

¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión?

Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena

Sumario

-
La mayoría de ordenamientos jurídicos prevé la regla de que el tiempo que una persona condenada ha pasado en prisión provisional antes de la sentencia debe restarse de la posterior pena de prisión. En esta operación los tribunales suelen considerar que cada día de prisión preventiva equivale a un día exacto de pena de prisión. El presente trabajo cuestiona la corrección de dicha regla de compensación y, a partir de la teoría de los equivalentes funcionales de la pena, propone un nuevo sistema flexible de abono, en el que la prisión preventiva tenga un mayor peso.

Abstract

-
Most legal systems provide for the rule that the time a convicted person has spent in pretrial detention before sentencing must be detracted from the subsequent prison sentence. In this operation, the courts usually consider that each day of detention is equivalent to one day of prison sentence. The present work questions the correction of this calculation rule and, according to the theory of functional equivalents of punishment, a new flexible compensation system is proposed, in which preventive detention has a greater weight.

Abstract

-
Die meisten Rechtssysteme sehen vor, dass die Zeit, die eine verurteilte Person vor der Verurteilung in Untersuchungshaft verbracht hat, von der nachfolgenden Freiheitsstrafe abgezogen werden muss. Bei dieser Operation sind die Gerichte normalerweise der Ansicht, dass jeder Tag in Haft einem Tag Strafe entspricht. Die vorliegende Arbeit stellt die Korrektur dieser Anrechnungsregel in Frage und schlägt auf der Grundlage der Theorie der funktionalen Äquivalente der Strafe ein neues flexibles Anrechnungssystem vor, bei dem die vorbeugende Inhaftierung ein größeres Gewicht hat.

Title: *Does really a day in pretrial detention equals a day of prison sentence? A review of art. 58 Spanish Penal Code according to the theory of functional equivalents of punishment.*

Titel: *Entspricht ein Tag Untersuchungshaft wirklich einem Tag Freiheitsstrafe? Eine Überprüfung des Art. 58 Spanisches Strafgesetzbuch nach der Theorie der funktionalen Äquivalente der Bestrafung.*

Palabras clave: *Prisión Provisional, Pena de Prisión, Equivalentes Funcionales de la Pena.*

Keywords: *Pretrial Detention, Prison Sentence, Functional Equivalents of Punishment.*

Stichwörter: *Untersuchungshaft, Freiheitsstrafe, Funktionale Äquivalente der Bestrafung.*

-
DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.04

3.2020

Recepción
11/03/20

-

Aceptación
08/05/20

-

Índice

-

1. Introducción

2. La teoría de los equivalentes funcionales de la pena y la prisión provisional

3. Los perjuicios de la prisión preventiva y de la pena de prisión en los derechos fundamentales del preso

3.1. Afectación al derecho a la libertad personal (art. 17 CE)

3.2. Afectación a la presunción de inocencia (art. 24 CE)

3.3. Afectación al derecho de defensa (art. 24 CE)

3.4. Recapitulación

4. ¿Es posible otra regla de equivalencia?

4.1. La respuesta del Tribunal Supremo

4.2. Posibles limitaciones derivadas del Derecho positivo

4.3. La concreción numérica en el Derecho comparado

4.4. Criterios para una regla de abono flexible

5. Consideración final

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

El presente trabajo se propone responder a una cuestión muy concreta: *¿es legítima la regla según la cual cada día que un acusado pasa en prisión preventiva debe compensarse descontando un día de la pena de prisión impuesta en la posterior sentencia condenatoria?* Aunque la praxis usual -y, en lo que aquí se alcanza, unánime- de los tribunales españoles sea apreciar automáticamente dicha equivalencia a partir de lo dispuesto en el art. 58.1 CP,¹ a poco que se reflexiona sobre la presente materia se advierten poderosas razones para dudar de que dicha regla de conversión sea la más adecuada, lo que tiene una evidente repercusión constitucional, en la medida en que esta cuestión afecta directamente al derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) y también a la presunción de inocencia y al derecho de defensa (art. 24 CE).

Para responder a la pregunta planteada se hará una breve referencia, en primer término, a la teoría de los equivalentes funcionales de la pena como marco teórico especialmente adecuado para acometer el presente análisis (2); seguidamente, se expondrán cuáles son los perjuicios que sufre el sujeto sometido a prisión provisional y se valorará en qué medida tales perjuicios son equiparables a los propios de la pena de prisión (3). Una vez efectuada la anterior comparación, se tratará de dar respuesta a dos ulteriores cuestiones, a saber, si en el Derecho español vigente y en otros ordenamientos próximos tendría cabida una regla de conversión distinta a la usualmente aplicada y cuál debería ser su contenido (4).

2. La teoría de los equivalentes funcionales de la pena y la prisión provisional

La gran mayoría de ordenamientos jurídicos -y textos supranacionales como la Recomendación (2006) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa-² contienen previsiones que obligan a

* Autor de contacto: Ramon Ragués i Vallès, ramon.ragues@upf.edu. Este artículo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE) y empezó a redactarse como contribución al libro homenaje a la profesora Susana Huerta. Su extensión, sin embargo, acabó desbordando las limitaciones de dicha obra, donde finalmente se publicará una versión resumida. Quede constancia, en todo caso, de la voluntad de rendir homenaje con estas páginas a la malograda profesora Huerta. Merecen también agradecimiento Carlos López y Gonzalo Miranda, por la lectura del texto y sus valiosos comentarios, así como los dos evaluadores/as anónimos/as de *InDret* por su exhaustiva revisión y sus atinadas sugerencias de mejora.

Abreviaturas empleadas: ATS: Auto del Tribunal Supremo; *BMJ*: Boletín del Ministerio de Justicia; CE: Constitución Española; *CLQ*: Criminal Law Quarterly; *CLR*: Cardozo Law Review; CP: Código Penal; *DLL*: Diario La Ley; *EPyC*: Estudios Penales y Criminológicos; *LECrim*: Ley de Enjuiciamiento Criminal; *LOGP*: Ley Orgánica General Penitenciaria; *LOPJ*: Ley Orgánica del Poder Judicial; *LORPM*: Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores; *MüKoStGB*: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch; *NK-StGB*: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch; *REDC*: Revista Española de Derecho Constitucional; *RESP*: Revista Española de Sanidad Penitenciaria; *RP*: Reglamento Penitenciario; *StGB*: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán); *STC*: Sentencia del Tribunal Constitucional; *STS*: Sentencia del Tribunal Supremo; *YLJ*: The Yale Law Journal.

¹ Dispone literalmente este precepto que “El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”.

² Según la regla 33 de este texto: “[1] The period of remand in custody prior to conviction, wherever spent, shall be deducted from the length of any sentence of imprisonment subsequently imposed. [2] Any period of remand in custody could be taken into account in establishing the penalty imposed where it is not one

los tribunales a tener en cuenta el tiempo pasado por un acusado en prisión preventiva y a descontarlo de la posterior pena de prisión.³ Esta obligación *se ha justificado tradicionalmente por la mayoría de la doctrina apelando de modo genérico a consideraciones de equidad o de justicia material*.⁴ Una justificación absolutamente imprecisa que, por su propia indeterminación, resulta muy poco útil para poder valorar críticamente las regulaciones vigentes. Por el contrario, *la teoría de los equivalentes funcionales de la pena* –en su versión más acabada hasta la fecha, ofrecida por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ-⁵ aporta un marco teórico mucho más elaborado para justificar una decisión legislativa que puede resultar hasta cierto punto sorprendente, como es compensar en la ejecución del castigo una medida cautelar cuyo carácter punitivo suele negarse con vehemencia y cuyos presupuestos aplicativos son distintos de los de la propia pena.⁶

Dicha teoría observa la existencia de determinadas circunstancias coetáneas o posteriores al delito (los llamados, precisamente, “equivalentes funcionales”), cuya eventual concurrencia reduce significativamente -o incluso elimina- la necesidad de efectiva ejecución de la sanción impuesta por un determinado hecho delictivo. Ello se explica porque, con los efectos que generan tales circunstancias, se ven satisfechas en mayor o menor medida las funciones propias de la sanción penal, ya sea en el plano simbólico-comunicativo o en su dimensión aflictiva. Dicha equivalencia puede ser total (lo que lleva a la exención) o solo parcial (en cuyo caso procede una reducción del castigo) y sus efectos pueden estar reconocidos o no de modo expreso por el ordenamiento jurídico, lo que no impide que los tribunales los tengan en cuenta por medio de la analogía *in bonam partem*, ya que su apreciación resulta siempre favorable al reo.

Algunos equivalentes funcionales son, por ejemplo, la *pena natural*, esto es, aquellas consecuencias negativas informales que en ocasiones un infractor sufre a resultas de su propio delito (por ejemplo, el terrorista a quien estalla la bomba que preparaba, o quien mata a sus seres queridos en un accidente de tráfico ocasionado por negligencia); las *dilaciones indebidas*, con las que se reconoce que el sufrimiento ocasionado al sujeto por un retraso injustificado en su procedimiento permite reducir la aflicción propia de la sanción penal impuesta en sentencia; o, por último, la *reparación del daño*, entendida como un acto de reconocimiento del Derecho por parte del delincuente que, además de un indudable valor comunicativo, por lo general entraña también un componente aflictivo que permite reducir la severidad de la pena impuesta. La concurrencia de estos tres elementos hace posible considerar parcialmente cumplidas las funciones que corresponden a la pena y eso explica que una parte de la doctrina o la

of imprisonment. [3] The nature and duration of alternative measures previously imposed could equally be taken into account in determining the sentence”.

³ En el ámbito supranacional, también el art. 78.2 del Estatuto de Roma que regula la Corte Penal Internacional establece que “La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito”.

⁴ Al respecto cfr. MORGENSTERN, *Die Untersuchungshaft*, 2018, p. 617; o en España las referencias aportadas por BARONA VILAR, *Prisión provisional y medidas alternativas*, 1988, p. 152. Alude expresamente a la “justicia material”, MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, «Aspectos sustantivos de la prisión preventiva. (Especial referencia a su abono a la condena posterior)», *DLL*, (3), 1996, ap. V.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 113-181 (capítulo III); en particular, sobre la prisión preventiva como equivalente funcional de la pena cfr. pp. 151-152.

