

PRISIÓN PROVISIONAL Y GARANTÍAS
Hernández Gómez Isabel

SUMARIO:	<ul style="list-style-type: none"> I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCION LEGISLATIVA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. <ul style="list-style-type: none"> 2.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. 2.2. LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL DESPUÉS DE LA C. E. DE 1978. 2.3. LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA L. O. 13/2003. 2.4. LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2011 Y EN EL ACTUAL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE ENERO DE 2013. III. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES. <ul style="list-style-type: none"> 3.1. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. 3.2. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES. IV. PRESUPUESTOS Y FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. <ul style="list-style-type: none"> 4.1. PRESUPUESTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES. 4.2. PRESUPUESTOS ESPECÍFICOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. V. CLASES DE PRISIÓN PROVISIONAL. <ul style="list-style-type: none"> 5.1. RÉGIMEN ORDINARIO: PRISIÓN PROVISIONAL COMUNICADA. 5.2. EXCEPCIONES: PRISIÓN PROVISIONAL INCOMUNICADA. 5.3. PRISIÓN PROVISIONAL ATENUADA. VI. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN Y PLAZOS. <ul style="list-style-type: none"> 6.1. PROCEDIMIENTO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. 6.2. PLAZOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. VII. CONCLUSIONES.
-----------------	---

I. INTRODUCCIÓN

Existe una tradicional dicotomía en los debates ideológicos sobre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal y sus límites; entre el derecho a la libertad del individuo y el derecho a la seguridad. Se discute, por un lado, sobre la eficacia del proceso penal, como instrumento de política criminal que garantice la tutela de los bienes más preciados de la sociedad protegidos por el Derecho penal sustantivo, y, por otro lado, se cuestiona la adecuación del proceso penal y sus instrumentos a las exigencias constitucionales y garantistas de un Estado social y democrático de Derecho. Y en materia de Prisión provisional, los derechos fundamentales constituyen limitaciones normativas para su adopción, en tanto colisiona frontalmente con el Principio Constitucional de Presunción de Inocencia¹.

Así, pues, existe una íntima relación entre el Estado democrático de Derecho y el derecho fundamental a la libertad, que, en el caso de la Constitución española constituye no sólo uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1), sino un derecho fundamental, expresamente reconocido en el art. 17 de la misma.

1 A este respecto, ANDRES IBAÑEZ P. ("Presunción de Inocencia y Prisión sin condena" *Detención y Prisión Provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, también disponible en www.enj.org) dice que la Prisión provisional es el problema por antonomasia del Proceso Penal, sobre todo en aquellos países que se han dotado de una disciplina constitucional que gira en torno al principio de Presunción de Inocencia.

En un Estado de estas características como lo es hoy el Estado español, el Derecho Penal debe aparecer como *última ratio* y entrar en juego tan sólo cuando resulte indispensable para mantener el orden jurídico y la paz ciudadana. Este principio de intervención mínima debe constituir para el legislador una verdadera exigencia ética, so pena de que, además de la consabida hipertrofia e inflación del Derecho Penal, se produzca otro efecto perverso, el llamado “abuso del Derecho Penal y la banalización de la legalidad”².

Sin embargo, parece que en la actualidad, existe una imparable expansión del Derecho penal, basado en la sensación social de inseguridad, tanto en la legislación española como en otras, que supone, en último término una notable restricción de garantías sustantivas y procesales propias del Derecho Penal, otrora garantías conquistadas y tenidas por irrenunciables, consolidando así lo que la Doctrina ha dado en llamar el “Derecho Penal de la Seguridad”³.

-
- 2 CARBONELL MATEU J. C.: “Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y la banalización de la legalidad”, en “Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos”, vol. I, Cuenca 2001, p. 129.
 - 3 Ejemplos significativos son las reformas llevadas a cabo por el Código Penal Español de 1995 y sus posteriores modificaciones, donde el principio de intervención mínima, invocado reiteradamente en la Exposición de Motivos, resulta frecuentemente burlado. En este Código Penal de la democracia, se criminaliza, por primera vez en nuestro país, la no violenta actuación de los «ocupas» (art. 245.2); no se logró alcanzar, en materia de eutanasia una solución respetuosa con las convicciones de todos, y se optó por atenuar la pena en los supuestos en que se causare o se cooperase a la muerte de otro, por la petición expresa e inequívoca del mismo, en los casos en que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduxere necesariamente a la muerte o tuviera que soportar padecimientos permanentes (art.143.4). Tampoco se resolvió la problemática social suscitada por la interrupción voluntaria del embarazo en la línea de los países de nuestro entorno, renunciando al sistema de la cuarta indicación (junto a las indicaciones médica, ética y eugenésica del anterior art. 417 bis). Además, para la modalidad básica del delito de hurto, se estableció la pena de prisión de seis a dieciocho meses (art. 234), frente a la de arresto mayor –de un mes y un día a seis meses de privación de libertad– del Código anterior. El mismo endurecimiento de la pena se produjo en relación a los delitos de robo con fuerza en las cosas y estafa. Lo cierto es que las penas de prisión, protagonistas absolutas de nuestro sistema penal, han sufrido un aumento considerable; de tal manera que la pena máxima de privación de libertad (20 años, que podían llegar a 25 y 30 en los supuestos de concurso de delitos, y 25, respecto de determinados delitos contra la Corona) contenida en el anterior art. 36, y que había sido cuestionada por inhumana por un amplio sector de la Doctrina española, ha sido elevada a 40 años del máximo de cumplimiento, por la LO de 30 de Junio de 2003. Sobre estos particulares, más ampliamente, Cfr. LANDROVE DIAZ G. “El Derecho Penal de la Seguridad”, La Ley, nº 5868, Octubre de 2003, págs. 1-11. También GONZALEZ CUSSAC J. L. “La contrarreforma penal de 2003: Nueva y vieja política criminal”, Revista Xurídica Galega, 2003. Tampoco puede obviarse en este apartado la Reforma operada por la LO 5/2010 de Reforma del C. Penal, que introdujo en nuestro sistema Penal la libertad vigilada para delincuentes sexuales y terroristas, línea en la que avanza la proyectada reforma del C. Penal. En efecto, con fecha 22 de octubre de 2012 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Su Exposición de Motivos refleja de manera detallada cuáles son las principales razones que propician la reforma del vigente Código Penal, a saber: la introducción de la Prisión Permanente Revisable, la modificación del sistema de medidas de seguridad, con la consiguiente ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada y la regulación, de nuevo cuño, de la denominada custodia de seguridad, así como la revisión de la actual regulación del delito continuado. Dicho Anteproyecto avanza en las políticas legislativas criminalizadoras, basadas en la Seguridad, y que ha merecido, incluso el reproche del CGPJ que ha emitido un Informe crítico respecto del Anteproyecto citado.

Esa expansión de una determinada política criminal globalizadora, olvidada de las políticas criminales inspiradas en los principios liberales⁴, alcanza no sólo al derecho penal sustantivo sino al procesal. En este marco se sitúa la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional, última llevada a cabo en este ámbito.

Ciertamente, como subraya la propia Exposición de Motivos de la citada Ley, la necesidad de la reforma era urgente, ya que pese a las anteriores y sucesivas reformas de la prisión provisional, esta no se adaptaba a la Constitución española y a la jurisprudencia que sobre dicha institución había venido sosteniendo nuestro Tribunal Constitucional⁵, de acuerdo con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos suscritos por España, en especial la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 8-11)⁶, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9-10)⁷ y el Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 5)⁸.

-
- 4 Política Criminal justificadora de un Derecho Penal y Procesal Penal que nos retrotrae a momentos históricos caracterizados por la implantación de sistemas totalitarios, negadores de los más elementales derechos humanos. Es lo que la Dogmática Penal llamó el Derecho Penal del enemigo (noción elaborada por JAKOBS) como contrapuesta al Derecho Penal del ciudadano, cuyas regulaciones específicas vienen teóricamente justificadas por la habitualidad, la reincidencia o la profesionalidad de quienes han optado permanentemente por delinquir (los enemigos), al contrario de lo que ocurre con otros infractores que, sólo de modo ocasional delinquen (los ciudadanos). Cfr. LANDROVE DIAZ G. "El Derecho Penal de la Seguridad", op. cit., pág. 4. Vid. también, AA.VV. "Derecho Penal del Enemigo: El Derecho Penal de la Exclusión", CANCIO MELIA M. y GOMEZ-JARA DIEZ C. (Coord.), 2 Volúmenes, 2006. PORTILLA CONTRERAS G. "El Derecho Penal y procesal del "enemigo". Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los enemigos internos y externos", en *Dogmática y Ley penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. I, 2004, págs. 693-720. GIL NOBAJAS S. "Globalización e Inseguridad ciudadana: Algunas repercusiones en el marco de las últimas Reformas del Código Penal Español", *Revista CENIPEC*, 2011, págs. 133-169.
- 5 Vid., sobre el particular, GIMENO SENDRA V. "La Necesaria Reforma de la Prisión Provisional", *La Ley*, nº 5411, Noviembre, 2001, págs. 1-10.
- 6 El art. 9 de la DUDH dice: «Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado».
- 7 El art. 9 del PIDCP establece: «1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un Tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación».
- 8 El art. 5 del CEDH dispone: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de libertad salvo en los casos siguientes y por el procedimiento establecido por la ley». En los apartados a)- f) se determinan los supuestos en que es posible la detención o prisión. 2. «Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más corto y en un idioma que comprenda, de las razones de

No obstante, como veremos, no toda la Doctrina está de acuerdo en que la reforma que en esta materia se ha llevado a cabo sea la más idónea, habida cuenta de los bienes jurídicos en liza en la Prisión Provisional, como pondremos de relieve⁹.

En cualquier caso, la cuestión es de una gran trascendencia, toda vez que, de todas las resoluciones que se dictan durante la sustanciación del proceso penal, el Auto de Prisión Provisional supone la intromisión más gravosa del Estado en la esfera privada del individuo, por la restricción que supone del derecho fundamental a la libertad de un ciudadano, que aún goza del derecho a la presunción de inocencia.

