FACULTAD DE POSTGRADO

TÍTULO:

EVALUACIÓN DEL IMPACTO DOGMÁTICO – JURISPRUDENCIAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: UN ESTUDIO COMPARATIVO

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO PENAL

AUTORES:

ABG. JUAN CARLOS AGUIAR CHÁVEZ

ABG. LEIDY GEANELLA MERCHÁN ARMIJOS

TUTOR:

MAG. SANTIAGO ORTEGA GOMERO

SAMBORONDÓN, 16 DE SEPTIEMBRE DE 2024

Evaluación del impacto dogmático – jurisprudencial de la reincidencia en la determinación de la prisión preventiva en el Ecuador

Evaluation of the dogmatic – jurisprudential impact of recidivism in the determination of preventive detention in Ecuador

Resumen

El derecho penal está cambiando de manera profunda. El derecho se ha centrado tradicionalmente en disuadir y castigar actos discretos de mala conducta. Sin embargo, en las últimas décadas el derecho penal ha cambiado su enfoque desde actos desviados hasta individuos peligrosos. Incapacitación, que una vez desempeñado sólo un papel periférico en el derecho penal, ha pasado a ocupar un lugar central. En gran medida, ha suplantado las dos teorías anteriormente dominantes de castigo: disuasión y retribución. Este cambio dramático se ha observado, a menudo con cierto temor, tanto por parte de los juristas y sociólogos. El cambio hacia la prisión preventiva también ha comenzado a reformular el derecho probatorio. En otras palabras, como el derecho penal se centra cada vez más en la incapacitación de personas peligrosas más que la disuasión y el castigo de actos peligrosos, la importancia de la prueba está cediendo. Si bien los estudiosos de la prueba han notado la disminución en el regla de evidencia, la verdadera razón del declive tiene menos que ver con cambios en las teorías de personalidad prevalecientes que con lo hace con el cambio más fundamental en el derecho penal sustantivo: el giro hacia la prisión preventiva.

Palabras claves: Prisión preventiva, razonamiento probatorio, derecho comparado, dogmática penal.

Abstract

Criminal law is changing profoundly. The law has traditionally focused on deterring and punishing discrete acts of misconduct. However, in recent decades criminal law has shifted its focus from deviant acts to dangerous individuals. Incapacitation, which once played only a peripheral role in criminal law, has taken center stage. To a large extent, it has supplanted the two previously dominant theories of punishment: deterrence and retribution. This dramatic change has been noted, often with some trepidation, by both jurists and sociologists. The shift toward preventive detention has also begun to reshape the law of evidence. In other words, as criminal law increasingly focuses on the

incapacitation of dangerous people rather than the deterrence and punishment of dangerous acts, the importance of proof is declining. While evidentiary scholars have noted the decline in the standard of evidence, the real reason for the decline has less to do with changes in prevailing theories of personality than with the most fundamental change in substantive criminal law: the turn towards preventive detention.

Keywords: Preventive detention, evidentiary reasoning, comparative law, criminal dogmatics

Introducción

Durante las últimas décadas, la teoría que anima el derecho penal ha cambiado dramáticamente. Los fundamentos "tradicionales" de la retribución y la disuasión han dado paso a la incapacitación. Ese cambio conceptual subyacente ha producido innumerables reformas concretas en el derecho penal sustantivo y el derecho probatorio. El uso de la prisión preventiva ha aumentado tanto en el ámbito penal como en el cuasi penal. sistemas legales. En los sistemas cuasi criminales como el norteamericano, que actualmente se denominan "civiles" por la Corte Suprema, el derecho estadounidense ha desarrollado o ampliado recientemente instituciones que emplean abiertamente la prisión preventiva. El más utilizado de éste es el sistema de internamientos civiles para delincuentes sexuales, que a menudo resultan en el encarcelamiento de un delincuente después de que haya cumplido su sentencia penal. Hasta cierto punto, el sistema de internamiento civil se parece a los sistemas más antiguos de internamiento institucionalización de los enfermos mentales. Pero los internamientos civiles de los delincuentes sexuales se parecer al castigo penal en el sentido de que el encarcelamiento suele depender de alguna determinación inicial de responsabilidad penal y los infractores suelen ser detenidos en prisión.

Algunas jurisdicciones también utilizan la prisión preventiva de corta duración para casos de violencia doméstica. Al igual que con las condenas civiles, la Corte Suprema de Estados Unidos ha confirmado la constitucionalidad de tales sistemas. Finalmente, y más recientemente, la ley federal. El gobierno ha iniciado la creación de un sistema de prisión preventiva para terroristas sospechosos y potenciales. La Corte Suprema ha sostenido que la duración indefinida de la detención preventiva de ciudadanos calificados de combatientes enemigos es legal, aunque también encontró que

el debido proceso requiere garantías procesales para este tipo de incapacitación para ser constitucional.

Pero incluso dentro del derecho penal propiamente dicho, donde la prisión preventiva es menos abiertamente adoptada, hay varias áreas en las que la teoría de la selectividad de la incapacitación ha reformado la ley. En primer lugar, la incapacitación tiene sentencia reformada. En una medida sustancial y cada vez mayor, la duración de una la sentencia del acusado es una función de su historial criminal en lugar de ser únicamente dependiente de su discreto delito.

Casi todas las jurisdicciones estadounidenses tienen ahora alguna forma de tres *Strikes*, ley de sentencias. Estas leyes se han vuelto increíblemente populares en las últimas dos décadas. En tales casos, se dice que un encarcelamiento prolongado no está justificado por la necesidad de castigar o disuadir la comisión del delito, sino más bien por la necesidad de incapacitar al delincuente. Incluso cuando no se aplican normas especiales sobre reincidencia, la sentencia es en gran medida una función de los antecedentes penales. Los sistemas de directrices, utilizados por primera vez en la década de 1980, se basan en gran medida en las puntuaciones de antecedentes penales al establecer el castigo. Desde que fueron promulgadas, algunas han sido enmendadas para que los antecedentes penales pesen aún más fuertemente. Y en sistemas de sentencias más indeterminadas, la sentencia de un juez, la discreción suele estar guiada por algún tipo de informe de un área administrativa, que tiende a dependen en gran medida de los antecedentes penales para hacer recomendaciones.

Los antecedentes penales funcionan principalmente como un indicador de peligrosidad, en el supuesto de que el pasado comportamiento es un buen predictor de la criminalidad futura. El énfasis en la criminalidad la historia de las sentencias refleja la creciente influencia de los fundamentos de la incapacitación. Las prácticas de liberación de prisiones también reflejan, aún más obviamente, un enfoque en la selectividad. Incapacitación y prisión preventiva. El uso de sistemas basados en la libertad condicional disminuyó dramáticamente en la ley norteamericana, pero las fechas reales de liberación siguen siendo flexibles, y en parte discrecional, en algunas jurisdicciones. Los funcionarios pueden liberar a algunos prisioneros pero no a otros, y al tomar esa decisión, intentan liberar a quienes tienen menos probabilidades de reincidir. Una vez más, las predicciones suelen basarse principalmente en antecedentes penales del preso. Una vez más, actos pasados justifican la prisión preventiva. La mayor atención prestada a la reincidencia ha afectado no sólo a las instituciones que determinar el alcance de la

responsabilidad, sino también aquellos que determinan el hecho inicial de responsabilidad. Aparte del deterioro de la regla de la prueba de carácter, existen otras formas en que la información basada en los delincuentes se ha infiltrado en los juicios penales.

