, sin embargo, no hace alusión alguna a las mismas, mencionando apenas de

⁸⁴⁹ En este sentido, entre otras, vid. RHC nº 97.928, rel. Min. Eros Grau, j. en 9 de junio de 2009; HC nº 96.008, rel. Min. Eros Grau, j. en 2 de diciembre de 2008; HC nº 95.602, rel. Min. Eros Grau, j. en 16 de septiembre de 2008; HC nº 124.170, rel. Min. Arnaldo Esteves, j. en 23 de febrero de 2010; HC nº 90.980, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 17 de junio de 2010; RHC nº 25.416, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 22 de junio de 2010; HC nº 145.143, rel. Min. Felix Fischer, j. en 12 de agosto de 2010; HC nº 168.755, rel. Min. Felix Fischer, j. en 19 de agosto de 2010; HC nº 172.611, rel. Min. Napoleão Nunes Maia, j. en 2 de septiembre de 2010.

⁸⁵⁰ Ahora bien, resulta esencial matizar que, en Brasil, el acusado podrá ser juzgado aún cuando no esté presente.

modo genérico que uno de los motivos de la prisión preventiva puede ser el de “asegurar la aplicación de la ley penal”. Nada más.

En efecto, para evaluar la existencia y el grado del riesgo de fuga el legislador español señaló una serie de pautas: la naturaleza del hecho; la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado; la situación familiar, laboral y económica de éste; y la inminencia de la celebración del juicio oral, especialmente si se trata de un procedimiento para el enjuiciamiento rápido. Además, procederá acordar por esta causa la prisión provisional cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieren sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores.

Al no establecer criterio alguno para la valorización del riesgo de fuga, el Código de Proceso Penal Brasileño abre espacio para interpretaciones amplias y contrarias a la perspectiva democrática del derecho procesal penal, permitiendo un exagerado subjetivismo del juez, que acaba considerando representativas del riesgo de fuga situaciones que no siempre son realmente probatorias de este riesgo. Es cierto que por el análisis de la motivación de la decisión será posible identificar si hay correspondencia entre la situación fáctica y el riesgo que se pretende conjurar y, por consiguiente, si la prisión preventiva está siendo correctamente manejada. No obstante, es igualmente cierto que la ausencia de criterios claros y precisos para la estimación del riesgo de fuga facilita el arbitrio judicial, permitiendo que, en la práctica judicial, la prisión preventiva desobedezca los criterios de la excepcionalidad y proporcionalidad.

5.4 Las hipótesis de admisibilidad

Ya estando presentes tanto la prueba de la existencia del crimen como indicios suficientes de autoría, siendo la constricción de la libertad necesaria para garantizar el orden público, el orden económico, la conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley penal, según la ley procesal penal, todavía será preciso averiguar si la infracción penal permite la prisión preventiva, puesto que la providencia extrema tiene su campo de incidencia restringida en función de la naturaleza de la infracción penal y cualidad de la sanción.

Así, según el artículo 313 del Código de Proceso Penal Brasileño, es inadmisibile la imposición de la prisión preventiva en delitos culposos o simples contravenciones penales. La exclusión es lógica, en la medida que atiende a la proporcionalidad de la pena final en estas hipótesis, casi siempre no sujetas a privativa de libertad.

En relación a las contravenciones o faltas penales, nótese que el Código de Proceso Penal Brasileño, en todo el capítulo de la prisión preventiva, utiliza siempre la palabra “crimen”, sin mencionar jamás el vocablo infracción penal o cualquier expresión genérica comprensiva de crímenes y contravenciones⁸⁵¹. Siendo así, como se trata de normas que restringen bienes jurídicos y, más que esto, de carácter excepcional, la interpretación tiene que ser restringida y, en esas condiciones, solamente el crimen admite la adopción de la prisión preventiva.

⁸⁵¹ El Código Penal Brasileño adopta la división bipartida de las infracciones penales en crimen o delitos y contravenciones penales. La diferencia entre ellos es meramente cuantitativa (gravedad de la conducta y de la pena). Los crímenes o delitos son castigados con penas privativas de libertad, restrictiva de derechos y multa. Las contravenciones penales, por su parte, son sancionadas con prisión o multa, y están previstas en el Decretoley nº 3.688/41, de 3 de octubre. Son infracciones penales de menor potencial ofensivo.

Y esto es lógico, ya que el principio de la proporcionalidad impide que se decrete la prisión preventiva cuando la medida se presente más dura que la futura pena a ser aplicada, lo que sucede en todos los casos de infracciones culposas⁸⁵² o contravenciones penales.

Es posible verificar que, a pesar de que no haya ninguna referencia al principio de la proporcionalidad, el propio Código de Proceso Penal, al establecer las hipótesis de admisibilidad de la prisión preventiva, no descuidó completamente esa preocupación.

En el caso de delitos culposos y contravenciones penales el legislador partió del razonamiento lógicamente justificado de que, aunque haya condena, al acusado no le será impuesta sanción privativa de libertad en función de las diversas alternativas de sanciones previstas, llamadas penas alternativas⁸⁵³. En estos casos, como es fácil de percibir, la adopción de la prisión preventiva representaría una medida más grave que aquella resultante de una posible condena, convirtiéndose en una evidente ofensa al principio de proporcionalidad que, como ya fue destacado en este estudio, es la medida de su legitimación, su *ratio essendi*.

Por lo tanto, según la legislación procesal penal, la aplicación de la medida coercitiva no es pertinente para toda y cualquier infracción penal. No tendría sentido alguno admitir la prisión preventiva cualquiera que fuese la infracción penal, incluso para las no sancionadas con pena privativa de libertad.

⁸⁵² Se habla de crimen culposo cuando el agente dio causa al resultado por imprudencia, negligencia o falta de pericia (art. 18, inc. II, del Código Penal).

⁸⁵³ Penas alternativas son todas las sanciones diversas y menos graves que la pérdida de la libertad. Son ejemplos de penas alternativas las penas restrictivas de derecho, multa, suspensión para obtener el permiso o licencia para conducir vehículo automotor, suspensión de actividades, prohibición de contratar con el poder público, prohibición de recibir incentivos fiscales, prohibición de participar en licitaciones.

Por esta razón, fue reservada especialmente para los crímenes más graves, castigados con reclusión⁸⁵⁴. De esta forma, como regla general, tampoco debe ser admitida para todos los delitos castigados con detención, puesto que en algunos de estos casos las penas impuestas son leves, con posibilidad de ser sustituidas por penas alternativas, lo que transforma la prisión preventiva en una medida excesiva.

Es importante observar, sin embargo, que aun en los casos en los que la pena es de reclusión, podrá no ser apropiada la prisión preventiva. Lo que sucede es que con la reducción de la posibilidad de imposición de la pena privativa de libertad en función de la previsión de penas alternativas para condenas de hasta cuatro años, en los casos de crímenes practicados sin violencia o grave amenaza (Ley n° 9.714/98) y la previsión de institutos descriminalizadores (Leyes n° 9.099/95, 10.259/01 y 11.313/06)⁸⁵⁵, como la composición, transacción y suspensión condicional del proceso⁸⁵⁶, es posible que el crimen, aunque penalizado con reclusión, no admita la prisión preventiva. Esto es debido a que en la ponderación judicial a realizar, a propósito de la adopción de la prisión preventiva, además del examen

⁸⁵⁴ En el derecho penal brasileño hay dos especies diferentes de penas privativas de libertad: reclusión y detención. La pena de reclusión es la más severa de todas y, por eso mismo, reservada para los delitos más graves, como estupro, peculado, homicidio, robo, secuestro, etc., mientras que la pena de detención está prevista para delitos menos expresivos. La diferencia entre ellas se manifiesta principalmente en función de la forma de cumplimiento de la pena. La pena de reclusión debe ser cumplida en régimen cerrado, semiabierto y abierto, dependiendo de su quantum. Ya la pena de detención solamente puede ser cumplida en régimen semiabierto y abierto (art. 33 del Código Penal Brasileño).

⁸⁵⁵ En las hipótesis de infracciones penales de menor potencial ofensivo, así consideradas las contravenciones penales y los crímenes a los cuales la ley prescribe pena máxima no superior a 2 (dos) años, acumulada o no con multa, las Leyes n°s. 9.099/95, 10.259/01 y 11.313/06, prevén la extinción de la punibilidad a través de un acuerdo judicial entre la víctima y el autor del hecho (composición), o entre el autor del hecho y el Ministerio Público (transacción).

⁸⁵⁶ De acuerdo con el artículo 89 de la Ley n° 9.099/95, de 26 de septiembre, en los crímenes en que la pena mínima prescrita fuere igual o inferior a un año, el Ministerio Público, al ofrecer la denuncia, podrá proponer la suspensión del proceso, por dos a cuatro años, siempre y cuando el acusado no esté siendo procesado o no haya sido condenado por otro crimen, presentes los demás requisitos que autorizarían la suspensión condicional de la pena.

abstracto de su pertinencia, deberá ser considerada la naturaleza del crimen y la efectiva viabilidad de imposición de la sanción privativa de libertad.

Observemos que para las llamadas infracciones penales de menor potencial ofensivo, así considerados los crímenes cuya pena máxima no supera los dos años (Leyes n° 9.099/95, 10.259/01 y 11.313/06), la legislación estableció institutos que permiten evitar el propio proceso criminal, tales como la composición y la transacción, así como también impidió la propia prisión en los supuestos de flagrancia, estableciendo que no sería necesaria en caso de que el sujeto se comprometiera a comparecer en el Juzgado Especial Criminal, sin elaborar el auto de prisión en flagrante, ni siendo posible la imposición de fianza. En todas estas hipótesis, incluso para los crímenes que prevean pena de reclusión, la prisión preventiva puede revelarse desproporcionada, constituyéndose en una medida inmensamente más drástica que aquella que, al final, podrá ser impuesta, debiendo por tanto ser repelida.

También en los casos en que se presente apropiada la suspensión condicional del proceso, prevista en el artículo 89 de la Ley n° 9.099/95, a pesar de la eventual previsión de pena de reclusión para el crimen cometido, no se debe admitir la prisión preventiva. Si es posible la suspensión del propio proceso criminal, no se debe admitir el encarcelamiento provisional.

Ahora bien, a pesar de haber sido reservada especialmente para los crímenes sancionados con reclusión, la prisión preventiva no fue totalmente descartada por el legislador para los delitos que prevén pena de detención⁸⁵⁷. La ley prevé esta posibilidad. Pero, en estos casos, justamente porque tratándose de infracciones penales de menor potencialidad lesiva, fue admitida solamente con carácter excepcionalísimo por el legislador.

⁸⁵⁷ Recordemos que detención es una especie de pena prevista en el derecho penal brasileño, con la que se castiga aquel que comete un delito de menor gravedad. Por lo tanto, no se confunde con la detención prevista en los artículos 489 a 501 de la LECrim.

En los delitos castigados con detención, el legislador permitió la adopción de la prisión preventiva cuando se trate de un acusado vago o, habiendo duda sobre su identidad, no presente elementos que puedan esclarecerla. Por fin, también admitió la medida en la hipótesis de que se trate de imputado o acusado ya condenado por otro delito doloso, por sentencia penal pasada en juzgado, siempre que no se haya sobrepasado el plazo depurador de la reincidencia⁸⁵⁸ (art. 313, incs. II e III, del Código de Proceso Penal).

La validez de la prisión preventiva en los casos de delitos castigados con detención, usando la justificativa de ser el acusado un vago se nos presenta como totalmente disparatado.

Al mismo tiempo que actuó con acierto el legislador al vetar, como regla general, la prisión preventiva en los delitos castigados con detención, obedeciendo al principio de proporcionalidad, puesto que constituyen infracciones penales de baja potencialidad lesiva, consagró una absurda discriminación al convertirla en admisible en estas infracciones en el caso de que el acusado sea considerado “vago”⁸⁵⁹, circunstancia que también

⁸⁵⁸ Según lo dispone el artículo 63 del Código Penal Brasileño, se verifica la reincidencia cuando el agente comete un nuevo crimen, después de tramitar en juicio la sentencia que, en el país o en el extranjero, lo haya condenado por crimen anterior. Para efecto de reincidencia, sin embargo, no prevalece la condena anterior, si entre la fecha de cumplimiento o extinción de la pena y la infracción posterior hubiere transcurrido un periodo de tiempo superior a 5 (cinco) años, computado el periodo de prueba de la suspensión o del libramiento condicional, sin darse el encarcelamiento. Tampoco son considerados los crímenes militares propios y políticos (art. 64, incs. I y II, del CP).

⁸⁵⁹ Inicialmente, nótese que para la definición de “vago” siempre fue necesario recurrir al artículo 59 de la Ley de las Contravenciones Penales (Decreto Ley nº 3.688, de octubre de 1941), que así considera a aquél que se entrega habitualmente en la ociosidad, siendo apto para el trabajo, sin tener ingresos que le garanticen medios suficientes de subsistencia, es decir, cuando el imputado o acusado, aun pudiendo y teniendo oportunidades, insista en la ociosidad, evitando el trabajo, es legalmente considerado como “vago”.

consideró apta para prohibir la concesión de fianza (art. 323, inc. II, del Código de Proceso Penal).

Hoy en día no se puede, en modo alguno, admitir siquiera la negativa de la fianza por haber pruebas de la ociosidad del agente, y mucho menos que la circunstancia sea apta, por sí sola, para autorizar la prisión provisional, incluso porque, si la ley parte del supuesto de que aquél que no trabaja (el tal vago) debe dedicarse a la práctica de la actividad criminal, una prisión que lleve en cuenta tal motivación partirá de un juicio de pura abstracción, con consecuencias típicas de anticipación de culpabilidad⁸⁶⁰.

Al respecto, aclara RANGEL que, en un país como Brasil, tal norma no tiene más utilidad social, es decir, no hay más legitimidad para el Estado de decir quien es o no vago⁸⁶¹. Incluso porque, de lo contrario, la masa de desempleados existente en nuestro país podría ser considerada vaga, viabilizándose la prisión preventiva incluso ante la práctica de infracciones penales de menor gravedad.

En verdad, pensamos que se trata de un precepto legal que no puede ser aplicado ante el principio de igualdad y dignidad de la persona humana, inscrito en la Constitución de 1988, ya que la ley parte de un presupuesto nítidamente discriminatorio.

En efecto, un país que tiene como valor fundamental la dignidad de la persona humana (art. 1º, inc. III de la Constitución Federal) y que tiene millones de ciudadanos sufriendo los efectos marginalizantes del desempleo no puede punir a una persona por “vago”, tomando en cuenta la

⁸⁶⁰ En la misma dirección, vid. OLIVEIRA ROCHA, Luiz Otávio de y GARCIA BAZ Marco Antonio. *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*, 2ª ed., Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 45.

⁸⁶¹ Cfr. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 434.

imposibilidad de saber si el sujeto se entrega habitualmente a la ociosidad porque no tiene interés en trabajar o si es tan sólo una más de las víctimas del desempleo provocado por el sistema capitalista salvaje en el que vivimos.

Obsérvese que “vago”, en el concepto legal, es el sujeto que voluntariamente vive ocioso, es decir, aquél que precisa y puede trabajar y no lo hace o aquel que vive de una ocupación ilícita. La ley no considera vago a quien no trabaja porque no lo precisa, por tener rentas que le aseguren la subsistencia. El rico, desocupado, indolente, holgazán, es moralmente censurable, pero por el contrario está exento de la reprobación de la ley penal.

A ello se añade que, el veto de la concesión de fianza en función de la práctica de contravención penal del artículo 59 de la Ley de las Contravenciones Penales y consecuentemente de la existencia de la prueba de que el acusado es un vago, desde la edición de la Ley de los Juzgados Especiales Criminales (Ley nº 9.099/95), no podrían subsistir más, puesto que a partir de entonces la referida infracción penal ni siquiera autoriza la prisión en flagrante o la exigencia de fianza⁸⁶².

En efecto, dispone el artículo 69, párrafo único, de la Ley nº 9.099/95, que “Al autor de hecho que fuera inmediatamente encaminado al juzgado o asumir el compromiso de presentarse en él, no se admitirá la prisión en los supuestos de flagrancia, ni se exigirá fianza”.

De lo expuesto, es forzoso convenir que, a pesar de que el agente pueda incluirse en la definición legal prevista en el artículo 59 de la Ley de las Contravenciones Penales, como se trata de infracción penal de menor potencial ofensivo (art. 61 de la Ley nº 9.099/95), en relación a la cual no se

⁸⁶² A pesar de esto, defienden la posibilidad de la prisión preventiva incluso en estos casos: PRADO, Geraldo y CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. *Lei dos juizados especiais criminais*, 3ª ed., Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 102.

podría imponer prisión en flagrante ni exigírsele fianza (art. 69, párrafo único, Ley n° 9.099/95), es inadmisibile la adopción de la prisión preventiva por redundar en un enfrentamiento directo con el principio de la proporcionalidad que, legitimándose en los valores de la Justicia, establece un criterio valorativo de orden constitucional de las restricciones de derechos, propiciando un direccionamiento de la actividad hermenéutica en el combate contra las arbitrariedades⁸⁶³.

Admite el legislador, de igual manera, la prisión preventiva en crimen doloso, cualquiera que sea la pena (reclusión o detención) si el imputado o acusado hubiera sido condenado por otro crimen doloso, con sentencia firme (art. 313, inc. III, del Código de Proceso Penal).

Trata el inciso III del artículo 313 del Código de Proceso Penal Brasileño sobre el reincidente en crímenes dolosos. En esta hipótesis, siempre que el imputado o acusado haya sido condenado, definitivamente, por crimen doloso, cometiendo otro delito de la misma o de naturaleza diversa, la prisión preventiva podrá ser adoptada. Según el artículo 63 del Código Penal, se considera reincidente aquel que vuelve a cometer otro delito, después de ya haber sido condenado, definitivamente, en Brasil o en el exterior, por delito anterior.

En el caso previsto en este artículo, solamente se toma en cuenta para la adopción de la prisión preventiva al reincidente en crimen doloso (condenado antes por crimen doloso, vuelve a practicar crimen igualmente doloso), dejándose de lado al reincidente en crimen culposo o aquel que ya fue condenado por delito doloso, pero vuelve a practicar crimen culposo, pues, a pesar de ser reincidente, no se toma en consideración para los fines de la prisión preventiva.

⁸⁶³ Al respecto del tema, vid. SOUZA NETTO, José Laurindo, ob. cit., p. 423.

El precepto legal hace excepción, sólo con la hipótesis de prescripción de la reincidencia. En efecto, establece el artículo 64, inc. I, del Código Penal Brasileño que para efecto de reincidencia no prevalece la condena anterior, si entre la fecha de cumplimiento o extinción de la pena y la infracción posterior hubiera transcurrido un periodo de tiempo superior a cinco años, computado el período de prueba de la suspensión o del libramiento condicional, sino acontece la revocación.

La Ley nº 11.340/2006, que buscó crear mecanismos para cohibir y prevenir la violencia doméstica y familiar contra la mujer, agregó en el artículo 313 del Código de Proceso Penal Brasileño el inciso VI, que dispone “si el crimen involviere violencia doméstica y familiar contra la mujer, en los términos de la ley específica, para garantizar la ejecución de las medidas de protección urgentes”.

Una lectura apresurada del texto legal sugiere que es posible decretar la prisión preventiva, cualquiera que sea el delito, aunque sancionado con detención, siendo suficiente que estén presentes el *fumus comissi delicti* (indicios de la autoría y prueba de la existencia del crimen) y que la prisión sea necesaria para garantizar la ejecución de las medidas protectoras de urgencia.

Estamos totalmente en desacuerdo con este planteamiento. Un análisis más profundo del texto legal demuestra que no es este el entendimiento que debe prevalecer.

Inicialmente, hemos de destacar que, con respecto a las medidas protectoras de urgencia, podrá el juez encaminar a la ofendida y a sus dependientes a algún programa oficial o comunitario de protección o de atención; determinar la reconducción de la ofendida y de sus dependientes al

respectivo domicilio, después del alejamiento del agresor; determinar el alejamiento de la ofendida del hogar, sin perjuicio de los derechos relativos a sus bienes, custodia de los hijos y alimentos y determinar la separación de cuerpos. Esas medidas corresponden a las necesidades reales para garantizar la integridad física, psicológica y patrimonial de la víctima y de sus dependientes.

En relación al agresor, constatada la práctica de violencia doméstica y familiar contra la mujer, en los términos de la Ley, el juez podrá aplicar, de inmediato, al agresor, en conjunto o separadamente, las siguientes medidas protectoras de urgencia: suspensión de la posesión o restricción del porte de armas, con comunicación al órgano competente, términos de la Ley nº 10.826/2003, de 22 de diciembre⁸⁶⁴; alejamiento del hogar, domicilio o lugar de convivencia con la ofendida; prohibición de determinadas conductas, entre las cuales están: a) aproximación de la ofendida, de sus familiares y de los testigos, fijando el límite mínimo de distancia entre estos y el agresor; b) contacto con la ofendida, sus familiares y testigos por cualquier medio de comunicación; c) visita a determinados lugares con el fin de preservar la integridad física y psicológica de la ofendida; restricción o suspensión de visitas a los dependientes menores, oído el equipo de atendimento multidisciplinar o servicio similar; prestación de alimentos provisionales (art. 22 de la Ley nº 11.340/06).

Para garantizar la ejecución de estas medidas protectoras de urgencia, previstas en los artículos 18 y siguientes de la “Ley Maria de La Penha”, se estableció la posibilidad de prisión preventiva, que puede ser decretada por iniciativa del juez, por requerimiento del Ministério Público o mediante representación de la autoridad policial (art. 20). Sin embargo, la innovación es redundante, inútil y demagógica.

⁸⁶⁴ La ley nº 10.826/2003, de 22 de diciembre, dispone sobre el registro, posesión y comercialización de armas de fuego y munición.

No tendría necesidad el legislador de crear un nuevo inciso para admitir la prisión preventiva en los casos de violencia doméstica o familiar contra la mujer. Lo dispuesto en el artículo 313 del Código de Proceso Penal Brasileño ya era suficiente para admitir la prisión preventiva, siempre que sea necesaria.

Como insistimos, la prisión preventiva debe ser adoptada con extrema cautela. Aunque la infracción penal envuelva violencia doméstica contra la mujer, no tendrá sentido el decretarse la medida de modo automático.

Por más noble que haya sido la intención de proteger a la mujer que sufre la violencia doméstica, la disciplina legal adoptada fue pésima, incluso da la falsa impresión de que la prisión preventiva en estos casos dejaría de lado a cualquiera de las hipótesis previstas en artículo 312 del Código de Proceso Penal Brasileño (garantía del orden público, conveniencia de la instrucción criminal y asegurar la aplicación de la ley penal), lo que no es verdad.