La prisión provisional se contempla como un mal necesario en la mayoría de los ordenamientos procesales penales contemporáneos¹⁰. De tal manera que se configura esta medida cautelar para asegurar, de un lado, la presencia del imputado ante la autoridad judicial, pues, como se sabe, no es posible celebrar el juicio oral sin imputado presente en las actuaciones de la vista¹¹; y de otro, para asegurar el cumplimiento de la ulterior y eventual sentencia de condena.

su detención y de cualquier acusación de que sea objeto. 3. Toda persona encarcelada o detenida en el parágrafo 1. c) del presente artículo (Si ha sido detenido y encarcelado a fin de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando haya sospecha razonable de haber cometido una infracción, o cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle cometer una infracción o huir después de haberla cometido), debe ser conducida inmediatamente ante un juez u otro funcionario habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable, o puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede estar condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en el juicio. 4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tiene derecho a presentar un recurso ante un tribunal, a fin de que éste se pronuncie en breve plazo acerca de la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal. 5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento, en condiciones contrarias a las del presente artículo, tiene derecho a una reparación».

9 Sirvan de ejemplo, a propósito de la Reforma, las opiniones de LANDROVE DIAZ G. "La Reforma de la Prisión Provisional", La Ley, nº 5926, Enero de 2004, pág. 2, cuando expresa que «Poco ha importado que una medida, teóricamente cautelar y transitoria de aseguramiento del proceso penal haya derivado –realmente– en una condena por adelantado, que viola la presunción constitucional de inocencia, prejuzga –al menos en cierta medida– el veredicto final de un procedimiento ya viciado en origen por las limitaciones de defensa del que se encuentra provisionalmente en prisión, incrementa la población reclusa, propicia el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y expone a un sujeto, presuntamente inocente, a todos los riesgos inherentes al medio carcelario, en donde cumple una verdadera pena privativa de libertad, con todos sus inconvenientes y ninguna de sus pretendidas ventajas al estar vedada cualquier intervención resocializadora sobre el sujeto todavía no condenado, pero que ya sufrirá en el futuro –sea cual sea el resultado procesal que se alcance– el estigma de haber estado en la cárcel»; o la de ASENCIO MELLADO J. M^a. "La Reforma de la Prisión provisional. El Respeto a la Excepcionalidad como garantía del Derecho a la Libertad", La Ley, nº 6211, marzo 2005, pág. 2, cuando dice: «Toda vez que nuestra prisión provisional ni es, tras la LO 13/2003, una medida cautelar, ni respeta los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia».

10 Así, se encuentra regulada en los arts. 273-275 del CPP Italiano; en el CPP Francés; en los arts. 248º a 253º del CC P Portugués; y en los § § 112 y ss. del StPO alemán, por citar sólo los más relevantes.

11 En el proceso penal español, salvo que se trate de un juicio de faltas (art. 971 LE Crim.), del procedimiento de injurias o calumnias contra particulares (art. 814 LE Crim.), o del procedimiento abreviado, donde existe la posibilidad de la celebración del juicio oral en ausencia del acusado, cuando éste haya sido citado en forma, la pena solicitada no exceda de dos años de prisión (o de seis si es de otra naturaleza), lo pida así la acusación y sea oída la defensa (art. 786.1 L. E. Criminal).

Sin embargo este tratamiento formal de la prisión provisional como medida cautelar, de naturaleza provisional y accesoria, e instrumental, para asegurar el normal desarrollo del proceso penal y, eventualmente, de la posterior aplicación de una pena privativa de libertad, en la práctica, y en la mayoría de los países, desborda los límites asignados, excediendo sus funciones procesales y convirtiéndose en un instrumento de política criminal¹².

Es por ello que el tema preocupa a la Doctrina de la generalidad de los países, sobre todo en lo relativo a la problemática justificación de la medida¹³ e, incluso, a su legitimidad¹⁴.

En la mayoría de los casos la legitimación de la prisión provisional se basa en las distintas necesidades¹⁵ sobre cuya base se construye el discurso de la prisión provisional como instrumento –lamentable, pero procesalmente legítimo por imprescindible–, que tiene mucho más que ver con la degradación actual del proceso penal, con las desviaciones del modelo constitucional, y con las disfunciones producidas por la deficiencia de los recursos orgánicos y materiales de la administración de justicia¹⁶.

12 Ejemplo de ello es el estudio comparativo estadístico y legal de 30 países de CARRANZA E./HOWED M./MORA L.P./ZAFFARONI R. "El Preso sin condena en América Latina y en el Caribe", ILANUD, Costa Rica, 1983, en el que se comprueba que la población reclusa en espera de ser juzgada alcanza proporciones intolerables. En los países de sistema penal de tipo continental europeo del Caribe y América Latina, el promedio de presos sin condena, sobre la población total de privados de libertad, era del 68,47%. En cuanto a Europa, la situación no es mucho mejor. Así queda de manifiesto en la investigación llevada a cabo sobre los sistemas penitenciarios de 16 países de Europa Central y Oriental (Bulgaria, Rumania, Lituania, Rusia, Albania, Polonia, etc.) por REY WALMSEY "Prison System in Central and Eastern Europe", Instituto Europeo para la Prevención y Control del Delito, Helsinki, 1996. También este Instituto (Papers nº 10, 1997), da las siguientes cifras de población en régimen de prisión preventiva en la Europa Occidental y EE. UU.: Francia, 38,0%; Alemania, 28,9%; Italia 46,0%; Portugal, 38,1%; Rusia 29,0%; Inglaterra y Gales, 22,1%; USA 17,9%. En cuanto a España, a 14 de Marzo de 1997, el porcentaje de presos preventivos ascendía a 25,47%. Cfr., sobre estos particulares, BARBERO SANTOS M. "Introducción" a la colectiva *Prisión Provisional, Detención preventiva y Derechos Fundamentales*, BARBERO SANTOS M. (Coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, págs. 8-9.

13 Cfr. ANDRES IBAÑEZ P. "Presunción de inocencia y prisión sin condena", *Detención y Prisión Provisional*, op. cit., pág. 17, y en "El Juez y la Prisión Provisional", *Prisión Provisional, Detención preventiva y Derechos Fundamentales*, BARBERO SANTOS M. (Coord.), op. cit., pág. 16.

14 Vid. CARRARA F. "Inmoralidad del encarcelamiento preventivo", *Opúsculos de Derecho Criminal*, trad. de ORTEGA TORRES y GUERRERO, Edit. Temis, Bogotá, 1978, Vol. IV. PAVARINI M. "Introduzione a la Criminologie", Le Monnier, Florencia, 1980. Existe traducción castellana de MUÑAGORRI I. "Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico", Siglo XXI, México, 1983. ILLUMINATTI G. "La Presunzione d'innocenza dell'imputato", Zanichelli, Bolonia, 1979. FERRAJOLI L. "Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal", traduc. española de ANDRES IBAÑEZ/RUIZ MIGUEL/BAYON MOHINO/ TERRODILLOS BASOCO/CANTARERO BANDRES, Edit. Trotta, Madrid, 1995.

15 ASENCIO MELLADO J.M. "La Prisión Provisional", Edit. Civitas, Madrid, 1987, pág. 30, dice que «la prisión provisional es necesaria en la medida en que resulta ineludible para garantizar el proceso penal, y que por ello, el problema no está tanto, en relación a su existencia, cuanto en relación a la regulación legal en la forma más acorde posible con los derechos constitucionales a la libertad y a la presunción de inocencia.

16 Cfr. ANDRES IBAÑEZ P. "Presunción de inocencia y prisión sin condena", op. cit. pág. 31, y en "El Juez y la Prisión Provisional", *Prisión Provisional, Detención preventiva y Derechos Fundamentales*, BARBERO SANTOS M. (Coord.), op. cit., pág. 20.

A nuestro modo de ver, incluso en el actual marco legislativo y constitucional, con todas sus limitaciones, e incluso admitiendo que, en determinadas ocasiones la prisión provisional pueda constituir un instrumento necesario al proceso penal, éste no debe ni puede convertirse, como en ocasiones muy frecuentes sucede, en un elemento a utilizar con fines de control social, de ejemplificación, de pacificación de la sociedad, ni de anticipación de la pena.

II. EVOLUCION LEGISLATIVA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

2.1. Antecedentes Legislativos de la Prisión Provisional

En el Proceso inquisitivo, prevalente en la época de Diocleciano, de los Emperadores de Oriente y del Derecho Canónico, la prisión provisional era el modo normal de operar. El imputado estaba sometido a la prisión provisional hasta la celebración del juicio oral, e incluso la aceptación de la existencia de la tortura como medio de conocimiento de los hechos y de obtención la prueba¹⁷.

En España, el sistema inquisitivo ha marcado también una larga etapa histórica y, por tanto, también durante mucho tiempo la prisión provisional ha sido utilizada con

17 El tormento judicial es un instituto nacido en el Derecho Romano, que lo introduce y lo aclimata al uso de los Tribunales. Los visigodos se limitarán a conservar suavizando y humanizando este instituto procesal, herencia del romanismo, construido por los juristas con base en el Digesto, en el Código de Theodosio, recogido después en el Código de Justiniano y en las Sentencias Paulianas, ya que esta institución repudiaba a la tradición germánica. Los germánicos aportaron una nueva concepción sobre la función social de la justicia basada en la autonomía de los hombres libres frente al poder del Estado, y por eso la tortura como forma de arrancar una confesión o una prueba estaba muy lejos de esta concepción. La tortura judicial había desaparecido y corresponde al "Derecho Común" de la Escuela de Bolonia el demérito de restaurar ese terrible instituto procesal a base del Corpus Iuris Civilis y las Decretales y de difundirlo por los diversos países cristianos. En España el derecho popular y consuetudinario de la Alta Edad Media ignoraba completamente la tortura. Ni los Fueros breves ni las refundiciones de los siglos XII y XIII o los Fueros Extensos consagran siquiera una norma a la tortura. En Castilla, lugar en el que estuvo olvidada quinientos años, la tortura no aparece ni en las redacciones más tardías de los Fueros Generales, como los ordenamientos de Nájera, Libro de los Fueros de Castilla o Fuero Viejo de Castilla. La reaparición de la tortura judicial en España va a ser fruto de la cultura romanizante que Alfonso X y sus juristas bolonienses introducen a través de las Partidas. Se discutió mucho en Europa sobre el tema de la tortura entre los siglos XIII a XVIII, desde que el Derecho Canónico y el Derecho Estatutario italiano fueron admitiendo la tortura hasta su abolición, en casi todas las monarquías europeas, a fines del siglo XVIII o principios del XIX. Sobre este particular pueden consultarse FIORELLI PIERO, "La Tortura Giudiziaria nel Diritto Comune", I y II, Giuffrè, Milán, 1953. TOMAS VALIENTE F. "La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España", Anales de la Universidad de La Laguna, Tomo I, 1964, págs. 1-37. IDEM, "El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII", Edit. Tecnos, Madrid 1969. IDEM, "Teoría y práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu y Sanz (1618-1680)", A.H.D.E., Tomo XLI, Madrid 1971, págs. 439-485. GONZALO MARTINEZ DIEZ S.J. "La tortura judicial en la legislación histórica española", *Ibidem*, Tomo XXXII, Madrid 1962, págs. 223-300.

finés bien distintos de los meramente cautelares. Así, en las *Siete Partidas* (Título 21, Parte 7ª)¹⁸ y en la *Novísima Recopilación* (Tít. 35, Libro 5º, y Tít. 38, Libro 12).