⁶ En tal sentido, las apreciaciones, por citar un ejemplo, de MANZANARES SAMANIEGO, «El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *DLL*, (9563), 2020, ap. I.

jurisprudencia propongan en tales casos reducir la intensidad del castigo a imponer cuando no es la propia Ley la que ya prevé tal reducción.⁷

La prisión provisional es el *equivalente funcional por excelencia* de la pena de prisión. En el plano afflictivo, y en una primera aproximación todavía superficial, la limitación en los derechos fundamentales que se ocasiona al preso parece ser la misma en ambos casos, a saber, la privación temporal de la libertad deambulatoria. Por su parte, desde una perspectiva comunicativo-simbólica la equivalencia no es idéntica pues, ciertamente, la prisión provisional no va precedida de una declaración firme de antijuricidad del hecho y culpabilidad de su autor proclamada tras la celebración de un juicio. Sin embargo, no puede ignorarse que, tras la decisión de aplicar la prisión preventiva, debe existir siempre una declaración provisional de antijuricidad y culpabilidad basada en la apreciación de indicios racionales de criminalidad, lo que permite atribuir a la medida un efecto de reafirmación de la vigencia de aquella norma que ha sido aparentemente cuestionada.⁸ En tal sentido, cabe observar cómo dicha vigencia no solo se percibe como cuestionada cuando un hecho es declarado como delictivo tras el juicio y la sentencia, sino desde el mismo momento en que la colectividad recibe la información de que posiblemente se ha cometido un ilícito penal: cualquier reacción estatal –incluso la mera apertura del proceso– tendente al esclarecimiento y castigo de los hechos sospechosos ya contribuye a dicha reafirmación normativa.

Si estas dimensiones comunicativa y afflictiva de la prisión preventiva *se ponen en relación con las finalidades tradicionales de la pena* se advierte cómo esta medida cautelar contribuye a la consecución de la mayoría de tales fines. Así, aunque con insistencia se subraye por parte de los tribunales que la prisión provisional no es ningún castigo, el Tribunal Constitucional reconoce que se trata, no obstante, de un “un sacrificio en aras del interés general encarnado por la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos”⁹ y lo cierto es que materialmente su imposición despliega efectos que son idénticos a los de la pena o revelan incluso una mayor idoneidad que la propia sanción para la consecución de dichas finalidades.¹⁰

⁷ En el caso de la pena natural la propuesta de atenuación es, hoy por hoy, fundamentalmente doctrinal. En el caso de las dilaciones indebidas la reducción de pena fue una propuesta doctrinal y jurisprudencial (aplicación como atenuante por analogía) hasta que en 2010 se transformó en Ley (vigente art. 21.6.^a CP). Por último, los efectos atenuantes de la reparación han contado tradicionalmente con reconocimiento legal en la legislación española (vigente art. 21.5.^a CP) y en otros muchos ordenamientos jurídicos.

⁸ De hecho, y como señala SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 148, una parte importante de la doctrina considera que la mera apertura del procedimiento penal ya genera efectos tanto en el plano comunicativo como afflictivo. En este sentido KRAUß, «Der Grundsatz der Unschuldsvormutung im Strafverfahren» en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 167; WEIGEND, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, 1989, p. 185; PASTOR, «Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales», en AAVV, *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, 2001, p. 793; o FREUND, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», Trad. a cargo de R. Ragués, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, 2004, p. 93.

⁹ STC 85/2019, de 19 de junio (ponente Valdés Dal-Ré), que declaró parcialmente inconstitucional el art. 249.2 LOPJ, que regula la indemnización prevista para los casos de prisión preventiva no seguida de condena. En esta misma resolución se argumenta asimismo que la prisión cautelar es un “sacrificio instrumental de la libertad que supone presenta [sic] un carácter afflictivo extraordinario”.

¹⁰ En tal sentido, por ejemplo, se afirma en la importante STC 47/2000, de 17 de febrero (ponente Vives Antón), en la que el Tribunal se cuestionó la constitucionalidad del sistema de prisión preventiva que estuvo vigente en España hasta 2003, que “la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general– y (‘so pena’ de que su

Precisamente por ello la prisión provisional es un instrumento tan tentador y, a la vez, tan peligroso: porque permite a los poderes públicos mostrar una gran eficiencia en la lucha contra el delito contando casi siempre con el aplauso de la mayoría de ciudadanos, pero a costa de los derechos de una persona todavía inocente.

De modo más concreto, cabe observar que cuando el sospechoso de haber cometido un delito es puesto en prisión provisional con tal decisión, inevitablemente, se generan efectos de *prevención general* tanto positiva como negativa, pues la opinión pública valora de manera especialmente favorable las respuestas rápidas frente al delito, que logran un mayor efecto intimidatorio para los potenciales delincuentes y reafirman la confianza de aquellos ciudadanos que se perciben a sí mismos como eventuales víctimas.¹¹ Es sabido que la rapidez en la imposición de la pena es un elemento fundamental para una adecuada disuasión y, en términos de celeridad, es prácticamente imposible que la condena supere –o siquiera iguale– a la prisión preventiva.¹² Solo en aquellos casos en los que un sujeto que ha sido encarcelado cautelarmente es finalmente absuelto puede ocasionarse un cierto menoscabo de la confianza de la ciudadanía en el buen funcionamiento de la administración de justicia, pero los pocos supuestos en los que ello sucede no parecen afectar de modo relevante a los aludidos efectos preventivos. Es más, tales situaciones de prisión preventiva seguidas de absolución en ocasiones son esgrimidas incluso como una saludable muestra de la imparcialidad de los tribunales enjuiciadores y de la vigencia de la presunción de inocencia.¹³

apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa”. Sin embargo, por más que, según el Tribunal, no sea legítimo buscar el apaciguamiento de la alarma social por medio de la prisión preventiva, lo cierto es que materialmente esta medida tiene la capacidad de hacerlo.

¹¹ Ya en su día constataba MANZANARES SAMANIEGO, «El abono de la prisión provisional a la multa», *BMJ*, (1049), 1976, p. 7, que, “aunque la prisión provisional no es pena anticipada sino medida de aseguramiento procesal, encierra un daño que la aproxima a la pena, particularmente en cuanto a su función intimidatoria”.

¹² En su monografía de 2010 sobre la praxis de la prisión preventiva en España, GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, 2010, p. 514, puso en evidencia cómo la mitad de las prisiones preventivas acordadas en su ámbito de estudio (la provincia de Málaga) duraban menos de tres meses y que la media de duración era de cuatro meses, pese a que las razones que motivaban más a menudo esta medida eran el riesgo de fuga y de reiteración, dos circunstancias personales del procesado que rara vez varían de modo sensible durante la tramitación del procedimiento. Como con todo acierto cuestiona esta autora, “si en las circunstancias del imputado no se han producido cambios sustanciales, no parece que existan motivos suficientes para modificar la situación personal, salvo que tampoco existieran realmente motivos al inicio para decretarla”. El hecho de que, como también pone en evidencia su estudio, los instructores motiven de manera absolutamente lacónica sus autos dejando sin efecto la prisión cautelar no ayuda precisamente a conocer las razones por las que se entiende que, sorprendentemente, alguien que era candidato probable a huir o reincidir haya dejado de serlo al cabo de pocos meses. Todo invita a pensar que, digan lo que digan en sus autos los instructores, es evidente que *de facto* la voluntad de aplacar la llamada alarma social con una rápida respuesta sigue desempeñando un papel de primer orden en las decisiones que sobre la prisión preventiva se acuerdan en España.

¹³ Algunas manifestaciones en tal sentido se produjeron en 2019 a propósito del caso de *Sandro Rosell*, absuelto tras haber pasado casi dos años en prisión preventiva por un supuesto delito de blanqueo. Algunos comentaristas de dicha decisión hablaron de “éxito” del sistema judicial (el abogado y profesor *Albert González* en artículo publicado en *Cinco Días* https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/05/01/economia/1556716579_397982.html), otros de muestra de que “el Estado de Derecho ha funcionado y la Justicia es extraordinariamente independiente” (el abogado *Pere Lluís Huguet* en declaraciones recogida en *Crónica Global*,

Desde una *perspectiva preventivo-especial* la prisión cautelar actúa *de facto* como una auténtica medida de seguridad que, mientras se encuentra vigente, evita posibles actos de reincidencia por parte del sujeto a quien se impone. Un efecto inocuizador que, por sí solo, en muchos ordenamientos jurídicos –el español inclusive- ya es razón suficiente para acordar esta medida cautelar, pese a la paradoja que supone tratar como potencial reincidente a aquel sujeto de quien todavía no se sabe a ciencia cierta si realmente cometió el primer delito.¹⁴

En realidad, de todos los fines tradicionalmente atribuidos a la pena de prisión *el único que no parece que pueda, ni deba, satisfacerse con la prisión provisional es la resocialización del preso*: la legislación penitenciaria española determina que el objeto exclusivo de tal medida es “retener” al interno a disposición de la autoridad judicial (art. 5 LOGP) y añade en tal sentido que los establecimientos de preventivos son únicamente “centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos” (art. 8 LOGP). En cuanto al tratamiento del recluso preventivo, el art. 64.1 LOGP señala que deberá limitarse a la observación necesaria para recoger la información que permita clasificarlo con otros presos de sus mismas características, siempre salvaguardando la presunción de inocencia.¹⁵

Por su parte, el Reglamento Penitenciario, cuando alude a los fines de la actividad penitenciaria, limita “*la reeducación y reinserción social*” a “*los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad*”, mientras que en el caso de los “*detenidos, presos y penados*” el fin se concreta en su “*retención y custodia*”. El art. 3.4 establece que, “*en cuanto sea compatible con su situación procesal, los presos preventivos podrán acceder a las actividades educativas, formativas, deportivas y culturales que se celebren en el centro penitenciario, en las mismas condiciones que los penados*”, pero sin vincular dichas actividades a un tratamiento resocializador. En tal sentido, el mismo Reglamento en su art. 104 dispone que, “*cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación de preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal*” y añade que “*si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo*”.

https://cronicaglobal.espanol.com/vida/deficiente-instruccion-clave-insolito-casorosell_239679_102.html).

¹⁴ En España, por ejemplo, según dispone el art. 503.2 LECrim “También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos”.

¹⁵ Sobre estas clasificaciones el art. 16 LOGP señala que “*cualquiera que sea el centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y respecto de los penados, las exigencias del tratamiento*”.