Solamente se puede decretar la prisión preventiva si los requisitos del artículo 312 del Código de Proceso Penal Brasileño estuvieran presentes. Por eso es fundamental que el juez actúe con bastante cautela. Aunque la infracción penal tenga presente el desarrollo de una violencia doméstica contra la mujer, será preciso evaluar la proporcionalidad de la medida, ya que si para una tentativa de homicidio es evidente su pertinencia, no se puede decir lo mismo cuando se trate de una simple calumnia, difamación o injuria, aunque el agente haya desobedecido la prohibición de contacto con la ofendida. La prisión preventiva no puede ser una medida derivada del contexto doméstico o familiar en que ocurrió el delito, salvo en el caso, como ya hemos mencionado, de que fueran cumplidos los requisitos del artículo 312 del Código de Proceso Penal Brasileño.

Es preciso, por tanto, que el artículo 313, inciso IV, del Código de Proceso Penal Brasileño sea interpretado de modo sistemático, alejando la posibilidad de adopción de la prisión preventiva de modo genérico. Solamente cuando estén presentes los requisitos del artículo 312 del Código de Proceso Penal, aun cuando se trate de delito sancionado con detención, será procedente la prisión preventiva en los casos de violencia doméstica, y siempre que ésta pretenda garantizar la ejecución de las medidas de protección urgentes⁸⁶⁵.

El Tribunal Superior de Justicia, analizando la materia, decidió que, a pesar de que el artículo 313, inciso IV, del Código de Proceso Penal, por la redacción de la Ley nº 11.340/2006, admita la adopción de la prisión preventiva en los delitos dolosos que contengan violencia doméstica y

⁸⁶⁵ Cfr. HC nº 109.674, rel. Min. Og Fernandes, j. en 6 de noviembre de 2008: “La prisión cautelar, así entendida, aquella que antecede a la condena, sólo puede ser impuesta si evidenciada la necesidad de la rigurosa providencia. En la hipótesis, la decisión que decretó la custodia del sujeto no se justifica simplemente por el no cumplimiento de la medida protectora anteriormente impuesta, sino también porque basada en la posibilidad concreta de ofensa física a la víctima. Ante la presencia de los requisitos del artículo 312 del Código de Proceso Penal e, en especial, de la necesidad de asegurar la aplicación de las medidas protectoras declaradas por la “Ley Maria de La Penha”, la prisión cautelar del agresor es medida que se impone”. En este mismo sentido, vid. HC nº 132.379, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 26 de mayo de 2009: “1. Es legal el decreto de prisión preventiva que, empezando por la singularidad del caso concreto, asevera la necesidad de protección de la integridad, sobre todo física, de las víctimas, las cuales, como consta en los autos, corren riesgo de sufrir nuevas ofensas físicas, considerando el historial del acusado. 2. No obstante, los crímenes por los cuales responde el acusado sean castigados con detención, el propio ordenamiento jurídico –artículo 313, inciso IV, del Código de Proceso Penal, con la redacción dada por la Ley nº 11.340/2006– prevé la posibilidad de que se decrete la prisión preventiva en esas hipótesis, en circunstancias especiales, con miras de garantizar la ejecución de medidas protectoras de urgencia”. Aún en la misma dirección, vid. HC nº 101.377, rel. Min. Jane Silva, j. en 17 de junio de 2008: “1. Aquél que es preso por policías en frente de la casa de la víctima, después de la noticia de que transitaba por el lugar profiriendo amenazas de muerte, se encuentra en estado de flagrancia. (Inteligencia del artículo 302 del CPP). 2. Antes que la condena sea firme, la medida protectora derivada de la “Ley Maria de La Penha”, impuesta para la protección de la víctima por decisión judicial, estando en vigor, obligatoriamente, debe ser cumplida. 3. La amenaza de muerte a la ex-esposa, después de haber respondido a proceso criminal por el mismo motivo, constituye reiteración criminal y caracteriza la necesidad de garantizar la instrucción criminal con soporte en datos concretos de los autos. 4. La posibilidad real del sujeto de cumplir las amenazas de muerte hechas a su ex-esposa basta como fundamento para su prisión, sobre todo ante la disciplina protectora de la “Ley Maria de La Penha”, que busca la protección de la salud mental y física de la mujer”.

familiar contra la mujer, para garantizar la ejecución de medidas de protección urgentes, la adopción de esa providencia está condicionada por el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 312 del Código de Proceso Penal Brasileño. Es imprescindible que se demuestre, con explícito y concreto fundamento, la necesidad de la imposición de la custodia con el fin de garantizar el orden público, el orden económico, por conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley penal, sin todo lo cual no se muestra razonable la privación de libertad, aunque no se hayan cumplido las medidas protectoras de urgencia, notoriamente y tratándose de delitos castigados con pena de detención⁸⁶⁶.

En otros términos, en nuestra opinión, el legislador no creó un nuevo caso de prisión preventiva, es decir, un nuevo *periculum libertatis*, permitiendo la adopción de la prisión preventiva en los casos de violencia doméstica como forma de garantizar la ejecución de medidas protectoras de urgencia, cualquiera que sea el caso. Por lo tanto, se debe condicionar la nueva regla del artículo 312, inciso IV, del Código de Proceso Penal Brasileño a los requisitos de la prisión preventiva tales como: garantía del orden público o económico; conveniencia de la instrucción criminal; garantía de la futura aplicación de la ley penal; prueba de la existencia del crimen e indicio suficiente de su autoría.

Son estas las hipótesis de admisibilidad de la prisión preventiva en el ordenamiento jurídico brasileño, lo que evidencia la falta de atención dada por el legislador a tan importante tema procesal.

Según se puede percibir, el legislador brasileño ni siquiera se preocupó por establecer expresamente un límite cuantitativo para la prisión preventiva. Para evitar su imposición en los casos en que la pena es leve, es

⁸⁶⁶ Cfr. HC nº 100.512, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 23 de junio de 2008.

preciso recurrir a los principios constitucionales, notoriamente al principio de la proporcionalidad y construir toda una interpretación que evite la utilización de la medida, pues no hay una regla clara, precisa, estipulando lo inadmisibles de la medida en casos en que la pena no alcance determinado quantum.

Es verdad que, de acuerdo con el artículo 313 del Código de Proceso Penal Brasileño, es posible excluir la adopción de la prisión preventiva en las contravenciones penales y en los delitos culposos. Sin embargo, fue solo eso. A partir de ahí, basta que se trate de un delito castigado con la pena de reclusión o detención para que sea posible hablar de la pertinencia de la prisión preventiva. Es decir, al hacerse una interpretación aislada de los preceptos legales que tratan sobre la materia, meramente gramatical, puede concluirse que en cualquier delito castigado con pena de reclusión o detención es plausible la prisión preventiva.

No hubo ninguna preocupación del legislador brasileño en los casos en que, a pesar de que el delito fuese sancionado con la pena de reclusión o detención, su quantum, por ejemplo, permitiese el acceso a medidas descriminalizadoras como la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad. Por lo tanto, equivocadamente, entendió el legislador como posible identificar el *periculum in mora* independientemente de la gravedad de la infracción penal, vulnerando de esta forma de modo flagrante el principio de la proporcionalidad.

No hay duda de que, en algunas hipótesis, debe ser posible recurrir a la prisión preventiva independientemente de la gravedad de la infracción penal. Y justamente por eso este límite penológico no puede ser absoluto, puesto que, en algunas situaciones, su previsión no es suficiente para atender a los fines que se pretende alcanzar con la prisión preventiva. Por estas razones, la ley debe prever excepciones, como lo hizo el legislador español a través de la LO 13/2006.

Lo que no puede ser admitido es la simple referencia de la ley a la necesidad de que se trate de una pena privativa de libertad, puesto que, haciéndolo así se permite la adopción de la medida extrema incluso en los casos de infracciones de baja lesividad social. Una vez más, con el fin de evitar el resultado dañino que esta situación acarrea, se hace necesario recurrir a los principios constitucionales para demostrar, caso a caso, la total improcedencia de la prisión preventiva en estas circunstancias. En otras palabras, entendemos que la falta de previsión de un límite penológico favorece e incentiva el mal uso de la prisión preventiva.

Al fin de cuentas, la previsión de un límite de pena que actúe como un presupuesto general de la prisión preventiva es una exigencia derivada de la excepcionalidad de la medida y de la necesidad de que haya proporcionalidad entre la medida cautelar y la pena a ser aplicada. Este quantum debe mantener relación de congruencia con las disposiciones del derecho penal y procesal penal.

En efecto, cuando en España la LO 13/2006 estableció en dos años el límite penológico de la prisión preventiva tomó en cuenta que, por un lado, menos que este quantum, la sociedad está dispuesta a renunciar a la ejecución de la pena privativa de libertad, ya que es posible la suspensión de su ejecución en los términos del artículo 81, 2º, del CP. Por otro lado, percibió que, hasta este límite, es posible celebrar el juicio en ausencia del imputado, de modo que no sería posible adoptar la medida con el pretexto de garantizar la presencia física del imputado en el juicio oral. Se percibe así, nítidamente, una preocupación del legislador español en la armonía de las diversas disposiciones legales.

En el caso de Brasil, ante la omisión del legislador, cabrá siempre al intérprete buscar esta armonización a partir de una interpretación

constitucional de los preceptos legales que tratan sobre la prisión preventiva. En ausencia de un límite legal expreso y, por consiguiente, de la ausencia de prohibición legal para la adopción de la prisión preventiva incluso en delitos de baja potencialidad lesiva, este umbral cuantitativo de pena tendrá que ser encontrado por el operador del derecho a través de la confrontación de los diversos preceptos penales y procesales penales que guardan relación con la medida. El mismo procedimiento debe ser realizado para establecer las excepciones a este límite.

5.5 Los límites temporales de la prisión preventiva

Ya resaltamos que, como el Estado aún no está legitimado para ejecutar una pena, la prisión antes de la sentencia penal de condena, por su carácter excepcional, limitador del fundamental derecho constitucional, tiene su existencia limitada en el tiempo, no pudiendo el sacrificio de la libertad personal quedar a su merced o en la dependencia de las contingencias procesales.

El derecho del encarcelado provisional de ser juzgado en el menor plazo posible fue previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7º, 5, 2ª y última parte), así como también por el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (art. 9º, 3, 2ª parte)⁸⁶⁷, siendo expresamente acogidos por la Constitución Federal que, en su artículo 5º, §2º, dispone: “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”.

⁸⁶⁷ Estos tratados internacionales fueron ratificados por Brasil a través de los Decretos n^{os} 592, de 6 de julio de 1992, y 678, de 6 de noviembre de 1992.

En 2004, la Enmienda Constitucional nº 45, agregó al artículo 5º de la Constitución Federal, el inciso LXXVIII, garantizando a todos, en el ámbito judicial y administrativo, la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación.

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable o de ser inmediatamente puesto en libertad es reconocido por prácticamente todas las naciones civilizadas. Sin embargo, algunos países como España, no se limitaron a reconocer este derecho de modo genérico⁸⁶⁸. Justamente en función de su subjetivismo y elasticidad, fueron más allá, prescribiendo en su Constitución que la ley debería necesariamente estipular plazos para la prisión provisional⁸⁶⁹.

Lamentablemente, no fue este el camino seguido por Brasil, cuya Constitución nada menciona al respecto de que la ley deba establecer plazos de duración de la prisión preventiva.

Lo más absurdo es que el propio Código de Proceso Penal haya guardado silencio completamente sobre la necesidad de que la prisión preventiva esté sometida a límites temporales.

⁸⁶⁸ Así mismo, en Brasil, este reconocimiento sólo ocurrió en 2004, a través de la Enmienda Constitucional nº 45, pues hasta entonces no había ni siquiera una norma genérica garantizando el derecho a un juicio en un plazo razonable.

⁸⁶⁹ El Tribunal Constitucional Español destacó que “de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el 17.4 se fijan plazos determinados, ya que el constituyente no se contentó con acudir a un concepto indeterminado como es el del plazo razonable al que se remiten los convenios internacionales en la materia ratificada por España, de conformidad con los cuales han de interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, según su artículo 10.2 (art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950)”. Cfr. STC 127/1984, de 26 de diciembre.

Por supuesto que esta omisión, de igual manera, no significa que, en Brasil, la prisión preventiva puede perdurar indefinidamente.

En función del reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona humana (art. 1º, inc. III), de la presunción de inocencia (art. 5º, inc. LVII), del derecho genérico a ser juzgado en plazo razonable (art. 5º, inc. LXXVIII), y de la incidencia del principio de la proporcionalidad, la prisión preventiva solamente podrá perdurar, siendo necesaria y presente todos sus presupuestos, durante un tiempo limitado, razonable, suficiente para la instrucción del hecho y decisión de la causa. El problema es que, en Brasil, no hay previsión legal al respecto de este plazo⁸⁷⁰. Se delegó, así, a la jurisprudencia la tarea de suplir aquella laguna.

En efecto, reconociendo la gravedad que representa toda restricción anticipada de la libertad, los Tribunales patrios establecieron que, tratándose de un acusado preso provisionalmente, el proceso penal debería estar concluido dentro del plazo de ochenta y un días. Este límite fue alcanzado a partir del computo de los plazos previstos legalmente para la práctica de diversos actos procesales, tales como: a) 10 (diez) días para la conclusión de la investigación policial; b) 5 (cinco) días para el ofrecimiento de denuncia; c) 3 (tres) días para la defensa previa; d) 20 (veinte) días para el octavo de los testigos de acusación; e) 2 (dos) días para los pedidos de diligencias y recopilación de documentos; f) 10 (diez) días para la decisión sobre los pedidos de diligencias; g) 6 (seis) días para las razones finales de las partes; h) 5 (cinco) días para las diligencias de oficio; i) 10 (diez) días para la sentencia, prorrogables por otros diez días cuando hubiera motivo justo.

⁸⁷⁰ Una única excepción en nuestra legislación se encuentra en la Ley nº 9.034/95, de 3 de mayo, que trata sobre las acciones practicadas por organizaciones criminales, que, en su artículo 8º, establece el plazo de 81 (ochenta y un) días para el cierre del proceso, cuando el acusado estuviera preso.

Estos plazos, contados en su totalidad, suman, así, 81 (ochenta y un) días hasta la decisión final⁸⁷¹.

En otros términos, por falta de una delimitación legal temporal de la prisión preventiva, fue objeto de la jurisprudencia el construir un plazo límite para la duración de la medida. Para ello, los Tribunales adoptaron como criterio la suma de los plazos establecidos en el Código de Proceso Penal para las diferentes etapas del procedimiento criminal, alcanzando el plazo de 81 días para la decisión final y, por consiguiente, para la duración máxima de la prisión preventiva.

El primer error del método adoptado, fue considerar que estos plazos legales, cuyo término *a quo* es la prisión del agente, no se consideran aislada⁸⁷², sino globadamente⁸⁷³, razón por la cual no se reconoce coacción ilegal alguna cuando aún no haya sido transpuesto su total.

Explicándolo mejor, fijando la jurisprudencia el entendimiento de que los plazos deben ser computados englobadamente, se pasó a permitir la manutención de la prisión, aunque superado determinado plazo procesal por

⁸⁷¹ Nótese que la Ley nº 11.719, de 20 de junio de 2008, modificó los ritos procedimentales, lo que implica en alteración de plazos procesales. A partir de entonces, los plazos procesales son los siguientes: a) 10 (diez) días para la conclusión de las investigaciones; b) 5 (cinco) días para el ofrecimiento de denuncia; c) 10 (diez) días para respuesta escrita; d) hasta 60 (sesenta días) para la audiencia de instrucción, a ser agregados al plazo de 24 (veinticuatro) horas para la decisión de recibimiento de la pieza acusatoria y, eventualmente, del plazo de prisión temporaria. Se llega así a un total de 86 (ochenta y seis) días.

⁸⁷² Tratándose de plazos específicos, es decir, estipulados para la práctica de actos procesales aislados, la ilegalidad por su superación debería ser reconocida cuando fuera verificado el exceso en relación en cualquiera de ellos, lo que es lo mismo, el recuento para la constatación del exceso debería ser hecho separada y no globadamente. En ese mismo sentido: NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 164; ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, ob. cit., p. 186; DELMANTO JÚNIOR, Roberto, ob. cit., p. 247.

⁸⁷³ Cfr. HC nº 3.170-9, rel. Min. Cid Fláquer Scartezini, j. en 6 de febrero de 1995; AR nº 1.732-3, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 1º de julio de 1999.

la acusación, durante la instrucción, ya que, teóricamente, sería posible la compensación del plazo entonces superado, en las etapas siguientes⁸⁷⁴.

Así mismo, en lo que se refiere al término final, se consolidó la jurisprudencia en el sentido de que los ochenta y un días deberían ser observados hasta el final de la instrucción criminal y no del desenlace del proceso, con la declaración de la sentencia final, es decir, una vez practicadas las pruebas, pasó a ser irrelevante el tiempo transcurrido hasta la sentencia.

En esta línea de pensamiento, la jurisprudencia estipuló que, en innumerables hipótesis, la prisión preventiva, incluso cuando ya hubiera sido superado el plazo de 81 (ochenta y un) días, no implicaría un constreñimiento ilegal. Entre ellas se pueden citar: la circunstancia de haber sido superada la fase de indagación a los testigos, con la apertura de la fase de diligencias o alegaciones finales y la finalización de la instrucción criminal⁸⁷⁵; la declaración de la decisión de pronunciamiento en el

⁸⁷⁴ Al respecto del tema, vid. PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio, ob. cit., p. 490.

⁸⁷⁵ Determina la Súmula 52 del STJ: "Cerrada la instrucción criminal, queda superada la alegación de constreñimiento por exceso de plazo". Al respecto, vid. HC nº 106.155, rel. Min. Maria Thereza de Assis, j. en 24 de agosto de 2009: "Ya habiendo sido concluida la instrucción criminal y presentadas las alegaciones finales por la acusación, pendiente apenas la adopción de la misma providencia por las defensas, incide el enunciado nº 52 de la Súmula del Superior Tribunal de Justicia". En esta dirección, vid. RHC nº 25.414, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 15 de septiembre de 2009: "Encontrándose el proceso concluido para sentencia, no se puede invocar el enunciado 52 de la Súmula de esta Corte Superior, según el cual terminada la instrucción criminal, queda superada la alegación de constreñimiento por exceso de plazo". Aún en el mismo sentido, vid. HC nº 138.034, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 22 de septiembre de 2009: "Concluida la instrucción criminal y encontrándose lo hecho en la fase de presentación de los memoriales, queda superado el pretendido constreñimiento ilegal por exceso de plazo (Precedentes/Súmula nº 52-STJ)". La misma posición puede ser verificada en el HC nº 128.549, rel. Min. Laurita Vaz, j. el 13 de agosto de 2009: "No subsiste el alegado constreñimiento ilegal por el exceso de plazo, puesto que los autos se encuentran concluidos para sentencia, lo que evidencia el fin de la instrucción. En ese contexto, está superado el eventual atraso en la conclusión de la instrucción criminal, aplicándose lo dispuesto en la Súmula nº 52 de esta Corte".

procedimiento del jurado⁸⁷⁶; la gravedad del hecho narrado en la denuncia y la complejidad de la causa⁸⁷⁷ o el retraso provocado por la defensa⁸⁷⁸.

Consideró así que la extrapolación de los plazos previstos para la realización de los actos procesales sería irrelevante una vez prevista cualquiera de las hipótesis señaladas.

⁸⁷⁶ Pronuncia es la decisión que juzga pertinente la acusación de crímenes dolosos contra la vida, sometiendo al acusado a jurado popular. De acuerdo con la Súmula 21 del STJ: "Pronunciado el imputado o acusado, queda superada la alegación de constreñimiento ilegal de la prisión por exceso de plazo en la instrucción". En el mismo sentido, vid. HC n° 142.044, rel. Min. Og Fernández, j. en 27 de octubre de 2009: "Con la superveniencia de la pronuncia, queda superado el señalado constreñimiento en virtud del exceso de plazo en la instrucción procesal. También en este sentido, vid. RHC n° 25.955, rel. Min. Felix Fischer, j. en 1 de septiembre de 2009: Pronunciado el acusado, resta superada la alegación de constreñimiento ilegal de la prisión por exceso de plazo en la instrucción (Súmula n° 21 del STJ e Precedentes)".

⁸⁷⁷ Cfr. HC n° 138.034, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 22 de septiembre de 2009. "No corresponde hablar en constreñimiento por exceso de plazo en la formación de la culpa cuando, además de evidenciada la complejidad de la acción penal, que cuenta con cinco enunciados y en el curso de la cual fue necesaria la expedición de cartas, se halla encerrada la instrucción, con apertura de vistas para presentación de las respectivas alegaciones finales (Súmula n° 52 del Superior Tribunal de Justicia)". En la misma dirección, vid. HC n° 120.108, rel. Min. Jane Silva, j. en 23 de junio de 2009: "Además, la complejidad del proceso, revelada por la necesidad de expedición de cartas para la citación e interrogatorio del acusado y para la indagación de varios testigos, justifica la necesidad de mayor prorrogación de plazo para la conclusión de la instrucción criminal, en virtud del principio de racionalidad. Precedentes". Vid. HC n° 99.889, rel. Min. Jane Silva, j. en 29 de abril de 2008: "El plazo para la conclusión del proceso no es absoluto, pudiendo ser dilatado en función de la complejidad del hecho, en atención al Principio de Proporcionalidad". Véase aún HC n° 22.813, rel. Min. Jorge Scartezini, j. en 8 de octubre de 2002: "La prisión preventiva es plenamente justificada en función de la extrema gravedad del hecho relacionado con la fuga del acusado y su propensión para el crimen. Por otro lado, la complejidad del hecho, así como la necesidad de expedición de cartas, justifican el exceso de plazo ocurrido".

⁸⁷⁸ De acuerdo con la Súmula 64 del STJ: "No constituye constreñimiento ilegal el exceso de plazo en la instrucción, provocado por la defensa". Este entendimiento fue confirmado en el HC n° 129.722, rel. Min. Og Fernandes, j. en 20 de octubre de 2009: "El exceso de plazo se justifica, en la hipótesis, una vez que la instrucción criminal viene siendo conducida sin irregularidades, quedando plenamente justificado el atraso, puesto que no fue provocado por el Juicio o por el Parquet, sino por la propia defensa. Incidencia del enunciado de la Súmula n° 64/STJ". En el mismo sentido, vid. HC n° 120.108, rel. Min. Jane Silva, j. en 23 de junio de 2009: "No constituye constreñimiento ilegal el exceso de plazo en la instrucción, provocado por la defensa (Súmula 64 del STJ)".