Las leyes penales sustantivas definen cada vez más la responsabilidad, en parte, sobre la base de un pasado del acusado. Tradicionalmente ha habido algunos delitos basados en el estatus pasado del delincuente, como los delitos cometidos por delincuentes que poseen armas de fuego. Más recientemente, sin embargo, en Estados Unidos han creado crímenes novedosos basados en parte en la historia o patrones de comportamiento. A fines de la década de 1990, las leyes federales de homicidio fueron enmendadas para definir una nueva especie de asesinato: el homicidio siguiendo un patrón de abuso infantil. Varios estados han seguido el ejemplo y muchos más están considerando hacer lo mismo. Algunas jurisdicciones crearon disposiciones similares para los homicidios que involucran un patrón pasado de abuso doméstico.

Las propias normas sobre abuso infantil, abuso doméstico y abuso de personas mayores a menudo definen crímenes no simplemente en términos de actos discretos, sino más bien en términos de patrones repetidos de comportamiento. En los últimos años, dichas normas han sido aprobadas o enmendadas para aumentar las penas. El procesamiento de tales crímenes implica pruebas no sólo de un delito discreto sino también de alguna historia de comportamiento. Por lo tanto, invita, o incluso requiere que el jurado se centre más en el acusado y su personalidad que en único caso de conducta.

Finalmente, las nuevas normas de prisión preventiva también han alterado los tradicionales conceptos de excusa y responsabilidad. Tradicionalmente, el derecho penal eximía los actos de algunos acusados, como niños y locos, que carecían de plenas capacidades mentales. Pero incluso si la disuasión y la retribución no pueden justificar el encarcelamiento de delincuentes no adultos, la incapacitación puede. Y como el derecho penal ha adoptado la incapacitación, también se ha ampliado para cubrir a más de los desviados que eran anteriormente en sistemas legales separados: sistemas diseñados únicamente para menores y enfermos mentales. En las últimas décadas, casi todas las jurisdicciones americanas tienen responsabilidad penal ampliada para los delincuentes juveniles, y muchos también han reducido o abolido la sanción a la locura.

Todos estos cambios demuestran hasta qué punto la incapacitación es cada vez más una teoría primaria que anima el derecho penal. La incapacitación siempre ha desempeñado algún papel y tradicionalmente las teorías dominantes de disuasión y

retribución todavía desempeñan un papel importante en la actualidad. Pero en las últimas décadas la importancia de la incapacitación ha aumentado dramáticamente y su ascenso continúa. Una posible razón de su aumento se relaciona con el declive de las instituciones para los enfermos mentales. Como ha demostrado Bernard Harcourt, mientras la población en prisión aumentó espectacularmente a finales del siglo XX, el nivel general del confinamiento forzoso se mantuvo bastante estable. La población carcelaria aumentó, en otras palabras, la población de instituciones psiquiátricas disminuyó. Hasta cierto punto, el sistema de justicia se vio obligado a acoger a la clase de personas que antes eran tratadas por el sistema de salud mental. El derecho penal se adaptó a este cambio cambiando su enfoque a la incapacitación.

Otra posible razón se relaciona con el resurgimiento de la teoría de los rasgos y su ciencia social. La teoría detrás de los métodos actuariales de castigo tuvo su origen en la era progresista de la década de 1920, y experimentó un resurgimiento masivo a finales del siglo XX. Como dice Harcourt, el uso de métodos conductistas aumentó exponencialmente. Estos cambios fueron impulsados en parte por una nueva ciencia social que sugiere que la delincuencia podría reducirse empleando nuevos métodos para predecir la criminalidad futura. Cualesquiera que sean las razones subyacentes, la demanda política para un mayor uso de la prisión preventiva de personas peligrosas ha producido un variedad de reformas legales que han alterado la forma del sistema de justicia penal.

Marco Teórico

El aumento de la prisión preventiva también ha comenzado a alterar una de las características fundamentales del derecho probatorio: la regla de prueba de carácter. Como la incapacitación ha ganado importancia, la regla de la prueba de carácter ha decaído. La historia de su declive no es en absoluto sencilla, en parte porque la regla de la prueba de carácter tiene una historia larga y algo confusa en el ámbito penal. Su fundamento ha cambiado con el tiempo y su aceptación por parte de los jueces ha disminuido. No es cierto que haya habido en algún momento una época dorada en la que la regla de la evidencia de carácter fue bien entendida o aplicada rigurosamente. La historia de su decadencia no tiene una narrativa lineal sencilla (Ciapessoni, F., 2019).

Sin embargo, la historia reciente es una historia de decadencia. Las legislaturas han creado varias excepciones nuevas a la regla, y los jueces han interpretado la regla de una manera que permita la admisión de una gran cantidad de pruebas de carácter.

Además de las limitaciones explícitas creadas por las legislaturas, los tribunales han debilitado las reglas de evidencia de carácter en varias formas menos obvias. Primero, la creciente aceptación de la evidencia del síndrome ha permitido una especie de entrada por la puerta trasera para prueba de carácter. Cuando el jurado escucha pruebas de que un acusador puede sufrir del síndrome de la mujer maltratada, por ejemplo, es sólo un pequeño salto inferencial a la conclusión de que el acusado ha cometido no sólo el acto imputado sino también una serie de crímenes pasados. Alguna vez se excluyó ampliamente la evidencia del síndrome, pero en las últimas dos décadas, los tribunales han comenzado a admitirlo libremente. Junto con el síndrome de la evidencia, algunos tribunales incluso han comenzado a admitir evidencia perfilada, lo cual es en esencia la otra cara de la misma moneda (Hartmann, M. 2008).

En segundo lugar, las interpretaciones liberales de la Regla 609(a) (1) han llevado a la generalización admisión de delitos anteriores para el juicio político. Cuando se aprobó, la Regla 609(a) (1) fue un compromiso entre posiciones extremas de admisión categórica y exclusión categórica de delitos anteriores: la regla buscaba admitir algunos y excluir otros basándose en una prueba de ponderación del prejuicio probatorio. En la práctica, sin embargo, los tribunales han inclinado la balanza a favor de la admisión. Por supuesto, en teoría, tal evidencia es admitida sólo para mostrar el carácter de veracidad y no para mostrar otros rasgos, pero es dudoso que los jurados sean capaces de determinar la relevancia en la forma que exige la regla.

En tercer lugar, y lo más importante, los tribunales han aceptado interpretaciones amplias de las doctrinas de “otros propósitos” de la Regla 404(b). Sin duda, la línea entre la inferencia de propensión no permisible y otras inferencias permisibles siempre ha sido confusa, por decir lo menos. Antes de la promulgación de las normas, los tribunales a menudo interpretaron las doctrinas de “otros propósitos” de manera amplia para admitir evidencia de crímenes. Desde la aprobación de las reglas, sin embargo, los tribunales han ampliado esas doctrinas de admisibilidad aún más lejos, y así aceptó la regla básica de exclusión.