Hasta la Regulación de esta materia que hoy se contiene en la LE Criminal se produjo una evolución legislativa cuyo punto inicial hay que buscarlo en el Título V de la Constitución de Cádiz de 1812¹⁹, así como en las disposiciones sobre los requisitos de forma necesarios para proceder a la prisión, jueces competentes para adoptarla y ejecutarla, que se recogieron en la Constitución Española de 1869, ratificados posteriormente en la de 1876²⁰.

El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, introdujo por primera vez un límite cuantitativo en relación a la pena privativa de libertad a im-

-
- 18 Las Leyes de Partidas ya recogían un límite cuantitativo de la pena a imponer para la adopción de la prisión provisional. De este modo señalaron la obligatoriedad de la prisión preventiva en caso de que el delito imputado llevara aparejada la pena de muerte, la pérdida de algún miembro u otra pena corporal (Partida 7ª, Tít. I, Ley XVI).
- 19 El primero y uno de los textos más importantes de la Historia Constitucional del siglo XIX es la Constitución de la Monarquía Española (19 de Marzo de 1812), la llamada Constitución de Cádiz, que alcanzó gran difusión fuera de nuestras fronteras. Traducida al francés, al inglés y al italiano, al decir de buena parte de la Doctrina, es la Constitución que va a difundirse y a imitarse como modelo de Constitución liberal, convirtiéndose en la bandera de la revolución europea de 1820 y en símbolo de la independencia de las naciones europeas que copiaron nuestro Texto Constitucional e influyendo de modo decisivo en Portugal e Italia (Sicilia, Piamonte, Cerdeña) e Hispanoamérica. Vid. MARTINEZ SOSPEDRA, "La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español", Facultad de Derecho, Valencia 1978. FERRANDO BADIA, "Vicisitudes e influencias de la Constitución de 1812", R. E. P. nº 126 (monográfica), págs. 143 y ss. y su libro, "La Constitución Española de 1812 en los comienzos del *Risorgimento*", C.S.I.C., Roma-Madrid, 1959. ROMERO MORENO J. M. "Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, págs. 64-99. SANCHEZ AGESTA L. "Sobre la Constitución de Cádiz", R. E. D. C., nº 30, 1990, págs. 9-26. Artículo publicado también en la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. LVII, nº 3-4, 1988. MAESTRO G. "Los Derechos públicos subjetivos en la Historia del Constitucionalismo Español del siglo XIX", Revista de Derecho Político UNED, nº 41, 1996, págs. 119-175. El Texto de esta Constitución y de las demás españolas que mencionaremos puede verse en DE ESTEBAN J. "Constituciones Españolas y Extranjeras", Tomos I y II, 2ª edición, Edit. Taurus, Madrid 1979.
- 20 En España, a lo largo del siglo XIX se promulgaron varias Constituciones más, siendo las de mayor relevancia, la Constitución de 1837, y las de 1869 y 1876. Por lo que a la primera de ellas se refiere, en realidad, más que una nueva Constitución, es una revisión del texto fundamental aprobado en Cádiz en 1812, y su interés primordial reside en el nuevo tratamiento dado a los derechos individuales, es decir que se reunieron en un título especial todos los artículos que regulaban los derechos políticos de los españoles y establecían en las garantías de su seguridad individual los límites que debían respetar los distintos poderes del Estado, dispersos en la Constitución de 1812. Esta sistematización tiene su origen en el Proyecto de Ley fundamental elaborado por el gabinete de Istúriz, concretamente por Alcalá Galiano, y no en el Estatuto Real de 1834. Por su parte, la Constitución de 1869, representa, en materia de derechos fundamentales, los ideales del liberalismo progresista, afirmándose el carácter absoluto e ilimitado de los derechos individuales, siendo significativo que el texto se inicie en su Título I con los derechos humanos bajo la rúbrica «De los españoles y sus derechos». Por último, La Constitución española de 1876, es la Constitución de la Restauración de la Monarquía española con la venida de Alfonso XII, que se preparó en un clima de integración y conciliación y que consta de 89 artículos divididos en trece títulos, y que se promulga con la fórmula «por el Rey y en unión de las Cortes del Reino...»

poner, que era el de prisión o reclusión por más de seis meses, para adoptar la medida de prisión provisional²¹.

Producto de la etapa codificadora del siglo XIX fue la Ley Procesal de 1872 y la Compilación General de 1879, en las que se fijaban ya unas normas reguladoras de la prisión provisional²², que se reflejaron posteriormente en los arts. 503 y 504 de la LE Criminal de 1882.

La Ley de 1882 supuso la modificación, ampliación y recopilación de las distintas normas relativas a la seguridad del presunto culpable, como medio de asegurar el cumplimiento de la ulterior y eventual sentencia de condena que pudiera dictarse; seguridad que hasta ese momento venía lográndose a través de la detención y prisión provisionales, durante la sustanciación del sumario o en tanto que dicha situación del procesado fuera necesaria para la mejor comprobación del hecho delictivo y de los presuntos responsables del mismo, así como para facilitar, en su caso, la instrucción de la causa.

La Ley de 1882 introdujo la denominada «citación»; y, entre otras novedades, se empezó a hablar de la comparecencia ante la autoridad judicial para dar la correspondiente explicación, que, con anterioridad a la LE Criminal, no existía. Tampoco existía precepto alguno que estableciera la competencia exclusiva del juez de instrucción para dictar el Auto de Prisión.

Tras la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, se promulgó la Ley de 17 de Enero de 1901, que fijó la regulación del abono de la prisión provisional, para reparar los perjuicios y molestias derivadas de la prisión preventiva, compensándolos con el abono de la misma sobre el cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia.

Posteriormente, surge la Ley de 31 de Diciembre de 1908 que reguló la prisión provisional para los menores de quince años²³.

Estas normas reguladoras de la Prisión provisional han sido objeto de numerosas y múltiples disposiciones reformadoras posteriores. Así, el RD-Ley de 17 de Noviembre de 1928, el Decreto de 31 de Mayo de 1931, La Ley de 10 de septiembre de 1931, el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1957, el Decreto-Ley de 23 de Noviembre de 1957, la Ley de 2 de Diciembre de 1963, la Ley 10/1978 de 20 de Febrero, la Ley de 22 de Abril de 1980, la LO 7/1983 de 23 de Abril y la LO 10/1984, de 26 de diciembre. Algunas de estas reformas han tenido como único objeto de su regulación la prisión provisional, y otras han supuesto, siquiera de modo indirecto una modificación o

21 El artículo 11 establecía que penas debían de ser consideradas como corporales (además de la pena capital, la de azotes, vergüenza, bombas, galeras, arsenales, presidio, obras públicas y destierro del reino).

22 Por Real Orden de 13 de Marzo de 1895 se dispuso que los Resultandos y Considerandos donde se han de exponer los motivos que determinan los Autos de Prisión y otros análogos consten siempre en las actuaciones con letra manuscrita, no tolerándose fórmulas estampadas que sustituyan el razonamiento peculiar en cada caso. Existían, también, unas especialidades en relación a la prisión de tutores, padres o personas obligadas a la guarda de menores, que se regulaban en la Real Orden Circular de 26 de Junio de 1909.

23 Cfr. BARONA VILAR S. "Prisión provisional y Medidas Alternativas", Edit. Bosch, Barcelona, 1988, págs. 29-30.

alteración de la misma. Pero realmente las modificaciones que supusieron un cambio en la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, son las posteriores a 1980, como consecuencia de la promulgación de la Constitución Española de 1978, y que analizaremos en el apartado siguiente²⁴.

2.2. La Reforma de la Prisión Provisional después de la C. E. de 1978

A partir de la Constitución de 1978, la prisión provisional, que, esencialmente había permanecido con la redacción originaria de la LE Criminal de 1882, se modificó varias veces en un corto período de tiempo, en virtud de las reformas efectuadas de modo directo en el propio Texto Constitucional (art. 17.4), o indirecto, en relación a la remisión efectuada por el art. 10 de la Constitución a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Acuerdos y Tratados Internacionales ratificados por España²⁵, así como por la Ley 16/1980 de 22 de Abril, que amplió el ámbito de aplicación de la Prisión provisional; la Ley Orgánica 7/1983 de 23 de Abril, que estableció los límites temporales a la prisión provisional; la Ley Orgánica 10/1984 de 26 de Diciembre, que amplió la discrecionalidad del juez para su adopción, y, finalmente, la L. O. 5/1995, de 22 de Mayo, del Tribunal del Jurado, que modifica la forma de dictar la prisión provisional, sin que pueda adoptarse sin petición de alguna de las partes, introduciendo, por tanto, de manera preceptiva, los principios acusatorio y de contradicción.

La **Ley 16/1980 de 22 de Abril**, como puso de manifiesto la Doctrina²⁶, subordinó el derecho a la libertad consagrado en el art. 17 de la CE a exigencias de seguridad colectiva, haciendo perder a la prisión provisional su naturaleza cautelar, y atribuyéndole finalidades típicas de la pena o las medidas de seguridad²⁷.