En verdad, la propia fórmula encontrada por la jurisprudencia para suplir la omisión legislativa, que consistía en la suma de los plazos procesales, acabó siendo distorsionada, revelándose totalmente incapaz de controlar la duración de la prisión preventiva. Al permitir la extrapolación de estos mismos plazos procesales y, por consiguiente, viabilizar la mantención de la prisión preventiva por plazos superiores a los legalmente previstos para el término del proceso, la jurisprudencia adoptó una posición autoritaria y obsoleta del proceso penal, aquella en la cual el Estado, en el ejercicio del poder punitivo, no encuentra límites para la restricción de la libertad del ciudadano, con una falta de respeto flagrante a múltiples de las garantías constitucionales.

La previsión legal del plazo máximo y perentorio para la duración de la custodia cautelar es una exigencia basada en los principios de la certeza jurídica y de la dignidad del ser humano. Y la actual arbitrariedad de las decisiones del Poder Judicial respecto a la definición del tiempo de prisión provisional, es totalmente incompatible con un Estado que se ampara en estos valores y que reconoce, como garantías constitucionales, los derechos a la legalidad estricta, a la libertad, a la presunción de inocencia y a ser juzgado en plazo razonable.

Lo más contradictorio, sin embargo, es que para justificar que la superación de estos plazos procesales no constituye ninguna ilegalidad y que la prisión preventiva puede ser mantenida a pesar de esto, se argumenta repetidamente que el plazo de la conclusión del proceso no puede resultar de la mera suma aritmética, siendo imprescindible el juicio de razonabilidad para definir el exceso de plazo. En esa línea, se pondera que el discurso judicial no es simple razonamiento de lógica formal y que el Código de Proceso Penal data del inicio de la década de 40. Se argumenta que, como la complejidad de la conclusión de las investigaciones policiales y la dificultad

de la instrucción del proceso son cada vez mayores, debe el intérprete adaptarse a esta realidad⁸⁷⁹.

En síntesis, el fundamento invocado por los Tribunales para justificar el excesivo plazo de la prisión cautelar ha sido el principio de proporcionalidad. Nada más equivocado.

Como ya fue mencionado, la proporcionalidad y la razonabilidad son instrumentos que viabilizan el logro de una decisión justa, sirviendo de parámetro y de medida limitadora siempre que lo que esté en juego sean restricciones a los Derechos Fundamentales.

Siendo la búsqueda de la decisión más justa el fundamento del criterio de lo razonable, que toma en cuenta valorizaciones inherentes a hechos concretos de la vida humana y que inspiran al orden jurídico, no podemos sostener que, en el ámbito del proceso penal, el interés represivo se sobreponga a la libertad y a la dignidad de la persona humana, principalmente ante los conocidos efectos devastadores de la prisión sobre la personalidad del ser humano, sea cual fuere su naturaleza (prisión-penal o prisión-cautelar).

En fin, resulta totalmente un sin sentido invocar el principio de proporcionalidad o la razonabilidad para justificar que la extrapolación de los plazos procesales no constituye constreñimiento ilegal, convirtiendo en legítima la permanencia de la prisión preventiva.

De la forma como viene siendo empleada en Brasil, en materia de prisión preventiva, como bien lo señaló DELMANTO JÚNIOR, la

⁸⁷⁹ Cfr., por todas, HC nº 2.049, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. en 26 de junio de 1992.

razonabilidad no es nada más que el empleo de un rezo vacío, que comienza y termina apenas cuando quien juzga lo crea conveniente⁸⁸⁰.

El método elaborado por la jurisprudencia para suplir la laguna legal ha sido completamente insatisfactorio para controlar la duración de la prisión preventiva, permitiendo que, en innumerables hipótesis, la medida se extienda por tiempo indeterminado⁸⁸¹.

Otro problema grave que compromete la fórmula adoptada por la jurisprudencia para suplir la laguna legal, se refiere al hecho de que los plazos previstos para la conclusión del procedimiento criminal fueron establecidos de forma vaga e imprecisa en el Código de Proceso Penal, existiendo, incluso, una serie de actos judiciales para los cuales ni siquiera hubo una previsión de plazo para su realización.

Además, en relación con la segunda instancia, por ejemplo, ni siquiera se piensa sobre la aplicación del criterio adoptado por la jurisprudencia para suplir la laguna en lo que respecta al plazo de duración de la prisión preventiva, justamente porque no existe plazo en la ley para la realización del enjuiciamiento de la causa.

El silencio del legislador que dejó de prever el plazo para el juicio del proceso en segunda instancia, acaba generando un total descontrol sobre la

⁸⁸⁰ Cfr. DELMANTO JÚNIOR, Roberto, ob. cit., p. 337.

⁸⁸¹ De entre las innumerables decisiones que revelan que la prisión preventiva ha perdurado por varios años, vid. HC n° 17.802, rel. Min. Vicente Leal, j. en 5 de noviembre de 2002 (más de dos años y nueve meses); HC n° 50.792, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 5 de diciembre de 2006 (más de dos años); HC n° 70.562, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 26 de mayo de 2009 (más de 3 años pronunciado); HC n° 86.157, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 19 de agosto de 2009 (más de tres años); HC n° 123.062, rel. Min. Felix Fischer, j. en 1º de septiembre de 2009 (más de siete años).

duración de la prisión preventiva y la injusticia de esta situación es fácilmente visible para cualquiera.

Esa falta de criterio legal para controlar la demora del juicio en las instancias superiores acaba dando margen a interpretaciones arbitrarias, no compatibles con el deber estatal de prestar jurisdicción de modo rápido y seguro. Por otra parte, la jurisprudencia brasileña⁸⁸² parece ignorar que el

⁸⁸² Véanse las siguientes resoluciones del Superior Tribunal de Justicia: HC nº 18.530, rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, j. en 5 de febrero de 2002; HC nº 19.434, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. en 19 de febrero de 2002; HC nº 33.164, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 7 de abril de 2005; HC nº 40.691, rel. Min. Felix Fischer, j. en 19 de mayo de 2005; HC nº 42.041, rel. Min. Felix Fischer, j. en 2 de junio de 2005; HC nº 36.844, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 14 de junio de 2005; HC nº 38.712, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 16 de junio de 2005; HC nº 38.630, rel. Min. Felix Fischer, j. en 21 de junio de 2005; HC nº 18.615, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. en 21 de junio de 2005; HC nº 47.251, rel. Min. Felix Fischer, j. en 2 de febrero de 2006; HC nº 38.565, rel. Min. Paulo Medina, j. en 7 de marzo de 2006, HC nº 49.713, rel. Min. Felix Fischer, j. en 7 de marzo de 2006; HC nº 42.707, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 14 de marzo de 2006; HC nº 47.168, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. en 14 de marzo de 2006; HC nº 44.134, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. en 14 de marzo de 2006; HC nº 47.945, rel. Min. Felix Fischer, j. en 4 de abril de 2006; HC nº 52.241, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. en 11 de abril de 2006; HC nº 48.110, rel. Min. Felix Fischer, j. en 20 de abril de 2006; HC nº 60.752, rel. Min. Felix Fischer, j. en 10 de octubre de 2006; HC nº 60.216, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 10 de octubre de 2006; HC nº 56.960, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 17 de octubre de 2006; HC nº 62.602, rel. Min. Felix Fischer, j. en 24 de octubre de 2006; HC nº 61.242, rel. Min. Felix Fischer, j. en 7 de noviembre de 2006; HC nº 65.276, rel. Min. Felix Fischer, j. en 7 de noviembre de 2006; HC nº 57.083, rel. Min. Felix Fischer, j. en 5 de diciembre de 2006; HC nº 55.526, rel. Min. Felix Fischer, j. en 5 de diciembre de 2006; HC nº 86.438, rel. Min. Felix Fischer, j. en 8 de noviembre de 2007; HC nº 81.005, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 20 de noviembre de 2007; HC nº 85.108, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 20 de noviembre de 2007; HC nº 83.204, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 20 de noviembre de 2007; HC nº 55.051, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 29 de noviembre de 2007; HC nº 86.031, rel. Min. Felix Fischer, j. en 4 de diciembre de 2007; HC nº 89175, rel. Min. Felix Fischer, j. en 11 de diciembre de 2007; HC nº 86.439, rel. Min. Felix Fischer, j. en 11 de diciembre de 2007; HC nº 66.007, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 11 de diciembre de 2007; HC nº 85.137, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 11 de diciembre de 2007; HC nº 52.858, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. en 21 de febrero de 2008; HC nº 92.730, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 11 de marzo de 2008; HC nº 99.515, rel. Min. Felix Fischer, j. en 15 de marzo de 2008; HC nº 92.388, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 17 de marzo de 2008; HC nº 98.181, rel. Min. Felix Fischer, j. en 1º de abril de 2008; HC nº 88.274, rel. Min. Felix Fischer, j. en 1º de abril de 2008; HC nº 87.357, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 3 de abril de 2008; HC nº 97.788, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 8 de abril de 2008; HC nº 98.995, rel. Min. Jane Silva, j. en 29 de abril de 2008; HC nº 91.713, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 8 de mayo de 2008; HC nº 97.631, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 20 de mayo de 2008; HC nº 88.809, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 26 de agosto de 2008; HC nº 52.741, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 7 de octubre de 2008; HC nº 111.056, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 16 de octubre de 2008; HC nº 78.643, rel. Min. Og Fernandes, j. en 21 de octubre de 2008; HC nº 88.573, Min. Laurita Vaz, j. en 21 de octubre de 2008; HC nº 83.334, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 21 de octubre de 2008; HC nº 106.251, Min. Paulo Gallotti, j. en 6 de noviembre de 2008; HC nº 87.814, rel. Min. Laurita Vaz, j. en

Código de Proceso Penal presenta una serie de lagunas al no prever plazos para innumerables fases y actos judiciales. Esta situación da margen a la creación de verdaderos plazos muertos en el proceso penal, es decir, de momentos en que el judiciario puede restar inerte, sin desarrollarse el debido camino del proceso, y sin que ese tiempo sea contado para efectos de exceso de plazo en la prisión cautelar.

En fin, en Brasil, la total falta de previsión legal sobre la duración de la prisión provisional, convive con una jurisprudencia que no ha sabido, hasta el momento, suplir con equilibrio aquella laguna, sin conseguir establecer criterios objetivos al respecto, circunstancia que, por sí sola, debilita las garantías constitucionales del acusado.

Es vergonzoso que, en Brasil, a la par de todos los tormentos que la prisión preventiva naturalmente acarrea, el preso provisional tenga todavía que tener la duda en cuanto al tiempo que permanecerá bajo custodia, considerando la falta de previsión legal al respecto.

Es importante para nosotros recordar que esta situación no afecta únicamente al acusado, sino también a la propia sociedad, en la medida que ésta tiene el derecho de que el Estado se pronuncie al respecto de la efectiva

11 de noviembre de 2008; HC nº 109.060, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 18 de noviembre de 2008; HC nº 109.758, rel. Min. Felix Fischer, j. en 24 de noviembre de 2008; HC nº 116.875, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. en 18 de diciembre de 2008; HC nº 10.0714, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 18 de diciembre de 2008; HC nº 93.689, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 18 de diciembre de 2008; RHC nº 24.928, rel. Min. Jane Silva, j. en 18 de diciembre de 2008; HC nº 65.736, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 10 de marzo de 2009; HC nº 117.958, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 10 de febrero de 2009; HC nº 123.492, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 17 de septiembre de 2009; HC nº 161.633, rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. en 5 de agosto de 2010; HC nº 119.743 rel. Min. Celso Limongi, j. en 30 de junio de 2010; HC nº 163.741, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 17 de junio de 2010; HC nº 166.740, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. en 17 de junio de 2010; HC nº 149.199, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 15 de junio de 2010; HC nº 159.731, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 15 de junio de 2010; HC nº 145.467, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 10 de junio de 2010; HC nº 143.493, rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. en 10 de junio de 2010; HC nº 166.236, rel. Min. Og Fernandes, j. en 20 de mayo de 2010; HC nº 126.050, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. en 18 de mayo de 2010.

culpabilidad de quien está siendo acusado, restableciéndose así el equilibrio quebrantado con la práctica de la infracción penal.

En este aspecto, en sentido diametralmente opuesto, camina el ordenamiento jurídico español.

Ya vimos que la Constitución Española proclama la limitación temporal de la prisión provisional, al imponer que no puede durar más del tiempo estrictamente necesario (art. 17.2), que aunque referido a la detención preventiva, es aplicable también a la prisión provisional, y en el párrafo 4 de dicho mandato constitucional se proclama su reserva legal (“...por Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”).

La imposición constitucional de que el legislador determine el plazo máximo de duración de la prisión provisional encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos que, con la previsión legal, tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar.

La fijación de un plazo máximo de duración para la prisión provisional tiene también por objetivo evitar la lentitud de la justicia en los procesos penales, de modo que la determinación de un plazo legal para la prisión provisional sirva de pretexto a los órganos judiciales para que aceleren la instrucción y el conjunto de las causas penales con el preso.

Como analizamos en el capítulo anterior, de acuerdo con el régimen jurídico español, los plazos máximos de la prisión provisional no resultan únicamente de la gravedad de la pena, mas también dependen de la finalidad de la medida.

Se preocupó así el legislador español de la relación que debe existir entre la prisión provisional y la pena prevista para el delito enjuiciado, alejando de modo perentorio cualquier posibilidad del acusado de permanecer preso provisionalmente por tiempo superior a aquél que podría ser fijado en función de su condena. No obstante, no se limitó a hacer depender el plazo de duración de la prisión provisional del quantum de la pena señalada al delito.

Tratando de superar los defectos del sistema anterior, así como también adaptarlo al sistema de penas establecido con el Código Penal de 1995, con la LO 13/2006, el legislador español introdujo un nuevo y más justo criterio para establecer el plazo de duración de la prisión provisional.

Con el objetivo de atender especialmente a los principios de la proporcionalidad y de la excepcionalidad, el plazo legal de duración fue establecido tomando en cuenta la adecuación a las finalidades legítimas de la prisión provisional, es decir, a las circunstancias caracterizadoras del *periculum in mora*, tales como garantizar la presencia del imputado en la causa; garantizar la intangibilidad del material probatorio; prevención del riesgo de reiteración delictiva; prevención de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

Lo más importante, comparándolo con el régimen brasileño, fue la fijación de un sistema de plazos taxativos, por medio del cual la limitación de la duración de la prisión preventiva se basa en un límite objetivo totalmente contrario de las apreciaciones subjetivas.

El legislador español fue más allá, estableciendo dos sistemas de control del régimen de plazos máximos de duración de la prisión provisional⁸⁸³.

⁸⁸³ Cfr. LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Ante el inminente agotamiento del tiempo máximo de duración de la prisión provisional, es decir, cuando la prisión provisional definida exceda a las dos terceras partes de su duración máxima, el juez o tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal comunicarán respectivamente esta circunstancia al Presidente de la Sala de Gobierno y al Fiscal-Jefe del tribunal correspondiente, con el objetivo de que sean adoptadas las medidas necesarias para imprimir agilidad.

Así mismo, con el objetivo de que haya una coordinación entre las decisiones que se adopten por los distintos órganos judiciales en relación al tema de la prisión provisional, se creó un Registro Central de medidas cautelares, de ámbito nacional, en el cual deberán ser anotadas las medidas cautelares adoptadas, su duración máxima, así como también su cese.

Mientras tanto, insistimos en que, en el derecho brasileño, no existe control alguno en cuanto a la duración de la prisión provisional, lo que hace que los jueces y tribunales se sientan absolutamente libres de cualquier límite temporal en la realización de sus actividades aun estando el acusado preso. Hay, así, una total falta de compromiso entre la actividad jurisdiccional y los principios básicos del proceso penal, lo que no sólo perjudica al acusado sino también aumenta la sensación de impunidad por la demora en el enjuiciamiento definitivo.

Todo este cuadro revela la necesidad preeminente de que sean establecidos plazos claros y objetivos de la duración máxima de la prisión preventiva, que deben ser estipulados de acuerdo con la finalidad de la medida, evitándose así la actual acomodación de los órganos actuantes en la administración de la justicia. La demarcación de un plazo máximo de prisión preventiva, en montante razonable e improrrogable, así como la consecuencia de su superación, serviría para perfeccionar el derecho

brasileño, dando mayor seguridad jurídica y garantía a los ciudadanos, contribuyendo a la realización de la justicia criminal.

Por lo tanto, la determinación del tiempo de duración de la prisión no puede ser delegada exclusivamente en la jurisprudencia como viene ocurriendo en Brasil, donde el exceso de plazo de la medida depende siempre de una apreciación casuística y enteramente subjetiva, generando incertidumbres y favoreciendo el arbitrio.

Sin embargo, pensamos que hasta que sea reformada la legislación, hay necesidad de que la jurisprudencia retire la fijación del plazo de duración de la prisión preventiva del terreno movedizo de la subjetividad y presente criterios claros que restrinjan la arbitrariedad judicial que hoy existe.

5.6 Revocación de la prisión preventiva y la regla *rebus sic stantibus*

Según lo dispone el artículo 316 del Código de Proceso Penal Brasileño, el juez podrá revocar la prisión preventiva si, en el transcurso del proceso, verifica la falta de motivo para que subsista, así como también tiene el poder de decretarla de nuevo, si se presentaran razones que la justifiquen.

De este modo, el límite de duración de la prisión provisional⁸⁸⁴ constituye, simplemente, un marco de difícil superación, pero que evidentemente no significa que tenga que ser alcanzado para que la prisión preventiva sea revocada, lo que sería contrario a los principios de proporcionalidad y de excepcionalidad.

⁸⁸⁴ En Brasil, no se trata de un límite previsto legalmente, sino construido por la jurisprudencia con base en parámetros subjetivos y, según sostenemos, totalmente equivocados.

Entendida como un mal necesario, obviamente la regla es que la prisión preventiva perdure hasta cuando sea necesaria, no pudiendo, es lógico, sobrepasar la eventual decisión absolutoria, así como la decisión condenatoria, puesto que, a partir de este punto, se está ante la prisión-pena y no de la prisión provisional.

Sin embargo, incluso antes de transcurrido el plazo que, según la jurisprudencia, sería el límite para la duración de la prisión preventiva, deberá la prisión preventiva ser revocada en caso de que los motivos que la determinaron desaparezcan. Y aquí se trata de un deber y no una facultad, ya que, como se trata de una medida excepcional, no puede ser mantenida sin la presencia de sus requisitos. Por lo tanto, a pesar de que el legislador brasileño utilice en el artículo 316 del CPP la palabra “podrá”, la verdad es que se trata de un deber.

De hecho, no tiene ningún sentido mantener al investigado o acusado preso preventivamente en aquellas situaciones en que las circunstancias que justificaran la medida extrema ya no persisten más. Por ejemplo, si el juez decretó la prisión preventiva del acusado con el objetivo de asegurar la instrucción criminal ya que, según datos presentados por el Ministerio Público, él había amenazado algunos testigos, después de haber sido interrogados (que negaron las amenazas), debe ser inmediatamente puesto en libertad, porque no está más presente el aludido riesgo a la definición de la verdad.

Es evidente que, si la prisión preventiva está condicionada a uno de los motivos que la autorizan –garantía del orden público, económico, conveniencia de la instrucción criminal y asegurar la aplicación de la ley penal–, en la hipótesis de que ninguno de estos motivos subsista, no le quedará más alternativa al juez que la de revocar la medida y, para eso, deberá proceder de oficio.

Una vez revocada la medida, nada impide que sea nuevamente decretada. Para que esto suceda será preciso que se presenten razones que la justifiquen. No se puede admitir la restauración de la prisión preventiva en función de los mismos hechos que justificaron la primera adopción de la prisión. Sostenemos que el artículo 316 del Código de Proceso Penal Brasileño, al referirse a la posibilidad de volver a decretar la prisión preventiva no autoriza esta interpretación.

En estos casos, en nuestra opinión, será siempre necesario que hechos nuevos revelen la necesidad de la medida a la luz de los motivos legalmente previstos.

La misma interpretación debe ser aplicada en la situación inversa. En caso de que el juez haya negado la petición de prisión preventiva del acusado, formulado por el órgano del Ministerio Público, por considerar que las alegaciones no estaban suficientemente comprobadas, una vez presentadas las pruebas que indican presentes los requisitos de la medida, podrá el juez decretarla.

A este respecto, los ordenamientos jurídicos a los que nos estamos refiriendo son coincidentes. En efecto, encontramos una disposición similar en el artículo 504.1 de la LECrim española cuando dispone que “La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”. Y también en el artículo 528 de la LECrim que prescribe que “La prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado”⁸⁸⁵.

⁸⁸⁵ También constituye manifestación de esta característica de la prisión provisional lo dispuesto en el artículo 504, apartado 4, y artículo 539, párrafo primero, de la LECrim.

Como los motivos que justifican la adopción de la prisión provisional pueden variar o incluso desaparecer, como efecto del principio de la proporcionalidad, es natural que la medida deba ajustarse al nuevo panorama fáctico. Así, en función del carácter *rebus sic stantibus*, tanto en Brasil como en España, la medida es siempre susceptible de modificación o revocación.

5.7 Aspectos procesales

a) Iniciativa y oportunidad

Establece el artículo 5º, inc. LXI, de la Constitución Federal que “nadie será preso a no ser en flagrante delito o por orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial competente, salvo en los casos de trasgresión militar o crimen propiamente militar, definidos por ley”.

El artículo 311 del Código de Proceso Penal Brasileño, por su parte, prescribe que “En cualquier fase de la investigación policial o de la instrucción criminal, cabrá la prisión preventiva decretada por el juez, de oficio, a requerimiento del Ministerio Público, o del querellante, o mediante representación de la autoridad policial”. Por lo tanto, solamente el juez puede decretar la prisión preventiva, sea del imputado o del acusado.

Indicar el momento posible de la imposición de la prisión preventiva, implica analizar el tema a partir de su naturaleza instrumental en relación a la persecución penal, buscando fijar el primer momento en que ella pueda darse, así como el último término hasta el cual la adopción cumple su misión.

Según el ordenamiento jurídico brasileño, la prisión preventiva podrá ser decretada durante la investigación policial o en el curso de la instrucción criminal.

Investigación policial es el procedimiento administrativo, presidido por autoridad policial, destinada a la investigación de infracciones penales y dirigida al órgano titular de la acusación, es decir, al Ministerio Público en las acciones penales públicas y a la víctima en las acciones penales privadas. Ya que, por instrucción criminal se debe entender el periodo comprendido entre la respuesta previa a la acusación y las alegaciones finales, pues durante todo este periodo las partes tratan de instruir al juez del acierto de sus tesis, introduciendo en el proceso todas las pruebas legales.