En consecuencia: a) Los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen; b) Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes; c) Los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente; d) Los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento; e) Los detenidos y presos por delitos dolosos estarán separados de los que lo estén por delitos de imprudencia”. Aunque antiguo, es muy ilustrativo de las diferencias entre prisión preventiva y ejecución de la pena de prisión el trabajo de LANDROVE DÍAZ, «Prisión preventiva y penas privativas de libertad», EPyC, (7), 1982/83, p. 285 ss.

Ciertamente, supondría una abierta contradicción con el derecho fundamental a la presunción de inocencia que ya empezara a considerarse como culpable a efectos de tratamiento penitenciario a quien todavía no es seguro que haya delinquido.¹⁶ Sin embargo, tal imposibilidad de tratamiento hace que *la prisión preventiva devenga una mera retención física del sujeto para mantenerlo a disposición de la autoridad judicial*, una privación de libertad con la que no se pretende ningún efecto de reinserción aun cuando su duración puede prolongarse durante varios años. En sentido inverso podría añadirse incluso que, si la resocialización fuera la única función que cumple la pena, seguramente no tendría sentido algo que nadie cuestiona, a saber, que el tiempo pasado en prisión preventiva de algún modo deba compensarse en la pena posterior.¹⁷

3. Los perjuicios de la prisión preventiva y de la pena de prisión en los derechos fundamentales del preso

Más allá de los efectos que genera materialmente la prisión provisional en el plano preventivo, lo cierto es que con su imposición se ven afectados severamente varios derechos de la persona investigada. Esta afectación constituye, precisamente, el componente aflictivo de esta medida que, de acuerdo con la citada teoría de los equivalentes funcionales, permite su compensación con la posterior pena de prisión. De modo más concreto, cabe advertir, cuando menos, afectaciones a tres derechos fundamentales: la libertad personal (1); la presunción de inocencia (2); y el derecho de defensa (3).

3.1. Afectación al derecho a la libertad personal (art. 17 CE)

(i) En primer lugar, y como es obvio, con la prisión provisional se ve afectado el *derecho fundamental a la libertad* de la persona investigada (art. 17 CE), que se ve menoscabado con el ingreso cautelar en prisión sin apenas posibilidad de salida, salvo ciertos permisos extraordinarios.¹⁸ A tal afectación cabe añadir los perjuicios colaterales propios de toda pérdida

¹⁶ Con todo, señalan algunos especialistas que en la práctica algunas actividades propias del tratamiento resocializador se acaban ampliando *de facto* a los presos preventivos a través de lo dispuesto en el art. 20 RP. En tal sentido NISTAL BURÓN, «Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva. Régimen penitenciario y principio constitucional de «presunción de inocencia», *DLL*, (7282), 2009, ap. IV.2, lo justifica afirmando que “esto es comprensible y no puede ser de otra manera, dado que los preventivos están privados de libertad igual que los internos penados y en algunos casos por largos espacios de tiempo; y que seguirán privados de dicha libertad, en el momento en el que sean condenados, lo que equivale a aceptar la evidencia de que entre una y otra privación de libertad se da una clara comunidad de naturaleza, que se hace patente tanto en la identidad de los bienes personales afectados en cada caso, como por el modo en que se produce esa afectación”.

¹⁷ Por tal motivo es difícil de entender la regla que se prevé para los menores en el art. 28.5 de la LORPM, que establece que “el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar”. No queda claro en esta previsión si se opta por un abono automático o bien flexible, lo que posiblemente sería más coherente con la naturaleza educativa que, en teoría, tienen las medidas aplicables a menores.

¹⁸ El Reglamento Penitenciario (arts. 155 y 159) solo admite la posibilidad de otorgar a los presos preventivos los permisos extraordinarios del art. 155 RP, un precepto que establece que “*En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por*

de libertad, tanto en el ámbito familiar como profesional.¹⁹ Por las razones ya expuestas, debido al fin estrictamente cautelar de la prisión provisional *el preso preventivo tiene vedadas una serie de posibilidades de salida del centro penitenciario que, sin embargo, el reo ya condenado sí tiene a su alcance*: desde los permisos de fin de semana hasta el régimen abierto, pasando por las posibilidades de salida previstas para los internos clasificados en régimen ordinario.²⁰ El mero hecho de que el preso preventivo no cuente siquiera con tales expectativas permite considerar *per se* más aflictiva la privación cautelar de libertad.²¹

Esta idea fue expresada con claridad por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 57/2008, de 28 de abril (ponente Conde Martín de Hijas). En dicha resolución el Tribunal se enfrentó a la cuestión de si un sujeto preso provisionalmente que, simultáneamente, estaba cumpliendo una pena de prisión tenía derecho a que la medida cautelar se le descontara de la futura pena o si, por el contrario, dicha medida no debía abonarse por tener un carácter meramente formal y no conllevar una aflicción real, al estar aplicándose simultáneamente a una pena de prisión. En dicha resolución el Tribunal se decantó a favor de la necesidad de compensación, argumentando que *“el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está ‘materialmente’ en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una ‘privación de libertad meramente formal”*. Según esta resolución, la decisión cuestionada en amparo de no descontar la medida cautelar suponía una vulneración el art. 17 CE.²²

La anterior sentencia fue dictada a propósito del caso del “penado mixto”, esto es, aquel que cumple simultáneamente una pena de prisión y una medida cautelar. Según la interpretación más extendida, esta decisión del Tribunal Constitucional de admitir que un mismo día de privación de libertad surtiera a la vez efectos como pena y como medida sería desautorizada por

similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza” (art. 155 RP).

¹⁹ No en vano, el art. 294.2 LOPJ, cuando dispone que se compense económicamente a quien haya pasado un tiempo en prisión preventiva sin haber sido finalmente condenado, establece que el cómputo de la cuantía se haga atendiendo no solo a su duración sino también a *“las consecuencias personales y familiares que se hayan producido”*. También en la ya citada *supra* STC 85/2019 se alude a *“las evidentes repercusiones físicas y psíquicas que la prisión puede tener sobre quien la sufre junto a las consecuencias de toda índole que pueden derivar de ella; por ejemplo, en los ámbitos familiar, social o laboral”*.

²⁰ Por ejemplo, lo dispuesto en el art. 117.1 RP, que dispone que *“Los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social”*.

²¹ En la doctrina española ya BARONA VILAR, *Prisión provisional y medidas alternativas*, 1988, p. 150, señaló en su momento que *“la privación de libertad a través de la prisión provisional viene a suponer un mal mucho mayor que la privación de libertad a través de la pena privativa de libertad”*.

²² Sobre esta resolución y sus consecuencias en la vigente redacción del art. 58.1 CE, cfr. JERICÓ OJER, «La nueva redacción del art. 58.1 Cp: el análisis de una reforma anunciada» *InDret*, (3), 2011, pp.1-25, con numerosas referencias adicionales. La misma autora reconoce (*ibidem*, p. 5) que *“la situación real de los presos preventivos es muchísimo peor que la de los condenados, puesto que al no haber sido sentenciados no pueden ser clasificados ni tratados, de manera que se le imposibilita el disfrutar de algunos beneficios que la legislación penitenciaria vincula a la evolución del tratamiento”*.

el legislador en la posterior reforma efectuada del art. 58 CP por la Ley Orgánica 5/2010.²³ De dicha modificación legal deriva la redacción vigente de dicho precepto, que en la actualidad proclama de modo expreso que “*en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa*”.²⁴ Sin embargo, dicha desautorización legislativa no cuestiona el acierto de la constatación que se contiene en las frases reproducidas *supra* de la STC 57/2008, a saber, que la situación de prisión provisional tiene un mayor contenido aflictivo que la pena de prisión.²⁵

Así lo constataría también posteriormente el Tribunal Supremo en su Sentencia 412/2010, de 7 de mayo (ponente Andrés Ibáñez), señalando asimismo en un caso de “penado mixto” que en la citada resolución del Tribunal Constitucional se había reconocido que “*las dos modalidades de privación de libertad contempladas no son asimilables, por el carácter sensiblemente más gravoso de una de ellas*”.²⁶ A juicio de la Sala Segunda, “*el Tribunal Constitucional tenía ante una alternativa [sic] con la ineludible necesidad de optar. Ya fuera por un tratamiento meramente formal, nominalista incluso, del asunto, asimilando una a otra las dos situaciones de privación de libertad. O bien por atender al efecto real de las peculiaridades de cada uno de los dos usos de ese instrumento jurídico-penal en la materialidad del derecho de los afectados. Y, como se ha visto, es justamente esto segundo lo que ha hecho, con las mejores razones, a tenor de la calidad del derecho fundamental en juego*”.

En atención al caso concreto constata asimismo el Tribunal Supremo cómo “*es verdad que en el caso que ahora se examina concurren algunas obvias particularidades diferenciales en relación con los otros dos considerados, pero, al fin, particularidades anecdóticas, una vez acreditado que la calidad de preso preventivo del ahora recurrente le impidió acceder al disfrute de los derechos que en otro caso podrían haberle correspondido legalmente en la simple condición de penado*”. Conviene destacar de este último pasaje cómo, para constatar la mayor aflicción que conlleva la prisión preventiva, el Tribunal Supremo considera suficiente la privación potencial de derechos que sufre el preventivo, sin necesidad de entrar a especificar en qué concretos perjuicios se habría

²³ Según MUÑOZ DE MORALES ROMERO/RODRÍGUEZ YAGÜE, *Terrorismo vs. Leyes y jueces. El reconocimiento de condenas penales europeas a efectos de acumulación. A propósito del caso Picabea*, 2016, p. 21, “no fue solo su cuestionamiento jurisprudencial por parte del TS, sino también la presión mediática surgida por la aplicación de la doctrina del doble cómputo al miembro de ETA Antonio Troitiño, lo que finalmente llevó a la modificación del artículo 58 CP por parte del legislador a través de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de julio”.

²⁴ Al respecto SÁNCHEZ TOMÁS, «Abono de la prisión provisional y Tribunal Constitucional: Crónica del espejismo de un problema de un conflicto que era de *calidad de ley*», *REDC*, (95), 2012, pp. 354 ss. Dicha desautorización se sostiene expresamente en la STS 395/2012, de 31 de mayo (ponente Conde-Pumpido Tourón), en la que se señala respecto de la interpretación constitucional que “dicha doctrina es contingente y cede ante una modificación legislativa”. Sobre los problemas de retroactividad derivados de dicha reforma cfr. STS 4270/2019, de 20 de diciembre (ponente Polo García), que resume la evolución de la jurisprudencia.