En la Ley 16/1980 se fijaba como pena tipo para fundamentar la aplicación de esta medida cautelar la de Prisión menor (seis meses y un día a seis años), que podía excluirse en los supuestos de delitos que no produjeran alarma social ni fueran de comisión frecuente. Consecuentemente, se acentuó el rigor de la prisión provisional, al generalizarla a todos los supuestos en que la pena prevista para el posible delito fuera superior a arresto mayor (seis meses de privación de libertad) y no a prisión menor (seis años), como precisaba la normativa anterior²⁸.

24 MONTERO AROCA J. "Prisión Provisional", Revista Justicia, 1984, II, págs. 261 y ss.

25 En concreto, al art. 9, en relación con los arts. 3, 5 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 10 de Diciembre de 1948); al art. 5 del Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH, Roma 4 noviembre de 1950), así como al art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, Nueva York, 19 de Diciembre de 1966).

26 Vid. MORENO CATENA V. "En torno a la Prisión Provisional. Análisis de la Ley de 22 de Abril de 1980", Revista de Derecho Procesal Ibero-Filipina, 1981-4, págs. 651 y ss. ANDRES IBAÑEZ P. "Cien años después. Lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Poder Judicial nº 4, 1982, págs. 42 y ss.

27 Cfr. ASENSIO MELLADO J. M. "La Prisión Provisional", op. cit., págs. 26-27.

28 La redacción dada por esa Ley de 1980 al art. 503 de la LE Crim. fue la siguiente: «El Juez decretará la Prisión Provisional cuando concurran las circunstancias siguientes:

Sin embargo, la **Ley Orgánica 7/1983 de 23 de Abril**, sentaba como pena tipo que justificaba la adopción de la prisión provisional la de Prisión mayor (seis años y un día a doce años), de tal forma que en los delitos que tuvieran asignada una pena de prisión menor la norma era la libertad provisional sin fianza, si bien, atendiendo a las circunstancias del hecho y a los antecedentes del imputado, esa situación personal podía transformarse en la de libertad provisional pero con fianza, pero no en la de prisión incondicional.

Otra de las novedades importantes introducidas por esta Ley, fue el establecimiento de un sistema de fijación de límites a la duración de la prisión provisional: seis meses cuando el delito imputado llevare aparejada pena igual o inferior a prisión menor y de dieciocho meses en los demás casos. Con carácter excepcional podía prolongarse hasta el límite de 30 meses cuando el delito hubiere afectado gravemente a intereses colectivos, tuviera consecuencias de ámbito nacional, se cometiere fuera de éste o fuere de extraordinaria complejidad la instrucción de la causa.

La Reforma efectuada por esta Ley sirvió para vaciar las prisiones y solventar el problema del hacinamiento en los centros penitenciarios. Pero al conjugarse con otra reforma más benévola con los delitos de la Propiedad que fue la efectuada por la Reforma del C. Penal de 1983, originó una campaña conservadora en pro de una aplicación más represiva de esta medida cautelar.

Esto llevó al Gobierno Socialista, entonces con mayoría absoluta en el Parlamento, y no sin antes atribuir el fracaso de la Ley precedente a una errónea interpretación judicial de su Texto, a implantar la llamada «contrarreforma» de la **Ley Orgánica 10/1984, de 26 de Diciembre**, que atendió a criterios conservadores de seguridad ciudadana, amplió los motivos para decretar la prisión provisional, y estableció de nuevo la situación de la prisión provisional sin fianza para los delitos que conllevaran una pena de prisión menor, atendiendo para ello a los antecedentes penales de imputado, a las circunstancias de comisión del hecho, y a la alarma social o a la frecuencia con la que se cometían hechos análogos²⁹.

1ª Que conste en la causa la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito.

2ª Que tenga señalada pena superior a la de arresto mayor, y

3ª Que aparezcan en la causa motivos para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el Auto de Prisión».

29 La redacción dada al art. 503 de la LE Crim. por esta Ley de 1984, era la siguiente: «Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1º Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2º Que este tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez haya decretado la Prisión Provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión menor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculcado con o sin fianza.

3º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el Auto de Prisión».

Finalmente, en esta etapa post constitucional cabe aludir a la **LO del Tribunal del Jurado 5/1995, de 22 de mayo**, que supuso una modificación notable para todo tipo de procesos, en la forma de decretar la prisión provisional, añadiendo un nuevo art. 504 bis.2 a la L. E. Criminal. En este nuevo artículo se regulaba la necesidad de la previa petición de parte (Ministerio Fiscal o Acusación particular) para que proceda la adopción de la medida cautelar, a diferencia del régimen anterior en que, de oficio, el Juez Instructor podía adoptarla. Ahora, la actuación del juez queda condicionada a la de las partes personadas en el proceso, si alguna lo solicita en la audiencia creada al efecto (y que será de obligatoria celebración cuando se trata de prisión provisional o de libertad provisional con fianza). Si ninguna de las partes lo pidiera el juez deberá acordar necesariamente la cesación de la detención y la puesta en libertad del imputado³⁰. Este artículo ha sido derogado por la Ley 13/2003 de 24 de Octubre, que recoge dicha petición de parte en el actual art. 505 LE Criminal.

Esta última modificación del régimen jurídico de la prisión provisional, produjo un cierto sentimiento de frustración en la Doctrina en nuestro país, al entender que se perdió un oportunidad única de reformar de manera profunda la prisión preventiva, y no sólo rendir tributo a los principios acusatorio y de contradicción haciendo obligada la previa petición de parte en la preceptiva comparecencia, máxime en una situación en que ya la Doctrina del Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional el art. 504 de la LE Criminal y anulado el art. 504.bis del mismo cuerpo legal (STC 71/1994 de 3 de marzo)³¹.

En cualquier caso, a la vista de la tabla de equivalencias que se contiene en la Disposición Transitoria undécima del C. Penal de 1995 y los criterios mantenidos por la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1996, de 22 de Mayo, entre los presupuestos para decretar la prisión provisional (art. 503 de la LE Crim.), por pena superior a

30 «Desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decrete su libertad provisional sin fianza, convocará audiencia, dentro de las setenta y dos horas siguientes, al Ministerio Fiscal, a las demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio. El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su Letrado tendrán obligación de comparecer.

En dicha audiencia podrán proponerse los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes, sin rebasar, en ningún caso, las setenta y dos horas antes indicadas. Si en tal audiencia alguna parte lo interesase, oídas las alegaciones de todas las que concurrieren, el Juez resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisionales. Si ninguna de las partes o instase, el Juez necesariamente acordará la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado.

Si por cualquier razón, la comparecencia no pudiera celebrarse, el Juez acordará la prisión o libertad provisional, si concurrieren los presupuestos y estimase riesgo de fuga; pero deberá convocarla nuevamente dentro de las siguientes setenta y dos horas, adoptando las medidas disciplinarias a que hubiere lugar en relación con la causa de no celebración de la comparecencia.

Contra las resoluciones que se dicten sobre la procedencia o no de la libertad provisional cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial».

31 Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO I. "La Reforma de la Prisión Preventiva", en la obra colectiva *Comentarios Sistemáticos a la Ley del Jurado y a la Reforma de las Prisión Preventiva*, Granada, 1996, págs. 483 y ss. LANDROVE DIAZ G. "Prisión Provisional y Régimen Penitenciario", en *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 190-191.

la de prisión menor habrá que entender ahora pena superior a tres años de prisión; y por pena de prisión menor o inferior, pena de prisión de seis meses a tres años o inferior.

En cuanto a la duración de la libertad provisional, el ya modificado artículo art. 504.4 siguió manteniendo ciertos límites, también a la luz de la DT citada: tres meses cuando la pena sea de arresto de siete o más fines de semana; un año, prorrogable por otro, cuando la pena de prisión que corresponda al delito esté comprendida entre seis meses y tres años; dos años, prorrogables por otros dos, cuando la pena exceda de tres años de privación de libertad³².

En la actualidad los plazos máximos de duración de la prisión preventiva se contienen en el art. 504.2 que establece que cuando la prisión provisional se acuerde para garantizar la presencia del imputado en el proceso por existir riesgo de fuga o evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando se trate de las personas del art. 173.2 del C. Penal, la prisión provisional no podrá exceder de un año si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años; o de dos años, si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años, pudiendo el juez, en los supuestos de concurrencia de circunstancias en que fuera previsible que la causa no pudiera ser juzgada en dichos plazos, en los términos establecidos en el art. 505, acordar mediante Auto una sola prórroga de hasta dos años, si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de seis meses, si la pena fuera igual o inferior a tres años.

2.3. La Reforma de la Prisión Provisional en la L. O. 13/2003

La Ley 34/2002 de 24 de Octubre previó en su Disposición Adicional 4ª, que en el plazo de 6 meses, el Gobierno remitirá a las Cortes un Proyecto de Ley de Modificación de la Prisión Provisional. Esto se ha cumplido con la reciente LO 13/2003, de 24 de Octubre de Reforma de la L. E. Criminal en materia de Prisión Provisional³³, para adaptarla a la Jurisprudencia mantenida por el T. C.³⁴

El Tribunal Constitucional ha tenido una evolución en la jurisprudencia relativa a la prisión provisional, en las numerosas ocasiones en que ha podido pronunciarse, toda vez que han sido muy numerosos los recursos de amparo interpuestos en materia de prisión provisional. En una primera etapa, el TC, en sus sentencias, simplemente

32 Cfr. CAMPOS SANCHEZ M. "La Reforma de la Prisión Preventiva (Selección de Jurisprudencia)", Murcia, 1996, especialmente, págs. 16 y ss.

33 Es de hacer notar el acierto de que la Reforma se haya llevado a efecto a través de una Ley Orgánica, toda vez que la materia a tratar incide en derechos fundamentales y constitucionales, cuales son el derecho a la libertad (arts. 1.1 y 17 de la CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Se supera así la forma anómala en que se llevó a cabo la reforma de la Prisión provisional en 1995, en virtud de una Disposición Adicional, concretamente la Segunda, de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado.