Por estas y otras razones, los estudiosos de la evidencia generalmente coinciden en que la regla de la evidencia de carácter está disminuyendo. Pero hay menos consenso o incluso discusión sobre el motivo de su declive. La respuesta simple sería decir que los

tribunales y las legislaturas consideran que la justificación de la regla de la prueba de carácter es menos convincente que antes (Gudiño, C., 2021).

Cuando la regla de la evidencia del carácter se desarrolló en los siglos XVII y XVIII se aceptó con preocupación. Con el desarrollo de estándares modernos de la prueba, sin embargo, aquellas las preocupaciones cambiaron en gran medida. La regla, en cierto sentido, tuvo una nueva justificación. Encontró dos: (1) el riesgo de que los juzgadores sobreestimaran la propensión a la inferencia, y (2) el riesgo de que los juzgadores apliquen prisión preventiva.

En el derecho comparado, la Corte Suprema de los Estados Unidos describió dos fundamentos modernos en un conocido caso: *Old chief v.s. USA*. Entre los fundamentos se señala que si un ex convicto tiene antecedentes penales es probable que sea proclive a que cometiera actos delictivos posteriores. Como lo expresó el juez Breyer, a pesar de la "evidencia de propensión" es relevante, el riesgo de que un juzgador condene por delitos distintos a los imputados, o que, sin estar seguro de su culpabilidad, lo condene de todos modos porque una mala persona merece castigo.

Los dos fundamentos modernos están relacionados son diferenciables. En la propensión el razonamiento se basa en la preocupación de que los jurados encuentren al procesado culpable del delito, pero que lo harán confiando demasiado en la inferencia debido a sus antecedentes penales. El fundamento de la detención preventiva, por el contrario, se basa en la preocupación de que los jurados emiten un veredicto de culpabilidad para incapacitar al acusado independientemente de si en realidad cometió el delito imputado. Como explicó Roger Park, la primera preocupación es que los juzgadores encuentren culpabilidad por razones equivocadas, mientras que la segunda es que los juzgadores condenen sin encontrar realmente culpabilidad. La mayoría de los debates sobre la validez normativa de la regla de la evidencia de carácter se centran sobre el fundamento de la propensión. Estos debates a menudo están influenciados por la personalidad. Teorías extraídas del campo de la psicología como la teoría de los rasgos sugiere que las personas generalmente actúan de acuerdo con los rasgos de la personalidad, mientras que el situacionismo sugiere que las personas generalmente actúan en respuesta a estímulos externos. El situacionismo es un término dialéctico. Estas teorías psicológicas han jugado un papel importante papel en la literatura sobre derecho probatorio. De hecho, no es exagerado decir que la literatura psicológica ha dominado el debate académico jurídico sobre la validez normativa de la regla de la prueba de carácter durante los últimos veinticinco años (Kostenwein, E., 2018).

El situacionismo en psicología apoya la prohibición del carácter en ley de evidencia. El situacionismo probablemente alcanzó su cúspide de influencia a finales de los años setenta o principios de los años 1980; desde entonces ha disminuido.

Pero como explicación del declive de la regla de la prueba de carácter, el surgimiento de la teoría de los rasgos no es del todo satisfactoria. En primer lugar, es dudoso que la mayoría de los legisladores y los jueces sean conscientes de las diferencias entre la teoría de los rasgos y el situacionismo. Quizás cierta aceptación ambiental de la teoría de los rasgos se haya filtrado en toda la sociedad, pero no hay evidencia empírica que apoye (o refute) tal afirmación. En segundo lugar, se dice que la regla de la evidencia de carácter no está justificada por el riesgo de que los juzgadores confíen en la inferencia de propensión, sino más bien por el riesgo de que los juzgadores sobrepasen la inferencia de propensión. Casi todo el mundo admite que la inferencia de propensión es válida hasta cierto punto.

La preocupación es que los jurados legos creen que la inferencia es más válida de lo que realmente es. Si la aceptación ambiental de la teoría del rasgo se ha extendido más allá literatura psicológica, esto podría llevar a los jurados a sobreestimar la inferencia incluso la diferencia entre el valor percibido y el real podría ser estable incluso si ambos valores absolutos han aumentado (Krauth, S., 2019).

Una mejor explicación vincula el declive de la regla del carácter con el uso creciente de la prisión preventiva. La regla del carácter refleja incomodidad con la prisión preventiva, pero a medida que el derecho penal se acostumbra cada vez más a diversas formas de incapacitación, la necesidad de la regla del carácter ya no parece apremiante.

Dicho de otra manera, la declinación de la regla de la evidencia de carácter debe entenderse no simplemente como una indicación de que la aversión al razonamiento de propensión está desapareciendo, sino también como un indicio de que la aversión a la prisión preventiva está desapareciendo (Ávila, F., & Bujan F., 2023).

Para los tribunales y legislaturas, ambas razones para la regla de la prueba de carácter parecen más persuasivos que antes. Sin duda, los dos fundamentos de la regla de la evidencia de carácter no pueden explicarse claramente. Parte de la historia de la desaparición de la regla es que, en la era de métodos para predecir el castigo, la evidencia del carácter parece una forma decente de determinar si el acusado cometió el delito en particular. Pero cuanto más oscuro y la parte más importante de la historia es que la evidencia del personaje parece una manera de predecir crímenes futuros (y, por lo tanto,

de justificar el encarcelamiento), independientemente de si el procesado cometió el delito en particular.

Entonces, el derecho penal está girando hacia un mayor uso de la prisión preventiva, mientras que el derecho probatorio está cambiando para adaptarse a un mayor uso del carácter de evidencia. Las diversas reformas catalogadas anteriormente representan un paso fundamental y muy controvertido: el cambio en la teoría que anima el sistema de justicia penal (Aguilar, M. 2015).

Muchas (aunque no todas) las reformas han sido legislativas y tanto académicas como los estudiosos y litigantes han argumentado que los tribunales deben desarrollar principios constitucionales para detener el uso desproporcionado de la prisión preventiva.

Muchos han advertido que el uso de la prisión preventiva plantea graves amenazas a valores constitucionales y, de hecho, en el derecho comparado como la Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que la Constitución impone algunas limitaciones al uso de la prisión preventiva. Pero actualmente esas limitaciones tienen poco efecto y es poco probable que detengan (o incluso ralenticen). El surgimiento del nuevo derecho penal. Para imponer limitaciones significativas a regímenes legislativos de incapacitación, la Corte tendría que desarrollar una amplia y nueva arquitectura sustantiva del debido proceso. Esto no es ni probable ni factible (Luque González, A., & Arias, E., 2020).