²⁵ Como afirma SÁNCHEZ TOMÁS, *REDC*, (95), 2012, p. 372, “pervive una de las circunstancias que dio lugar a la objeción de constitucionalidad como es el mantenimiento de la situación de privación de libertad con un *status libertatis* —el derivado del carácter preventivo— más limitado que el que se produce con la condición de penado”.

²⁶ Posteriormente dichos argumentos fueron esgrimidos de modo casi literal en el voto particular del Magistrado Perfecto Andrés a la STS 395/2012, de 31 de mayo, añadiendo además que “el Tribunal Constitucional, abandonando el terreno de lo formal-conceptual ha llevado su discurso al plano de la efectividad -la aflicción- práctica de la medida de que se trata. Y ha puesto de relieve que la privación de libertad que impone la prisión provisional tiene, incluso, un plus de gravamen sobre el que es propio de la condena en régimen de cumplimiento”.

materializado dicha privación. La determinación de tales perjuicios resulta ciertamente complicada, por no decir imposible, al exigir juicios de naturaleza hipotética, en la medida en que obliga a aventurar qué eventuales beneficios podría haber obtenido el sujeto si el período pasado en prisión cautelar se hubiera cumplido como parte de la ejecución de la pena.

De todos estos razonamientos cabe extraer la conclusión de que, por poner un ejemplo, para un acusado condenado a diez años de prisión *ceteris paribus* debe presumirse siempre como menos aflictivo empezar a cumplir la pena íntegramente tras la sentencia que hacerlo después de haber pasado dos años en prisión preventiva. Ello por cuanto durante el período de privación cautelar *no se habrá podido contar siquiera con la expectativa de aquellas medidas penitenciarias que suponen una menor intensidad en la privación de libertad*, una pérdida de expectativas que, en sí misma, ya supone un perjuicio. Por lo demás, la capacidad desocializadora de la prisión preventiva no es menor que la de la pena de prisión, especialmente cuando la primera se prolonga durante varios meses o años, con lo que ello conlleva en términos laborales y de estigmatización del sujeto afectado.²⁷ Como señala con acierto Manfred SEEBODE, no puede ignorarse que mientras el reo condenado suele contar con tiempo suficiente para prepararse en todos los sentidos para padecer la pena privativa de libertad, la prisión preventiva irrumpe siempre de manera abrupta en la vida profesional y el entorno familiar del detenido, lo que se traduce en una mayor afectación psíquica, provocada asimismo por la incertidumbre acerca de la duración de la pérdida de libertad:²⁸ no en vano, las estadísticas acreditan que el número de suicidios entre presos preventivos suele ser mayor.²⁹

3.2. Afectación a la presunción de inocencia (art. 24 CE)

En segundo término, con la prisión provisional se ve afectada también la *presunción de inocencia del investigado*, pues debido a la dimensión materialmente punitiva de la prisión cautelar y a su similitud con la pena de prisión, inevitablemente la colectividad pasa a observar al todavía inocente como alguien que ya es culpable o prácticamente. Dicha percepción

²⁷ En este sentido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El abono de la prisión provisional en el Proyecto de Código Penal», *EPyC*, (6), 1981/82, pp. 87-88, señala que “la influencia nociva de la prisión preventiva, especialmente entre los jóvenes y primarios, ha sido repetidamente puesta de relieve. La incertidumbre del interno preventivo sobre su situación jurídica, las condiciones de vida propias de los penados que tiene que soportar, en ocasiones durante tres o cuatro años, sin poderse acoger -por otra parte- a los beneficios de la redención de penas por el trabajo, la desconexión familiar, social y laboral, son factores que afectan de forma negativa a su personalidad y explican cumplidamente sus conflictivas conductas dentro de los establecimientos penitenciarios”.

²⁸ SEEBODE, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, 1985, pp. 37-38.

²⁹ SEEBODE, *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, 1985, pp. 40-41. En la monografía de este autor –publicada en 1985– se citan fuentes que acreditan que en el primer caso el número de suicidios es cinco veces mayor. Datos más recientes y próximos en BEDOYA *et al.*, «Incidencia del suicidio en las prisiones de Cataluña: análisis descriptivo y comparado», *RESP*, (11), 2009, señalan sobre el período estudiado (1990-2005) que “el 23,8% del conjunto de la población reclusa eran preventivos (r=19,7-39,8%), mientras que la mayoría de los internos que cometieron el suicidio eran preventivos (52,5%)”. A partir de estos datos constatan los autores que “la situación preventiva parece muy relacionada con el suicidio, en consonancia con la precocidad del mismo tras el ingreso en prisión. Nuestros datos indican que el impacto del ingreso en prisión es un factor de riesgo fundamental de suicidio en la muestra estudiada, puesto que el 21,3% de los casos se produjeron durante la primera semana de ingreso en el centro penitenciario. Además, el suicidio en el departamento de ingresos está muy por encima del número de internos que permanecen habitualmente en esas dependencias. Esto mismo se ha demostrado estadísticamente en EEUU, Canadá y otros países”.

anticipada de culpabilidad es, desde luego, mucho más intensa que la que concurre en aquellos casos en los que un sujeto es investigado judicialmente, pero permanece en libertad durante toda la fase de instrucción.

Ciertamente, en algunas de sus resoluciones el Tribunal Constitucional ha negado que la prisión preventiva menoscabe la presunción de inocencia al entender que *“este derecho no puede quedar comprometido por la adopción o mantenimiento de la medida de prisión provisional, puesto que el demandante no ha sido juzgado, ni sobre su conducta se ha producido pronunciamiento alguno derivado de la valoración de pruebas que no se han practicado”*.³⁰ Sin embargo, dicho planteamiento solo puede aceptarse si se concibe la presunción de inocencia exclusivamente como el derecho a no ser *explícitamente* tratado por los poderes públicos como un sujeto ya culpable. En cambio, a poco que se dote a tal derecho de una mínima sustancia no cabe la menor duda de que el tratamiento que se dispensa al preso preventivo es muy similar al que padece el sujeto efectivamente condenado y así es como lo percibe casi siempre la opinión pública. Que la prisión preventiva pueda resultar compatible con la presunción de inocencia si se respetan ciertos límites de proporcionalidad en su imposición no significa que este derecho no se vea materialmente afectado, al igual que sucede con la libertad, cuando un inocente es puesto en prisión.

De otro modo no se entenderían previsiones como el art. 520 LECrim, que dispone que *“la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información”*. En la misma línea cabe mencionar también, más recientemente, diversos pasajes de la Directiva (UE) 2016/343 por la que se refuerzan en el Proceso Penal determinados Aspectos de la Presunción de Inocencia y el Derecho a estar presente en el Juicio, que no son sino el reconocimiento de que el tratamiento que materialmente se dispensa al sospechoso durante el procedimiento incide negativamente en la percepción colectiva sobre su condición de inocente.

En todo caso, las consecuencias beneficiosas que puedan derivarse para el investigado preso de estas previsiones normativas son más bien escasas, ya con ellas se consigue evitar, a lo sumo, que se emitan ciertas declaraciones por parte de los poderes públicos o que se ofrezcan determinadas imágenes en las que el sujeto inocente sea tratado abiertamente como un reo ejecutoriamente condenado. Sin embargo, lo que no logra evitarse es precisamente aquello que causa mayor daño a la presunción de inocencia, esto es, el *mero conocimiento público de que el investigado ha sido puesto en prisión*, un perjuicio que solo cabría evitar de modo efectivo con mecanismos tan impropios de una sociedad democrática como la censura de los medios de comunicación. Más realistas resultan las diversas alusiones a la presunción de inocencia como derecho lesionado por la prisión preventiva contenidas en la ya citada Recomendación (2006) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa: no en vano en el apartado 3 de este texto se reconoce el menoscabo a la presunción de inocencia proclamando, como primer principio general, que *“la prisión provisional de los investigados por delito debe ser la excepción y no la norma en atención a la presunción de inocencia como a la presunción en favor de la libertad”*.

³⁰ STC 179/2005 (ponente García-Calvo y Montiel).

A propósito de los casos con especial trascendencia mediática, se advierte en la *STS 344/2019, de 4 de julio (ponente Polo García)*, sobre el llamado “Caso de la Manada” cómo “*son dos las situaciones en que los juicios paralelos pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia: antes de la sentencia judicial, cuando la opinión pública se convence de la culpabilidad o inocencia del acusado, y durante el proceso judicial, en cuanto al riesgo de que el juez o jurado se vea influido por la transmisión mediática. En el primer caso, hablaríamos de la dimensión extraprocesal del debate y, en el segundo, nos referiríamos a su dimensión procesal: la independencia del poder judicial*”. El hecho de que la afectación extraprocesal a dicho derecho fundamental sea resultado del legítimo ejercicio de la libertad de información y no deba determinar la nulidad de la sentencia judicial si no se constata una influencia excesiva en el órgano enjuiciador –como se sostiene en este concreto pronunciamiento-³¹ no debe llevar a ignorar el perjuicio que, en sí mismo, supone semejante afectación a la presunción de inocencia.

En todo caso, cuando es conocido que alguien ha ingresado en prisión provisional, la afectación a la presunción de inocencia no queda simplemente en la citada influencia sobre la percepción colectiva, sino que también existe un cierto grado inevitable de *influencia sobre el propio tribunal de enjuiciamiento*, aunque sea de modo imperceptible y, por regla general, insuficiente para cuestionar su imparcialidad. Ello por cuanto, en el momento de decidir acerca de la culpabilidad o la inocencia, el tribunal sentenciador –aun siendo distinto del juez que en su día acordara la prisión- inevitablemente debe sentir en su ánimo el peso de saber que, con una eventual absolución, *se pondrá en evidencia que el sistema judicial ha causado un daño no justificado a una persona finalmente inocente*.