34 Una síntesis de la Jurisprudencia del TC en esta materia puede verse en BORRAJO INIESTA I. "Comentario a la STC 207/1996 (RTC 1996, 207)", Tribunales de Justicia, nº 4, 1997, págs. 485 y ss. GONZALEZ PASTOR CP. "La Nueva Regulación de la Prisión Provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", La Ley nº 5849, 2003. También puede consultarse ULL SALCEDO Mª V. "La Prisión Provisional y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Boletín de la Facultad de Derecho, 2005.

se planteaba si el supuesto de hecho encajaba dentro de los presupuestos exigidos por los arts. 503 y 504, párrafos 1 y 2, para adoptar la prisión provisional. Esta es la primera fase, que pudiéramos llamar tradicional, y en la que la Doctrina del TC, de forma unánime, exigía para la adopción de la medida, la concurrencia de los requisitos del *fumus in boni iuris* y del *Periculum in mora*³⁵.

Una segunda etapa de la Jurisprudencia del TC viene determinada por el acogimiento de una serie de principios que tiene que ver, no tanto con el derecho a la tutela judicial efectiva de la etapa inicial, cuanto con el derecho del imputado a la libertad individual, consagrado constitucionalmente, exigiéndose que esa limitación al derecho de libertad en que la prisión consiste, se acomode al cumplimiento de determinados fines, no sólo legales sino constitucionales³⁶.

Por último, y asentada la anterior Doctrina, el Tribunal plantea la posible inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 de la L. E. Criminal, ya que su regulación no resultaba conforme con el derecho constitucional a la libertad³⁷.

Así, pues, la génesis de la Reforma se apoya en dos hechos fundamentales. El primero viene determinado por la decisión del TC³⁸ de autoplantearse una Cuestión de Inconstitucionalidad (al amparo del art. 55.2 LOTC), en relación con los arts. 503 y 504, párrafos 1º y 2º de la LE Criminal, reguladores de los presupuestos de la Prisión Provisional. El segundo hecho lo motiva la firma del **Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia**³⁹, entre cuyas materias a reformar se encontraba la Prisión Provisional⁴⁰.

35 Así se desprende las Sentencias del TC 128/1995 y 62/1996.

36 Así en la STC 44/1997, de 10 de Marzo (BOE de 11 de Abril de 1997), resolutoria de un Recurso de amparo planteado contra la adopción de un Auto de Prisión. En ella, el Alto Tribunal expresa, en su fundamento Jurídico 5º, que, además de la legalidad, la adopción de la medida precisa de la concurrencia de los siguientes requisitos: la existencia de indicios racionales de la comisión del hecho delictivo; y, como requisito objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida. Esos fines constitucionalmente legítimos son, a juicio del Tribunal, los riesgos que puedan derivarse y afectar al normal desarrollo del proceso, a la ejecución del fallo o al peligro para la sociedad. Además, en esa misma sentencia, el TC reitera su Doctrina en relación con la motivación de la adopción de la medida, estableciendo que es necesario que la adopción y el mantenimiento de la prisión provisional se realice mediante resolución judicial motivada, motivación que debe ser suficiente y razonable. La falta de motivación razonada y suficiente no sólo lesionaría el derecho a la tutela del art. 24 de la CE, sino el derecho a la libertad del art. 17 de la CE, por haberse conculcado sin la concurrencia de los requisitos habilitantes para su adopción (SSTC 128/1995, 37/!)6 62/1996 y 158/1996).

37 Pese a que el TC ya se había pronunciado con anterioridad sobre la posible inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 de la LE Criminal, por ejemplo en la STC 44/1997, transcurren tres años antes de que, en virtud de la STC 47/2000, decida autocuestionar la constitucionalidad de los citados preceptos.

38 STC 47/2000, de 17 de Enero, del Pleno del TC, siendo Ponente el Magistrado Vives Antón.

39 El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia fue suscrito por la práctica totalidad de los Partidos Políticos con representación parlamentaria., el 28 de Mayo de 2001. Como consecuencia de dicho Pacto, el entonces Ministro de Justicia Excmo. Sr. D. Angel Acebes procedió a crear, en el seno de la Comisión General de Codificación, la Comisión Especial de Derecho Procesal (integrada por los profesores Ignacio Díez-Picazo Jiménez, Vicente Gimeno Sendra, Víctor Moreno Catena, Teresa Armenta Deu, y la Magistrado María Félix Tena, con el cometido de elaborar un Borrador de una nueva L. E. Criminal, y entre cuyos cometidos estaba la Reforma de la Prisión Provisional, de acuerdo con la Jurisprudencia del TC.

40 Pese a las numerosas reformas llevadas a cabo en este ámbito, a partir de 1980, la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2003 (apartado 1.1) expresa que la prisión provisional está necesitada de una nueva modificación que no puede esperar a la reforma global de la LE Criminal.

El Anteproyecto de la Reforma fue presentado por el Gobierno a finales de 2002, y el Proyecto de LO se publicó en el BOE el 28 de Febrero de 2003. Como puede comprobarse, el Proyecto coincide bastante con lo que realmente fue la Reforma en la Ley 13/2003, en materia de presupuestos para la adopción de la medida de prisión preventiva⁴¹.

En la mencionada ley se establecen como características de la Prisión provisional su excepcionalidad y su proporcionalidad. **La excepcionalidad** supone que en nuestro ordenamiento la regla ha de ser la de la libertad del imputado durante la sustanciación del proceso, y la privación de libertad ha de ser la excepción. **La proporcionalidad** reclama que las normas restrictivas de derechos fundamentales deban tener un contenido tal que la limitación que comporta sea proporcionada a los fines que con aquella se pretende alcanzar. Lo cual significa, además, que no todos los fines justifican la privación de libertad del imputado durante el transcurso de un proceso penal, sino sólo aquellos que sean constitucionalmente legítimos, que no son otros que los de asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva⁴².

En definitiva, la nueva regulación lleva a cabo una reforma notable de los presupuestos para la adopción de la medida cautelar de prisión, recogidos extensamente ahora en el art. 503 de la LE Criminal, también de los plazos de la prisión provisional recogidos en el art. 504, además de derogar el art. 504 bis. 2, a través de su disposición derogatoria única⁴³.

Igualmente, en el aspecto del procedimiento, se mantienen las modificaciones introducidas por la Ley 5/1995, tanto en relación a que sólo podrá acordarse a instancia del Ministerio Fiscal o de parte acusadora, como a la necesaria audiencia para poderla adoptar.

Se insiste en la necesidad de motivación de la Resolución que adopte la Prisión provisional, de acuerdo con las exigencias constitucionales y se presta especial atención al supuesto en el que la privación de libertad en casos en que se hubiere decretado el secreto del sumario, regulado en el art. 506 LE Criminal, que trata de solucionar la contradicción entre el derecho del imputado a ser informado de la acusación que se dirige contra él y los motivos por los que se le priva de libertad con la necesidad de investigación eficaz de los hechos⁴⁴.

41 Un Estudio del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Prisión Provisional puede verse en FARRALDO CABANA P. "El Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional", Actualidad Penal, T. 2, 2003, págs. 635-653.

42 Así lo expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley, en el apartado II.

43 Hay que recordar que el art. 504 bis, ya estaba vacío de contenido por haber sido declarado inconstitucional en la STC 71/1994, de 3 de Marzo. El mencionado artículo decía: «Cuando en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se hubiere acordado la libertad de presos o detenidos por los delitos a que se refiere el art. 384 bis (delito cometido por persona integrada en banda armada o personas terroristas o rebeldes), la excarcelación se suspenderá por un período máximo de un mes, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal. Dicha suspensión no se aplicará cuando se hayan agotado en su totalidad los plazos previstos en el art. 504 y las correspondientes prórrogas, en su caso, para la duración de la situación de prisión provisional».

44 Esta previsión no existía en la regulación anterior, y permite impugnar el acto por la vía procesal adecuada. Además, conforme al art. 507.2, cuando por haberse decretado el secreto de las actuaciones

En materia de Recursos la Reforma remite al art. 766 de la LE Criminal (modificado por la Ley 34/2002, de 28 de Octubre), para simplificar el procedimiento del Recurso de apelación de los Autos de Prisión y acomodarlos a la apelación de Autos del Procedimiento Abreviado.

Por último, también se reforma la prisión incomunicada, estableciéndose con precisión sus presupuestos, duración y contenido de la incomunicación⁴⁵.

Como ya hemos adelantado, la Doctrina ha quedado decepcionada con la Reforma de la Prisión Provisional, porque el resultado final y el texto resultante de la misma no colman las expectativas que la modificación en materia de prisión preventiva había despertado.

No obstante, la Reforma tiene algunos aciertos y mejoras en relación con la normativa anterior. Entre los aciertos de la misma están los relativos al procedimiento. En este sentido, se mantiene, como también se adelantó, la necesidad de celebrar una comparecencia (o audiencia en los términos del art. 505 LE Criminal) para acordar la prisión provisional o la libertad provisional con fianza, para lo cual las partes solicitantes de estas medidas podrán realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que estimen oportunos, y que puedan practicarse en el acto, o en todo caso, dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial. Por tanto, la regla es que si la libertad provisional lo fuera sin fianza no es preciso celebrar ninguna comparecencia, quedando ésta como facultad del Tribunal.

La novedad en relación con la celebración de la audiencia viene determinada por la posibilidad de que el Ministerio Fiscal, conforme al nuevo art. 306 LE Criminal⁴⁶, puede intervenir en la misma mediante videoconferencia u sistema similar que permita la simultaneidad de la imagen y el sonido. Igualmente, el art. 325 LE Criminal⁴⁷ permite la posibilidad de celebración de la comparecencia mediante videoconferencia o similar, cuando la asistencia al acto de un imputado, perito o testigo resulte especialmente gravosa o perjudicial.

no se hubiere notificado el Texto íntegro del Auto de Prisión, levantado el secreto, se dará una nueva oportunidad de recurrirlo.

45 No obstante ello, sólo un mes después de entrada en vigor de la Ley 13/2003, y como consecuencia de lo ordenado en la Disposición Final Primera de la Ley 15/2003 de 25 de Noviembre que reformó el Sistema de Penas y el Código Penal, fueron retocados nuevamente los arts. 503, 504, 508, 509 y 510 de la L. E. Criminal.