Según la doctrina comparada, como la norteamericana, la naturaleza de las limitaciones constitucionales depende en primera instancia de si la detención se realiza motivado por un caso penal o civil. Por ejemplo, esta peculiar diferencia puede encontrarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana que explicó en el caso *Zadvydas v. Davis*, que la custodia gubernamental, detención u otras formas de restricción física está en el corazón de la libertad que las normas constitucionales del Debido Proceso protege. Y este Tribunal ha dicho que la prisión preventiva viola esas normas constitucionales a menos que la detención se ordene en un procedimiento penal con protecciones procesales adecuadas o, en ciertos casos, “circunstancias” especiales y “estrictas” no punitivas, donde una justificación, como una enfermedad mental que amenaza el daño, pesa más que la el interés del individuo protegido constitucionalmente (Bastos, L., & Ribeiro, L. 2021).

En cada ámbito, existen limitaciones sustantivas y procesales. Las limitaciones rigen quién puede ser detenido, por qué motivos y durante cuánto tiempo. Las limitaciones procesales dictan qué proceso debe seguir el estado antes de detener un

individuo. Tanto en el ámbito penal como en el civil, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sugerido que la detención basada únicamente en la peligrosidad es inconstitucional; en otras palabras, el Estado sólo puede detener a una persona si demuestra su peligrosidad más algunos hallazgos adicionales. Pero un examen detenido de estas doctrinas revela que pueden imponer limitaciones significativas a la capacidad del Estado para participar en prisión preventiva.

Tradicionalmente, la imposición de responsabilidad penal en el derecho angloamericano ha sido requerida para la demostración de algún delito. Quienes se oponen a la prisión preventiva han argumentado, y la Corte Suprema ha sugerido, que esta tradición es inherente a la Constitución. Argumentan, en otras palabras, que es inconstitucional imponer sanción penal basada únicamente en la peligrosidad futura porque la responsabilidad requiere algún delito. Ninguna limitación de este tipo está explícita en la Constitución, por lo que tales limitaciones constitucionales generalmente se derivan de la cláusula del debido proceso (Sánchez, N., Sobral, J., & Seijo, D. 2017).

Se argumenta que la Constitución norteamericana contiene un requisito de acto implícito que prohíbe prisión preventiva en el derecho penal. Estos argumentos tienen deficiencias. Ni la Octava Enmienda ni la cláusula de debido proceso puede verse como una fuente no problemática de un acto constitucional. Si se interpreta correctamente que la Cláusula del Debido Proceso tiene un componente sustantivo sigue siendo una cuestión controvertida del derecho constitucional (Guerra-Alvarado, E. 2023).

La Octava Enmienda, además, habla más de la naturaleza y cantidad de la sanción impuesta que a la cuestión de qué personas o conductas pueden ser castigado. Sin embargo, los argumentos en contra de la prisión preventiva pura en el derecho penal encuentran cierto apoyo en la jurisprudencia, sobre todo en un famoso caso como *Robinson vs. California*.

Robinson sostuvo que era constitucionalmente inadmisible imponer sanciones penales basadasen el mero estatus o en actos involuntarios. Robinson se basó en la Octava Enmienda, pero desde entonces los comentaristas han sugerido que la norma Robinson debería fundamentarse nuevamente en la Cláusula del Debido Proceso.

Pero Robinson es una base inestable para cualquier doctrina constitucional. La razón fundamental de Robinson era difícil de entender fue rápidamente limitada por la Corte en *Powell vs. Texas*. A lo largo de los años, los tribunales inferiores han confirmado una variedad de leyes penales contra ataques basados en Robinson. Robinson puede ser

sui generis e incapaz de generar cualquier cuerpo significativo de jurisprudencia (Moscoso, G., 2020).

No obstante, al menos podría decirse que Robinson defiende un principio constitucional de que la sanción penal debe estar vinculada a algún acto (u omisión) pasada. Incluso si eso es cierto, sin embargo, tiene un significado limitado: la regla de Robinson, por sí sola, no logra casi nada. En el nivel más abstracto, no tiene sentido porque toda persona realiza alguna conducta. Si Robinson sólo quiere decir que los delitos deben incluir alguna ley pasada, entonces las legislaturas podrían evadir la regla Robinson redactando leyes penales que requieren la prueba de algún estatus y algunas cosas adicionales y triviales (Manríquez, J. 2020).

En resumen, el requisito de un acto constitucional no sirve de nada a menos que sea complementado con alguna doctrina adicional que describa qué actos pueden ser sancionados y aquellos que tal vez no. Algunas de estas limitaciones se encuentran en la Declaración de Derechos, como la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana. Más allá de esas áreas limitadas, otras limitaciones deben derivarse nuevamente de la doctrina del debido proceso sustantivo.

La era Lochner fue bastante agresiva al derogar leyes penales por considerarlas debidas violaciones del proceso. Pero con algunas excepciones notables como *Lawrence vs. Texas*, la Corte Suprema moderna ha sido mucho más comedida. La doctrina del debido proceso sustantivo sobrevive hoy, pero impone sólo limitaciones muy limitadas restricciones a la capacidad de las legislaturas para penalizar una amplia variedad de conductas (Schiappa, L., 2011).

Así, las legislaturas pueden incapacitar a individuos peligrosos simplemente vinculando la detención a alguna conducta, siempre y cuando la conducta no sea una de las clases muy estrechas de conducta protegida por el debido proceso sustantivo. Sin duda, como cuestión política, es poco probable que las legislaturas vinculen el castigo penal a una conducta tan trivial e inocente como, digamos, caminar. Y si las legislaturas probaran esa estrategia, los tribunales podría responder desarrollando una doctrina sustantiva del debido proceso más sólida.

Por lo tanto, a las legislaturas les queda una estrategia más práctica para incapacitar a las personas peligrosas: pueden simplemente imponer largas sentencias basadas en delitos triviales. Después de todo, así es precisamente “Tres Strikes” y otras normas sobre reincidentes. Los regímenes de sentencia funcionan: peligrosidad (medida

por antecedentes penales) más un delito menor actual justifica un encarcelamiento prolongado.

La reincidencia se reconoce desde hace tiempo como una base legítima para aumentar la sanción penal. Lo que esto significa es que incluso una doctrina del debido proceso revitalizada al estilo de Lochner no podía detener el avance del nuevo derecho penal sin la ayuda de un sector mucho más sólido de la doctrina de proporcionalidad de la Octava Enmienda. La Corte Suprema norteamericana ha dicho que fuera del contexto de la pena capital la doctrina de la proporcionalidad sólo tiene una aplicabilidad limitada. Los doctrinarios han criticado el enfoque deferente de la Corte, pero diseñar una mejor doctrina es no es fácil. Además, cuando se trata de reincidentes sentencias, es difícil criticar la conclusión de que la incapacitación es un legítimo objetivo de la detención y, por lo tanto, tienen sentido condenas más largas para los reincidentes (Serrano, V., 2021).

En resumen, desarrollar limitaciones sustanciales y significativas al uso de la prisión preventiva en el derecho penal implicaría no sólo (1) mantener la conclusión (algo dudosa) de Robinson de que la constitución contiene un requisito, sino también (2) desarrollar una nueva doctrina sustantiva del debido proceso significaría definir qué actos pueden ser penalizados, y (3) desarrollar una nueva doctrina de proporcionalidad que defina en qué medida pueden ser castigados diversos actos implicaría la creación de nuevas doctrinas constitucionales que definan qué conducta pueden ser proscritas por el derecho penal y la cuantía de las penas permitidas (Vintimilla, J. & Villacís, G., 2013).