No hace falta ser un experto psicólogo para advertir que, en situaciones en las que el juez o tribunal no tiene totalmente claro el sentido de su decisión, la voluntad de evitar el descrédito para el sistema judicial en su conjunto es algo que puede acabar decantando la balanza del lado de la culpabilidad pese a que, obviamente, tal motivo no acabe apareciendo nunca expresado en la sentencia.³² Por el contrario, cuando el acusado no ha pasado tiempo preso durante la instrucción esta eventual consecuencia negativa para el sistema judicial en caso de absolución deja de pesar en el ánimo del tribunal: el juez es mucho más libre para tomar la decisión que considere justa sin temor a desprestigiar a la propia administración a la que sirve si opta por

³¹ En concreto afirma el Tribunal que “El objeto de nuestro control casacional se limita a verificar si, como se dice en el motivo, la Audiencia o el Tribunal Superior de Justicia, se vieron sobrepasados por la presión mediática, y ello en el aspecto esencial que debe quedar extramuros del derecho de libertad de expresión: si las noticias del caso, las concentraciones de repulsa social y las manifestaciones del Ministro de Justicia, y en definitiva, el juicio paralelo, ha podido llegar a lesionar objetivamente la imparcialidad del Tribunal, de suerte que su decisión ya haya podido venir determinada por las noticias publicadas, con lo que el Tribunal aparecería como sustituto de la opinión pública y así acotado nuestro examen al citado extremo, hay que rechazar con toda claridad esa afirmación”.

³² Tal riesgo se advierte en MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, *DLL*, (3), 1996, ap. II, quien alude a “los peligros de todo orden que tal anticipada privación comporta, incluso creando, en el ánimo del justiciable, y en general del ciudadano, la sensación de que una prolongada prisión provisional puede influir luego en el Tribunal a la hora de dictar sentencia”.

absolver.³³ El simple hecho de que quien le juzga no cuente con esta libertad es, en sí mismo, una desventaja para el sujeto que ha pasado por la prisión provisional.³⁴

Ciertamente, en muchos casos la efectiva concurrencia de un perjuicio para la presunción de inocencia puede cuestionarse argumentando que, cuando un sujeto finalmente es condenado, el hecho de que se le haya menoscabado tal derecho durante la privación cautelar de libertad se ha acabado revelando como un perjuicio merecido, de tal modo que la medida cautelar habrá supuesto simplemente una anticipación de la pena legítima. Tal afirmación –que en todo caso no elimina la objeción que supone la mayor probabilidad de condena acabada de aludir– puede ser correcta en aquellos casos en los que la declaración de culpabilidad viene motivada exactamente por las mismas imputaciones que en su momento motivaron la prisión preventiva. Sin embargo, en la práctica es muy frecuente que, para justificar la privación cautelar de libertad, *las acusaciones o el instructor atribuyan a la persona investigada hechos delictivos de mayor gravedad que finalmente no se acaben materializando en la condena*, ya sea porque no se consideran probados por el órgano enjuiciador o bien porque no se reputan incardinables en los tipos delictivos esgrimidos por las partes acusadoras.

En tales supuestos se habrá producido también un perjuicio para la presunción de inocencia del sujeto, por cuanto ante la opinión pública se le habrá presentado como probable responsable de unos delitos que, *a posteriori*, se habrá confirmado que realmente nunca cometió. Ciertamente, este perjuicio concurre no solo en casos de prisión preventiva, sino siempre que se producen absoluciones parciales de sujetos acusados de delitos más graves: sin embargo, el encarcelamiento cautelar actúa, por así decirlo, como un amplificador de los efectos de dichas imputaciones, especialmente en los casos con trascendencia mediática. En todo caso, el hecho de que esta sea una afectación que puede no darse en todos los supuestos de prisión preventiva –o no con la misma intensidad– tendrá trascendencia cuando más adelante se determine cuál debería ser la regla de conversión aplicable (*infra* 4).

3.3. Afectación al derecho de defensa (art. 24 CE)

Finalmente, en los casos de prisión provisional suele verse afectado también el *derecho de defensa* del investigado, pues quien se encuentra en prisión tiene por lo general un acceso más difícil a los medios de prueba.³⁵ Ello resulta especialmente evidente en aquellas causas *cuya adecuada defensa requiere recabar elementos probatorios de localización difícil para el procesado* como, por ejemplo, mensajes electrónicos o archivos digitales que no resultan accesibles desde un centro penitenciario sin acceso a internet. La búsqueda que puedan efectuar los familiares, amigos o letrados del preso de tales fuentes de prueba por regla general no será tan efectiva

³³ Los datos aportados en 2010 en el estudio de GUERRA PÉREZ, *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, 2010, p. 516, señalan que, “en los procesos que llegaron a juicio, el 86% de las sentencias fueron condenatorias y en el 95% de ellas se impuso la pena de prisión al condenado”, aunque la autora reconoce que “de todos modos, desconocemos la influencia real que la decisión de prisión preventiva en la instrucción produce sobre los órganos sentenciadores, y en qué medida puede llegar a determinar el sentido del fallo”.

³⁴ Los estudios existentes al respecto en Estados Unidos ponen de manifiesto que con la prisión preventiva aumentan las probabilidades de condena: cfr. MANNS, «Liberty Takings: A Framework for Compensating Pretrial Detainees», *CLR*, (26), 2005, pp. 1972 ss., con ulteriores referencias.

³⁵ Sobre la negativa afectación de la prisión preventiva al derecho de defensa cfr. WISEMAN, «Pretrial Detention and the Right to Be Monitored», *YLJ*, (123), 2014, pp. 1344 ss.

como la que pueda realizar el propio afectado. Y la obtención de los medios de prueba que no están al alcance de dichas personas recabando el auxilio del juez de instrucción impide el filtraje previo de aquellas pruebas incriminatorias que, en ejercicio de sus derechos fundamentales, el investigado podría realizar en caso de encontrarse libre. Con ello no se está afirmando que en tales casos no se garanticen los mínimos exigidos por el derecho constitucional de defensa, sino simplemente que el ejercicio de tal derecho se ve expuesto a unas trabas que no encuentra quien se mantiene en libertad durante la instrucción.

Asimismo, en aquellos casos en los que el sujeto haya pasado mucho tiempo privado cautelarmente de su libertad, la prisión preventiva puede acabar siendo un motivo para que dicho sujeto renuncie incluso a defenderse y *pacte un reconocimiento de culpabilidad con la acusación*, especialmente cuando dicho acuerdo tenga como consecuencia que se acabe rebajando la pretensión acusatoria hasta una pena que, una vez descontado el tiempo ya pasado en prisión, permita al acusado gozar en un breve plazo de beneficios penitenciarios o del cumplimiento total, sin correr el riesgo de pasar por un juicio en el que pueden serle impuestas penas mayores.³⁶ Así, por ejemplo, la decisión probablemente más racional de un procesado que lleva dos años en prisión preventiva y a quien la Fiscalía pide ocho años de prisión es declararse culpable y aceptar una rebaja de pena, por ejemplo, a tres o cuatro años, con la que en breve pueda aspirar a un régimen penitenciario más benigno. En tal sentido cabe advertir cómo en ciertos casos las prisiones provisionales prolongadas estimulan claramente las renunciaciones a defenderse y los reconocimientos de culpabilidad.³⁷

Con todo, conviene observar que, al igual que sucede con la presunción de inocencia, la limitación del derecho de defensa puede no concurrir materialmente en todos los casos o no con la misma intensidad. Así, en aquellos supuestos en los que existe una cantidad abrumadora de prueba incriminatoria desde el inicio de la investigación las posibilidades de defenderse por parte del sujeto es posible que no cambien por el hecho de encontrarse privado de su libertad. O cuando el sujeto no tope con limitación alguna para solicitar todas aquellas pruebas que considera necesarias para poderse defender.

3.4. Recapitulación

A partir de los argumentos expuestos puede concluirse que con la prisión preventiva se produce una reacción de los poderes públicos frente al delito que, en términos aflictivos, resulta más severa que la pena de prisión, pues la primera ocasiona una limitación más intensa de la libertad deambulatoria del afectado y, en muchos casos, con ella también se menoscaba con mayor o menor intensidad su derecho a la presunción de inocencia y su derecho de defensa, dos derechos estos últimos que, por razones obvias, ya no tienen vigencia alguna en el caso de sujetos ejecutoriamente condenados.³⁸ Conviene insistir en que con ello no se está negando

³⁶ Sobre la relación entre prisión preventiva y acuerdos procesales DOBBIE/YANG, *Proposals for Improving the U.S. Pretrial System*, 2019, p. 10; WISEMAN, *YLJ*, (123), 2014, p. 1345.

³⁷ En los Estados Unidos denuncia esta situación MANN, *CLR*, (26), 2005, pp. 1951 y 1963, quien describe cómo los fiscales tienden a menudo a exagerar las imputaciones que dirigen contra los detenidos a fin de facilitar su prisión provisional y/o facilitar sus confesiones. Según este autor (*ibidem*, p. 1973), “mientras un hombre o una mujer libre puede valorar un falso reconocimiento de culpabilidad como un perjuicio, un preso preventivo puede sacrificar su inocencia en aras de lograr la libertad”.

³⁸ En este contexto resulta particularmente interesante la comparación detallada entre el régimen aplicable a reclusos preventivos y ejecutoriamente condenados ofrecida por NISTAL BURÓN, *DLL*, (7282),

que, de modo general, las restricciones constatadas puedan resultar legítimas si son proporcionadas en atención a los fines que pretenden preservarse con la prisión provisional. Pero que una restricción de derechos sea legítima no significa que ya no exista, como es particularmente evidente en lo que atañe a la restricción de la libertad.

Con toda razón, por tanto, el Tribunal Supremo en su Sentencia 412/2010 sostuvo que la prisión preventiva tienen un carácter “*sensiblemente más gravoso*” que la pena de prisión. Sin embargo, si ello es así, necesariamente deberá concluirse también que *la regla de conversión del “uno por uno” que aplican los tribunales españoles no puede considerarse justa*, en la medida en que con ella se trata la prisión preventiva como un equivalente funcional de la pena en el sentido más literal de la expresión cuando, en realidad, se causa a quien la padece un daño mayor al que ocasiona la propia pena. Como afirmara en su día con todo acierto Gerardo LANDROVE, “la prisión preventiva se convierte en una verdadera pena de privación de libertad, con todos sus inconvenientes y ninguna de sus ventajas”.³⁹

4. ¿Es posible otra regla de equivalencia?