46 El art. 4.1 de la Ley 13/2003, de 24 de Octubre, de Reforma de la Prisión Provisional añadió un último párrafo a este artículo, que dice: «Cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el Fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del art. 505, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido».

47 El art. 4.2 de la LO 13/2003, de 24 de Octubre, ha dado nueva redacción a este artículo, que dice: «El Juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

También cabe considerar acertada la mejor reestructuración de todos los presupuestos necesarios para adoptar la prisión provisional en un solo artículo (antes estaban en el art. 503, pero también en el párrafo 1º del art. 504), el 503, mientras que el art. 504 regula exclusivamente los plazos de duración de la Prisión Provisional.

Asimismo es de alabar la desaparición de la normativa los conceptos jurídicos indeterminados relativos a la alarma social y la frecuencia⁴⁸. En la regulación anterior podía bastar la existencia del hecho delictivo y de la existencia de motivos bastantes para que el Juez considerara necesaria la prisión, atendiendo a la alarma social provocada por el delito, aunque éste estuviese castigado con una pena inferior a prisión menor. Lo mismo ocurría en relación a la frecuencia con que se cometían hechos análogos en el Partido Judicial, para que el Juez, discrecionalmente, pudiera acordar la Prisión provisional⁴⁹.

Entre las deficiencias mas notables de la Reforma y que buena parte de la Doctrina⁵⁰ ha puesto de relieve está, en primer lugar, la crítica, casi unánime, a una de las

48 La redacción originaria de la L. E. Criminal de 1882 permitía decretar la prisión preventiva, con independencia de la pena, cuando el imputado no hubiere comparecido, injustificadamente, al primer llamamiento hecho por el Juez que estuviese conociendo de la causa. La Ley de 22 de Abril de 1980 amplía esta posibilidad al permitir considerar, como motivo para adoptar la prisión preventiva, la alarma social que hubieren producido los hechos, los antecedentes y circunstancias del imputado y el temor fundado de que no compareciere al llamamiento judicial, primando, por tanto, la inferencia judicial de ese temor sobre el elemento objetivo de la incomparecencia ya producida, como ocurría en la legislación anterior. La Reforma de 23 de Abril de 1983, recupera, no obstante, el elemento objeto de la incomparecencia constatada, pero no ya al primer llamamiento, sino a cualquiera que hubiese podido hacerse al imputado. También ahora se consideran las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado, aunque para ello se requiere que la pena a imponer iguale la prisión menor. Finalmente, la LO de 26 de Octubre de 1984, mantiene idéntica línea a la anterior, pero con la diferencia de que, además de las circunstancias del hecho, los antecedentes del imputado, y el temor a su incomparecencia al llamamiento judicial, se consideran también la alarma que los hechos hubiesen producido y la frecuencia de su comisión.

49 Hay que recordar, que el nº 2 del art. 503, en la redacción en vigor desde 1984, era: «2º Que este tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, **las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos**. Cuando el Juez haya decretado la Prisión Provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión menor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculpado con o sin fianza».

50 Vid., entre otros, MIR PUIG C. "Prisión Provisional. Los aspectos más polémicos de la Reforma", Revista Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho, nº 77, 2003, pág. 29. ANITUA G.I. "A propósito de la Prisión Provisional", Panóptico, nº 5, 2003, págs. 66-67. FARALDO CABANA P. "El Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional", cit., págs. 650-651. LANDROVE DIAZ G. "La Reforma de la Prisión Provisional", cit., pág. 4. DIAZ MARTINEZ M "Prisión Provisional e intereses constitucionalmente protegidos", La Ley, nº 5931, 2004, pág. 4. BARRERA HERNANDEZ N. "La Reforma de la Prisión Provisional. Luces y Sombras", La Ley, nº 6325, 2005, pág. 5. ASENCIO MELLADO J. M^a, "Reforma de la Prisión Provisional. El respeto a la Excepcionalidad como garantía del derecho a la Libertad", op. cit., pág. 6.

finalidades atribuidas por la Reforma a la Prisión Provisional a saber, evitar el riesgo de reiteración delictiva, recogido en el art. 503.2⁵¹.

En efecto, desterrada en buena hora la alarma social (tan invocada demagógicamente en los últimos años), la Exposición de Motivos de la Ley que reformó la Prisión Provisional, recoge que la prisión provisional podrá imponerse para conjurar el riesgo de que «... El imputado cometa nuevos hechos delictivos... el principio de proporcionalidad impone que la prisión provisional no pueda acordarse por riesgos genéricos de que el imputado pueda cometer cualquier hecho delictivo. Por exigencia de la presunción de inocencia esta medida debe limitarse a aquellos casos en que dicho riesgo sea concreto...». A tenor de esta motivación queda claro que por mucho que pretenda maquillarse este presupuesto para la adopción de la prisión provisional, es decir, que se presume que el imputado ha cometido el delito que se le atribuye y se teme que vuelva a delinquir, de ser puesto en libertad, cumpliendo así la prisión provisional no una función cautelar, sino una función de prevención especial, como anticipación de la pena⁵².

2.4. La Regulación de la Prisión Provisional en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y en el actual Anteproyecto de Código Procesal Penal de Enero de 2013

La primera referencia es para el Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011⁵³ que, al parecer, ha servido de referente al menos de las nuevas propuestas normativas, y que desarrolla la Prisión Provisional en los arts. 202-208, así como en el Anteproyecto de LO de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal (art. 2, Medidas limitativas de la Libertad), Anteproyecto como se sabe, abortado, por la Convocatoria de Elecciones anticipadas que originó un cambio de gobierno en nuestro país. Señala la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto de LE Criminal que «responde esta normativa, en sus líneas fundamentales a la previamente introducida en la ley vigente por medio de la Ley Orgánica 13/2003, de

51 Efectivamente, la Jurisprudencia del TEDH permite la adopción de la prisión provisional en los supuestos en que exista riesgo de reiteración delictiva, pero, debido a las graves consecuencias que comporta, su apreciación queda condicionada al cumplimiento de estrictos límites, tales como la exigencia de la naturaleza común entre el hecho delictivo presuntamente cometido y el que pueda cometerse o se pretenda evitar, que tanto uno como otro sean especialmente graves o que, al menos revistan la gravedad de los que autorizan la adopción de la prisión provisional y que el imputado tenga el suficiente grado de experiencia y capacidad para facilitar la repetición de los actos delictivos. SSTEDH de 26 de Enero de 1993, caso W. contra Suiza; de 28 de Marzo de 1990, caso B. contra Austria; 16 de Julio de 1971, caso Ringeisen; 10 de Noviembre de 1969, caso Matznetter. Esta forma de operar no responde, como analizaremos, a la forma en que se ha llevado a cabo la reforma en que el legislador autoriza la adopción de la prisión provisional ante la mera existencia de un riesgo genérico de reiteración delictiva.

52 Cfr. FERNANDEZ ENTRALGO J. "La Nueva Reforma por entregas (Nuevos rumbos de la Política Criminal)", Jueces para la Democracia nº 46, 2003.

53 Vid. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. "La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011". *Diario La Ley*, 2012, no 7939, p. 5.

24 de Octubre, que adaptó la regulación precedente a las exigencias de la Jurisprudencia Constitucional. La novedad principal que en este punto presenta el nuevo modelo es el acortamiento de la duración máxima de la prisión, que se establece coordinadamente con los plazos de la investigación. También se ofrece una regulación más completa de la llamada prisión atenuada». Asimismo, la prisión incomunicada sólo podrá acordarse para determinados delitos como el homicidio, la detención ilegal o el secuestro o en caso de que exista riesgo de ocultación o destrucción de pruebas fundamentales para la investigación⁵⁴.

Finalmente, el Anteproyecto de Código Procesal Penal de Enero de 2013⁵⁵ que, de seguir su tramitación normal, derogará la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este Anteproyecto de Ley (que consta de 707 artículos y se divide en un Título Preliminar y 7 Libros) regula profusamente las Medidas Cautelares en el Libro III (arts. 147-238).

En el Título I de dicho Libro (arts. 147-150), se regulan las Disposiciones generales que recogen el principio de Legalidad (en tanto sólo se pueden adoptar las Medidas legalmente previstas), el carácter instrumental de las mismas (sólo pueden adoptarse con una finalidad concreta), la Proporcionalidad en la adopción de las mismas y la Jurisdiccionalidad, en el sentido de que sólo pueden adoptarse por el Juez o Tribunal, sin perjuicio de que la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal puedan asegurar los instrumentos y efectos del delito, así como las piezas de convicción.

Las Medidas Cautelares de naturaleza personal se regulan en el Título II, el más largo con diferencia (arts.151-206). Como novedad hacer notar que se regula en primer término la ahora llamada "Prisión Preventiva", optando por esta denominación, frente a la de "Prisión Provisional", como dice la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto «tanto por ser más expresivo aquel adjetivo que resalta su naturaleza, cuanto por ser la "provisionalidad" una nota extensible a todas las medidas cautelares». También, como novedad sistemática, se regula la "prisión preventiva" en primer lugar, quebrantando la tradición que en nuestras Leyes procesales anteponía siempre la regulación de la detención, alteración sistemática que, según la Exposición de Motivos, obedece a dos argumentos: El primero responde a la naturaleza de pena privativa de libertad de la prisión provisional, anticipadamente impuesta, contemplada desde la perspectiva de los derechos fundamentales, en tanto afecta a la presunción de inocencia y al derecho a la tutela judicial efectiva; el segundo, a la necesidad de fijar los requisitos de la detención, en función de los que se exigen para la prisión preventiva, sin perjuicio de que los supuestos legales de detención se extiendan también a otros supuestos que no sean vicarios de esta medida.

Comienza haciendo referencia a la gravedad del hecho y delimitación de los requisitos de la prisión, que exige pena de 2 años de prisión en su grado máximo, o de

54 Vid. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal de 27 de Julio de 2011, web del Ministerio de justicia, www.ministeriodejusticia.es que figuran el apartado legislación, Sección Proyectos. Este Anteproyecto no tuvo tiempo de entrar en la Comisión de Justicia del Congreso de Diputados en la anterior legislatura, debido a la convocatoria de Elecciones anticipadas.