A pesar de que la ley diga que la prisión preventiva pueda ser decretada en la fase de la investigación policial, la medida puede también ser adoptada tomando como base piezas informativas de cualquier naturaleza, siempre que evidentemente demuestren la existencia de sus requisitos⁸⁸⁶. Ello se debe a que la investigación policial no es imprescindible para el ejercicio de la acción penal, pudiendo ésta estar apoyada en otros elementos de convicción, como, por ejemplo, piezas encaminadas por el Fisco, investigación directa realizada por el órgano del Ministerio Público, Comisiones Parlamentarias de Investigación, etc.

Aunque el precepto legal anteriormente citado no hace referencia alguna a la fase en la cual el juez podrá, de oficio, decretar la prisión preventiva, sostenemos que solamente a lo largo de la instrucción criminal será procedente la adopción de la prisión preventiva por el juez, sin provocación. Jamás podrá adoptarla de oficio durante la investigación policial. Ello es debido a que, en virtud del sistema del proceso del tipo acusatorio, el juez debe ser apartado de las funciones investigadoras, con el fin de preservar al máximo su imparcialidad, evitando todo contacto con el

⁸⁸⁶ En ese sentido, vid. RHC n° 3.692, rel. Min. Anselmo Santiago, j. en 30 de agosto de 1994: "La falta de investigación policial no impide que se decrete la custodia cautelar, desde que fundamentada en piezas informativas de la existencia del crimen e indicios de autoría presentados por el órgano acusador".

material probatorio, debido a que está destinado exclusivamente al Ministerio Público. Así mismo, flagrante es el inconveniente que representa el hecho de que una misma persona decida sobre su necesidad, valorando su propia legalidad.

En otros términos, tratándose de una medida destinada a garantizar la efectividad de la persecución penal, la iniciativa para el examen de su necesidad, en la fase investigativa, corresponde a los destinatarios de la misión de promoción activa de la persecución criminal, tanto bajo la perspectiva de los medios (Policía Judicial), como bajo la perspectiva de los fines (Ministerio Público), permaneciendo el juez apartado de la fase pre-procesal⁸⁸⁷. Conceder al juez, en la fase preparatoria de la acción penal, la posibilidad de decretar la prisión preventiva del sospechoso sin cualquier provocación, a nuestro juicio, representa una reaparición de la figura del juez inquisidor, puesto que lo compromete con el destino del material investigativo indicador de las necesidades del acto constrictivo, factor apto para comprometer sensiblemente su imparcialidad.

Al final, la separación de las funciones entre juez y acusación, como ya fuera abordado, constituye el más importante elemento constitutivo del modelo acusatorio de proceso.

En el modelo patrio vigente, según lo observa HASSAN CHOUKR, partiendo de una lectura constitucional, “se puede concluir que la tarea de construcción de la persecución penal no admite la sobre posición de papeles en las distintas etapas procesales, correspondiendo en la fase preparatoria al ejercicio de la acción penal el cultivo de elementos informativos que posibiliten al titular de la acción su ejercicio o no”⁸⁸⁸.

⁸⁸⁷ También en este sentido, vid. PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio, ob. cit., p. 492.

⁸⁸⁸ Cfr. HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Processo Penal à luz da Constituição...*, ob. cit., p. 92.

Es evidente que la afirmación de que el juez, a pesar de la autorización legal, no puede decretar de oficio la prisión preventiva del investigado durante el curso de la investigación no significa separarlo completamente de aquella fase de la *persecutio criminis*. No es esto. Es función constitucional del Poder Judicial la tutela de las libertades públicas, en el ejercicio de la cual cabrá a él, con exclusividad, decretar la prisión preventiva.

No obstante, la circunstancia de corresponderle a él el ejercicio del poder jurisdiccional, no implica que esta función tenga que realizarse siempre de oficio. Su actuación será de oficio cuando se trata del resguardo de derechos individuales, esto es debido a que la misión de protección de los derechos fundamentales es la principal función del poder judicial.

En el momento en que se trate de medidas destinadas a la protección de la efectividad de la persecución criminal, es decir, medidas que tienen como objetivo concretar el derecho de punir, tal como ocurre con la prisión preventiva, cabrá a los destinatarios de la misión de promoción de la acción penal la iniciativa de la medida y no al juez, bajo pena de subversión del principio acusatorio trazado por la Constitución Federal de 1988.

Dentro de la matriz constitucional, por lo tanto, postulamos que el juez debe ser colocado en la posición fundamental de salvaguardar los derechos del investigado y de igual modo, durante la fase preparatoria del proceso penal. Debe permanecer, por lo tanto, distante de aquello que podríamos llamar objeto de la investigación.

En suma, según entendemos, se opone al sistema acusatorio de proceso concebido por la Constitución Brasileña de 1988 conceder al juez

poderes de instrucción de procedimiento investigativo y, por consiguiente, adoptar cualquier medida cautelar constrictiva de la libertad del investigado.

A partir de este marco, en la primera etapa de la *persecutio criminis*, no se puede sostener la posibilidad de decretar *ex officio* la prisión preventiva, sin que haya existido una petición del titular de la acción penal.

En este mismo sentido, afirma PACELLI DE OLIVEIRA que “la prisión preventiva, en la fase de investigación, solamente puede ser decretada por requerimiento de los responsables por la investigación y legitimados a la persecución en juicio”⁸⁸⁹, lo que, evidentemente, no impide la actuación jurisdiccional antes del inicio del proceso, siendo misión constitucional del Poder Judicial, en esta etapa, la protección de las libertades públicas, en el ejercicio de la cual le corresponderá a él, con exclusividad, que se decrete la prisión preventiva, expedición de mandatos y la determinación de cualquier restricción de los derechos fundamentales.

La prisión preventiva puede ser decretada por el juez de oficio, es decir, independientemente del requerimiento del Ministerio Público o representación de la autoridad policial. Sin embargo, entendemos que solamente en el curso del proceso y no de la investigación policial, pues, ante el sistema acusatorio de proceso, en el caso de Brasil, fue el juez apartado de la fase investigativa, dejándola a cargo del Ministerio Público y de la autoridad Policial. De tal manera que, la manifestación de la autoridad judicial en el curso de la investigación policial respecto de la custodia cautelar del investigado solamente será posible si hubiera requerimiento del Ministerio Público o representación de la autoridad policial.

Ante la construcción del modelo acusatorio brasileño, no vemos obstáculo legal para decretar de oficio la prisión preventiva por el juez

⁸⁸⁹ Cfr. PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio, ob. cit., p. 493.

estando ya en curso el proceso penal porque, como es obvio, debe el juez disponer de instrumentos necesarios para garantizar la efectividad del proceso. Aquí la prisión preventiva no es decretada por el interés de la parte, con miras a una investigación. Verificando el juez que la prisión del acusado es necesaria para evitar la reiteración criminal, por conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley penal, habiendo en los autos indicios de autoría y prueba de la existencia de un crimen, podrá el juez decretar la prisión preventiva, incluso en ausencia del requerimiento del Ministerio Público, del autor de la acción penal privada o de representación de la autoridad policial⁸⁹⁰.

Constátese que la ley procesal penal no autoriza al asistente de acusación⁸⁹¹ a requerir la prisión preventiva.

Se sostiene por un determinado sector doctrinal⁸⁹² que la razón de la exclusión del asistente de la acusación del rol de los legitimados para el pleito de prisión preventiva resulta de la naturaleza jurídica de su intervención en el proceso penal. Como su interés en el proceso penal es asegurar el derecho a la satisfacción del daño resultante de la infracción penal, se dice que no será con el encarcelamiento del autor del crimen por el que este derecho será resguardado.

⁸⁹⁰ Hay diferencia entre requerimiento y representación. Requerimiento implica petición, solicitud de una providencia prevista por ley. Ya la representación traduce una mera exposición escrita de motivos sobre la conveniencia de la providencia legal. En la hipótesis de requerimiento, si el caso ha sido rechazado, hay recurso específico para combatir la decisión. La representación, a su vez, una vez rechazada, no autoriza cualquier recurso por parte de la autoridad policial. Representación es la forma por medio de la cual la autoridad policial trata de convencer al juez sobre la necesidad de la medida. No es lo mismo que requerimiento porque, en este caso, tiene la parte el derecho de recurrir la decisión dictada. Representación es la exposición escrita de motivos, mientras que el requerimiento es petición.

⁸⁹¹ La ley procesal penal brasileña permite que la víctima auxilie al Órgano del Ministerio Público en el proceso penal propuesto en función del autor del crimen contra ella practicado, siempre que se trate de acción penal pública.

⁸⁹² Vid. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 11ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2009, p. 385; CAPEZ, Fernando, ob. cit., p. 195.

Esta objeción, sin embargo, no resulta procedente. No hay como desconocer el interés del asistente de la acusación en la prisión preventiva, por ejemplo, del acusado que está amenazando testigos y valiéndose de maniobras ilícitas para alterar la verdad de los hechos. Entendiéndose que la función del asistente de la acusación es la preservación del derecho a la satisfacción del daño emergente de la infracción penal, buscando la prisión preventiva la garantía de la correcta instrucción criminal, no hay como negarle legitimidad, ya que, de lo contrario, su derecho perecerá.

Sin embargo, como ya fue enfatizado, la ley procesal penal no hace referencia alguna al asistente de acusación. Así pues, por tratarse de una medida de carácter excepcional, que afecta intensamente a un derecho fundamental del ciudadano, se tiene como fuera de lugar cualquier interpretación extensiva o analógica, debiendo la disposición del artículo 311 del Código de Proceso Penal, por lo tanto, ser interpretada de forma estricta. De ahí resulta que el asistente de acusación no tiene legitimidad para solicitar la prisión preventiva del acusado.

En cuanto a la iniciativa de la medida, la distinta estructura acusatoria del proceso penal naturalmente implica una serie de diferencias entre los regímenes jurídicos de la prisión provisional española y brasileña. Sin embargo, esto no impide que haya algunos puntos de contacto.

Así, en los dos ordenamientos jurídicos, la competencia sobre la imposición, mantenimiento y alzamiento de la medida, fue atribuida a diversos órganos jurisdiccionales, dependiendo del momento procesal en que se encuentre la causa.

En España, podrá ser adoptada por el juez, el magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o

tribunal que enjuicie de la causa. Según la ley brasileña, no habiendo la figura del juez, el magistrado instructor⁸⁹³, cuando crea necesaria su adopción aún en la fase de investigación, la competencia quedará a cargo del juez competente para el proceso penal. En segunda instancia, la competencia para decretar la prisión preventiva está reservada al Tribunal competente para decidir el recurso interpuesto contra la decisión que la adoptó. En ambas legislaciones, la medida podrá ser adoptada en diferentes momentos procesales⁸⁹⁴ que abarcan desde la fase de investigación hasta el curso del proceso penal. En definitiva, podrá decretarse la prisión provisional por la autoridad judicial competente a lo largo de todo el procedimiento penal.

Del mismo modo, la adopción de la prisión preventiva por el órgano judicial que no tiene competencia determinará que toda la actuación jurídica padecerá del vicio de nulidad de pleno derecho.

Como en Brasil el juez no preside o instruye la fase preliminar, que es la destinada a la realización de actividades que se llevan a cabo para el esclarecimiento del hecho e identificación de su autoría, naturalmente no se habla de eventual la incompatibilidad de actuación judicial instructora y cautelar o de violación de la imparcialidad objetiva por la acumulación de estas funciones en el mismo juez.

Como principio estructural del procedimiento para la adopción de la prisión provisional en España, que es inaplicable en Brasil en función de la distinta configuración del modelo acusatorio del proceso, que no confía la fase preliminar del proceso penal al Juez de Instrucción, establece la LECrim⁸⁹⁵ la necesidad, con carácter general, de instancia de parte para su

⁸⁹³ Por ello, no hay discusión en torno de la imparcialidad objetiva por la acumulación de funciones que el mismo juez puede desempeñar en el proceso penal.

⁸⁹⁴ En España, durante las primeras diligencias, la fase de instrucción o la fase de juicio oral. En Brasil, durante la investigación o instrucción criminal.

adopción. Es decir, la resolución judicial que adopta la prisión preventiva tiene como presupuesto que sea solicitada por una parte acusadora, Ministerio Fiscal o acusación particular.

Entretanto, de acuerdo con el sistema brasileño, puesto que está basado en el principio de la oficialidad, el juez podrá⁸⁹⁶, sin petición de la parte acusadora, decretar la prisión preventiva.

Otra medida que condiciona la posibilidad de la adopción de la prisión provisional de acuerdo con la Ley española es la necesidad de celebración de una audiencia del órgano jurisdiccional con la asistencia de las partes, en la que estas presenten sus alegaciones y pruebas para la procedencia o no de la imposición de esta medida⁸⁹⁷. Esta exigencia también se aplica en el caso de que la prisión provisional ser adoptada durante el curso de la causa. Considérese, sin embargo, la posibilidad excepcional de adopción de la prisión provisional sin comparecencia previa, para los supuestos en que el imputado esté en libertad, siempre que presentes los presupuestos del artículo 503 de la LECrim, cuando entonces deberá el juez convocar, para dentro de las 72 horas siguientes, a la indicada comparecencia.

Desde otra perspectiva, en el derecho brasileño, para la adopción de la prisión preventiva, no hay un sistema de contradicción, sea previa o incluso diferida. A penas sea presentada la petición de prisión preventiva formulada por la parte acusadora, o de oficio, una vez verificada la presencia de todos los requisitos legales, podrá el juez decretar la prisión preventiva del sospechoso o acusado, no habiendo necesidad de celebración previa o posterior de una audiencia con las partes. No hay, por lo tanto, una audiencia

⁸⁹⁵ Vid. artículo 505.4 y 539, III. Introducida a través de la LO 5/1995 y mantenida por la LO 13/2006.

⁸⁹⁶ Sin embargo, insistimos en la tesis de que, en función del sistema procesal adoptado, no podrá hacerlo en la fase investigativa, a pesar de que la ley así lo permita.

⁸⁹⁷ Véase Capítulo 4º, epígrafe 4.9.

previa para presentación de las alegaciones y pruebas de la procedencia de la petición.

Como se puede percibir, también en lo referente a la iniciativa de la medida y procedimiento, el régimen jurídico de la prisión provisional en Brasil ha demostrado que sufre de un mal crónico, ya que las disposiciones que integran su cuerpo legal ni garantiza al acusado el goce de sus derechos constitucionales y del mismo modo tampoco aseguran la efectividad de la persecución criminal.

b) Resolución y ejecución

De acuerdo con el artículo 315 del Código de Proceso Penal, la decisión “que decreta o deniega la prisión preventiva estará siempre fundamentada”.

Siendo una prisión sin pena, una medida de excepción, un mal necesario, representando la ingerencia más grave en la libertad individual, es evidente que su imposición debe exigir una decisión fundamentada, exigencia que no desarrolla prácticamente la disposición legal transcrita sino que además resulta también de recomendación constitucional.

En efecto, la Constitución Federal elevó a la condición de dogma constitucional el principio de la motivación de las decisiones judiciales (art. 93, inc. IX), habiendo establecido que “nadie será preso a no ser en flagrante delito o por orden escrita y fundamentada de autoridad judicial competente”, dando lugar su desatención a la nulidad absoluta de la resolución judicial.

En función de la preeminencia de los derechos fundamentales, le corresponde al juez el deber de justificar, como es el de las resoluciones judiciales que puedan limitarlos, incluso porque en los ordenamientos modernos, la forma típica de garantía, a pesar de no ser exclusiva, es la jurisdiccional, y es al Judicial quien incumbe el control último de la propia constitucionalidad de las restricciones admitidas por el legislador.

De este modo, al decretar la extrema medida, deberá el juez demostrar la presencia de todos los requisitos que la autorizan o, como anota GOMES FILHO, “lo que importa es la obligatoriedad de la declaración expresa de los motivos que anhelan la restricción de la libertad individual en el caso concreto...”⁸⁹⁸.

Al final, es a través de la motivación de la decisión sobre la prisión provisional como será posible verificar la justicia de la medida, que estará basada en la imparcialidad, atendimiento a las prescripciones legales y efectivo examen de las cuestiones suscitadas por los interesados. Su análisis permitirá identificar si hubo el manejo constitucional del instituto o si a ella fueron atribuidas funciones con contenidos punitivos que revelen que el ejercicio del poder judicial se ha transformado en una modalidad de justicia sumaria.

Al decretar la prisión preventiva, en Brasil, el juez deberá proceder a un triple análisis.

En primer lugar, se deberá verificar si, en el caso concreto, la ley lo permite, es decir, si hay una infracción penal que se acomode a las situaciones previstas en el artículo 313 del Código de Proceso Penal Brasileño. Posteriormente, estando permitida, le corresponde constatar si

⁸⁹⁸ Cfr. GOMES FILHO, Antônio Magalhães, ob. cit., p. 81.

están presentes sus presupuestos, es decir, prueba de la existencia del crimen e indicio suficiente de su autoría (*fumus boni juris*). Finalmente, deberá indagar sobre la presencia de alguna de las condiciones autorizadoras del artículo 312 de Código de Proceso Penal Brasileño, es decir, la garantía del orden público o económico (con el propósito de evitar la reiteración criminal), conveniencia de la instrucción criminal o peligro de insatisfacción de la pena (*periculum libertatis*).

Dicho de otra forma, le corresponde al juez examinar básicamente tres factores: a) lo admisible de la medida en función de la naturaleza de la infracción penal y calidad de la sanción correspondiente; b) la probabilidad de condena en función de la existencia de prueba de la materialidad delictiva y de indicio suficiente de la autoría; c) la necesidad de adopción de la medida, de acuerdo con la ley procesal penal, para la garantía del orden público, del orden económico⁸⁹⁹, conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley penal.

Presentes todos estos requisitos, deberá el juez demostrar cuales son las pruebas del proceso que comprueban que hay suficiencia de indicios de autoría; porque considera como probada la materialidad delictiva; porque es preciso garantizar el orden público así como el económico; porque la medida es pertinente para la instrucción criminal; porque es necesaria para asegurar la aplicación de la ley penal.

La motivación de la decisión debe atender sobre todo a la exigencia de convertir en claro y explícito el razonamiento desarrollado por el juez para concluir que, en las circunstancias de hecho examinadas, se encuentren presentes todos los presupuestos que legalmente autorizan la restricción anticipada de la libertad.

⁸⁹⁹ E esta hipótesis, la cual defendemos, solamente se justifica para impedir la reiteración criminal.

Claro está que ignora completamente esa exigencia, la simple alusión hecha por el juez de que hay en los autos elementos que justifican la medida. Se le impone que los indique expresamente. La simple invocación de las palabras de la ley, a la evidencia, tampoco es suficiente, así como el empleo de fórmulas vacías y sin amparo en los hechos concretos, que no están relacionados con la gravedad y el carácter excepcional de la medida.

Del mismo modo, tampoco podrá el juez sostener la decisión en intuiciones o criterios estrictamente personales, que no puedan ser justificados de forma racional, basándose en meras conjeturas o temores subjetivos. Deberá el juez indicar cuáles son las circunstancias concretas, realizando las pruebas de su existencia con los elementos de la investigación o del proceso, para que se tenga como fundamentado el decreto de prisión provisional.

Obviamente no es suficiente, ya que va en contra de la finalidad de la ley y elude las garantías de la libertad, las decisiones que en Brasil se dictan casi diariamente, cercenando la libertad del ciudadano, cuando el juez mantiene que: “considerando que la prisión es necesaria para garantizar el orden público...”, o “se decreta la prisión preventiva porque se encuentran presentes sus requisitos legales”. Esto no es motivación. Fórmulas como estas suponen la expresión de una prepotencia absoluta.

Todos los Tribunales nacionales combaten esta práctica odiosa⁹⁰⁰, exigiendo, para que se decrete la prisión preventiva, motivación clara, apoyada en hechos concretos, que lleven a fundadas probabilidades y no a meras presunciones sobre las actitudes del acusado si acaso continuara en libertad. Resulta ser imprescindible para decretar la prisión preventiva el hecho de que las circunstancias revelen la procedencia del juicio formulado y

⁹⁰⁰ E incluso antes de la promulgación de la Constitución de 1988.

que la necesidad de la custodia sea sostenida con la investigación de los datos en los cuales se apoya para deducir legítimamente la necesidad de la medida.

Mientras tanto, no se puede perder de vista que la naturaleza urgente de la provisión no exige los detalles causales propios de una sentencia condenatoria, razón por la cual se habla de la suma de la cognición o juicio de probabilidad, puesto que, tomando en cuenta la naturaleza de la medida, no es posible desarrollar una actividad cognitiva en el mismo grado de profundidad que aquella desarrollada para la provisión definitiva, lo que evidentemente no se confunde con arbitrio.

El juez solamente puede conceder la tutela cautelar cuando exista prueba plena de los requisitos exigidos por ley: *fumus boni juris* y *periculum in mora*. Tales requisitos, sin embargo, no son requisitos de certeza, sino de probabilidad. Consecuentemente, la parte que requirió la medida corre el riesgo de no obtenerla, si no suministra la prueba plena de *fumus boni juris* y del *periculum in mora*. Es decir, si no hubiera prueba plena de la probabilidad del derecho y la prueba plena de la probabilidad del peligro.

Vale la pena destacar que la idoneidad formal y sustancial de la motivación de las decisiones judiciales han de ser identificadas a partir de su propio contenido, no pudiendo el Tribunal suplir las omisiones al analizar el recurso interpuesto, corrigiendo sus fallos y así complementándolas⁹⁰¹.

En España, la motivación de las decisiones judiciales que impliquen restricción del derecho fundamental también resultan del mandato constitucional y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, que tiene el

⁹⁰¹ Vid. HC n° 76.370, rel. Min. Octávio Gallotti, j. en 10 de marzo de 1998; HC n° 80.717-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 13 de junio de 2001; HC n° 87.041, rel. Min. Cezar Peluso, j. en 29 de junio de 2006; HC n° 94.421, rel. Min. Carmen Lúcia, j. en 8 de mayo de 2007; HC n° 95.024, rel. Min. Carmen Lúcia, j. en 14 de octubre de 2008.

deber hace referencia expresa en el artículo 506.1, que establece: “El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto a los fines que justifican su adopción”.

El Tribunal Constitucional Español ha destacado que la motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales deberá ser suficiente y razonable, lo que significa decir que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional⁹⁰².

En definitiva, como lo ha destacado aquel Alto Tribunal, será razonable la motivación cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y el evitar los hechos delictivos, por otro lado), a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines constitucionales⁹⁰³.