Las anteriores páginas han permitido concluir que la regla según la cual un día de prisión preventiva debe equivaler a un día de pena de prisión no se sostiene de acuerdo con la teoría de los equivalentes funcionales de la pena. Sentada esta premisa, las preguntas que, de modo prácticamente automático, surgen a partir de la anterior conclusión son las dos siguientes: ¿Es legalmente posible otra regla de cómputo en Derecho español? ¿Cuál debería ser dicha regla en términos numéricos? Antes de darles respuesta, no obstante, conviene exponer lo que ha sostenido el Tribunal Supremo español cuando recientemente se le ha planteado de modo directo la posibilidad de aplicar una regla de abono distinta al tradicional “uno por uno”.

4.1. La respuesta del Tribunal Supremo

En tres breves autos dictados por el Tribunal Supremo en fecha 24 de febrero de 2020 (ponente Marchena Gómez) se rechazó aplicar una regla de abono distinta de la tradicional en la condena de varios líderes independentistas catalanes condenados por el propio Tribunal. La respuesta de la Sala a la posibilidad planteada por la defensa de aplicar una regla de conversión de un día y medio por cada día de prisión preventiva fue literalmente la siguiente: “*Aún pudiendo admitirse que en la práctica (y no siempre: dependerá muchas veces de la duración concreta de la pena) el régimen de un preventivo presenta asimetrías en relación con el de un penado que pueden hacerlo más gravoso, el intento de computar los días de prisión preventiva de la manera postulada – otorgando un valor superior al día -36 horas se sugiere de cada 24 horas transcurridas- es, no solo contrario a la intuición y a la matemática, sino también a la ley (art. 58 CP) y a una inveterada práctica a la que vienen sometiéndose desde hace cientos de años todos los que han padecido prisión preventiva: no se atisban razones suficientes para cambiar ahora esa secular forma de interpretar el precepto, que, por otra parte, se considera la única ajustada a la letra y al espíritu de la norma*”.

2009, ap. III, quien señala que, “si existe una diferencia sustancial entre el régimen penitenciario de los preventivos frente al de los penados, ésta se encuentra en los denominados beneficios penitenciarios, en concreto, en la exclusión de los internos en situación de preventivos del acceso a los mismos”.

³⁹ LANDROVE DÍAZ, EPyC, (7), 1982/83, pp. 285-286.

De entrada, cabe señalar que las presentes resoluciones se apartan de pronunciamientos previos del mismo Tribunal pues, allá donde se dijo en la STS 412/2010 (ponente Andrés Ibáñez), citando al Tribunal Constitucional, que “*las dos modalidades de privación de libertad contempladas no son asimilables, por el carácter sensiblemente más gravoso de una de ellas*”, ahora se afirma que esta diferencia dependerá de cada caso y, más en concreto, de la duración de la pena. En tal sentido, los citados autos no entran a analizar tampoco si, en los supuestos concretos resueltos, se daban o no las “asimetrías” que reconoce el Tribunal que en ocasiones pueden darse entre ambas formas de prisión. Asimismo, también es cuestionable la apelación a la intuición, a la matemática y a la Ley como motivos para mantener el criterio supuestamente tradicional: primero, porque la resolución intuitiva de los problemas jurídicos no parece un método hermenéutico demasiado aconsejable para el máximo intérprete de la legalidad si ello supone renunciar al estudio de las razones que subyacen a una determinada regulación; segundo, porque las matemáticas en modo alguno imponen –es obvio decirlo y se confirmará *infra* con ejemplos concretos- que la regla de compensación haya de ser forzosamente de “uno por uno”; y, tercero, porque la Ley (en este caso el art. 58 CP), como se expondrá en el apartado siguiente, admite interpretaciones diversas y, en todo caso, el juez penal siempre tiene en sus manos la posibilidad de una aplicación analógica *in bonam partem*, como demuestra la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Last but not least*, un estudio de las regulaciones históricas acredita que ni siquiera es correcta la afirmación de que la citada regla de conversión haya sido la tradicionalmente prevista por las leyes españolas (cfr. *infra* 4.3).

4.2. Posibles limitaciones derivadas del Derecho positivo

En contra de lo que pueda pensarse con una primera lectura superficial, la literalidad del Código Penal vigente no impone que la regla de equivalencia deba ser necesariamente “uno por uno”. El art. 58.1 CP proclama simplemente que “*el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada*”, sin que del establecimiento de una obligación de abono del tiempo pasado en prisión preventiva se desprenda forzosamente que la regla de cómputo en el momento de dicho abono deba ser la equivalencia cuantitativa en su sentido más literal.⁴⁰

En todo caso, si se entendiera que el anterior enunciado establece una regla de compensación “uno por uno” existen dos vías con las que los jueces y tribunales pueden remediar los efectos de dicha regla si se entienden injustificados: la primera, y más sencilla, es acudir a la analogía *in bonam partem*, ya empleada en el pasado por los tribunales españoles en la compensación de medidas cautelares con penas y, en general, en la apreciación de determinados equivalentes funcionales de la sanción, como las citadas dilaciones indebidas (cfr. *supra* 2);⁴¹ la segunda

⁴⁰ La regla del “uno por uno” sí se prevé en otros ordenamientos de modo expreso. Así, por ejemplo, el art. 348 del Código Procesal Penal chileno establece: “(...) *La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado*”. Más detalles sobre la regulación chilena en HERNÁNDEZ BASUALTO, «Abono de prisión preventiva en causa diversa», informe jurídico emitido a petición de la Defensoría Nacional, 2009 (disponible en www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/4185-2.pdf).

⁴¹ Sin ir más lejos, la posibilidad de abonar la prisión preventiva sufrida en una causa a otra distinta (el llamado “abono impropio”) fue reconocida por los tribunales antes de que contara con reconocimiento

opción, si la ambigua literalidad del art. 58 se considera una barrera insuperable, sería plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Cualquiera de estas dos vías permite al órgano judicial evitar algo tan poco satisfactorio, por las razones descritas, como compensar con un día de prisión cada día que el reo ha estado sometido a una medida cautelar que se reconoce como sensiblemente más gravosa.

Lo dicho para el sistema español parece asimismo trasladable a otros sistemas jurídicos que prevén una regulación similar. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 137 del Código Penal italiano (*“la carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile si detrae dalla durata complessiva della pena temporanea detentiva o dall’ammontare della pena pecuniaria”*);⁴² el art. 80 del Código Penal portugués (*“A detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação sofridas pelo arguido são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão, ainda que tenham sido aplicadas em processo diferente daquele em que vier a ser condenado, quando o facto por que for condenado tenha sido praticado anteriormente à decisão final do processo no âmbito do qual as medidas foram aplicadas”*);⁴³ o del art. 51 del Código Penal alemán (*“Hat der Verurteilte aus Anlaß einer Tat, die Gegenstand des Verfahrens ist oder gewesen ist, Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung erlitten, so wird sie auf zeitige Freiheitsstrafe und auf Geldstrafe angerechnet”*).⁴⁴

4.3. La concreción numérica en el Derecho comparado

Más complicado resulta concretar cuáles deberían ser los términos numéricos de una regla de conversión que valorase adecuadamente las diferencias aflictivas constatadas entre medida cautelar y pena. Ciertamente, toda traslación numérica de valoraciones jurídicas entraña, casi siempre, un cierto grado de arbitrariedad, aunque en el presente caso esta arbitrariedad sea inferior a la que se observa en una aplicación automática del “uno por uno”. Con todo, para desacralizar de entrada esta regla de abono y confirmar que no ha sido siempre el criterio legalmente previsto, conviene advertir que, *en las regulaciones que se han sucedido a lo largo de la historia de la codificación española, se han previsto otras reglas de compensación*, a menudo explicables por el distinto contenido aflictivo que comportaba la pena privativa de libertad (que podía llevar asociados trabajos para el reo en función de que fuera correccional o no) y también por cuestiones de corte preventivo, como el hecho de que el reo fuera o no reincidente.⁴⁵

legal expreso. Cfr. al respecto SANCHEZ TOMÁS, *REDC*, (95), 2012, p. 353 (con las oportunas referencias a las resoluciones del Tribunal Supremo en nota 14, entre las que se incluyen apelaciones a la “justicia material”).

⁴² Para más detalles sobre la aplicación práctica de esta regla en Italia, APRILE, «Artículo 37», *Codice Penale*, v. 5, 2010, pp. 73 ss.

⁴³ Para más detalles sobre la regulación portuguesa y su aplicación práctica cfr. PINTO DE ALBURQUERQUE, «Artículo 80», *Comentário do Código Penal*, 3ª ed., 2015, con ulteriores referencias.

⁴⁴ En Alemania la regla de cálculo aplicada por los tribunales es, como en España, la de un día de prisión por día de prisión preventiva (§ 51 StGB). En el caso alemán, no obstante, conviene señalar que el mismo precepto faculta al juez para que no aplique el abono, o lo haga únicamente de modo parcial, “cuando este no venga justificado por el comportamiento del reo con posterioridad al hecho”. Algunos autores (KETT-STAUB, «§ 51», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 16-22; KINZIG, «§ 51», *StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 17-20; MAIER, «§ 51», *MüKoStGB*, 3ª ed., 2016, nm. 36-39) apuntan a que esta excepción puede aplicarse cuando el reo en su momento hubiera provocado una prolongación de la medida cautelar, sin que a tal efecto puedan valorarse conductas propias del ejercicio del derecho de defensa.