Veamos cómo cualquier teoría de la interpretación constitucional podría justificar una medida tan masiva y significaría una intrusión de los tribunales en el derecho penal sustantivo. La incapacitación es una función legítima de la sanción penal. En recientes años, se ha convertido en una función dominante y, en el proceso, ha comenzado a reformar el derecho penal. Con pocas excepciones, la Corte Suprema norteamericana no puede interferir con ese proceso.

Estado del Arte

En el sistema jurídico anglosajón, a diferencia del sistema jurídico continental, existen diferentes tipos de detenciones. Además de la detención penal, tenemos la detención civil o no punitiva que es (supuestamente) sólo permitida en "ciertas circunstancias especiales y 'estrictas'". La Corte Suprema norteamericana ha identificado tres circunstancias principales en las que se permite dicha detención: (1) detención temporal durante

procedimientos penales o de inmigración pendientes, (2) detención de personas peligrosas y con enfermedades mentales, y (3) detención de enemigos combatientes durante tiempos de guerra. La Corte también tiene "excepciones" adicionales, fuera estas categorías principales, donde se puede permitir la prisión preventiva civil.

Al igual que en el ámbito penal, los precedentes de la Corte Suprema norteamericana en el ámbito civil sugieren que es inconstitucional que el Estado detenga a una persona basándose en el criterio de la peligrosidad. Pero como en el ámbito penal, esas limitaciones son, en realidad, bastante mínimas. Exigir "peligrosidad más algo" no significa mucho cuando algo está conceptualmente infra determinado.

El concepto mismo de enfermedad mental, que puede proporcionar el "algo más" que justifica la detención es profundamente contingente. Durante el siglo pasado, se han identificado nuevas enfermedades mentales y se han ampliado las definiciones de enfermedades mentales existentes. El proceso de medicalización de cualquier conducta desviada es implacable y continúa.

El Manual Diagnóstico y Estadístico de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría los Trastornos Mentales (DSM) se considera el estándar autorizado para las definiciones de enfermedades mentales en los Estados Unidos. Pero las definiciones y criterios de diagnóstico son a menudo indeterminados, lo que ha llevado a críticas persistentes sobre la validez y confiabilidad de los diagnósticos. Con el tiempo, además, con cada nueva edición del DSM, el alcance de lo que se considera una "enfermedad mental" ha aumentado (ese crecimiento puede estar ligado, al menos en parte, a la influencia de la industria farmacéutica en el DSM). En resumen, las definiciones amplias y vagas de enfermedad mental hacen que sea relativamente fácil aplicarlas por motivos de enfermedad mental. Ese problema no desaparecerá. La quinta edición del DSM está actualmente bajo elaboración. Entre los cambios propuestos se encuentran definiciones ampliadas de "trastornos" relacionados con el sexo, incluida "pedohefebilia", "trastorno de hipersexualidad" y "trastorno coercitivo parafílico". Las definiciones amplias de parafilia podrían significar que cualquier persona tiene un deseo persistente de tener relaciones sexuales no consensuadas lo que sería considerado desordenado y, por lo tanto, elegible para internamiento civil.

El alcance cada vez mayor de los trastornos mentales reconocidos significa que casi todas las personas que son muy peligrosas también tienen probabilidades de sufrir algún trastorno. Así, si bien sigue siendo formalmente cierto que la peligrosidad por sí

sola es insuficiente para una detención civil, esa limitación tiene un significado que ya es limitado y es continuamente menguante. En última instancia, existen pocas limitaciones sustanciales significativas sobre la capacidad del Estado para llevar a cabo la detención preventiva de personas peligrosas.

Los tribunales seguirán enfrentando desafíos debido a los regímenes de prisión preventiva y como reformas adicionales erosionan la regla de la prueba de carácter, los tribunales también enfrentarán preguntas sobre si el uso de pruebas de carácter es constitucionalmente permisible. Varios doctrinarios han argumentado que la regla del carácter tiene fundamentos constitucionales.

Pocos tribunales federales inferiores han acordado que la regla podría basarse en el debido proceso y dos tribunales supremos estatales de Norteamérica (Iowa y Missouri) han anulado análogos estatales a la Regla Federal bajo sus Cláusulas de Debido Proceso estatales. Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha dejado la cuestión abierta. La mayoría de los demás tribunales han rechazado impugnaciones constitucionales al uso de pruebas de carácter.

El argumento a favor de la constitucionalización de la regla de la prueba de carácter es aceptable, pero en última instancia, no es convincente y, en cualquier caso, es difícil imaginar cualquier solución viable. La Constitución norteamericana no menciona explícitamente la regla de la prueba de carácter, por lo que los argumentos sobre sus fundamentos constitucionales se basan necesariamente en el debido proceso. El argumento habitual es que la regla de la prueba de carácter está tan firmemente arraigada en la jurisprudencia angloamericana y es tan importante para nuestras nociones de justicia penal que debe mantenerse como una cuestión de justicia fundamental.

Como cuestión histórica, el argumento del debido proceso es inestable. Es cierto que la regla de la prueba de carácter es anterior a la Declaración de Derechos, por casi un siglo. Es aproximadamente tan antiguo como el estándar "más allá de toda duda razonable", que también no es mencionado en la Constitución norteamericana, pero que la Corte Suprema ha leído en la cláusula del Debido Proceso. Por lo tanto, existe un argumento válido de que debido a que el carácter de la regla de la evidencia tiene un pedigrí histórico más o menos igual, también debería concederse estatus constitucional. Pero si bien es cierto que la regla de la prueba de carácter es antigua, su alcance, contenido y la justificación han cambiado con el tiempo, generando preocupación. Pero con los dispositivos procesales modernos, incluidas las reglas de descubrimiento, esas

preocupaciones ya no parecen apremiantes. La justificación moderna de la regla de la evidencia de carácter: las preocupaciones sobre la propensión pesan demasiado y la prisión preventiva no se articularon claramente hasta finales del siglo XIX o principios del siglo XX.

La falta de congruencia entre el original y el moderno fundamento hace que el argumento histórico para constitucionalizar la regla de la evidencia de carácter es más complicada. El alcance de la norma también ha variado ampliamente y mientras los tribunales hayan (supuestamente) aplicado la regla de la evidencia de carácter, también han reconocido una desconcertante variedad de "excepciones".

Dejando a un lado la historia, argumentos a favor de una regla de prueba de carácter basada en el debido proceso normalmente se basan en concepciones más abstractas de "justicia fundamental". Pero la frase "justicia fundamental" no es más que una etiqueta: hay ilimitadas reglas que podría decirse que son necesarias para la equidad fundamental. Aplicando la cláusula del debido proceso requiere que los tribunales den alguna razón por la cual la regla de evidencia es verdaderamente necesaria para la "justicia fundamental" y, por lo tanto, dejando a un lado la historia, argumentos a favor de una regla de prueba de carácter basada en el debido proceso normalmente se basan en concepciones más abstractas de "justicia fundamental". Pero el la frase "justicia fundamental" no es más que una etiqueta: hay ilimitadas reglas que podría decirse que son necesarias para la equidad fundamental. Aplicando la cláusula del debido proceso requiere que los tribunales den alguna razón por la cual la regla de evidencia, es verdaderamente necesaria para la "justicia fundamental" y, por lo tanto, tiene base constitucional, mientras que muchas otras normas no lo tienen. Desafortunadamente, argumentos sobre el fundamento constitucional de la regla de la prueba de carácter rara vez se aventuran más allá de los eslóganes.