De igual manera, para valorar la razonabilidad de la medida y su acomodación a los fines que constitucionalmente la legitimarían es preciso que la resolución judicial limitativa de la libertad personal exprese no sólo el fin perseguido con la misma, sino también la relación existente entre la

⁹⁰² Cfr. STC 128/1995, de 26 de julio.

⁹⁰³ Cfr. STC 47/2000, de 17 de febrero.

medida cautelar adoptada y el fin perseguido, es decir, ha de expresar hasta qué punto la misma es útil a los fines perseguidos en el caso concreto.

Siendo así, no pueden ser consideradas suficientemente motivadas las resoluciones judiciales en las que ninguna mención se hace a alguno de los riesgos cuya prevención justifica, según criterio constitucional, la adopción de la medida restrictiva del derecho a la libertad, esto es, la reiteración delictiva, la sustracción a la acción de la justicia o su posible obstrucción. Del mismo modo, aquellas que se limitan a hacer genéricas referencias a los tipos delictivos, participación del interesado, gravedad de la pena y alarma social, o a otro uso de fórmulas estereotipadas o definiciones genéricas, globales y en cadena⁹⁰⁴.

Resoluciones judiciales así dictadas no pueden considerarse suficientemente motivadas, en la medida en que no aportan elementos de convicción acerca de la existencia real del riesgo que se intentaba evitar y que hubiera constituido un fin constitucionalmente legítimo, justificativo de la imposición de tan excepcional medida cautelar.

Es imprescindible que se pueda deducir de la resolución judicial que adopta la prisión preventiva cuáles fueron las razones, relacionadas con la existencia de los riesgos que legítimamente pueden conjurarse en el proceso penal, que llevaron al mantenimiento de la prisión preventiva. En suma, la medida de la prisión provisional debe responder en todo momento a los fines constitucionalmente legítimos de la misma, y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda.

La resolución que adopta la prisión provisional exige un *plus* en relación al deber general de motivación, puesto que, ha de extenderse a la justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias

⁹⁰⁴ Cfr. STC 33/1999, de 8 de marzo.

concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión⁹⁰⁵.

Como ha destacado el Tribunal Constitucional Español, el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, expresando en ellas las circunstancias que justifican tal limitación es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y razonabilidad de la restricción acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger.

Como se puede ver, en cuanto a la necesidad de motivación de las resoluciones que decretan la prisión preventiva, respetadas las singularidades relacionadas especialmente con las finalidades de la medida, su significado y contenido es idéntico en los dos ordenamientos jurídicos cotejados. En otras palabras, a pesar de ser diversa la forma a través de la cual se expresa⁹⁰⁶, su significado y contenido es el mismo.

Claro está, con relación a esta exigencia, la LECrim española fue bastante más explícita e incisiva. Mientras que el Código de Proceso Penal Brasileño se limitó a decir que la decisión deberá ser fundamentada, la LECrim exigió que la resolución judicial expresase los motivos por los cuales la medida se considera necesaria y proporcionada respecto a los fines que justifican su adopción (art. 506.1), es decir que, el propio precepto legal

⁹⁰⁵ Cfr. SSTC 47/2000, de 17 de febrero; 29/2001, de 29 de enero; 138/2002, de 3 de junio; 179/2005, de 4 de julio; 149/2007, de 18 de junio; 152/2007, de 18 de junio; 66/2008, de 29 de mayo.

⁹⁰⁶ En España, las resoluciones que decretan la prisión provisional adoptan la forma de “auto”, mientras que, en Brasil, su forma es de “decisión interlocutoria”.

hiciera referencia a los elementos que deben ser valorados para los fines de adopción de la medida.

Es evidente que la semejanza señalada también está presente cuando se trata de la competencia del Tribunal Constitucional Español y del Supremo Tribunal Federal para apreciar si la decisión fue adoptada de forma fundada y acorde con sus fines constitucionales. No corresponde ni al Tribunal Constitucional ni al Supremo Tribunal Federal determinar en cada caso si están o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución⁹⁰⁷.

Igualmente no hay en el derecho brasileño la necesidad de que, con posterioridad a la adopción de la prisión provisional, deba procederse a la notificación del imputado. Se contenta el Código de Proceso Penal brasileño con la mera expedición de un mandato, así como también la notificación del director del establecimiento responsable de la custodia del preso. En dicho mandato, deberán constar los datos personales del imputado y el delito que haya dado lugar al procedimiento, sin necesidad de dar a conocer las razones o fundamentos de la misma, ya que es suficiente hacer constar la parte dispositiva de la resolución.

⁹⁰⁷ En España, véanse: SSTC 128/1995, de 26 de julio; 98/1998, de 4 de mayo; 142/1998, de 29 de junio; 47/2000, de 17 de febrero; 272/2000, de 13 de noviembre; 145/2001, de 18 de junio; 146/2001, de 18 de junio; 22/2004, de 23 de febrero; 155/2004, de 20 de septiembre; 99/2005, de 18 de abril; 333/2006, de 20 de noviembre; 27/2008, de 11 de febrero; 50/2009, de 23 de febrero. En Brasil, vid. HC nº 64.602, rel. Min. Néri da Silveira, j. en 26 de febrero de 1998; HC nº 80.893, rel. Min. Maurício Corrêa, j. en 5 de junio de 2001; HC nº 81.571, rel. Min. Celso de Mello, j. en 3 de septiembre de 2002; HC nº 88.759, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. en 5 de diciembre de 2006; HC nº 92.839, rel. Min. Menezes Direito, j. en 11 de marzo de 2008; HC nº 95.414, rel. Min. Eros Grau, j. en 16 de septiembre de 2008.

En lo referente a la necesidad de comunicación a la víctima, el legislador brasileño dio un paso importante con la Ley nº 11.690/2008, alterando el artículo 201, § 2º, del Código de Proceso Penal, puesto que determinó que la víctima esté siempre comunicada sobre la entrada o salida del acusado de la prisión. El referido precepto, en cierto modo, se aproxima a lo dispuesto en el artículo 506 de la LECrim, que determina que los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada con motivo de la resolución (art. 506.3).

Otra característica estructural de todo el procedimiento cautelar en España es el trámite en pieza separada, lo que no existe en Brasil, donde las medidas cautelares son practicadas en el seno del propio proceso principal. Para el régimen jurídico brasileño, no hay necesidad de una resolución judicial independiente para la adopción de la prisión preventiva. En los casos de condena, podrá ser adoptada en la propia sentencia que ajusticia al acusado, a pesar de que se exija una motivación independiente y específica que justifique la existencia de los fines y cumplimiento de los presupuestos legitimantes de la prisión provisional, ya que no se admite motivación implícita.

Además, en Brasil no hay diferentes modalidades de cumplimiento de la medida (comunicada, incomunicada y atenuada). Así, cualquiera que haya sido su fundamento legal, el cumplimiento de la prisión preventiva en Brasil obedece siempre a las mismas reglas, es decir, no existe diversidad de tratamiento jurídico.

El preso provisional goza de todos los derechos reconocidos en carácter general por ley a los demás presos, entre ellos el de recibir visitas, la asistencia letrada, con la libre designación de abogado, y el de mantener correspondencia y comunicación. No existe posibilidad de incomunicación o

aislamiento del preso provisional brasileño, de modo que sus derechos se asemejan a los que, en España, corresponden al régimen de prisión provisional comunicada⁹⁰⁸.

A ejemplo de lo que sucede en España, también en Brasil, siempre que es posible, los presos provisionales estarán separados de aquellos que ya estuvieran definitivamente condenados (art. 300 del CPP, art. 82, §2º y 102 de la Ley nº 7.210/84, de 11 de julio).

Sin embargo, la realidad carcelaria en estos dos países no garantiza esta separación, en función de la carencia de medios y por la falta de instalaciones adecuadas. Lamentablemente, tanto los definitivamente condenados como los presos provisionales ocupan el mismo espacio.

En Brasil, la situación es aún más grave. Sin el mínimo de estructura para garantizar la preservación de su dignidad, los presos condenados y provisionales, dividen celdas superpobladas, conviviendo en condiciones inhumanas, en un ambiente generalmente insalubre, promiscuo y violento. En este contexto, los centros penitenciarios acaban transformándose en ambientes de multiplicación de la criminalidad, no pasando de ser una pura ilusión las notables finalidades de reeducación y reinserción social.

En especial, la posibilidad de decretar de oficio por el juez la prisión preventiva durante la fase de investigación y la dispensa de notificación del imputado o acusado, así como la falta de previsión legal de que conste en el mandato los fundamentos de la medida, revelan la falta de compromiso del legislador ordinario brasileño con los principios que rigen el proceso penal moderno, principalmente los principios acusatorio y de la contradicción. Por

⁹⁰⁸ Debe aclararse que, en la hipótesis de que el preso provisional sufra de alguna enfermedad cuya internación implique en grave riesgo para la salud, situación que en España corresponden a prisión atenuada, en Brasil autoriza la ley su transferencia a un hospital de custodia y tratamiento psiquiátrico.

lo tanto, es bien distinta la relevancia que se le da al derecho fundamental de libertad en los dos ordenamientos jurídicos, suponiendo el sistema brasileño un nivel de garantías muy inferior al ordenamiento jurídico español.

En un importante aspecto, sin embargo, nos parece que se equivoca la legislación española. Nos referimos al régimen jurídico de la prisión provisional incomunicada.

En la STC 196/1987, de 11 de diciembre, el Tribunal Constitucional español se pronunció en el sentido de que en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho.

Según matiza el Tribunal Constitucional, este elemento de confianza se pone de relieve cuando se trate de la defensa de un acusado en el ámbito de un proceso criminal y no cuando se refiriese a la detención en primeras diligencias policiales, cuando la finalidad de la intervención del letrado tiene por objetivo asegurar el respeto a los derechos constitucionales del detenido, hasta para que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración.

Sin embargo, entiende el Tribunal Constitucional que esta relación de confianza no alcanza la entidad suficiente para hacer residir en ella el núcleo esencial del derecho, e incluso también porque, una vez concluido el período de incomunicación, que es de breve duración por imperativo legal, el detenido recupera el derecho de elegir abogado de su confianza y, además, las declaraciones ante la policía en principio carecen de valor probatorio.

La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada debe ser encontrada, “no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al letrado de libre designación”.

Conforme señala este paradigmático fallo, la limitación legal al derecho de libre designación de letrado es constitucional, ya que se presenta como razonable y proporcional, teniendo en cuenta la necesidad de protección de otros bienes constitucionalmente protegidos, como la paz social y la seguridad ciudadana. La limitación de este derecho se justifica, según afirma el Tribunal Constitucional, frente a la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos o las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, lo que puede hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto, a fin de evitar el conocimiento del estado de la investigación por personas que ajenas a ésta, propicien que se sustraigan de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión.

Por ello, mantiene el Tribunal Constitucional que la limitación del artículo 527 a), de la LECrim encuentra justificación en la necesidad de protección de bienes constitucionalmente protegidos que, “al entrar en conflicto con el derecho de asistencia letrada del detenido, habilitan al legislador para que, en uso de la reserva específica que le confiere el artículo 17.3, de la Constitución, proceda a su conciliación, impidiendo la modalidad de libre elección de Abogado”⁹⁰⁹.

⁹⁰⁹ Véase STC 196/1987, de 11 de diciembre.

Observando el tema también bajo la perspectiva de los tratados internacionales, apuntó el Tribunal Constitucional, que el Convenio Europeo de Roma, de 4 de noviembre de 1950, y el Pacto Internacional de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966, establecen mayores restricciones en materia de asistencia letrada al detenido que la propia Constitución Española. En efecto, en estos documentos no se reconoce a favor del detenido o preso en diligencias policiales o judiciales (art. 527 c), de la LECrim) el derecho a libre elección de Abogado, sino que únicamente se prevé en relación al acusado en proceso penal.

Sostiene el Tribunal Constitucional que la norma del artículo 527 a), de la LECrim no es contraria al artículo 17.3 de la Constitución Española⁹¹⁰,

⁹¹⁰ Se observe que la declaración de constitucionalidad del art. 527 a), LECrim no obtuvo el respaldo absoluto del Tribunal Constitucional. El voto particular formulado por los Magistrados Gloria Begué Cantón, Angel Latorre Segura y Jesús Leguina Villa señaló "...no es posible aceptar que en todos los casos de detenciones incomunicadas haya riesgo previsible de ilícita confabulación del Abogado libremente nombrado con terceras personas a las que podrían alcanzar las investigaciones en curso. Esta hipótesis de riesgo sólo sería excepcionalmente admisible en los supuestos de detención por hechos relacionados con el llamado crimen organizado, pero no en los demás casos, en relación con los cuales la medida prohibitiva resulta manifiestamente desproporcionada, pues no es lícito suponer que, como regla general, todo Abogado libremente nombrado por una persona detenida e incomunicada haya de actuar deliberadamente en contra de la eficacia de la incomunicación acordada, sirviendo de enlace con terceros eventualmente responsables de los hechos delictivos que son objeto de investigación. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que la prohibición de libre designación de Abogado no sólo se refiere a todos los supuestos de detenciones incomunicadas, sino que además se produce de forma automática, una vez que se haya decretado la incomunicación del detenido, sin que el Juez que ordenó dicha incomunicación pueda dispensar de la designación de Abogado pro el turno de oficio en ningún caso. Por todo ello, es patente la falta de proporcionalidad necesaria entre la limitación general del derecho fundamental que el art. 17.3 reconoce a todos y la finalidad perseguida por la norma cuestionada, desproporción que se traduce en un sacrificio excesivo e injustificado de aquel derecho". El voto particular disidente del Magistrado Carlos de La Vega Benayas, al que se adhiere el Magistrado Luis Díez-Picazo y Ponce de León puso de relieve "...La asistencia letrada al detenido se configura en la Constitución española como un derecho fundamental (art. 17.3) que garantiza, a su vez, el de la libertad de toda persona (art. 17.1) en una situación especialmente grave y temporalmente conflictiva para su status. La intervención del Abogado, para el detenido, puede ser crucial e incluso determinante, y más incomunicado, de su posterior destino procesal y quizá penal o punitivo. Sea o no culpable –y aquí le asiste la presunción de inocencia– esas horas primeras de detención son, quizá, las más necesitadas – más justificadas – de apoyo técnico y moral. Ambas cosas sólo se las puede prestar el Abogado – que nació como un honor y como una

no habiendo vulneración al contenido esencial del derecho a la asistencia letrada allí garantizado al detenido. La libre elección de Abogado forma parte del contenido normal del derecho del detenido a la asistencia letrada, pero no de su contenido esencial, pues su privación y consiguiente nombramiento imperativo de Abogado de oficio no hace irreconocible o impracticable el derecho, ni lo despoja de la necesaria protección. Esta es la conclusión que se extrae a partir de la interpretación y aplicación de la Constitución, “concebida como una totalidad normativa garantizadora de una orden de convivencia integrada por un conjunto de derechos y valores, que el legislador tiene el deber de armonizar mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos a través de limitaciones coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la preeminencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con grave quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos en coexistencia con todos aquellos otros con los que concurren”.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional reconoció incluso la constitucionalidad de la medida prevista en el artículo 527 a), de la LECrim, también en vía gubernativa, por lo que consideró ajustada al derecho constitucional la privación de la designación de letrado particular al procederse a la designación de oficio⁹¹¹.

generosidad hacia los débiles, los impecunes y los caídos en la delincuencia, y que ahora constituye un derecho de la persona llamada ante la justicia – es o se fundamenta en una relación de confianza, pero de la confianza de la persona en el Abogado, no de la sociedad o de la Ley en un servicio de Letrados de oficio, por mucho que todos los anotados en una prestación social gocen de la adecuada preparación e incluso disposición de ánimo para la defensa desinteresada. Porque no se trata de una ‘defensa objetiva’, sino subjetiva: la del interesado detenido, frente a la, ésta sí, objetiva, de la sociedad. La defensa de oficio tiene evidentes connotaciones o similitudes con la noción de servicio público, que bastaría para satisfacer la necesidad de una mera presencia de Abogado, pero no el apoyo moral y ayuda técnica en la que consiste la función del Letrado, y a la que, por otro lado, se refiere la Sentencia”.

En nuestra opinión, la limitación de las comunicaciones con terceros, incluso familiares, a los que no se les comunicará el hecho de la prisión ni el lugar de custodia en que se halle cada momento, constituye una medida evidentemente excesiva y desproporcionada. Una cosa es la incomunicación del preso con su familia o terceros y otra muy distinta que sus familiares desconozcan el hecho mismo de la privación de libertad y su paradero. Impedir que los familiares sean comunicados de que fue efectuada la prisión se nos antoja como una medida verdaderamente inhumana y que no se ajusta a un proceso penal que tiene como valor fundamental la dignidad de la persona humana.

De igual modo, la designación de oficio del abogado que se encargue de su defensa y la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con él, constituyen a nuestro juicio restricciones incompatibles con los principios constitucionales que aseguran el derecho de defensa.

GÓMEZ COLOMER, tratando específicamente del tema, enfatiza que el artículo art. 527 a), de la LECrim es inconstitucional porque impone una limitación inadmisibles al derecho de defensa técnica que ni directa ni indirectamente, “en cualquiera de sus sentidos, amplio, concreto, autodefensa, defensa técnica, etc. puede quedar limitado por la legislación antiterrorista, según se afirma textualmente en el artículo 55.2 CE”⁹¹².

Examinando el derecho constitucional a la defensa técnica, que constituye un derecho público subjetivo, afirma el citado autor que, al impedir que el imputado incomunicado elija un Abogado de confianza, el artículo 527, a) LECrim, vulnera el contenido esencial del derecho a la defensa técnica,

⁹¹¹ Véanse: SSTC 1999/87, de 16 de diciembre; 46/1988, de 21 de marzo y 60/1988, de 8 de abril.

⁹¹² Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Ronda Universitat, Barcelona, 1988, pp. 139-140.

que significa: 1º) Que todo imputado tiene derecho a un Abogado que le defienda; 2) Durante todo el proceso penal ya desde la imputación, y 3) Designado de confianza si puede pagarle, y, en caso contrario, nombrado de oficio por el órgano jurisdiccional.

En verdad, el legislador procesal, al impedir que el preso incomunicado designe un abogado de su confianza está presumiendo que todos los abogados nombrados en estas circunstancias utilizarían los actos y medios procesales para obstaculizar la acción de la justicia, impidiendo un desarrollo correcto del proceso penal, lo que supone considerarlo connivente. No se puede presumir que, en virtud del ejercicio de un derecho público subjetivo de naturaleza constitucional, como es el derecho a la defensa técnica, que abogado y delincuente son afines ideológicamente y que su actuación estará dedicada a entorpecer la labor policial o judicial de investigación.

Como acertadamente sostienen en los votos particulares proferidos por los magistrados VEJA BENAYAS y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, es una ingenuidad imaginar que con la restricción del derecho a la defensa técnica se alcanzarían los objetivos pretendidos, como evitar la confabulación con terceras personas, impedir que se preparen coartadas, que se eliminen pruebas o también el evitar la huida de los implicados⁹¹³.

Nótese que la decisión del Tribunal Constitucional, reconociendo la constitucionalidad del artículo 527, a) LECrim, no ha restringido su aplicación a los supuestos de terrorismo o delincuencia organizada. Sin embargo, aun en estas hipótesis, con razón mantiene GÓMEZ COLOMER que “El Estado de Derecho no necesita de preceptos como el artículo 527, a) LECrim para

⁹¹³ Véase el voto particular formulado por los citados magistrados, párrafo IV.

luchar eficazmente desde el punto de vista legal contra el terrorismo y demás delincuencia grave organizada⁹¹⁴.

Se sabe que el enfrentamiento de la criminalidad organizada y de las bandas armadas y elementos terroristas también exige una modernización de la legislación que sea capaz de contener su avance vertiginoso, protegiendo a la sociedad y evitando la impunidad. Por ello, son imprescindibles nuevos instrumentos en poder de los órganos encargados de la investigación delictiva (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Fiscalía, jueces, etc.). Sin embargo, en nuestra opinión, considerando los valores superiores de los ordenamientos jurídicos español y brasileño, en esta lucha no se pueden utilizar mecanismos que no consideren los principios y derechos constitucionales superiores.

A pesar de todos los avances que serían alcanzados con la incorporación al ordenamiento jurídico brasileño de muchos de los preceptos que forman parte del régimen jurídico de la prisión provisional en España, a nuestro juicio, no nos parecen justificables las restricciones impuestas a los derechos de aquellos afectados por esta clase de prisión provisional, en especial la imposibilidad de libre designación de Abogado por el preso provisional y la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con él. En nuestra opinión, constituyen restricciones incompatibles con los principios constitucionales que aseguran el derecho de defensa e, igualmente, con un proceso penal que tiene como valor fundamental la dignidad de la persona humana.

⁹¹⁴ Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, ob. cit., p. 157.

5.8 La indemnización para la reparación de los daños derivados de la prisión preventiva injusta.

La Constitución Federal brasileña de 1988, apoyándose en la teoría del riesgo administrativo, establece la responsabilidad civil objetiva del Estado, al disponer, en su artículo 37, apartado 6º, que el Estado es responsable de los actos practicados por sus agentes que provoquen daños a terceros, garantizando, así, que cualquier perjuicio derivado de la actividad estatal será reparado por el Estado, incluso los relacionados con la actividad jurisdiccional.

En términos generales, para la configuración de la responsabilidad del Estado, es necesario que se de un daño; una acción u omisión administrativa; una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión, además de la inexistencia de una causa excluyente de la responsabilidad estatal.

Aunque la responsabilidad civil del Estado sobre el llamado error judicial también encuentre fundamento en el referido precepto constitucional, el tema fue específicamente tratado por la Constitución. De hecho, dispone su artículo 5º, inciso LXXV, que “El Estado indemnizará al condenado por un error judicial, así como también al que se quede arrestado por tiempo superior a aquel fijado en la sentencia”.

Conjugándose el apartado 6º del artículo 37, con el artículo 5º, inciso LXXV, ambos de la Constitución Federal, se concluye que la intención es la de garantizar al individuo la superioridad de sus derechos ante el propio Estado, concediéndole fundamentos con el fin de postular la reparación del Poder Público de los daños que haya sufrido, daños que pueden originarse mediante distintas formas de actuación estatal, incluida aquí la sentencia penal.

Es conveniente dejar sentado que en el ámbito infraconstitucional no existe precepto alguno legal que trate sobre la posibilidad de indemnización en virtud del error judicial relacionado específicamente con la prisión preventiva.

Es posible encontrar en el Código de Proceso Penal brasileño una previsión genérica de indemnización para hipótesis de error judicial penal. En efecto, al prever la posibilidad de revisión de la sentencia firme de condena (art. 621), estableció el legislador procesal que, si fuera juzgada procedente, si el interesado pidiera, el Tribunal “podrá reconocer el derecho a una justa indemnización por los perjuicios sufridos” (art. 630), excepto cuando se tratara de una acción de iniciativa privada (art. 630, §2º, a).