⁴⁵ Cabe destacar, en particular, lo dispuesto en su día por la Ley de 17 de enero de 1901, de Regulación del Abono de Tiempo de Prisión Preventiva en Causas Criminales. Sobre los antecedentes históricos véase el exhaustivo resumen ofrecido por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *EPyC*, (6), 1981/82, pp. 91 ss. Cfr. asimismo

Ciertamente, en Derecho español no existen antecedentes de una regla de compensación que otorgue mayor peso a la prisión preventiva, sino todo lo contrario: pero en el proceso de creciente humanización y búsqueda de la proporcionalidad que, en términos generales, ha vivido el Derecho penal a lo largo de los últimos siglos nada debería obstar a invertir esta tendencia histórica.⁴⁶

En tal sentido, y como un importante precedente a considerar en el que sí se otorgó mayor peso a la prisión preventiva, cabe mencionar la *Ley argentina 24.390* aprobada el año 1994 y derogada en 2001. El art. 7 de esta Ley establecía que por cada día de prisión provisional debían abonarse al reo dos días de la pena de prisión, pero solamente a partir del momento en que se rebasara el plazo de dos años en el que se había situado la duración máxima ordinaria de esta medida cautelar. En cierto modo con esta regla pretendía compensarse al sujeto también por la dilación del procedimiento y estimular a los poderes públicos para que, en tales casos, aceleraran la tramitación de la causa.⁴⁷

En este sentido conviene añadir, a modo de breve excurso, que este último es también un efecto positivo que no cabe obviar de la propuesta de atribuir a los días de prisión preventiva un mayor peso en su abono a la posterior pena de prisión: el hecho de que con una regla de compensación que otorgue mayor importancia a la medida cautelar algunas autoridades judiciales puedan considerar que la prisión preventiva actúa como una suerte de beneficio -o incluso “premio”- para quien la sufre puede contribuir a moderar el uso de esta medida y a limitarla a aquellos casos y durante aquel tiempo en los que sea estrictamente necesaria, acelerando aun más, si cabe, la tramitación de las causas con preso. Una idea similar expresó el Tribunal Supremo en su Sentencia 1045/2013 (ponente Marchena Gómez), en la que, a propósito de compensar con la pena de prisión las comparecencias *apud acta* impuestas al investigado durante la instrucción, argumentó que dicha compensación “contribuirá a eliminar la rutinaria aplicación de una medida restrictiva de la libertad cuya ejecución, vigilancia y seguimiento jurisdiccional no siempre están siendo ejemplares”. *Mutatis mutandis*, el eventual reconocimiento del mayor carácter gravoso de la prisión preventiva respecto de la pena de prisión es posible que contribuya a que muchos instructores se pregunten si realmente resulta imprescindible la imposición de la primera, aunque solo sea con la voluntad de no “premiar” al investigado.

SÁNCHEZ TOMÁS, *REDC*, (95), 2012, pp. 352-253 (esp. nota 12). Una regla de esta naturaleza se encuentra todavía vigente en el Código Penal argentino, que en su art. 24 dispone que “*la prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco*”.

⁴⁶ En esta línea conviene mencionar que el Tribunal Constitucional consideró en su Sentencia 56/1997, de 17 de marzo (ponente Cruz Villalón), que el arresto domiciliario aplicado en el ámbito castrense debía considerarse prisión a todos los efectos y que cada día pasado en dicha situación de prisión atenuada debía abonarse a la posterior pena. Partiendo de esta premisa, ¿es acaso equitativo que a quien ha pasado la detención cautelar en su casa se le descuente la misma pena que al que ha estado detenido en un centro penitenciario?

⁴⁷ La Ley, no obstante, fue derogada debido al revuelo mediático ocasionado por el beneficio que suponía para muchos reclusos y, en particular, por el hecho de que también se beneficiaran de sus efectos personas condenadas por delitos contra la humanidad relacionados con las graves violaciones de derechos humanos acontecidas durante la dictadura militar de la década de 1970. Cfr. al respecto el informe de Amnistía Internacional disponible en <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/05/Sobre-2X1.pdf>. Con posterioridad ha resultado especialmente polémica la cuestión de los efectos en el tiempo de dicha Ley durante los años en los que estuvo vigente.

En tal sentido, y volviendo al Derecho comparado, un modelo muy interesante es el aplicado en Canadá, donde hasta el año 2009 la práctica usual de los tribunales era la de restar a los acusados dos días de la pena de prisión impuesta por cada día pasado en prisión provisional. Dicha práctica fue cuestionada por la Fiscalía, pero confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia del “caso *R. c. Wust*”⁴⁸ del año 2000, con el argumento de que “sostener que la prisión preventiva no puede considerarse en el posterior castigo porque el sistema legal no castiga a inocentes es un juego de palabras que no reconoce la realidad de la prisión preventiva”. En palabras de los magistrados: “*dead time is real time*”. Según el Tribunal la regla de “dos por uno” aplicada por muchos jueces era correcta, aunque la proporción podía cambiar si, por ejemplo, el acusado hubiera sido privado de libertad en una institución en la que hubiera tenido acceso a programas educativos o resocializadores. En palabras del Tribunal, la citada *ratio* permitía reflejar la mayor dureza de la detención por la falta de programas y la imposibilidad de aplicar a los preventivos otros medios de control.

En el año 2009 el legislador canadiense decidió por medio de la *Truth in Sentencing Act* reducir la discrecionalidad judicial e imponer un sistema de compensación en el que, de modo general, se aplicaba la regla del “uno por uno”, pero que en situaciones debidamente justificadas podía admitir una *ratio de* “uno y medio por uno”. En su Sentencia del año 2014 sobre el “caso *R. c. Summers*”⁴⁹ el Tribunal Supremo manifestó que “la mera pérdida de la posibilidad de acceder a la libertad anticipada será base suficiente para aplicar la regla del 1,5 por 1 aun cuando las condiciones de la detención no sean particularmente severas y la libertad condicional (*parole*) resulte improbable”. En tal sentido, el Tribunal sostuvo expresamente en su fallo que las circunstancias que permiten aplicar el “1,5 por 1” no deben ser necesariamente excepcionales, aunque esto suponga que la supuesta excepción se aplique más a menudo en la práctica que la supuesta regla general (el “uno por uno”). Con todo, los magistrados admitieron que la regla no se aplique cuando el juez considere inviable cualquier forma de libertad anticipada.

Finalmente, cabe mencionar también cómo en Alemania se han admitido reglas de compensación distintas del “uno por uno” en caso de privaciones de libertad cautelares acontecidas en el extranjero de acuerdo con la habilitación que el Código Penal (§ 51.4.2) contiene para que el juez proceda a una adecuada compensación.⁵⁰ A tal efecto, los jueces alemanes pueden ponderar circunstancias tales como condiciones especialmente restrictivas de privación de libertad (prohibiciones de comunicación con el exterior) o especialmente gravosas (prisiones

⁴⁸ Disponible en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1780/index.do>. Una amplia perspectiva sobre la cuestión en Canadá en MANSON, «Pre-sentence custody and the determination of sentence (or how to make mole hill out of mountain)», *CLQ*, (49-3), 2004, pp. 292-350.

⁴⁹ Disponible en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13586/index.do>.

⁵⁰ De modo general, la necesidad de considerar las condiciones del centro penitenciario a la hora de valorar el carácter aflictivo de la pena de prisión es abordada también dentro de su teoría de los equivalentes funcionales por SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 152-155, quien admite que, en el caso de prisiones con condiciones muy inadecuadas por razones higiénicas, de saturación etc., cabe imaginar como posible remedio la aplicación de reglas de cómputo que reduzcan la duración de la pena, aunque finalmente se decante por soluciones más radicales como prescindir de la propia ejecución y limitar la pena a su imposición simbólica. En el ámbito latinoamericano es especialmente importante la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2018, que requirió a Brasil por las pésimas condiciones de un centro penitenciario obligándole, entre otros pronunciamientos, a abonar a la mayoría de reclusos dos días de condena por cada día de privación de libertad pasado en dicho centro.

con sobreocupación, falta de condiciones higiénicas, etc.). En tales casos se han aplicado reglas de compensación de “1,5 por 1” o “1 por 2”, habiéndose llegado a aplicar por el *Landgericht* de Stuttgart en 2011 una equivalencia de “4 por 1” en el caso de un sujeto recluido en una prisión iraquí donde fue sometido a malos tratos.⁵¹

4.4. Criterios para una regla de abono flexible

Dicho lo anterior, y pasando a la concreta regla de abono propuesta, según se ha expuesto en páginas anteriores los perjuicios derivados de la prisión preventiva no son los mismos en todos los casos, por lo que parece aconsejable optar por una *regla flexible de compensación* que pondere la correspondiente afectación a los derechos fundamentales mencionados. En palabras del Tribunal Supremo del Canadá, “*the credit cannot and need not be determined by a rigid formula and is thus best left to the sentencing judge, who remains in the best position to carefully weigh all the factors which go toward the determination of the appropriate sentence*”. A tal efecto se propone considerar los siguientes factores:

(i) En primer lugar, de qué manera el tiempo pasado en prisión preventiva puede haber *dificultado el acceso del acusado a ciertos beneficios* que son privativos de la pena de prisión. Obviamente este cálculo exige un cierto grado de especulación comparando la situación realmente acontecida con otra que no se ha llegado a producir (esto es: a qué beneficios habría accedido el sujeto y cuándo los habría alcanzado si la pena se hubiera ejecutado íntegramente tras alcanzar la firmeza). Sin embargo, que tal cálculo no pueda efectuarse no obsta a reconocer que la probabilidad de obtener tales beneficios puede ser más o menos elevada según las circunstancias del caso concreto. Con todo, en atención al carácter “*sensiblemente más gravoso*” de la medida cautelar reconocido en la citada STS 412/2010 a la mera privación de la expectativa de beneficios, por más improbable que fueran estos, se le deberá atribuir siempre un cierto valor en la compensación (por ejemplo: 0,1 días).

(ii) Otro factor a ponderar en el momento del abono puede ser la *situación geográfica del centro penitenciario* en el que se haya dado cumplimiento a la medida cautelar. Así, mientras que la regla general en el caso de la ejecución de la pena de prisión es su cumplimiento en una prisión cercana al domicilio del reo, en el caso de la prisión provisional este principio puede pasar a un segundo plano cuando la ubicación del juzgado instructor no coincida con la del domicilio. En tales casos suele darse preferencia a la sede judicial para facilitar la asistencia del investigado preso a cuantas diligencias sean necesarias, pero ello supone una mayor aflicción para dicho sujeto, a quien se mantiene alejado de sus familiares. Un alejamiento mucho menos probable en quien cumple íntegramente la condena tras su firmeza.

(iii) Respecto a la *presunción de inocencia* deberían compararse los delitos por los que el sujeto fue investigado, acusado y puesto en prisión y aquellos por los que finalmente ha sido condenado. En tal juicio no solamente convendría valorar hechos imputados, sino también calificaciones, pues es evidente que estas –aunque los hechos sean los mismos– tienen una evidente capacidad de afectar negativamente a la fama pública del sujeto todavía inocente. En

⁵¹ Aporta las correspondientes referencias MORGENSTERN, *Die Untersuchungshaft*, 2018, pp. 624-630. El criterio usual entre países de la Unión Europea es el “uno por uno”, una equivalencia que, según esta autora, probablemente se aplique con excesivo automatismo (*ibidem*, pp. 627-629 y 667) teniendo en cuenta que la situación de las prisiones en los diversos países de la Unión dista mucho de ser uniforme.

este punto cabrá ponderar también la trascendencia mediática que el caso haya tenido o posibles actuaciones de los poderes públicos tratando ya al encausado como un sujeto culpable antes de su efectiva condena.