55 Vid. Anteproyecto de Código Procesal Penal de 1 de Enero de 2013, en la Gaceta del Opositor, web www.lagaceta.delopositor.com. También en Rights International Spain.

1 año cuando el encausado tuviere antecedentes penales por delito doloso o hubiera indicios de su vinculación con bandas organizadas. Desaparece, sin embargo, la prisión por violencia de género (recogida en el actual art. 503. 3º, c) de la LE Criminal, para evitar que el imputado pueda atacar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas del art. 173.2 del C. Penal, en cuyo caso no sería aplicable el límite punitivo de los dos años de prisión).

Realmente, la regulación de la prisión, salvo el punto expuesto, es coincidente con la actual, tanto en lo relativo a la existencia de indicios bastantes de criminalidad, cuanto en relación a la necesidad de las medidas y a los fines que aquella debe perseguir-impedir la fuga del encausado, evitar el riesgo de destrucción o inutilización de fuentes de prueba relevantes para la causa, y neutralizar la fundada peligrosidad de comisión de delitos en el futuro (arts. 152-154 ACPP)⁵⁶.

En este sentido la reincidencia y la reiteración delictiva, siguen también presente en la futura regulación, con la merma de garantías y la expansión de un derecho y un proceso-penal que atienden al inconcreto y peligroso concepto de "peligrosidad" del imputado.

En el art. 158 ACPP se prevé la llamada "prisión atenuada" o domiciliaria.

Los arts. 174-177 hacen referencia a la incomunicación del preso preventivo o detenido, y del derecho al acceso a su abogado defensor. Se regula expresamente la prohibición de la intervención de las comunicaciones en prisión entre el encausado preso y su Letrado, salvo los supuestos de terrorismo con sospecha fundada de participación del abogado en la trama delictiva y con expresa autorización judicial. Igualmente se mejoran las condiciones de los presos y detenidos incomunicados, precisando la procedencia y duración de esta modalidad excepcional y necesariamente efímera.

Se mantiene, se amplía y se precisa la aplicación de la prisión atenuada, determinando los supuestos en los que procede y los lugares en que puede cumplirse (art. 158). Y en un Capítulo propio (Capítulo II, art. 159) se regula el internamiento en un centro psiquiátrico, especificando los supuestos en los que puede acordarse esta medida, alternativa al internamiento en concepto de prisión preventiva, y precisando su duración que no podrá exceder de seis meses, prorrogable por otros seis meses.

Los arts. 178-179 regulan la posible prisión para la tramitación de los procedimientos de Extradición o para el cumplimiento de una Orden Europea de Detención y Entrega.

Por tanto, el Anteproyecto de la nueva Ley Procesal mantiene los mismos principios que la actual regulación, sin que se hayan corregido en ella los supuestos más críticos y constitucionalmente más dudosos para la adopción de la Prisión provisional.

56 El art. 154.4 dice «La peligrosidad de comisión de futuros hechos delictivos por el encausado, de modo particular si afectare a la misma víctima, se constatará sopesando conjuntamente las circunstancias del hecho, la gravedad del delito objeto del proceso, los antecedentes penales y policiales y otras circunstancias personales del encausado».

III. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES

3.1. Configuración Constitucional de la Prisión Provisional

La prisión provisional (prisión preventiva) es admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, y representa la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique.

Tradicionalmente, la admisión de las medidas cautelares (sobre todo las de naturaleza personal) en el proceso penal se justifica en que éste no es instantáneo, sino que requiere un tiempo para su sustanciación, y este tiempo puede tener consecuencias perniciosas en orden a la tutela judicial efectiva, si, dictada la Sentencia, ésta no puede ejecutarse como consecuencia de que el reo se haya puesto fuera del alcance de la justicia, o haya impedido la reparación patrimonial de las consecuencias económicas del delito.

Sin embargo, con ser ésta una razón importante, no es la principal, a nuestro modo de ver. El Juicio penal puede desembocar (salvo los supuestos de sentencia absolutoria) en la imposición de una pena criminal, y, por ello, interesa a la sociedad entera que el responsable de una conducta tipificada como delito, cumpla efectivamente con la pena impuesta. Precisamente para lograr esta finalidad pueden adoptarse, desde el inicio del proceso, una serie de medidas cautelares, que restringen, en alguna medida, la libertad de la persona sujeta al juicio penal⁵⁷.

En ese sentido, la sujeción del imputado al juicio es lo único que autoriza la adopción de una medida de naturaleza personal (cual es la prisión provisional). En la medida en que esa disponibilidad del imputado sea obvia, la medida cautelar pierde su razón de ser, toda vez que toda medida cautelar anticipa, en cierta medida, los efectos de la pena, razón por la cual, su adopción debe estar estrictamente sujeta a la legalidad. Si a ello añadimos que, en la mayoría de los procesos penales, la sanción criminal por la comisión de un hecho delictivo, es la imposición de una pena privativa de libertad, cualquier medida que se adopte corre el riesgo de convertirse en una pena anticipada. Este riesgo lo asume, necesariamente, el sistema de medidas cautelares, pero estableciendo unos estrictos requisitos, que hay que interpretar a la luz del Texto Constitucional (art. 117 CE) y de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁸.

57 Por sujeción del imputado al Juicio penal cabe entender, en palabras de RAMOS MENDEZ F. "Enjuiciamiento Criminal. Séptima Lectura Constitucional", Atelier, Barcelona, 2004, pág. 240, "Obviamente, la interpretación no puede ser otra que la derivada de la esencia de la medida cautelar: asegurar la ejecución futura y el cumplimiento de una eventual sentencia de condena. Esto explica porque la medida no es aplicable a otras personas cuya disponibilidad puede ser útil para el juicio penal (vgr. Testigos) pero que, sin embargo, no son el imputado. Sólo el reflejo de la ejecución futura permite la medida cautelar respecto de la persona que puede resultar condenada".

58 Damos aquí por reproducido el Texto del art. 17 de la CE, que hemos transcrito en la nota a pie de página nº 2 de este trabajo.

A la vista de esta norma Constitucional, es claro que el sistema de Medidas Cautelares de la LE Criminal no puede ser otra cosa que el desarrollo legislativo de esta previsión constitucional. Así, lo primero a observar es que la Constitución garantiza el derecho a la Libertad, y que cualquier limitación a la misma tiene carácter excepcional. Además, en el apartado 4 de ese artículo 17, la Constitución establece un mecanismo de protección de la Libertad –el procedimiento de *Habeas Corpus*–⁵⁹, así como otras medidas que posteriormente recoge el C. Penal, al tipificar determinadas conductas contrarias al derecho a la Libertad individual⁶⁰.

Esto implica que, desde el punto de vista constitucional, la medida de prisión provisional está pensada para los supuestos en que no sea posible, de otro modo, garantizar la sujeción del imputado al proceso penal; de tal forma que si tal sujeción es posible adoptando la medida de libertad provisional (con o sin fianza), no es necesario adoptar la prisión provisional, toda vez que, tanto constitucional como legalmente, la prisión provisional está regulada en nuestro país como medida alternativa a la prisión provisional teniendo presente, junto con otros factores, esencialmente el criterio del *quantum* de pena que pueda corresponder a los hechos delictivos⁶¹. Así, pues, sólo

59 Anunciado, como se ha dicho, por el art. 17. 4 de la CE («la ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente»), el procedimiento de *habeas corpus* fue instaurado en nuestro ordenamiento por la L.O. 6/1984, de 24 de mayo.

Aun cuando el «recurso de *habeas corpus* esté expresamente previsto en el art. 5. 4 de la CEDH, somos en Europa el único país que, junto a Inglaterra, mantiene este procedimiento para la revisión judicial de las detenciones ilegales. Su instauración, sin embargo, no ha constituido una absoluta novedad, puesto que, incluso con anterioridad al *Habeas Corpus Act.* inglesa de 1679, ya existió en la Corona de Aragón, durante el período 1428-1552 el procedimiento de manifestación de personas, que transcurría ante una jurisdicción, muy cercana a la actual constitucional, como lo era la del Justicia de Aragón.

El *Habeas Corpus* es un procedimiento especial por el que se solicita del órgano jurisdiccional competente el restablecimiento del derecho constitucional a la libertad, vulnerado por la comisión de cualquier detención ilegal que pueda ser dispuesta por persona no encuadrada dentro del Poder Judicial. Vid. MARTÍN OSTOS J. «El Procedimiento de *Habeas Corpus*», La Ley, 1983, págs. 1043 y ss. GIMENO SENDRA V. «El Proceso de *Habeas Corpus*», Madrid, 1985.

A este respecto conviene poner de manifiesto que el Anteproyecto de Código Procesal Penal regula en su propio articulado el procedimiento de *Habeas Corpus*, (Título II, Capítulo III, Sección Tercera en los arts. 169-173).

60 Vid. los arts. 163 a 168 y 529 a 533 del C. Penal.

61 En este sentido, la LE Criminal contiene determinadas reglas. Por una parte, cuando los hechos que dan lugar al procedimiento penal fueren constitutivos de delito castigado con pena de hasta dos años de prisión se podrá decretar la libertad provisional del imputado, con o sin fianza (art. 529.1 LECrim). No obstante, podrá ordenarse la prisión provisional cuando el imputado no comparezca, o cuando el juez la considere necesaria teniendo en cuenta los antecedentes del imputado. En todo caso, procederá acordarla cuando hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento ante cualquier órgano jurisdiccional en los dos años anteriores. (arts. 492.3º y 503.1.3º LECrim.).

Cuando los hechos que se persiguen constituyeran un delito castigado con pena superior a dos años podrá decretarse la prisión provisional, o cuando siendo menor la pena el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni cancelables (art. 503.1.1º L.E. Crim.); pero también cabe acordar que se eluda la prisión, si el imputado carece de antecedentes penales (o deben considerarse cancelados), si cabe entender que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia; no tratará ocultar, alterar o destruir pruebas o evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima (art. 503.1.3º LECrim).

cabe adoptar esta medida cautelar de prisión cuando no pueda aplicarse la libertad provisional y ello, aun cuando se cumplan los requisitos legalmente previstos, siempre que con otra medida menos gravosa puedan cumplirse los fines pretendidos⁶².