Realmente, el referido precepto procesal, además de no pronunciarse respecto sobre la prisión preventiva, dio origen a un mecanismo restrictivo para la obtención de la reparación del daño derivado genéricamente del error judicial penal, que es claramente insuficiente para la reparación de todos los daños que puedan originarse derivados de errores en esta actividad estatal. Como pone de relieve SAID CAHALI, la norma se muestra extremadamente limitativa de la responsabilidad indemnizatoria del Estado por los daños causados en el ejercicio de la jurisdicción penal⁹¹⁵.

Incluso, según un determinado sector doctrinal, en virtud de este precepto legal, la reforma de la sentencia, a través de la revisión criminal⁹¹⁶,

⁹¹⁵ Cfr. SAID CAHALI, Yussef. *Responsabilidade civil do Estado*, 2ª ed., Editorial Malheiros, São Paulo, 1995, p. 600.

⁹¹⁶ La revisión criminal en Brasil no es un auténtico recurso, sino que una acción autónoma de impugnación, que es admitida solamente ante sentencias firmes. Se asemeja, por lo tanto, al recurso de revisión previsto en el artículo 945 de la LECrim.

pasó a ser considerada como condición fundamental para el reconocimiento de un error judicial y la declaración del deber de indemnizar del Estado⁹¹⁷.

No compartimos esta opinión. El precepto constitucional (art. 5º, inc. LXXV) no vincula el derecho a la reparación con la revisión criminal, pudiendo perfectamente la indemnización ser postulada con independencia de la previa interposición de la revisión criminal, incluso porque la reparación de los daños es derecho que no observa la reforma de la sentencia de condena. No se puede admitir que, una vez resulte injusta la prisión preventiva, no pueda darse la indemnización cuando una vez finalizado el proceso no hubiera una sentencia de condena que permita la interposición de la revisión criminal.

Por otro lado, ante la claridad del precepto constitucional, tampoco se puede impedir el acceso a una indemnización por error judicial debido al hecho de que la acción penal sea de iniciativa privada, como establece el artículo 620, §2º, a, del Código de Proceso Penal⁹¹⁸.

Como afirmamos con anterioridad, la Constitución Federal no hace ninguna referencia a la prisión preventiva, apenas tratando el error judicial y el exceso de prisión. En nuestra opinión, sin embargo, al referirse al error judicial, es cierto que el precepto constitucional está admitiendo como susceptible de indemnización la hipótesis de prisión preventiva injusta. Nada justifica en los días actuales excluir de la posibilidad de reparación cualquier especie de prisión, ya que es derivada de un error penal.

En el caso de la prisión provisional, puede suceder que el imputado sea condenado y, bajo esta hipótesis, el tiempo en que estuvo arrestado será

⁹¹⁷ En este sentido, por todos, vid. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz*, Editorial Juruá, Curitiba, 1995, pp. 61-62.

⁹¹⁸ En dirección contraria a esta conclusión, véase SAID CAHALI, Yussef, ob. cit., p. 606.

descontado del período de la condena, lo que constituye una forma de reparación por una punición anticipada. Sin embargo, en el caso de una absolución que haya reconocido la inexistencia material del hecho o la negativa categórica de la autoría o participación, surge el derecho a indemnización por error judicial. Lo mismo sucede cuando la condena no permita una pena privativa de libertad o cuando la pena aplicada sea inferior al tiempo de prisión provisional.

Analizando el tema, el Superior Tribunal de Justicia acordó que en la medida en que la Constitución incluyó en el rol de las garantías democráticas una regla expresa que obliga al Estado a indemnizar al condenado por error judicial o a quien que quedó preso por tiempo superior a aquel establecido en la sentencia (art. 5º, inc. LXXV, CF), también se debe admitir la indemnización para las hipótesis semejantes, como a de alguien que fue sometido a una prisión provisional y, al final, fue absuelto⁹¹⁹.

Las Constituciones brasileña y española establecen expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial o por el anormal funcionamiento de la administración de Justicia. Sin embargo, en Brasil, no hay una regulación autónoma del derecho a la indemnización en relación a una prisión provisional injusta. El ordenamiento jurídico brasileño se refiere solamente a la posibilidad de indemnización en virtud de error judicial o derivado de una prisión que haya perdurado más allá del tiempo establecido en la sentencia.

La prisión provisional injusta revela una grave ofensa al honor y a la imagen del ciudadano, vulnerando su derecho fundamental a una vida libre y digna. En un Estado Democrático de Derecho, que se funda en la dignidad de la persona humana, la privación injusta de la libertad individual, derivada

⁹¹⁹ Cfr. RE nº 61.899, rel. Min. Vicente Leal, j. en 26 de marzo de 1996.

de error judicial, debe obligatoriamente resultar de la responsabilidad civil del Estado de la reparación de todos los perjuicios sufridos.

Resulta esencial matizar, no obstante, que no cualquier sentencia absolutoria genera automáticamente la obligación del Estado de indemnizar aquel que, durante el proceso, haya sido preso preventivamente.

La absolución del acusado en el proceso penal durante al cual estuvo preso preventivamente no le da automáticamente un derecho a una indemnización. Solamente cuando la absolución demuestre la ilegitimidad de la prisión pretérita, será ella adecuada para reparar los daños sufridos por aquel que estuvo en prisión provisional.

El legislador español fue categórico al establecer que solamente la absolución por inexistencia del hecho imputado da derecho a la indemnización por una prisión provisional injusta (artículo 294-1, de la LOPJ). Como ya afirmamos⁹²⁰, por criterios de equidad, la jurisprudencia española extendió el mismo efecto a la absolución que se basa en el reconocimiento de la imposibilidad de participación del acusado en el hecho enjuiciado (inexistencia subjetiva).

En Brasil, asimismo, la jurisprudencia, interpretando el artículo 5º, inciso LXXV, de la Constitución Federal, viene acordando que la adopción de la prisión preventiva, cuando sea motivada, siempre que haya obedecido todos los presupuestos legales, no se debe confundir con el error judicial al que se refiere el precepto constitucional. Por lo tanto, la absolución del acusado que tuvo su libertad privada en virtud de una prisión provisional no genera un derecho automático a la indemnización siempre y cuando sea dictada por insuficiencia de pruebas para la condena, sino que solamente

⁹²⁰ Vid. Capítulo 4º, epígrafe 4.10.

existirá cuando quede demostrada la inexistencia material del hecho o de igual manera la negativa categórica de la autoría⁹²¹.

⁹²¹ Al respecto, vid. las importantes Sentencias del Tribunal de Justicia de Santa Catarina (TJSC): AC nº 2005.000251-1, rel. Des. Jaime Ramos, j. en 5 de abril de 2005; AC nº 2003.000191-3, rel. Des. Newton Janke, j. en 21 de julio de 2005; AC nº 2005.030330-3, rel. Des. Volnei Carlin, j. en 12 de diciembre de 2005; AC nº 2007.013730-8, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. en 8 de mayo de 2007; AC nº 2005.034243-9, rel. Des. Cesar Abreu, j. en 8 de mayo de 2007; AC nº 2006.048061-5, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. en 15 de mayo de 2007; AC nº 2006.020604-0, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. en 22 de mayo de 2007; AC nº 2007.061010-1, rel. Des. Anselmo Cerello, j. en 27 de febrero de 2008; AC nº 2005.004460-5, rel. Des. José Volpato de Souza, j. en 11 de abril de 2008; AC nº 2005.040095-1, rel. Des. José Volpato de Souza, j. en 26 de mayo de 2008; AC nº 2006.000059-6, rel. Des. Ricardo Roesler, j. en 10 de junio de 2008; AC nº 2004.036505-6, rel. Desl. Cláudio Barreto Dutra, j. en 16 de julio de 2008; AC nº 2005.018400-2, rel. Des. Newton Trisotto, j. en 26 de agosto de 2008; AC nº 2005.032350-1, rel. Des. José Volpato de Souza, j. en 26 de septiembre de 2008; AC nº 2004.005331-2, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. en 10 de octubre de 2008; AC nº 2006.011476-1, rel. Des. Sônia Martia Schmitz, j. en 27 de noviembre de 2008; AC nº 2006.036590-4, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. en 27 de noviembre de 2008; AC nº 2008.035973-2, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. en 9 de febrero de 2009; AC nº 2007.038483-5, rel. Des. Jânio Machado, j. en 13 de agosto de 2009; AC nº 2008.009056-0, rel. Des. Cid Goulart, j. en 4 de septiembre de 2009; AC nº 2007.000533-1, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. en 27 de octubre de 2009; AC nº 2009.057088-9, rel. Des. Paulo Henrique Mortiz Martins da Silva, j. en 4 de junio de 2010; AC nº 2008.046845-7, rel. Des. Jaime Ramos, j. en 4 de junio de 2010; AC nº 2009.047530-7, rel. Des. João Henrique Blasi, j. en 27 de julio de 2010; AC nº 2009.074572-3, rel. Des. Cid Goulart, j. en 06 de septiembre de 2010.

CONCLUSIONES

I

El proceso penal debe atender a dos finalidades principales. De un lado, viabilizar la pretensión punitiva Estatal, destinada a restablecer el orden violado y garantizar la seguridad colectiva. Por otro, tutelar la libertad del individuo, protegiéndolo contra el arbitrio del poder estatal. La manera en como se regula esta situación conflictiva está indisolublemente ligada al modelo político asumido por el Estado, que tiene en el proceso penal uno de los principales instrumentos de su política criminal. Dentro de la perspectiva de un Estado comprometido con la idea de concretar simultáneamente estos valores, para que actúe como verdadero instrumento de pacificación social, deberá el proceso penal buscar en cada caso concreto la conciliación entre libertad y justicia social, uno de los problemas políticos y legislativos de más difícil solución.

II

La Constitución Española de 1978 y la Constitución Brasileña de 1988 consolidaron un sistema acusatorio de proceso, estableciendo una serie de normas (principios y reglas) relacionadas con el proceso penal, que contrastan con manifestaciones inquisitivas constantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y del Código de Proceso Penal de 1941, respectivamente, circunstancia que convierte en permanente la necesidad de una lectura constitucional de los diferentes institutos procesales.

III

En virtud de la fuerza normativa de la Constitución, no puramente formal, sino sobre todo material, la validez de las normas y prácticas procesales se encuentra condicionada a su capacidad de adecuación a los contenidos constitucionales y, de modo especial, a los derechos fundamentales, que ahora son considerados como requisitos de validez de toda la actividad persecutoria estatal.

IV

El sistema constitucional de los derechos fundamentales en España y Brasil responde a un modelo mixto de positivación, estando integrado por valores, principios y reglas. Los Textos Políticos Español y Brasileño, como marcos de transición democrática, atribuyeron a los derechos fundamentales una importancia excepcional, otorgándoles una tutela especial y protección reforzada. Como fuente de los derechos fundamentales, la dignidad humana fue alzada a postulado fundamental del Estado Español y Brasileño, constituyendo el núcleo básico del sistema constitucional, pauta de interpretación de todo el ordenamiento jurídico, y además objetivo y límite de la acción de los poderes estatales. Gozando de intensa fuerza normativa que hace irradiar sus efectos sobre toda la actividad punitiva, protege al ser humano contra cualquier forma de cosificación. Constituyendo una opción axiológica que eleva a la persona al centro del orden jurídico, el principio de la dignidad humana se manifiesta en una doble dirección, individual y colectiva, estando simultáneamente nutrido por los valores de libertad personal y seguridad colectiva, categorías esenciales para el desarrollo de la persona humana y que mutuamente se condicionan.

V

A pesar de representar una drástica intromisión en el derecho fundamental a la libertad, la prisión provisional constituye un instrumento imprescindible de la eficacia del proceso penal, cuya falta imposibilitaría su misión de proteger simultánea y equilibradamente la libertad y la seguridad, valores sobre los cuales se asienta un Estado social y democrático de Derecho.

VI

Del vasto elenco de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente que inciden sobre la actividad persecutoria, marcadamente cautelar, debe destacarse el de la presunción de inocencia, también reconocido por innumerables tratados internacionales de derechos humanos suscritos por España y por el Brasil. Como criterio informador y orientador del proceso penal, el derecho a la presunción de inocencia exige que se considere y trate el imputado o acusado como inocente hasta que su culpabilidad sea definitivamente declarada. Aunque no afecte a la validez de la prisión provisional, el derecho a la presunción de inocencia ejerce un influjo decisivo sobre el régimen de aquélla, dirigiéndola hacia el cumplimiento de finalidades que no podrán jamás poseer contenido punitivo.

VII

Para evitar el uso indebido de la prisión provisional, acomodándola a la perspectiva de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad debe ser observado desde su regulación hasta su efectiva aplicación. Actuando como un parámetro adicional de protección, trae consigo la exigencia de que sólo se recurra a la extrema medida cuando constatado, en el caso concreto, que se dirige a la atención de una finalidad constitucionalmente legítima, que no puede ser satisfecha a través de otros medios menos gravosos e igualmente idóneos y que, por fin, el sacrificio del

derecho a la libertad que con ella se hace, se revele razonable, proporcional, frente de la importancia del interés público que persigue.

VIII

En el intervalo entre el nacimiento de la relación jurídica procesal y la entrega de la resolución final, siempre existe el riesgo de la existencia de eventos que comprometen la actuación judicial, afectando de modo contundente a la eficacia y utilidad de la decisión. De ahí que posteriormente aparezca la necesidad de adoptar medidas urgentes, como la prisión provisional, para eliminar o mitigar este riesgo. En estos casos, si estas medidas no se adoptan no se logrará el propósito del proceso que al fin y al cabo consiste en la adopción de una resolución justa.

IX

El régimen legal de prisión provisional establecido en España desde la LO 13/2006 significó un gran paso adelante en el tratamiento legal de esta institución. Corrigiendo las muchas deficiencias comunicadas por la doctrina y la jurisprudencia constitucional sobre todo, el nuevo sistema tuvo la virtud de buscar la armonización de las medidas con los principios constitucionales pertinentes, y no simplemente servir como una herramienta para apaciguar el temor generado frente a la delincuencia creciente en un momento político particular que experimenta el país.

X

Mientras tanto, en Brasil, la base jurídica de la prisión preventiva se mantiene sin cambios desde 1967. No hay sistemática o lógica en el tratamiento de la materia en el Código de Proceso Penal. Sujeto a conceptos jurídicos indeterminados, desfasados y desajustados, el régimen

legal de la prisión preventiva en Brasil es una demostración flagrante de la discapacidad legislativa que termina siendo el propio reflejo de la indiferencia política para con las cuestiones que corresponden a la seguridad pública.

XI

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos que se han comparado exigen como requisito material para que se decrete la prisión provisional que existan indicios razonables de autoría o participación del agente en la práctica del delito. Es necesario que, bajo un juicio fundamentado de probabilidad, sea posible atribuir la práctica de un delito a una persona que sufrirá los efectos de la medida. De este modo, no se admite la prisión preventiva cuando se trata de simples faltas, delitos menores, infracciones de orden meramente administrativo o cuando el hecho se cometió concurriendo una causa de justificación. A diferencia del sistema legal español que considera la gravedad de la pena como un requisito genérico de la prisión provisional, el legislador brasileño no se pronunció al respecto, ignorando que la creación de una penología límite es un requisito derivado de la excepcionalidad de la medida y consecuencia de la incidencia del principio de proporcionalidad.

XII

El peligro en el retraso o en la demora procesal constituye el segundo presupuesto que debe ser observado para la adopción de la prisión provisional, bien en España o bien en Brasil. Es a través del *periculum in mora* como se puede identificar las finalidades de la prisión provisional y, por tanto, evaluar su legitimidad constitucional. A través de la comparación de los dos ordenamientos jurídicos llegamos a la conclusión de que son fines que constitucionalmente pueden ser anhelados con la prisión provisional en

España y en Brasil los siguientes: a) conjurar un riesgo de fuga, b) impedir la práctica de maniobras ilegales por el acusado o investigado, que afectan a la obtención e práctica de las pruebas, asegurando que el enjuiciamiento penal se desarrolla con normalidad; c) impedir la reiteración delictiva. Sin embargo, mientras la LECrim utiliza términos claros y objetivos, estableciendo criterios para la identificación de las diferentes situaciones que constituyen estos riesgos, el legislador brasileño se basa en expresiones vagas e imprecisas, sin ninguna referencia a las circunstancias acreditativas de estos riesgos.

XIII

El establecimiento de plazos máximos de duración de la prisión adoptada con anterioridad a una condena se fundamenta en el principio de la dignidad humana y, en España, es una exigencia derivada del mandato constitucional (art. 17.4 CE). En cumplimiento de ese mandato, la LECrim estableció plazos máximos para la duración de la privación de libertad antes de la sentencia firme, basándose en dos parámetros: la gravedad de la infracción penal y la finalidad perseguida con la prisión provisional. La Constitución de Brasil, a su vez, se limitó a reconocer este derecho en términos generales (art. 5, LXXVIII, CF), sin hacer referencia a la exigencia de que, por ley, sean establecidos límites temporales para la prisión provisional. El método utilizado por la jurisprudencia brasileña para llenar este vacío legal es insuficiente para controlar de modo razonable la duración de la prisión preventiva, ya que se basa en una interpretación discrecional, fundamentada en un criterio totalmente subjetivo, lo que favorece la práctica del arbitrio judicial, permitiendo que la prisión provisional, en muchos casos, perdure por tiempo indeterminado. De todos modos, en ambos ordenamientos jurídicos se dispone que la medida sólo pueda durar por el tiempo que sea imprescindible y en tanto subsistan los motivos que la

justificaron. En virtud de su carácter *rebus sic stantibus*, la prisión provisional es siempre susceptible de modificación.

XIV

El derecho a la indemnización del Estado por una ilegítima prisión provisional, tanto en España como en Brasil, puede derivar de un error judicial o del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. En España, en concreto, la responsabilidad del Estado por los daños derivados de una prisión provisional injusta fue regulada de modo autónomo.

XV

En ambos ordenamientos procesales la prisión provisional podrá ser adoptada por la autoridad judicial competente a lo largo de todo el proceso. En la primera fase de la *persecutio criminis*, dada la diversidad de configuración del modelo de procedimiento acusatorio, en España la medida podrá ser adoptada por el juez o el magistrado instructor mientras que en Brasil sólo tendrá esta capacidad el tribunal competente para la acción penal. A diferencia de España, que siempre requiere la petición de la parte para la adopción de la prisión provisional, en Brasil, el juez podrá adoptar la medida *ex officio*, por tanto, sin petición de parte y también sin la necesidad de una audiencia previa o posterior con las partes, como exige a LECrim. El derecho brasileño ni siquiera exige la notificación del acusado, siendo suficiente un simple mandamiento en el que se dará a conocer la parte dispositiva de la Resolución. Las medidas cautelares en general se aplican en el seno del propio proceso penal, sin necesidad de procesamiento en una pieza separada, como sucede en España. A diferencia del ordenamiento jurídico español, el cumplimiento de la prisión provisional en Brasil sigue siempre y constantemente las mismas reglas, ya que no hay clases de prisiones

provisionales, teniendo el detenido provisional los mismos derechos que los presos en general, como mantener la correspondencia, la comunicación y la libre elección de abogado, sin posibilidad de incomunicación.

XVI

En cualquiera de los dos ordenamientos examinados, en virtud de mandamientos constitucionales, las decisiones judiciales que impliquen la afectación de un derecho fundamental deben ser razonablemente motivadas. Por lo tanto, es esencial que el juez exponga la presencia de todos sus requisitos legales, la finalidad perseguida por la medida y la relación entre la finalidad anhelada y las circunstancias del caso concreto. Deberá resultar de un juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y los intereses que pretende proteger. Al contrario de la LECrim, que alude a la necesidad de que la resolución debe expresar los motivos por los que se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican la adopción, la ley brasileña sólo se refiere en términos generales al requisito de motivación, sin ninguna referencia a su contenido, circunstancia que termina favoreciendo al uso indiscriminado y arbitrario de la medida en la praxis judicial.

XVII

El análisis de los regímenes jurídicos de la prisión provisional en los ordenamientos jurídicos español y brasileño, con la identificación de las relaciones de semejanza y diferencia que existen, nos permite proponer, de *lege ferenda*, bajo la inspiración de la indiscutible superioridad del sistema español, la reforma urgente de la normativa que trata de la prisión provisional en Brasil, que deberá necesariamente tener en cuenta:

a) el establecimiento de un límite penológico para que sea posible la adopción de la prisión provisional, que deberá ser fijado en dos años de reclusión, tiempo previsto por la ley brasileña como un requisito objetivo para la suspensión de la pena de prisión derivada de la condena;

b) para otorgar mayor seguridad y predeterminación judicial, deberán ser tipificadas con claridad las diferentes hipótesis que configuran el *periculum in mora*, eliminando las referencias a los conceptos jurídicos excesivamente indeterminados y ambiguos existentes (garantía del orden público, la conveniencia de la instrucción probatoria, aplicación de la ley penal). Por otra parte, deberá establecer con precisión las circunstancias acreditativas de estos riesgos, que deberán ser valoradas por el juez en el momento de la adopción de la prisión provisional;

c) la fijación de plazos máximos de duración de la prisión provisional, que sean claros y no puedan ser prorrogados, que deberán ser fijados de acuerdo con la gravedad e la pena y la finalidad perseguida por la medida, eliminándose de este modo la laguna actual, verdadera fuente de incertidumbre y estímulo para la acomodación y arbitrariedades jurídicas;

d) el requisito de que la resolución judicial que adopte la prisión provisional exprese las razones por las cuales la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción;

e) contemplar la obligación de que la resolución judicial que adopte la prisión provisional exprese las razones por las que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que la justifican.

f) crear un sistema de contradicción previa o diferida como requisito para la adopción de la prisión provisional, así como la necesidad de notificación del investigado o acusado respecto de los fundamentos de la medida;

g) la articulación de un conjunto de medidas cautelares alternativas a la prisión que sean capaces de garantizar la eficiencia y la utilidad del proceso penal, evitándose así los efectos nocivos derivados de la estigmatización que derivan del contacto con el sistema penitenciario de una persona que aún no haya sido condenada definitivamente.

h) establecer una regulación autónoma del derecho a la indemnización derivada de la prisión preventiva injusta, previendo de modo categórico la responsabilidad del Estado de reparar los daños en los supuestos en los que el acusado sea absuelto por el reconocimiento de la inexistencia del hecho imputado o la imposibilidad de participación del acusado en el hecho enjuiciado.