Al derogar su disposición sobre delitos sexuales, por ejemplo, la Corte Suprema de Iowa utilizó la palabra "fundamental" más de una docena de veces, como si repitiera el reclamo una y otra vez. Razonó que "[un] concomitante de la presunción de inocencia es que un acusado debe ser juzgado por lo que hizo, no por quién es." Incluso si es cierto que un acusado sólo puede ser juzgado por lo que hizo, algo que es al menos dudoso en una época en la que la incapacitación domina la ley penal: el tribunal no ofreció ninguna explicación satisfactoria de por qué actos pasados no puede utilizarse para probar "lo que hizo" en este caso. Quizás sea cierto que los jurados sobrepasan la inferencia de

propensión, y tal vez sea cierto que cuando se les da acceso debido a malos actos pasados, los juzgadores recurren a (demasiada) detención preventiva.

Pero esos puntos están lejos de ser evidentes. Si la regla de evidencia de carácter debe escribirse en el Constitución, entonces sus dos fundamentos subyacentes requieren apoyo sustancial y justificación. La Corte Suprema de Iowa no ofreció ninguna.

Pero incluso sus partidarios tienen razón en que la regla de la prueba de carácter se basa en la cláusula del debido proceso, sigue sin estar claro cómo sería una norma constitucional para fundamentar la regla de la prueba de carácter en la Constitución pues enfrenta importantes dificultades conceptuales. Los doctrinarios han criticado durante mucho tiempo el inmenso cuerpo de jurisprudencia que intenta hacer cumplir la regla del carácter.

La regla de la prueba de carácter ha generado una amplia variedad de ficciones legales, principalmente, pero no únicamente, las ficciones de la Regla 404(b), que admiten evidencia de carácter (o algo muy parecido) para otros fines. De hecho, la admisión de evidencia de los actos ha sido tan generalizada que algunos doctrinarios han sugerido que la regla de la evidencia de carácter en sí misma es completamente ficticia. Incluso el Tribunal Supremo de Iowa Corte, después de ensalzar las virtudes de la regla de la prueba de carácter y derribar una excepción de delitos sexuales, se apresuró a señalar que los malos actos pueden ser admitidos por otros fines del tipo 404(b). Pero en todas las jurisdicciones estadounidenses, la línea entre la evidencia 404(b) permisible y la evidencia de propensión no permisible es confusa.

Podría ser que la regla en sí sea simplemente conceptualmente defectuosa, indeterminada y no sólo en los márgenes sino en su núcleo. Incluso entre los estudiosos de la evidencia, es difícil encontrar cualquier acuerdo básico sobre lo que significa exactamente "sujeto", o qué es exactamente lo que implica la “inferencia de propensión”. Sobre la ley de evidencia más sofisticada los doctrinarios no están de acuerdo sobre si ciertos usos de la evidencia constituyen incluso usos basados en caracteres. Los esfuerzos hercúleos de los académicos por darle sentido a regla, incluso en la medida (poco clara) de que sean conceptualmente exitosas, son en gran medida ignorados por los tribunales.

La norma genera miles de casos de apelación cada uno año, y los tribunales continúan produciendo doctrina que es criticada por doctrinarios como carentes de principios y descuidados. La norma, en su forma actual, no ha podido resistir los ataques. no hay razón para pensar que a la norma le iría mucho mejor si se incorporara a la cláusula

del debido proceso. La constitucionalización frustraría cualquier esfuerzo por lograr una derogación de la regla, pero haría poco o nada para sanar los miles de pequeños cortes que están desangrando el gobierno. Las ficciones jurídicas probatorias que adoptan los tribunales hoy simplemente se traducirían en ficciones constitucionales.

En resumen, los argumentos para constitucionalizar la regla de la prueba de carácter se mantienen firmes. La doctrina sustantiva del debido proceso está, tanto textual como conceptualmente, mal equipada para detener la creciente ola de prisión preventiva.

Planteamiento del Problema

La presente investigación tiene como objetivo la evaluación del impacto dogmático – jurisprudencial de la reincidencia en la determinación de la prisión preventiva en términos comparados, en especial, en el sistema jurídico anglosajón y específicamente el sistema jurídico norteamericano. En efecto, la imposibilidad de decidir medidas sustitutivas a la prisión preventiva debido a la reincidencia del procesado presumiblemente no se adecúa a los estándares de protección de los derechos humanos, lo cual la convertiría en una pena anticipada. La investigación tiene como finalidad articular argumentos a partir de la doctrina y la jurisprudencia comparada que permitan identificar las posibles incoherencias y antinomias de la prohibición de medidas sustitutivas a la prisión preventiva debido a la reincidencia.

Análisis

El auge de la prisión preventiva y la correspondiente decadencia de la regla de la evidencia en el sistema jurídico anglosajón tienen una importante implicancia constitucional. La influencia de la teoría de la incapacitación en el derecho penal desestabiliza la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana sobre la distinción entre sanciones civiles y sanciones penales.

Trazar la línea entre sanciones “civiles” y “penales” es una cuestión constitucional necesaria porque varias disposiciones de la Constitución giran en torno a esta distinción. Los derechos procesales contenidos en la Sexta Enmienda se aplican sólo en “casos penales”. Varias disposiciones de la Quinta Enmienda: la Cláusula del Gran Jurado, la Cláusula de Doble Incriminación y la Cláusula de Autoincriminación también

limitan su propia aplicabilidad a la esfera penal. Otras disposiciones constitucionales más, incluidas las Cláusulas Ex Post Facto y la Octava Enmienda, carecen de limitaciones textuales pero, no obstante, se entiende que se aplican única o principalmente a casos penales. Por lo tanto, al determinar el alcance de estas disposiciones, la Corte Suprema no tiene más remedio que distinguir entre leyes penales y civiles.

Si bien es constitucionalmente necesaria, la tarea de trazar la línea entre la sanción civil y penal ha sido notoriamente difícil. La doctrina de la Corte ha sido algo sospechosa, por lo que incluso describir la doctrina con precisión es un desafío, pero la Corte (por ahora) se ha decidido más o menos por una prueba doble. El primer aspecto se centra en la etiqueta o clasificación legal. Pregunta si el estatuto está etiquetado como "civil" o "penal". El segundo aspecto es una prueba de equilibrio de múltiples factores, extraída de Kennedy v. Mendoza Martínez. Examina: (1) "si la sanción implica una discapacidad o restricción afirmativa"; (2) "si históricamente se ha considerado una sanción"; (3) "si sólo entra en juego tras el hallazgo de un científico"; (4) "si su operación promoverá los objetivos tradicionales del castigo – retribución y disuasión"; (5) "si el comportamiento al que se aplica ya es un delito"; (6) "si existe un propósito alternativo al que racionalmente pueda estar conectado es asignable para ello"; y (7) "si parece excesivo en relación con el fin alternativo asignado".