(iv) En cuanto al *derecho de defensa*, deberá valorarse si el hecho de haber estado en prisión puede haber supuesto alguna traba para el acusado en la obtención de pruebas de descargo. A tal efecto deberán tenerse en cuenta no solamente aquellas diligencias que hayan sido denegadas al investigado para la obtención de pruebas que, si hubiera estado en libertad, habría podido obtener por sus propios medios, sino en general la naturaleza del delito imputado y de las pruebas necesarias para su defensa. En casos de conformidad, deberá ponderarse asimismo si el hecho de haber pasado mucho tiempo privado cautelarmente de libertad puede haber convertido en poco razonable la decisión de optar por defenderse en un juicio en lugar de llegar a un acuerdo con la acusación.

Todos estos factores –y posiblemente alguno más infrecuente como una posible incomunicación por causas no imputables al sujeto-⁵² deberían ponderarse mediante la aplicación de una regla flexible de abono, que *podría moverse entre la atribución a cada día pasado en prisión provisional de un valor de 1,1 días en supuestos de mínima afectación hasta los dos días en los casos de afectación máxima*. Estos últimos supuestos serían aquellos en los que, debido a la prisión cautelar, el sujeto se hubiera visto privado de beneficios penitenciarios muy probables, alejado de su domicilio habitual, expuesto a imputaciones de delitos muy graves desvirtuadas en su práctica totalidad tras un procedimiento con una elevada exposición pública y con trabas evidentes para el acceso a fuentes de pruebas. En el extremo contrario (“1,1 por 1”) estarían aquellos reos en los que la obtención de beneficios hubiera sido poco probable en caso de haber sido condenados sin pasar por prisión preventiva, en los que los delitos alegados para la medida cautelar y los que motivan la condena sean idénticos (o prácticamente) y en los que no se constate que la privación cautelar haya limitado el derecho de defensa. Entre estas dos situaciones extremas se situarían los restantes casos imaginables.⁵³

Por último, existen *situaciones en las que la equivalencia debería ser automáticamente la de “dos por uno”*. Serían aquellos casos en los que el sujeto hubiera pasado un período en prisión preventiva posteriormente considerado como no conforme a Derecho en la resolución de los correspondientes recursos presentados contra dicha medida, ya sea ante el órgano de apelación correspondiente (normalmente la respectiva Audiencia Provincial), ante el Tribunal Constitucional o ante instancias supranacionales. En tales situaciones es la propia administración de justicia la que acaba reconociendo que el sujeto ha pasado un tiempo en prisión preventiva de modo contrario a Derecho. Aunque no forzosamente en tales casos deba concurrir siempre un delito de prevaricación o detenciones ilegales por parte del juez que acordó la prisión (la estimación del recurso puede deberse a una simple discrepancia jurídica),

⁵² El art. 509.1 LECrim dispone que “*El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal*”.

⁵³ En el caso particular de la pena de prisión permanente revisable el abono de la prisión preventiva conforme a estas reglas debería tenerse en cuenta, al menos, en la determinación de los períodos mínimos para la revisión (art. 92 CP).

resulta incuestionable que *en dichas situaciones se ha producido una afectación de los derechos del sujeto que el propio sistema judicial ha calificado de injustificada*. Ello debería valorarse en el momento de abono de la prisión preventiva para reconocer al investigado que se ha producido un “sacrificio” (por emplear la expresión del Tribunal Constitucional) innecesario de sus derechos y para generar el efecto ya aludido de autocontención en el uso de esta medida por parte de jueces y fiscales.

Del mismo modo, y a la inversa, cabe admitir que se mantengan los términos de la conversión en el tradicional “uno por uno” *cuando el sujeto haya provocado con su comportamiento la aplicación de la medida cautelar*. Por ejemplo, en los casos de efectiva huida, no bastando a tal efecto con la apreciación de un mero riesgo de tal actuación. En aquellos países que tradicionalmente han previsto un sistema no imperativo de abono, estos últimos son los casos en los que habitualmente se ha entendido que la medida cautelar no debía ser abonada.⁵⁴ Sin embargo, resulta absolutamente inasumible no reconocer en absoluto al sujeto que el tiempo pasado en prisión preventiva ha cumplido ya una parte de las funciones propias del castigo, como sucede en caso de denegarse cualquier abono. Más proporcionado en tales situaciones parece aplicar estrictamente la regla del “uno por uno” haciendo así responsable al sujeto, con su comportamiento procesal efectivo, de los perjuicios añadidos que le pueda comportar una privación cautelar de libertad que la administración de justicia no ha tenido otro remedio que aplicar para evitar la frustración de los fines de su proceso.

5. Consideración final

Afirma el Tribunal Supremo en sus autos de 24 de febrero de 2020, en defensa de la bondad del criterio tradicional del “uno por uno”, que *“no se atisban razones suficientes para cambiar ahora esa secular forma de interpretar el precepto, que, por otra parte, se considera la única ajustada a la letra y al espíritu de la norma”*. Con las anteriores páginas ha pretendido mostrarse que, discrepando del Tribunal, sí existen buenas razones para replantearse esta tradicional manera de proceder y de aceptar que, tanto la letra como el espíritu de las normas penales vigentes, son perfectamente compatibles con una regla de abono que considere, en beneficio del reo, *la mayor aflicción que la prisión provisional ocasiona a aquellas personas inocentes a quienes se impone tan gravosa medida cautelar*. Si de verdad la prisión preventiva es sensiblemente más gravosa que la pena de prisión, como el propio Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional habían reconocido en otras resoluciones anteriores, ¿no ha llegado ya el momento de dejar de otorgarles exactamente el mismo valor aflictivo cuando se trata de ejecutar dicha pena?

6. Bibliografía

APRILE (2010), «Artículo 37», en LATTANZI/LUPO, *Codice Penale*, vol. 5, Giuffré Editore, Milán, pp. 73 ss.

⁵⁴ Cfr. los ejemplos citados en BARONA VILAR, *Prisión provisional y medidas alternativas*, 1988, p. 150. En Alemania autores como JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1993, p. 814, apuntan a que el abono debería denegarse en situaciones *a priori* menos probables como *“cuando el acusado hubiera buscado prolongar la prisión provisional para procurarse ventajas injustificadas o de cualquier otro modo hubiese dilatado malévolamente el proceso”*.

- BARONA VILAR (1988), *Prisión provisional y medidas alternativas*, Librería Bosch, Barcelona.
- BEDOYA *et al.* (2009), «Incidencia del suicidio en las prisiones de Cataluña: análisis descriptivo y comparado», *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, (11) (disponible en scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202009000200002).
- DOBBIE/YANG (2019), *Proposals for Improving the U.S. Pretrial System*, The Hamilton Project, Washington (disponible en http://www.hamiltonproject.org/assets/files/DobbieYang_PP_20190314.pdf).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1981/82), «El abono de la prisión provisional en el Proyecto de Código Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, (6), pp. 86 ss.
- FREUND (2004), «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», Trad. a cargo de R. Ragués, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, pp. 92 ss.
- GUERRA PÉREZ (2010), *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HERNÁNDEZ BASUALTO (2009), «Abono de prisión preventiva en causa diversa», informe jurídico emitido a petición de la Defensoría Nacional (disponible en www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/4185-2.pdf).
- JERICÓ OJER (2011), «La nueva redacción del art. 58.1 Cp: el análisis de una reforma anunciada», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (3), pp. 1 ss.
- JESCHECK (1993), *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. de J.L. Manzanares, 4ª ed., Comares, Granada.
- KETT-STRAUB (2017), «§ 51», en KINDHÄUSER *et al.*, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- KINZIG (2019), «§ 51», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., C. H. Beck, Múnich.
- KRAUß (1971), «Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren», en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Carl Heymanns, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1971, pp. 153 ss.
- LANDROVE DÍAZ (1982/83) «Prisión preventiva y penas privativas de libertad», *Estudios Penales y Criminológicos*, (7), pp. 281 ss.
- MAIER (2016), «§ 51», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich.
- MANNS (2005), «Liberty Takings: A Framework for Compensating Pretrial Detainees», *Cardozo Law Review*, (26), pp. 1947 ss.
- MANSON (2004), «Pre-sentence custody and the determination of sentence (or how to make mole hill out of mountain)», *Criminal Law Quarterly*, (49-3), pp. 292 ss.

MANZANARES SAMANIEGO (2020), «El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Diario La Ley*, (9563).

————— (1976), «El abono de la prisión provisional a la multa», *Boletín del Ministerio de Justicia*, (1049), pp. 3 ss.

MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES (1996), «Aspectos sustantivos de la prisión preventiva. (Especial referencia a su abono a la condena posterior)», *Diario La Ley*, (3), pp. 1366 ss.

MORGENSTERN (2018), *Die Untersuchungshaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO/RODRÍGUEZ YAGÜE (2016), *Terrorismo vs. Leyes y jueces. El reconocimiento de condenas penales europeas a efectos de acumulación. A propósito del caso Picabea*, Tirant lo Blanch, Valencia.

NISTAL BURÓN (2009), «Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva. Régimen penitenciario y principio constitucional de presunción de inocencia», *Diario La Ley*, (7282).

PASTOR (2001), «Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales», en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, pp. 793 ss.

PINTO DE ALBURQUERQUE (2015), *Comentário do Código Penal*, 3.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa.

SÁNCHEZ TOMÁS (2012), «Abono de la prisión provisional y Tribunal Constitucional: Crónica del espejismo de un problema de un conflicto que era de *calidad de ley*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (95), 2012, pp. 354 ss.

SEEBODE (1985), *Der Vollzug der Untersuchungshaft*, Walter de Gruyter, Berlín.

SILVA SÁNCHEZ (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

WEIGEND (1989), *Deliktsopfer und Strafverfahren*, Duncker & Humblot, Berlín.

WISEMAN (2014), «Pretrial Detention and the Right to Be Monitored», *The Yale Law Journal*, (123), pp. 1344 ss.