XVIII

A pesar de que la prisión preventiva es una medida fundamental para que el proceso penal pueda alcanzar sus objetivos, tanto en España como en Brasil, es urgente, no sólo desde el punto de vista legislativo, sino también del sistema judicial y penitenciario, que sea implementada una política de tratamiento de los detenidos antes de la sentencia firme que sea capaz de protegerlos de los conocidos efectos deteriorantes del encarcelamiento, garantizándoles el disfrute de todos los derechos fundamentales que no fueran afectados por la medida. Sólo así se asegurará que, en la práctica, la naturaleza y las funciones legítimas de la prisión provisional no sean desvirtuadas y que, al fin e al cabo, termine convirtiéndose en una pena anticipada.

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

STC 21/1981, de 11 de febrero.

STC 31/1981, de 11 de marzo.

STC 25/1981, de 14 de julio.

STC 62/1982, de 20 de enero.

STC 41/1982, de 2 de julio.

STC 42/1982, de 2 de julio.

STC 108/1984, de 26 de noviembre.

STC 127/1984, de 26 de diciembre.

STC 35/1985, de 16 de enero.

STC 53/1985, de 24 de enero.

STC 28/1985, de 27 de marzo.

STC 178/1985, de 19 de diciembre.

STC 65/1986, de 23 de enero.

STC 160/1987, de 11 de febrero.

STC, 40/1987, de 3 de abril.

STC 196/1987, de 11 de diciembre.

STC 1999/1987, de 16 de diciembre

STC 6/1988, de 13 de enero.

STC 19/1988, de 13 de enero.

STC 209/1988, de 15 de febrero.

STC 46/1988, de 21 de marzo.

STC 60/1988, de 8 de abril.

STC 37/1989, de 23 de enero.
STC 113/1989, de 23 de febrero.
STC 178/1989, de 4 de abril.
STC 138/1989, de 20 de julio.
STC 8/1990, de 18 de enero.
STC 120/1990, de 13 de marzo.
STC 154/1990, de 2 de abril.
STC 206/1991, de 30 de octubre.
STC 98/1992, de 22 de junio.
STC 103/1992, de 25 de junio.
STC 85/1994, de 14 de marzo.
STC 108/1994, de 11 de abril.
STC 320/1994, de 21 de noviembre.
STC 337/1994, de 12 de diciembre.
STC 50/1995, de 13 de febrero.
STC 128/1995, de 8 de mayo.
STC 129/1995, de 8 de mayo.
STC 128/1995, de 26 de julio.
STC 14/1996, de 29 de enero.
STC 54/1996, de 27 de febrero.
STC 37/1996, de 11 de marzo.
STC 62/1996, de 15 de abril.
ATC 179/1996, del 26 de junio.
STC 55/1996, de 28 de junio.
STC 207/1996, de 17 de julio.

ATC 4/1997, de 13 de enero.
STC 44/1997, de 10 de marzo.
STC 56/1997, de 17 de marzo.
STC 66/1997, de 7 de abril.
STC 67/1997, de 7 de abril.
STC 98/1997, de 20 de mayo.
STC 161/1997, de 20 de mayo.
STC 107/1997, de 2 de junio.
STC 146/1997, de 15 de septiembre.
STC 156/1997, de 29 de septiembre.
STC 196/1997, de 11 de diciembre.
STC 81/1998, de 30 de marzo.
STC 98/1998, de 4 de mayo.
STC 142/1998, de 29 de junio.
STC 157/1998, de 30 de junio.
STC 177/1998, de 14 de septiembre.
STC 189/1998, de 15 de septiembre.
STC 234/1998, de 1 de diciembre.
STC 33/1999, de 8 de marzo.
STC 120/1999, de 10 de mayo.
STC 136/1999, de 20 de julio.
STC 166/1999, de 27 de septiembre.
STC 14/2000, de 17 de enero.
STC 47/2000, de 17 de febrero.
STC 64/2000, de 28 de febrero.

STC 164/2000, de 12 de junio.
STC 165/2000, de 12 de junio.
ATC 191/2000, de 24 de julio.
STC 207/2000, de 24 de julio.
STC 231/2000, de 2 de octubre.
STC 249/2000, de 30 de octubre.
STC 272/2000, de 13 de noviembre.
STC 304/2000, de 11 de diciembre.
STC 305/2000, de 11 de diciembre.
STC 29/2001, de 29 de enero.
STC 61/2001, de 26 de febrero.
STC 94/2001, de 2 de abril.
STC 124/2001, de 14 de mayo.
STC 145/2001, de 18 de junio.
STC 146/2001, de 18 de junio.
ATC 177/2001, de 29 de junio.
STC 217/2001, de 29 de octubre.
STC 8/2002 de 14 de enero.
STC 23/2002, de 28 de enero.
STC 23/2002, de 28 de enero.
STC 17/2002, de 11 de febrero.
STC 98/2002, de 29 de abril.
STC 138/2002, de 3 de junio.
STC 144/2002, de 15 de julio.
STC 155/2002, de 16 de septiembre.

STC 209/2002, de 28 de octubre.
STC 187/2003, de 2 de junio.
STC 121/2003, de 16 de junio.
STC 229/2003, de 1 de julio.
STC 22/2004, de 23 de febrero.
STC 155/2004, de 20 de septiembre.
STC 62/2005, de 14 de marzo.
STC 99/2005, de 18 de abril.
STC 145/2005, de 6 de junio.
STC 179/2005, de 4 de julio.
STC 333/2006, de 20 de noviembre.
STC 35/2007, de 12 de febrero.
STC 79/2007, de 16 de abril.
STC 149/2007, de 18 de junio.
STC 150/2007, de 18 de junio.
STC 151/2007, de 18 de junio.
STC 152/2007, de 18 de junio.
STC 27/2008, de 11 de febrero.
STC 66/2008, de 29 de mayo.
STC 50/2009, de 23 de febrero.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

STS de 27 de enero de 1989.

STS de 12 de junio de 1996.

STS de 21 de enero de 1999.

STS de 5 de abril de 1999.

STS de 12 de junio de 1999.

STS de 22 de diciembre de 2000.

STS de 28 de febrero de 2001.

STS de 1 de octubre de 2002.

STS de 24 de octubre de 2002.

STS de 20 de enero de 2003.

STS de 30 de abril de 2003.

STS de 16 de noviembre de 2004.

STS de 26 de enero de 2005.

STS de 27 de abril de 2005.

STS de 21 de marzo de 2006.

STS de 4 de abril de 2006.

STS de 5 de abril de 2006.

STS de 23 de mayo de 2006.

STS de 12 de julio de 2006.

STS de 20 de septiembre de 2006.

STS de 6 de octubre de 2006.

STS de 6 de junio de 2007.

STS de 18 de septiembre de 2007.

STS de 3 de octubre de 2007.
STS de 25 de enero de 2008.
STS de 30 de enero de 2008.
STS de 23 de abril de 2008.
STS de 3 de marzo de 2010.
STS de 24 de marzo de 2010.
STS de 26 de mayo de 2010.
STS de 14 de junio de 2010.
STS de 22 de junio de 2010.
STS de 29 de junio de 2010.
STS de 21 de julio de 2010.
STS de 28 de septiembre de 2010.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 10 de noviembre de 1969.
STEDH de 16 de julio de 1971.
STEDH de 28 de marzo de 1990.
STEDH 30 de agosto de 1990.
STEDH de 26 de julio de 1991.
STEDH de 27 de noviembre de 1991.
STEDH de 12 de diciembre de 1991.
STEDH de 26 de enero de 1993.
STEDH de 8 de junio de 1995.
STEDH de 13 de julio de 1995.

STEDH de 18 de diciembre de 1996.

STEDH de 17 de marzo de 1997.

STEDH de 17 de marzo de 1997.

STEDH de 23 de septiembre de 1998.

STEDH de 24 de octubre de 1998.

STEDH de 30 de enero de 2003.

RESOLUCIONES DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEÑO

HC nº 77.631, rel. Min. Leitão de Abreu, j. en 19 de abril de 1977.

RE nº 80.004, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. en 1º de junio de 1977.

RHC nº 59.386, rel. Min. Soares Muñoz, j. en 3 de marzo de 1981.

HC nº 71.289, rel. Min. Ilmar Galvão, j. en 9 de agosto de 1984.

HC nº 72.131, rel. Min. Marco Aurélio, j. en 23 de noviembre de 1995.

HC nº 64.602, rel. Min. Néri da Silveira, j. en 26 de febrero de 1998.

HC nº 76.370, rel. Min. Octávio Gallotti, j. en 10 de marzo de 1998.

RE 206.482, rel. Min. Mauricio Corrêa, j. en 27 de mayo de 1998.

HC nº 76.561, rel. Min. Nelson Jobin, j. en 27 de mayo de 1998.

AR nº 1.732-3, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 1º de julio de 1999.

HC nº 79.785, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 29 de marzo de 2000.

HC nº 79.781-4, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 18 de abril de 2000.

HC nº 80.893, rel. Min. Maurício Corrêa, j. en 5 de junio de 2001.

HC nº 80.717-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 13 de junio de 2001.

HC nº 81.148, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 19 de octubre de 2001.

HC nº 81.571, rel. Min. Celso de Mello, j. en 3 de septiembre de 2002.

HC nº 80.717-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 5 de marzo de 2004.

HC nº 83.806, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. en 9 de marzo de 2004.

RHC nº 84.293, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 29 de junio de 2004.

HC nº 85.453, rel. Min. Eros Grau, j. en 17 de mayo de 2005.

HC nº 87.838-5, rel. Min. Cezar Peluzo, j. en 21 de marzo de 2006.

HC nº 86.758, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. en 2 de mayo de 2006.

HC nº 87.041, rel. Min. Cezar Peluso, j. en 29 de junio de 2006.

HC nº 86.175, rel. Min. Eros Grau, j. 19 de septiembre de 2006.

HC nº 88.759, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. en 5 de diciembre de 2006.

HC nº 89.501, rel. Min. Celso de Mello, j. en 12 de diciembre de 2006.

HC nº 94.421, rel. Min. Cármen Lúcia, j. en 8 de mayo de 2007.

HC nº 92.368, rel. Min. Eros Grau, j. en 13 de noviembre de 2007.

HC nº 92.697, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. en 12 de febrero de 2008.

HC nº 92.839, rel. Min. Menezes Direito, j. en 11 de marzo de 2008.

HC nº 93.000, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. en 1º de abril de 2008.

HC nº 93.913, rel. Min. Eros Grau, j. en 8 de abril de 2008.

HC nº 100.801, rel. Min. Felix Fischer, j. en 5 de junio de 2008.

HC nº 93.985, rel. Min. Eros Grau, j. en 24 de junio de 2008.

HC nº 95.602, rel. Min. Eros Grau, j. en 16 de septiembre de 2008.

HC nº 95.414, rel. Min. Eros Grau, j. en 16 de septiembre de 2008.

HC nº 95.602, rel. Min. Eros Grau, j. en 16 de septiembre de 2008.

HC nº 95.024, rel. Min. Cármen Lúcia, j. en 14 de octubre de 2008.

HC nº 94.509, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. en 21 de octubre de 2008.

HC nº 95.889, rel. Min. Eros Grau, j. en 25 de noviembre de 2008.

HC nº 96.008, rel. Min. Eros Grau, j. en 2 de diciembre de 2008.

HC nº 95.424, rel. Min. Eros Grau, j. en 3 de marzo de 2009.

HC nº 96.483, rel. Min. Celso de Mello, j. en 10 de marzo de 2009.
HC nº 96.977, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. en 9 de junio de 2009.
RHC nº 97.928 Min. Eros Grau, j. en 9 de junio de 2009.
HC nº 97.466, rel. Min. Celso de Mello, j. en 25 de agosto de 2009.
HC nº 95.886, rel. Min. Celso de Mello, j. en 27 de octubre de 2009.
HC nº 160.556, rel. Min. Eros Grau, j. en 18 de agosto de 2010.

RESOLUCIONES DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA BRASILEÑO

RHC nº 1.004, rel. Min. José Cândido, j. en 5 de marzo de 1991.
RHC nº 1.139, rel. Min. Edson Vidigal, j. en 15 de mayo de 1991.
RHC nº 1.697-0, rel. Min. Costa Lima, j. en 11 de marzo de 1992.
HC nº 2.049, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. en 26 de junio de 1992.
RHC nº 2.463-3, rel. Min. Adhemar Maciel, j. en 8 de febrero de 1993.
RHC nº 2.481-5, rel. Min. Adhemar Maciel, j. en 2 de marzo de 1993.
RHC nº. 2.190-5, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. en 8 de marzo de 1993.
HC nº 8.495, rel. Min. Félix Fischer, j. en 16 de marzo de 1993.
RHC nº 1.657-0, rel. Min. Anselmo Santiago, j. en 1 de junio de 1993.
HC nº 1.915-4, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. en 15 de junio de 1993.
RHC nº 2.174-6, rel. Min. Adhemar Maciel, j. en 7 de diciembre de 1993.
RHC nº 3.268-5, rel. Min. Pedro Acioli, j. en 13 de diciembre de 1993.
HC nº 2.355-2, rel. Min. Pedro Acioli, j. en 22 de febrero de 1994.
HC nº 2.423-0, rel. Min. Edson Vidigal, j. en 7 de marzo de 1994.
RHC nº 3096-8, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. en 22 de marzo de 1994.
RHC nº 3.715-6, rel. Min. Adhemar Maciel, j. en 29 de junio de 1994.

HC nº 2.660-8, rel. Min. Anselmo Santiago, j. en 29 de agosto de 1994.

RHC nº 3.692, rel. Min. Anselmo Santiago, j. en 30 de agosto de 1994.

HC nº 3.170-9, rel. Min. Cid Fláquer Scartezzini, j. en 6 de febrero de 1995.

RE nº 61899, rel. Min. Vicente Leal, j. en 26 de marzo 1996.

RHC nº 6.351, rel. Min. Anselmo Santiago, j. en 9 de junio de 1997.

RHC nº 7.436, rel. Min. Anselmo Santiago, j. en 26 de mayo de 1998.

RHC nº 7.535, rel. Min. Fernandes Gonçalves, j. en 18 de junio de 1998.

HC nº 8.02787, rel. Min. Félix Fischer, j. en 8 de septiembre de 1998.

RHC nº 7.925, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. en 15 de octubre de 1998.

REsp. nº 158.042, rel. Min. Félix Fischer, j. en 19 de octubre de 1998.

HC nº 8.533, rel. Min. Vicente Leal, j. en 20 de marzo de 1999.

HC nº 8.754, rel. Min. Gilson Dipp, j. en 2 de agosto de 1999.

HC nº 9.996, rel. Min. Vicente Leal, j. en 14 de septiembre de 1999.

HC nº 10.759, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. en 22 de febrero de 2000.

RHC nº 9.376, rel. Min. Vicente Leal, j. en 29 de marzo de 2000.

HC nº 18.530, rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, j. en 5 de febrero de 2002.

HC nº 19434, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. en 19 de febrero de 2002.

HC nº 18.520, rel. Min. Edson Vidigal, j. en 22 de abril de 2002.

HC nº 22.813, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. en 8 de octubre de 2002.

HC nº 17.802, rel. Min. Vicente Leal, j. en 5 de noviembre de 2002.

HC nº 33.164, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 7 de abril de 2005.

HC nº 40.691, rel. Min. Felix Fischer, j. en 19 de mayo de 2005.

HC nº 42.041, rel. Min. Felix Fischer, j. en 2 de junio de 2005.

HC nº 36.844, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 14 de junio de 2005.

HC nº 38.712, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 16 de junio de 2005.

HC nº 38.630, rel. Min. Felix Fischer, j. en 21 de junio de 2005.

HC nº 18.615, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. en 21 de junio de 2005.

HC nº 47.251, rel. Min. Felix Fischer, j. en 2 de febrero de 2006.

HC nº 38565, rel. Min. Paulo Medina, j. en 7 de marzo de 2006,

HC nº 49.713, rel. Min. Felix Fischer, j. en 7 de marzo de 2006.

HC nº 42.707, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 14 de marzo de 2006.

HC nº 47.168, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. en 14 de marzo de 2006.

HC nº 44.134, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. en 14 de marzo de 2006.

HC nº 47.945, rel. Min. Felix Fischer, j. en 4 de abril de 2006.

HC nº 52.241, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. en 11 de abril de 2006.

HC nº 48.110, rel. Min. Felix Fischer, j. en 20 de abril de 2006.

HC nº 60752, rel. Min. Felix Fischer, j. en 10 de octubre de 2006.

HC nº 60.216, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 10 de octubre de 2006.

HC nº 56.960, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 17 de octubre de 2006.

HC nº 62.602, rel. Min. Felix Fischer, j. en 24 de octubre de 2006.

HC nº 61.242, rel. Min. Felix Fischer, j. en 7 de noviembre de 2006.

HC nº 65.276, rel. Min. Felix Fischer, j. en 7 de noviembre de 2006.

HC nº 50.792, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 5 de diciembre de 2006.

HC nº 57083, rel. Min. Felix Fischer, j. en 5 de diciembre de 2006.

HC nº 55.526, rel. Min. Felix Fischer, j. en 5 de diciembre de 2006.

HC nº 86.438, rel. Min. Felix Fischer, j. en 8 de noviembre de 2007.

HC nº 81.005, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 20 de noviembre de 2007.

HC nº 85.108, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 20 de noviembre de 2007.

HC nº 83.204, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 20 de noviembre de 2007.

HC nº 55.051, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 29 de noviembre de 2007.

HC nº 86.031, rel. Min. Felix Fischer, j. en 4 de diciembre de 2007.

HC nº 89.175, rel. Min. Felix Fischer, j. en 11 de diciembre de 2007.

HC nº 86.439, rel. Min. Felix Fischer, j. en 11 de diciembre de 2007.

HC nº 66.007, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 11 de diciembre de 2007.

HC nº 85.137, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 11 de diciembre de 2007.

HC nº 52.858, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. en 21 de febrero de 2008.

HC nº 92.730, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 11 de marzo de 2008.

HC nº 99.515, rel. Min. Felix Fischer, j. en 15 de marzo de 2008.

HC nº 92.388, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 17 de marzo de 2008.

HC nº 98.181, rel. Min. Felix Fischer, j. en 1º de abril de 2008.

HC nº 88.274, rel. Min. Felix Fischer, j. en 1º de abril de 2008.

HC nº 87.357, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 3 de abril de 2008.

HC nº 97.788, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 8 de abril de 2008.

HC nº 99.889, rel. Min. Jane Silva, j. en 29 de abril de 2008.

HC nº 98.995, rel. Min. Jane Silva, j. en 29 de abril de 2008.

HC nº 91.713, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 8 de mayo de 2008.

HC nº 97.631, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 20 de mayo de 2008.

HC nº 101.377, rel. Min. Jane Silva, j. en 17 de junio de 2008.

HC nº 100.512, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 23 de junio de 2008.

HC nº 88.809, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 26 de agosto de 2008.

HC nº 52.741, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 7 de octubre de 2008.

HC nº 111.056, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 16 de octubre de 2008.

HC nº 78.643, rel. Min. Og Fernandes, j. en 21 de octubre de 2008.

HC nº 88573, Min. Laurita Vaz, j. en 21 de octubre de 2008.

HC nº 83.334, rel. Min. Paulo Gallotti, j. en 21 de octubre de 2008.

HC nº 109.674, rel. Min. Og Fernandes, j. en 6 de noviembre de 2008.

HC nº 106.251, Min. Paulo Gallotti, j. en 6 de noviembre de 2008.

HC nº 87.814, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 11 de noviembre de 2008.

HC nº 109.060, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 18 de noviembre de 2008.

HC nº 109.758, rel. Min. Felix Fischer, j. en 24 de noviembre de 2008.

HC nº 116.875, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. en 18 de diciembre de 2008.

HC nº 10.0714, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 18 de diciembre de 2008.

HC nº 93.689, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 18 de diciembre de 2008.

RHC nº 24.928, rel. Min. Jane Silva, j. 18 de diciembre de 2008.

HC nº 117.958, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 10 de febrero de 2009.

HC nº 65.736, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 10 de marzo de 2009.

HC nº 132.379, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 26 de mayo de 2009.

HC nº 70.562, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 26 de mayo de 2009.

HC nº 117.017, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 18 de junio de 2009.

HC nº 120.108, rel. Min. Jane Silva, j. en 23 de junio de 2009.

HC nº 128.549, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 13 de agosto de 2009.

HC nº 86.157, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 19 de agosto de 2009.

HC nº 106.155, rel. Min. Maria Thereza de Assis, j. en 24 de agosto de 2009.

HC nº 123.062, rel. Min. Felix Fischer, j. en 1º de septiembre de 2009.

RHC nº 25.955, rel. Min. Felix Fischer, j. en 1 de septiembre de 2009.

RHC nº 25.414, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 15 de septiembre de 2009.

HC nº 123.492, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 17 de septiembre de 2009.

HC nº 138.034, rel. Min. Jorge Mussi, j. en 22 de septiembre de 2009.

HC nº 129.722, rel. Min. Og Fernandes, j. en 20 de octubre de 2009.

HC nº 142.044, rel. Min. Og Fernández, j. en 27 de octubre de 2009.

HC nº 124.170, rel. Min. Arnaldo Esteves, j. en 23 de febrero de 2010.

HC nº 126.050, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. en 18 de mayo de 2010.

HC nº 166.236, rel. Min. Og Fernandes, j. en 20 de mayo de 2010.

HC nº 145.467, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 10 de junio de 2010.

HC nº 143.493, rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. en 10 de junio de 2010.

HC nº 149.199 rel. Min. Laurita Vaz, j. en 15 de junio de 2010.

HC nº 159.731 rel. Min. Laurita Vaz, j. en 15 de junio de 2010.

HC nº 90.980, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. en 17 de junio de 2010.

HC nº 166.740 rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. en 17 de junio de 2010.

HC nº 163.741 rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. en 17 de junio de 2010.

RHC nº 25.416, rel. Min. Laurita Vaz, j. en 22 de junio de 2010.

HC nº 119.743 rel. Min. Celso Limongi, j. en 30 de junio de 2010.

HC nº 161.633, rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. en 5 de agosto de 2010.

HC nº 145.143, rel. Min. Felix Fischer, j. en 12 de agosto de 2010.

HC nº 168.755, rel. Min. Felix Fischer, j. en 19 de agosto de 2010.

HC nº 172.611, rel. Min. Napoleão Nunes Maia, j. en 2 de setiembre de 2010.

**RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE SANTA
CATARINA - BRASIL**

- AC nº 2005.000251-1, rel. Des. Jaime Ramos, j. en 5 de abril de 2005.
- AC nº 2003.000191-3, rel. Des. Newton Janke, j. en 21 de julio de 2005.
- AC nº 2005.030330-3, rel. Des. Volnei Carlin, j. en 12 de diciembre de 2005.
- AC nº 2007.013730-8, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. en 8 de mayo de 2007.
- AC nº 2005.034243-9, rel. Des. Cesar Abreu, j. en 8 de mayo de 2007.
- AC nº 2006.048061-5, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. en 15 de mayo de 2007.
- AC nº 2006.020604-0, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. en 22 de mayo de 2007.
- AC nº 2007.061010-1, rel. Des. Anselmo Cerello, j. en 27 de febrero de 2008.
- AC nº 2005.004460-5, rel. Des. José Volpato de Souza, j. en 11 de abril de 2008.
- AC nº 2005.040095-1, rel. Des. José Volpato de Souza, j. en 26 de mayo de 2008.
- AC nº 2006.000059-6, rel. Des. Ricardo Roesler, j. en 10 de junio de 2008.
- AC nº 2004.036505-6, rel. Desl. Cláudio Barreto Dutra, j. en 16 de julio de 2008.
- AC nº 2005.018400-2, rel. Des. Newton Trisotto, j. en 26 de agosto de 2008.
- AC nº 2005.032350-1, rel. Des. José Volpato de Souza, j. en 26 de septiembre de 2008.
- AC nº 2004.005331-2, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. en 10 de octubre de 2008.
- AC nº 2006.036590-4, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. en 27 de noviembre de 2008.
- AC nº 2006.011476-1, rel. Des. Sônia Martia Schmitz, j. en 27 de noviembre de 2008.
- AC nº 2008.035973-2, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. en 9 de febrero de 2009.
- AC nº 2007.038483-5, rel. Des. Jânio Machado, j. en 13 de agosto de 2009.
- AC nº 2008.009056-0, rel. Des. Cid Goulart, j. en 4 de septiembre de 2009.
- AC nº 2007.000533-1, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. en 27 de octubre de 2009.
- AC nº 2008.046845-7, rel. Des. Jaime Ramos, j. en 4 de junio de 2010.

AC nº 2009.057088-9, rel. Des. Paulo Henrique Mortiz Martins da Silva, j. en 4 de junio de 2010.

AC nº 2009.047530-7, rel. Des. João Henrique Blasi, j. en 27 de julio de 2010.

AC nº 2009.074572-3, rel. Des. Cid Goulart, j. en 06 de septiembre de 2010.

BIBLIOGRAFÍA

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito internacional público*, 11ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 1976.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25ª ed., Editorial Malheiros, São Paulo, 2006.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgilio. *O Proporcional e o Razoável*, en "Revista dos Tribunais", vol. 798, São Paulo, 2002.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Editorial Edersa, Madrid, 1999.

AGUDO ZAMORA, Miguel J.: *La interpretación de los derechos y libertades constitucionales a través de los tratados internacionales: la técnica del artículo 10.2*, en "Estudios Penales y Jurídicos", Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1996.

AGUILAR NAVARRO, Mariano. *El orden público en el derecho internacional privado*, en "Revista española de derecho internacional", 1953.

AGUILERA DE PAZ, Enrique. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1924.

ALBALADEJO ESCRIBANO, Isabel. *La seguridad ciudadana para la garantía de derechos humanos: un deber de los Estados*, en www.iideh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1649140147.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, RICARDO LEVENE, Hijo. *Derecho Procesal Penal*, t. I, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945.

ALEGRE MARTINEZ, Miguel Ángel. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, Servicio de Publicaciones, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*, en www.amperj.org.br.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. *Derecho Político Español según la*

Constitución de 1978, 3ª ed., v. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

AMBOS, Kai, e HASSAN CHOUKR, Fauzi. *A Reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*, Editorial Método, São Paulo, 2001.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Cien años después. Lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. En "Poder Judicial", nº 4, 1982.

— *El juez y la prisión provisional*, en "Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales", Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997.

— *Presunción de Inocência y prisión sin condena*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, nº 13, 1997.

APARISI MIRALLES, Ángela. *En torno al principio de la dignidad humana*, en <http://www.aebioetica.org/rtf/05BIOETICA54.pdf>.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Gráfica Encinas, Madrid, 1979.

ARAGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Editorial Bosch, Barcelona, 1991.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.

ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Editorial Civitas, Madrid, 1987.

— *Reforma de la prisión provisional. El respecto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad*, en "La Ley", 2005-2.

ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*, 2ª ed., Editorial Elsevier, Rio de Janeiro, 2009.

BALDEZ KATO, Maria Ignez Lanzellotti. *A (des)razão da prisão provisória*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

BALLBE, Manoel. *Orden Público y militarismo en Espanha Constitucional.*, Editorial Alianza, Madrid, 1983.

BALLESTEROS MARTÍN, Javier Mariano. *Cuestiones relativas a la prisión provisional en el derecho español*, en “La Ley”, 2002-1.

BANACLOCHE PALAO, Julio. *La libertad personal y sus limitaciones - detenciones y retenciones en el Derecho español*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996.

BARALLAT LÓPEZ, Juan. *Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional*, en “Régimen jurídico de la prisión provisional”, coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, editorial Sepín, Madrid, 2004.

BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidad: estudio preliminar*, en “Cuadernos de Derecho Público”, INAP, Madrid, 1998, nº 5.

BARONA VILAR, Silvia. *El principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional*, en “La Ley”, Editorial Edilex, Madrid, 1987-4.

— *La conformidad en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

— *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.

— *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

BARREIRO, Alberto Jorge. *La prisión provisional en la ley de enjuiciamiento criminal*, en “La Ley”, 1997-3.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 6ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2004.

— *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*, en <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=431>.

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y otros. *Teoría General de Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

BATISTA, Weber Martins. *Liberdade Provisória*, 2ª ed., Editorial Forense, Rio de Janeiro, 1985.

BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Labor, Barcelona, 1943.

BENTO DE FARIA, Antonio. *Código de Processo Penal*, v. I, Editorial Jacintho, Rio de Janeiro, 1942.

BERGALLI, Roberto. *Control Social Punitivo: Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Diário de um Século*. Org. de Alberto Pappuzi, trad. Daniela Versiani. Editorial Campus, Rio de Janeiro, 1988.

— *Estado, Gobierno y Sociedad: por una teoría general de la política*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

— *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito*, Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, Editorial Ícone, São Paulo, 1995.

— *Principi Generali di Diritto*, en “Novísimo Digesto Italiano”, v. 13, Turim, 1957.

— *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Directo Constitucional*, 13ª ed., Editorial Malheiros, São Paulo, 2003.

BONFIM, Edílson Mougnot. *Curso de Processo Penal*, 4ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2009.

BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo Penal Brasileiro*, v. II, Editorial Globo, Porto Alegre, 1942.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de Política Criminal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Política Criminal y Estado*, en “Estudios Jurídicos”, v. I, Universidad de Valencia, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, v. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

— *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

CALVO ALVAREZ, Joaquín. *Orden público e factor religioso en la Constitución española*, Ediciones EUNSA, Pamplona, 1983.

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. *Comentario a la ley orgánica del 23 de abril de 1983 sobre reforma de la prisión provisional*, en “La Ley”, 1983-4.

— *De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984 del 26 de diciembre*, en “La Ley”, 1985-1.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. *Processo Penal Cautelar*, Editorial Forense, Rio de Janeiro, 1982.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, Editorial Universidade de Brasília, Brasília, 1998.

CANOTILHO, José Joaquin Gomes. *Cadernos Democráticos, Estado de Direito*, Editorial Gradiva, Lisboa, 1999.

— *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Editorial Almedina, Coimbra, 1999.

— *Direito Constitucional*, 6ª ed., Editorial Almedina, Coimbra, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2009.

CARMONA CUENCA, Encarnación; AYUSO TORRES, Miguel y otros. *Manual de Derecho Constitucional*, t. I, Editorial Colex, Madrid, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. v. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950.

— *As Misérias do processo penal*, Editorial Conan, Campinas, 1995.

CARRARA, Francesco. *Il Diritto penale e la procedura penale*, en “Opuscoli di diritto criminale”, 4ª ed., Editorial Fratelli Cammelli, Firenze, 1903.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, 2ª ed., Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1960.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Introducción al derecho procesal*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. (póstuma), Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, 1958.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 9, nº 25, 1989.

CUENCA MIRANDA, Alfonso. *La prisión provisional en el Derecho comparado y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en “Régimen jurídico de la prisión provisional”, coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004.

DAMIÁN MORENO, Juan. *La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal*, en “Régimen jurídico de la prisión provisional”, coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004.

DE HOYOS SANCHO, Monserrat. *La detención por delito*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Editorial Ramón Areces, 2007.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, en DE LA OLIVA SANTOS Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho Procesal: Introducción*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *La nueva prisión atenuada domiciliaria: ¿una alternativa a la prisión ordinaria?*, en “La Ley”, 2004-5.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. *La posición de la víctima ante la prisión provisional*. En "Régimen jurídico de la prisión provisional", coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração*, 2ª ed., Editorial Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Editorial Cedam, Padova, 1953.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *Presupuestos y fines de la prisión provisional*, en "Régimen jurídico de la prisión provisional", coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos*, en "La Ley", 2004-1.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo. *Orden público y conflictos colectivos*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*, 11ª ed., Editorial Malheiros, São Paulo, 2003.

DORAL GARCÍA, José Antonio. *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1967.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997.

ESCUSOL BARRA, Eladio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1993.

ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 5ª ed., v. III, Editorial Borsoi, Rio de Janeiro, 1962.

ESTEBAN, Jorge de, GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro. J. *Curso de Derecho Constitucional Español*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993.

FARALDO CABANA, Patricia. *El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*, en "Actualidad Penal" nº 25, 2003.

— *La prisión provisional en España, Alemania e Italia: un estudio de derecho comparado*, en "Revista de Derecho y Proceso Penal", 2002.

FASSBENDER, Bardo. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en "Cuadernos de Derecho Público", INAP, nº 5, 1998.

FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., v. II, Editorial Labor S.A., 1952.

— *El proceso penal*, 4ª ed., Editorial Ageda, Madrid, 1982.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. *El sentido de la prisión provisional y la ley orgánica 10/1983, del 26 de diciembre*, en "La Ley", 1985-4.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y Presunción de Inocencia*, Editorial iustel, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*, Editorial Dykinson, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

— *Derechos y Garantías - la ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

— *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, trad. de Ana Paula Zomer y otros, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1995.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, en www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURÍDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf.

FERRI, Enrico. *Sociologia Criminale*, 4ª ed., Torino, 1900.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz*, Editorial Juruá, Curitiba, 1995.

FRANCISCO DE SOUZA, Antônio. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Editorial Almedina, Coimbra, 1994.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*, 7ª ed., v. II, Editorial Forense, Rio de Janeiro, 1960.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*, v. 1, Editorial Bookseller, Campinas, 1997.

— *Tratado de Direito Processual Penal*, v. I, Editorial Saraiva, São Paulo, 1980.

FREIXES SANJUAN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, Jose CARLOS. *La configuración constitucional de la seguridad ciudadana*, en "Revista de Estudios Políticos", nº 87, enero-marzo, 1995.

GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, v. III, Editorial Forense, Rio de Janeiro, 1945.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*, 5ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 2000.

— *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Editorial Thomsom/Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1975.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad personal: detención, privación y restricción de libertad*, Editorial Tirant lo blach, Valencia, 1995.

— *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del 'Ius Puniendi'*, en "Estudios Penales y Jurídicos", Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1996.

GAROFALO, Raffaele. *La detenzione preventiva*, Torino, 1982.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, AGUILERA MORALES, Marien. *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal - comentario a la ley 38/2002 y a la ley orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

GIMENO SENDRA, Vicente. *El auto de procesamiento*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1979-LXXIX.

— *La necesaria reforma de la prisión provisional*, en "La Ley", 2001-7.

— *La prisión provisional y derecho a la libertad*, en "Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales", Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997.

GIMENO SENDRA, Vicente, y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Editorial Colex, Madrid, 2004.

GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª ed., Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y políticos del proceso penal: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935*, Editorial Bosch, Barcelona, 1935.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1991.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*. Ronda Universitat, Barcelona, 1988.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., Editorial Agesa, Madrid, 1987.

GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. *Los límites de los derechos fundamentales*, en "Constitución y derechos fundamentales", coords.: BETEGÓN, J. y otros. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Editorial Abella, Madrid, 1971.

— *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

GRECO FILHO, Vicente. *Manuel de Processo Penal*, 8ª ed. Editorial Saraiva, São Paulo, 2010.

GUARINIELLO, Raffaele. *La discrezionalità del giudice in tema di cattura e di liberta provvisoria*, en “Rev. Dir. Proc.”, 1966.

GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., t. I, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, en “El sistema de medidas cautelares”, Pamplona, 1974.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. *La Prisión Provisional*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles. *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*. Editorial Colex, Madrid, 2000.

HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Qual Sistema Processual?*, em http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/colaborador_ainda_sobre.doc.

— *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

— *Garantias Constitucionais na investigação criminal*, 2ª ed., Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

— *Processo Penal à luz da Constituição*, Editorial Edipro, São Paulo, 1999.

— *Processo Penal de Emergencia*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Trad. Patricia S. Ziffer, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

HERVADA, Javier. *Lecciones de Filosofía del Derecho - teoría de la justicia y del derecho*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1989.

— *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico*, Editorial Martins Fontes, São Paulo, 2006.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Editorial Zanichelli, Bologna, 1979.

IZU BELLOSO, Miguel José. *Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la constitución de 1978*, en "Revista española de derecho administrativo", nº 58, abril-junio 1988.

JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

KARAM, Maria Lucia. *Prisão e Liberdade Provisória*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1993.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Prisión preventiva y penas privativas de libertad*, en "Estudios Penales y Criminológicos", vol. VII, Santiago de Compostela, 1984.

LAURIA TUCCI, Rogério. *Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile*, en "Revista di diritto processuale", 1952.

LLESCAS RUS, Angel-Vicente. *Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal*, en "Revista de Derecho Procesal", 1995.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)*, en "Revista de Derecho Procesal", 1995.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. II, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

— *Introdução Crítica ao Processo Penal - fundamentos da instrumentalidade constitucional*, 4ª ed., Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

LÓPEZ GONZÁLES, José Ignacio. *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1988.

LOPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco. *Seguridad ciudadana y orden público*. Editorial Abella, Madrid, 1992.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

MACHADO, Antonio Alberto. *Prisão Preventiva*, Editorial Acadêmica, São Paulo, 1993.

MAGRO SERVET, Vicente. *Régimen jurídico penitenciario de la prisión provisional: prisión incomunicada*, en “Régimen jurídico de la prisión provisional”, coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004.

MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco. *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*, en “Justitia”, 2002.

MANZINI, Vincenzo. *Derecho procesal penal*, trad. Santiago S. Melendo, t. III, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1952.

— *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*, Editorial Palabra, Madrid, 2001.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Las sanciones de orden público en derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973;

— *Notas para la historia de la noción de orden público*, en *Revista española de Derecho administrativo*, nº 26, 1983.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

MATTES, Heinz. *La prisión preventiva en España*, Servicio de Publicaciones de la fundación universitaria San Pablo, Madrid, 1975.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996.

MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. *O processo criminal brasileiro*, v. I, Editorial Laemmert & Cia., Rio de Janeiro, 1901.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*, en “Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná”, nº 30, 1998.

— *O papel do novo juiz no processo penal*, en “Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal”, Editorial Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., Editorial Coimbra, Coimbra, 1998.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

— *Estado, Pena y Delito*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2004.

MOLAS, Isidro. *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia - análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal: jurisdicción, acción y proceso*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976.

— *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

— *Trabajos de Derecho Procesal*. Editorial Bosch, Barcelona, 1988.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, 17ª ed., Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional III*, Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*, Editorial Atlas, São Paulo, 2003.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

MORENO CATENA, Víctor. *En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamérica", dirs: GÓMEZ ORBANEJA, E. y otros, Editorial Vicente Rico, Madrid, 1981-I.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MORENO CATENA, Víctor, GIMENO SENDRA, Vicente y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Editorial COLEX, Madrid, 1999.

MOUGENOT BONFIM, Edílson. *Curso de Processo Penal*, Editorial Saraiva, São Paulo, 2006.

MUCCIO, Hidejalma. *Prisão e Liberdade Provisória: teoria e prática*, Editorial HM, São Paulo, 2003.

MUERZA ESPARZA, Julio. *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, Editorial Temis, Bogotá, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal - Parte General*, 2ª ed., Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco y MORENO CATENA, Vicente. *La prisión provisional en el Derecho Español*, en "La reforma penal y penitenciaria", Santiago de Compostela, 1980.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, 26ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 5ª ed., Editorial Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Garantismo e Barbarie: a face oculta do galantismo penal*, Editorial Conceito, 2010.

OLIVEIRA ROCHA, Luiz Otávio de y GARCIA BAZ, Marco Antonio. *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*, 2ª ed., Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, nº 244, 1978.

OSORIO, Lucas, JIMENEZ-BLANCO, Antonio, JIMENEZ-BLANCO, Gonzalo, MAYOR, Pablo. *Comentario a la Constitución: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, coord. JIMENEZ-BLANCO, Antonio, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, 2ª ed., Editorial Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

PECES-BARBA, Gregorio. *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

— *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Constitución, jurisdicción y proceso*, Editorial Akal, Madrid, 1990.

— *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Editorial Trivium, Madrid, 1985.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *A Nova Lei Processual Penal. Comentários a la Ley 6.416, del 24 de maio de 1977*, 2ª ed., Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979.

— *Liberdades Públicas e Processo Penal*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1976.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 19ª ed., Editorial Malheiros, São Paulo, 2003.

PERALTA, Ramón. *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1994.

PÉREZ GORDO, Alfonso. *Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la LECR. y en los textos legales y jurisprudenciales*, en "Justicia", dir. MONTERO AROCA, J., Editorial Bosch, Barcelona, 1984.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

— *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 7ª ed., Editorial Marcial Pons, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2007.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*, Editorial Cedam, Padova, 1982.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

PRADO, Geraldo e CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. *Lei dos juizados especiais criminais*, 3ª ed., Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y otros. *Teoría General de Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Editorial Tecnos, 1989.

PRIETO RODRIGUEZ, Javier I. *La medida de prisión provisional: privación de libertad sin condena*, en “Actualidad Penal”, 1988-1.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998.

— *Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Universidad Complutense de Madrid, 1981.

— *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal. Lectura Constitucional*, Barcelona, 1988.

— *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 16ª ed., Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

RESEK, José Francisco. *Direito internacional público*, 3ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 1993.

RIFÁ SOLER, José María, RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, RIAÑO BRUN, Iñaki. *Derecho Procesal Penal*, Colección Pro Libertate, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006.

RIFÁ SOLER, José María, VALLS GOMBAU, José Francisco. *Derecho Procesal Penal*, Iurium Editores, Madrid, 2000.

RIGHI IVAHY BADARÓ, Gustavo Enrique. *Correlação entre acusação e sentença*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

— *Ônus da Prova no Processo Penal*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *La prisión preventiva. ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?*, en "La Ley", t. 2, Editorial Edilex, Madrid, 1984.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

— *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín y otros. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dir. ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.

SAID CAHALI, Yussef. *Responsabilidade civil do Estado*. 2ª ed., Editorial Malheiros, São Paulo, 1995.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Editorial Nacional, Madrid, 1980.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago y otros. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dir. ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, t. II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga. *Los principios en el derecho y la dogmática penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián. *Límites temporales de la prisión provisional*, en “Régimen jurídico de la prisión provisional”, coord. DORREGO DE CARLOS, Alberto, Editorial Sepín, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica)*, Internacional law association (sección española), Madrid, 1984.

SANGUINÉ, Odone. *A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*, en “Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva”, org. SCHECAIRA, Sérgio Salomão, Editorial Método, São Paulo, 2001.

— *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

SANZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4ª ed., Editorial Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004.

SCHMIT, Juan Carlos. *El orden público como concepto y como status social*, en “Revista de Derecho español y americano”, nº 10, Madrid, 1965.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Las medidas cautelares en el proceso civil. Teoría General de las medidas cautelares. Medidas provisionales en relación con las personas. Intervención judicial de bienes litigiosos*, Barcelona, 1974.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio y otros. *La reforma de la prisión preventiva*, en “Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva”, Editorial Comares, Granada, 1996.

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

SILVA FRANCO, Alberto. *O Juiz e o Modelo Garantista*, Boletim IBCCrim nº 56, São Paulo, 1997.

SILVA JARDIM, Afranio. *Direito Processual Penal*, 11ª ed., Editorial Forense, Rio de Janeiro, 2003.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*, 2ª ed., Editorial Magalhães, São Paulo, 1937.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004.

SOUZA NETTO, José Laurindo. *O Princípio da Proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da Prisão Cautelar*, Editorial Revista dos Tribunais, v. 801, São Paulo, 2002.

STEINMETEZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Editorial Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Avelino. *Nueva regulación de la prisión provisional tras la ley orgánica 13/2003, del 24 de octubre, modificada por la ley orgánica 15/2003, del 25 de noviembre*, en http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=170.

TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus y ARZT, Gunther. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, trad. de GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

TOLEDO DE BARROS, Suzana. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 3ª ed., Editorial Brasília Jurídica, Brasília, 2003.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*, t. IV, Editorial José Konfino, Rio de Janeiro, 1967.

— *Curso de Processo Penal*, 9ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 1995.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español*, 3ª ed., Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 11ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2009.

— *Processo Penal*, 27ª ed., v. I, Editorial Saraiva, São Paulo, 2005.

— *Processo Penal*, 27ª ed., v. III, Editorial Saraiva, São Paulo, 2005.

VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção de inocência*, Editorial Sérgio Fabris, Porto Alegre, 2007.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1984.

VEGAS TORRES, Jaime. *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el Proceso Penal Español*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos. *Curso de Derecho Procesal Penal*, Gráfica Helénica, Madrid, 1962.

— *Curso de Derecho procesal penal*, 4ª ed., vol. II, Madrid, 1974.

VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos, ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., t. I, Prensa Castellana, Madrid, 1974.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y otros. *Teoría General de Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La Reforma del Proceso Penal*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

WARAT, Luiz Alberto. *La lingüística jurídica, la problemática definitoria y el condicionamiento del accionar humano*, en "Lenguaje y definición jurídica", Cooperadora de Derecho y Ciências Sociales, Buenos Aires, 1973.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar & Estigmatização*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

ZAFARONI, Eugênio Raúl y PIERANGELI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 2ª ed., Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Trad. Marina Goscón, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

ZORILLA RUIZ, Manuel María. *Teoría del derecho para una comprensión razonable de los fenómenos jurídicos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Libertad Personal y Seguridad Ciudadana*, Editorial PPU, Barcelona, 1993.