Si el primer análisis indica que la legislatura pretendía que la ley fuera de naturaleza civil, el Tribunal sólo considerará que la norma es penal si el segundo aspecto indica claramente que la ley es punitiva en sus propósitos y efectos. La doctrina de la Corte ha sido justificadamente criticada por varios motivos. La operación del primer extremo permite a las legislaturas evadir derechos constitucionales con meras etiquetas. Si no se permite a las legislaturas evadir los requisitos procesales de la Constitución simplemente etiquetando algo como "factor de sentencia" en lugar de un "elemento", es difícil ver por qué deberían ser capaz de evadir esos mismos requisitos añadiendo una etiqueta civil a una sanción.

La segunda vertiente de siete factores es indeterminada. Es difícil aplicar ciertos factores en casos particulares, y cuando diferentes factores apuntan a diferentes direcciones, es difícil combinarlas. La Corte no ha aclarado mucho el asunto al afirmar que los siete factores no son exclusivos sino simplemente "útiles" indicadores". Pero, como siempre, es más fácil criticar los fallos de la Corte que construir una mejor doctrina. Hace una década, por ejemplo, Carol Steiker escribió un libro inteligente que criticaba la entonces reciente jurisprudencia de la Corte. Propuso una prueba diferente: que las penas

son aquellas que expresan la culpa pero ¿quién puede decir el internamiento civil de los delincuentes sexuales, por ejemplo?

Otros doctrinarios han sugerido que la Corte debería confiar menos en el enunciado normativo y más en la intención legislativa. Cualquier doctrina propuesta que se centre en adivinar la verdadera intención legislativa de algún régimen incapacitante que se enfrenta a todas las dificultades conceptuales habituales para explicar qué "propósito legislativo" significa, sin mencionar las dificultades probatorias que implica desenterrar el verdadero propósito bajo el texto. En resumen, tanto la Corte Suprema como sus académicos han luchado por trazar una línea doctrinal sensata entre lo penal y lo civil.

Dejando de lado algunas de las preguntas más importantes sobre la prueba doble, hay un aspecto pequeño, pero importante, de la doctrina de la Corte Suprema que debería ser modificado ante el auge de la prisión preventiva en el derecho penal: el cuarto factor debe modificarse o descartarse. El cuarto factor pregunta si la sanción opera para promover uno de los dos objetivos tradicionales de la sanción: la disuasión o la retribución. Por lo tanto, supone que otros fines, incluida la incapacitación, son paradigmáticamente civiles. En ocasiones, la Corte le ha dado más peso a este factor que a los demás factores. En *Kansas vs. Hendricks*, por ejemplo, el núcleo del análisis de la Corte del segundo fue su insistencia en que el objetivo del régimen de internamiento de delincuentes sexuales era prisión preventiva, y por tanto, el régimen era civil. La insistencia ocasional del Tribunal en que la incapacitación es paradigmáticamente civil no se puede mantener. En otros contextos, la Corte ha reconocido que la incapacitación es un objetivo legítimo e importante del sistema de justicia penal. Sin duda, la Corte Suprema todavía parece negar ocasionalmente, como referencia descriptiva que la incapacitación es el objetivo de la sanción penal, pero tales negaciones son evidentemente falsas. La incapacitación es ahora una fuerza dominante en derecho penal. Da forma a las prácticas de castigo reales tanto como a la disuasión y retribución.

Por supuesto, el cuarto factor no se centra en el sistema penal contemporáneo, sino más bien en los objetivos "tradicionales" de la sanción. Se podría argumentar que incluso si la incapacitación es ahora un objetivo predominante del derecho penal, tradicionalmente no lo fue. Dicho de otra manera, un originalista podría argumentar que cuando se escribió la palabra "criminal" en la Constitución, querían decir "leyes con objetivos de disuasión y retribución". Sin embargo, incluso si el enfoque originalista es el adecuado, el enfoque de Mendoza supone que la disuasión y la retribución han sido

tradicionalmente las principales. Los únicos objetivos de la sanción son simplemente incorrectos como un hecho histórico.

Un examen de la teoría penal del siglo XVIII sugiere que la retribución no era considerado un objetivo válido de la sanción, mientras que la incapacitación sí lo era, para muchos de los teóricos más influyentes. Para empezar, hay que admitir que no existe una manera fácil de determinar que los "verdaderos" objetivos de la sanción estaban en el siglo XVIII. Nuestra mejor evidencia es de los escritos de los doctrinarios del siglo XVIII, pero es posible que sus puntos de vista no representan los valores que animaban las prácticas punitivas reales en ese momento. Después de todo, los doctrinarios eran élites, muchos de los cuales escribían precisamente para criticar las prácticas contemporáneas en general y, en particular, las prácticas contemporáneas como la pena de muerte. Además, los teóricos penales del siglo XVIII sostenían opiniones divergentes sobre los objetivos adecuados de la sanción penal.

Sin embargo, un examen de la teoría penal del siglo XVIII socava el supuesto histórico de Mendoza en dos sentidos. En primer lugar, no es cierto que la retribución se consideraba una función válida del derecho penal. La pena de muerte dominó los argumentos de entonces y ni los partidarios ni los opositores formularon sus argumentos en términos de retribución. De hecho, incluso los partidarios conservadores de la pena de muerte tendían a negar explícitamente que la retribución fuera un objetivo.

La opinión predominante en ese momento era que la retribución era una tarea de Dios y sólo de Dios, mientras que la sanción humana tenía fines diferentes. En segundo lugar, muchos teóricos penales del siglo XVIII reconocieron la incapacidad como un objetivo legítimo de la sanción. Los doctrinarios de todas las tendencias políticas tendían a centrarse en la prevención del delito como objetivo principal de la sanción y muchos reconocieron la incapacitación como una forma de prevención, al menos implícitamente. Otros, como Blackstone y Bentham, lo expresaron de manera bastante explícita. Blackstone escribió que el objetivo de la sanción era servir como: una precaución contra futuros delitos del mismo tipo. Esto se efectuó de tres maneras: ya sea por la enmienda del propio infractor; para la cual proponer sanciones corporales, multas y exilio temporal inflige prisión: o, al disuadir a otros por el temor de su ejemplo de ofender de la misma manera, lo que da origen a castigos ignominiosos y a que las ejecuciones de justicia sean abiertas y pública: o, por último, privando al perjudicado de la facultad reincidir, ya sea dándole muerte; o condenándolo a reclusión perpetua, esclavitud o exilio.

Dicho en términos modernos, Blackstone describió así tres propósitos: (1) reforma y disuasión específica del delincuente individual, lograda principalmente mediante sanciones menores; (2) disuasión general, lograda principalmente mediante sanciones; y (3) incapacitación, lograda principalmente por muerte u otras sanciones permanentes.

Las opiniones de Bentham eran similares. Sostuvo que el objetivo de la sanción era prevenir delitos futuros de dos maneras: "[p]evención particular, que se aplica al delincuente; y prevención general, que es aplicable a todos los miembros de la comunidad sin excepción." Sostuvo que la prevención general debe ser el "fin principal de la sanción", pero, no obstante, reconoció la incapacitación como una función totalmente legítima. Con respecto a cualquier delincuente en particular, hemos visto que la sanción tiene tres objetivos: incapacitación, reforma e intimidación. Si el crimen cometido es de un tipo calculado para inspirar gran alarma, como manifestando una disposición, se hace necesario tomar el poder de volver a cometerlo. Pero si el delito, al ser menos peligroso, sólo justifica una sanción transitoria y es posible que el delincuente regrese a la sociedad, es apropiado que la sanción sea tenga cualidades calculadas para reformarlo o intimidarlo.

Las opiniones de Bentham y Blackstone fueron ambas influyentes y ambas bastante típicas de su época. Opiniones similares que respaldan la incapacitación como una forma legítima y necesaria de prevención del delito también se expresó a lo largo del siglo XIX.

En su magistral historia del derecho penal inglés, Stephen señaló que si bien el público tiene deseo de venganza, el mejor objetivo del castigo penal era la prevención. Otro objetivo es la prevención directa del delito, ya sea por miedo o por incapacitar o incluso destruir al delincuente, y esto es lo que creo que es comúnmente presentado como el único objeto adecuado de los castigos legales es más allá de toda duda distinta de la que acabamos de mencionar [es decir, retribución]. Los dos objetivos no son en ningún sentido inconsistentes entre sí, por el contrario, van de la mano y pueden considerarse, respectivamente, como los efectos secundarios y primarios de la administración de la justicia penal.

Al igual que Blackstone y Bentham, Stephen veía la incapacitación como un medio importante de prevención del delito. La afirmación de la Corte Suprema de que la retribución y la disuasión son los únicos dos objetivos tradicionales de la sanción se hizo por primera vez a mediados del siglo XX. La afirmación era esencialmente apócrifa, hecha sin apoyo histórico. Al menos en el siglo XVIII, la retribución se consideraba un

objetivo legítimo del castigo humano, pero la incapacitación sí lo era. Mientras la incapacitación ha asumido un papel cada vez mayor en el derecho penal en las últimas décadas, durante siglos ha sido reconocido como un objetivo importante de la criminalidad. La repetida sugerencia del Tribunal de que la disuasión y la retribución eran los dos únicos objetivos "tradicionales" del castigo es falsa. Ya no debería servir para definir la frontera entre el derecho civil y el penal.

Conclusión

En el último cuarto de siglo ha surgido un nuevo derecho penal. El objetivo de la nueva ley penal es la detención preventiva: el encarcelamiento para incapacitar personas peligrosas. La aparición del nuevo derecho penal ha reestructurado tanto la legislación como las definiciones de los propios delitos. La nueva ley penal también comenzó a rehacer el derecho probatorio. Como la incapacitación se ha convertido en un objetivo aceptado de la sanción penal, la lógica de la regla del carácter se han vuelto menos convincente y la norma misma ha comenzado a debilitarse en la práctica penal.

Estos cambios han sido sutiles, pero también radicales y bastante rápido. No hay indicios de que la ley vaya a revertir su curso. De hecho, la respuesta de la ley a la amenaza del terrorismo no ha hecho más que acelerar el avance hacia la nueva ley penal. En los próximos años, la Corte Suprema norteamericana se verá obligada a abordar cuestiones constitucionales difíciles que presenta el nuevo derecho penal.

Irónicamente, la solución más segura puede ser adoptar la prisión preventiva como una función aceptada del derecho penal. Hacerlo alteraría doctrinas de la Corte Suprema que distinguen lo civil de lo penal, doctrinas que limitan el alcance de la declaración de derechos. Las garantías procesales establecidas por la ley deberían ampliarse a más ciudadanos que se enfrentan al encarcelamiento, independientemente de si el propósito del encarcelamiento es la incapacitación en lugar de la sanción o la disuasión.

A medida que la nueva ley penal reformula el sistema de justicia estadounidense, la Corte debe reconocer que la prisión preventiva es ahora una función central del derecho penal. Ese reconocimiento tendrá el efecto contrario a la intuición de ampliar las garantías constitucionales otorgadas a los ciudadanos que enfrentan penas de prisión.

Referencias Bibliográficas

Aguilar, M. (2015). *Presunción de inocencia: Derecho humano en el sistema penal acusatorio.* Instituto de la Judicatura Federal.

Ávila, F., y Bujan F. (2023). La prisión preventiva y su incidencia en la población carcelaria en el Ecuador. *Cienciamatria* (9), 1, 23-37.

Bastos, L., & Ribeiro, L. (2021). El castigo silencioso de los detenidos en prisión preventiva. *Estudios Sociológicos*, XXIX (117), 865-897. https://doi.org/10.24201/es.2021v39n117.2009

Ciapessoni, F., (2019). La prisión y después. Violencia, reingreso y situación de calle. *Revista de Ciencias Sociales*, 32(45), 15-38. http://doi.org/10.26489/rvs.v32i45.1

Ferrer, J. (2001). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, 34, p. 34 – 51.

Gudiño Flores, C., (2021). Preventive detention in flagrante delicto in the Metropolitan District of Quito during the second half of 2019. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, (9), 528-578. https://doi.org/10.26807/rfj.vi9.381

Guerra-Alvarado, E. (2023). Análisis de la figura de la prisión preventiva en el Ecuador: causas, efectos y consecuencias (Sentencia C.C. Caso nº 8-20-CN). *Dominio de las Ciencias*, 9. 213 - 237.

Hartmann, M. (2008). La detención preventiva y la reforma procesal penal en Colombia. En: Riego, C., y Duce, M. *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, 213 - 266. CEJA.

Kostenwein, E., (2018). Decidir rápido, condenar pronto. El proceso de flagrancia desde la sociología de la justicia penal. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 20(1), 13-44. https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5434

Krauth, S., (2019). La realidad de la prisión preventiva frente a las reformas procesales penales en el Ecuador. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, (6), 207-228.

Luque, A., & Arias, E. G. (2020). El derecho constitucional en el Ecuador: presunción de inocencia y prisión preventiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, LIII (157), 169-192. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2020.157.15228

Manríquez, J. (2020). Prisión preventiva y error judicial probatorio. *Revista de derecho*, 33 (2), 275 - 295.

Moscoso, G., (2020). Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano. *Díkaion*, 29 (2), 469-500. https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.6

Sánchez, N., *et. al.* (2017). El error judicial en el uso de la prisión preventiva: Personas en prisión que nunca llegan a ser condenadas. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 8(1), 1-8.

Schiappa, L. (2011). Prisión preventiva y reforma procesal penal en Argentina. En: Lorenzo, L. *et. al*. *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*, vol. II, 13 - 169. CEJA.

Serrano, V. H., (2021). Estado constitucional democrático mexicano ante la implementación de la prueba piloto del voto de las personas en prisión preventiva 2021. *Cuestiones Constitucionales*, (45), 339-367. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2021.45.16666

Vintimilla, J. & Villacís, G. (2013). Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Informe Ecuador. En: *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, 115-145. Fundación para el Debido Proceso.