En segundo lugar, las medidas cautelares de naturaleza personal a adoptar en el proceso penal vienen legalmente definidas (detención, libertad provisional y prisión provisional), sin que pueda haber términos medios, ni pueda emplearse ninguna otra figura que suponga un subterfugio a la estricta regulación legal, como son las llamadas *puesta en custodia*, o la *retención*, figuras de dudosa constitucionalidad⁶³.

También, desde el punto de vista constitucional cabe señalar que la Ley no se ha limitado a regular los presupuestos de las diferentes medidas cautelares sino que en las que suponen una restricción efectiva a la Libertad personal, ha instaurado un sistema complementario de control, regulando específicamente el estatuto del preso o detenido⁶⁴.

Otra cuestión que se suscita en la relación de la prisión provisional con los principios constitucionales es la relativa al derecho fundamental a la presunción de inocencia⁶⁵.

62 Así lo ha reiterado en variadas ocasiones el TC. Vide SS. TC 32/1987, 12 de Marzo y 117/1987, 8 de Julio.

63 Las denominadas detenciones «especiales», que no se encuentran reguladas en la L.E. Criminal, ni participan con plenitud de la naturaleza de las medidas cautelares, por lo que, en ocasiones, poseen una dudosa legitimidad constitucional. Esto último es lo que podría suceder con las detenciones que pudieran practicarse dentro del ámbito del procedimiento sumarísimo de la Ley de extranjería o con la detención de personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades infecto-contagiosas (STC 98/1986, de 10 de Julio). También cabría encuadrar en esta categoría los arrestos sustitutorios. En tanto que el TC ha declarado la inconstitucionalidad de esta medida cuando pretenda garantizar el pago de las costas y de la indemnización civil (STC 14/1988), permanece absolutamente legítimo el arresto sustitutorio por impago de multa judicial (STC 19/1988). En cualquier caso, la práctica de tales detenciones habría de ser respetuosa con las garantías del art. 17 de la CE, debiéndose admitir, contra ellas el habeas corpus. Vid., a este respecto, "Los grandes inventos del TBO: la retención policial", Justicia, 1987. BANACLOCHE PALAO J. "La Libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español.", Madrid, 1996. QUERALT J. J. "La retención policial es una detención constitucional", Actualidad Penal, 1998, II, págs. 2091 y ss.

64 Efectivamente, el art. 17.3 de la CE arbitra una serie de garantías constitucionales a las personas privadas de Libertad, que desarrolla en forma minuciosa el art. 520.2 y 3 LE Criminal. En concreto, regula como derechos que asisten al detenido o preso: a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez; b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad del que sea objeto. Si el detenido o preso no designara abogado se le designará de oficio; d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención, el lugar de la custodia. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país; e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando no comprenda o conozca el castellano; f) Derecho a ser reconocido por el médico forense.

65 El **derecho constitucional a la presunción de inocencia** (art. 24.2 CE) supone que la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente sólo significa que se someterán, en su caso, a la consideración judicial unos hechos que revisten caracteres de delito, y, también, si son hallados, unos sujetos sospechosos de autoría, complicidad o encubrimiento. Sin embargo, estos sujetos gozan del derecho a la presunción de inocencia, hasta que la culpabilidad sea establecida en una sen-

Aunque la Prisión provisional es compatible con la presunción de inocencia, no puede perderse de vista este principio constitucional, que supone la consideración del **carácter excepcional** de la medida. La excepcionalidad de la medida deriva directamente del hecho de que la prisión provisional se resuelve siempre en una privación de libertad, y, por tanto, afecta a un derecho fundamental que, como tal, sólo puede restringirse por razones extraordinarias, en los casos establecidos en la ley y cuando no sea posible alcanzar los fines con ella pretendidos a través de la adopción de otras medidas menos gravosas. Esta regla viene reconocida en el art. 502.2 LE Criminal⁶⁶, y en varios Tratados Internacionales suscritos por España, y que tiene carácter vinculante⁶⁷.

Sin embargo, no basta para que se considere respetada la excepcionalidad con la existencia de la norma que así lo proclame; si en efecto no se establece un catálogo de medidas suficientes que puedan aplicarse con preferencia a la prisión provisional. Y lo cierto es que en nuestra regulación positiva no existe otra alternativa a la prisión provisional que la libertad provisional (con o sin fianza). Es decir, no existe una regulación de medidas alternativas a la Prisión Provisional, con lo cual, fuera de los casos en que no se acuerda la libertad provisional, la medida será la de prisión provisional, razón por la que la excepción deviene norma general en nuestro derecho, y ello, sin entrar por el momento los presupuestos para su adopción, que todavía hacen menos excepcional esta medida cautelar⁶⁸.

tencia con la imposición de las penas correspondientes. Esto tiene su fundamento en la seguridad jurídica y evita que alguien pueda ser condenado sin la plenitud de prueba producida en el proceso debido. Vid. sobre el particular, entre otros, VAZQUEZ SOTELO J. L. "Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal", Edit. Bosch, Barcelona, 1984. DE VEGA RUIZ J. A. "La Presunción de inocencia hoy", Justicia, 1984, I, págs. 95 y ss.

66 "La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes. Y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional".

67 A este respecto, el art. 9.3 del PIDCP afirma: "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general". El art. 18 del CEDH establece que: "las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas". Del mismo modo, el art. II-112 de la Constitución Europea reconoce que: "dentro del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás".

68 En efecto, en la actual regulación, a diferencia de lo que ocurre en la casi totalidad de los países con una legislación avanzada (RFA, Italia, Portugal Chile, Costa Rica etc.), la prisión atenuada (arresto domiciliario), mencionada en el art. 508 LE Crim., no está regulada como una medida «alternativa», sino, simplemente, humanitaria, que se puede acordar por razones de salud, cuando el internamiento entraña peligro grave para el imputado. No se hace referencia alguna en la norma a la preferencia del arresto domiciliario en relación con la prisión provisional. Únicamente se prevé como una forma de cumplimiento de la prisión provisional y como excepción a la misma cuando se absolutamente indispensable prescindir del régimen ordinario. Tampoco pueden considerarse medidas alternativas las previstas en el art. 544. bis LE Crim., ya que, y al margen de que su aplicación queda limitada a la sospecha de la comisión de determinados delitos, su finalidad queda restringida al concreto fin de «protección de la víctima». Cfr. ASENICIO MELLADO J. M. "Reforma de la Prisión provisional. El Respeto a la Excepcionalidad como garantía del Derecho a la Libertad", op. cit., pág. 5.

Así las cosas, es comprensible que la Doctrina haya insistido en el cercenamiento esencial que la prisión provisional irroga al derecho fundamental a la presunción de inocencia que, ante una medida cautelar de esta índole, desaparece como garantía nuclear del proceso penal, al resultar, de facto, desplazada por la presunción de culpabilidad⁶⁹.

Finalmente, otra característica que califica el carácter restrictivo de esta medida es su **proporcionalidad**, criterio utilizado en forma reiterada por el TC al argumentar sus sentencias. Ello supone la consideración de la fungibilidad de la medida, si pueden alcanzarse de otro modo los fines que pretende⁷⁰. Además, este principio en relación con la prisión provisional representa la exigencia de que los fines que la justifiquen sean estrictamente cautelares, no debiendo admitirse que cumplan funciones típicas de la pena o de las medidas de seguridad.

Es cierto que la propia dinámica del proceso penal requiere, en algunos supuestos la adopción de una medida cautelar de tanta gravedad, y así lo corroboran como hemos visto la propia Constitución (art. 17) y la LE Criminal (arts. 503 y 504). Sin embargo, no siempre se opera con ella como una medida de naturaleza procesal encaminada sustancialmente a garantizar el resultado del proceso, pues, a los motivos de índole propiamente procesal, como pudieran ser la posible fuga del imputado o la ocultación de pruebas, se le suman otras de carácter sustantivo-penal, centrados en concepciones preventivas y de defensa social, para lo cual se acude al concepto de peligrosidad. En este sentido la regulación legal de la prisión provisional anterior dio pie a estas concepciones al utilizar los criterios de alarma social y frecuencia delictiva para apoyar la medida cautelar. E, incluso, en la actual regulación, se configura como presupuesto de adopción de la prisión el riesgo de reiteración delictiva (art. 503.2 LE Criminal), lo cual constituye un atentado flagrante a los principios constitucionales del derecho a la libertad y la presunción de inocencia, carentes de toda justificación, ya que no responden a los fines del proceso en curso, ni son instrumentales respecto de él.

Efectivamente, como en su momento veremos, una de las características de las medidas cautelares es su instrumentalidad respecto de un proceso pendiente, y el riesgo de reiteración delictiva no supone la comisión de un delito que esté siendo in-

69 PEREZ GORDO "Libertad personal y Prisión provisional en la Constitución, en la LE Crim. y en los Textos legales y jurisprudenciales", Justicia, 1984, I, pág. 9. ASECIO MELLADO J. M. "La Prisión Provisional", op. cit., págs. 135-136. MORENO CATENA V. "Derecho Procesal Penal, Edit. Colex, Madrid, 1996, pág. 525. WINFRIED HASSEMER "Crítica al Derecho Penal de Hoy", Edit. AD-HOC SRL, 1995, págs. 117-118. RAMOS MENDEZ F. "Enjuiciamiento Criminal. Séptima Lectura Constitucional", op. cit., págs. 254-255. ASECIO MELLADO J. M. Ibídem., pág. 5. ANDRES IBAÑEZ P. "Presunción de Inocencia y prisión sin condena", op. cit. FERNANDEZ ENTRALGO J. "La Reforma por entregas", op. cit.

70 Efectivamente el TC proclama que «la prisión provisional ha de ser concebida tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente, la justifican y delimitan». Vid. SS. TC 128/1995, de 26 de Julio; 177/1998 de 14 de Septiembre; 47/2000 de 17 de febrero; 147/2000 de 19 de Mayo; 29/2001 de 26 de Enero; 8/2002 de 14 de Enero; 98/2002 de 29 de Abril; 82/2003 de 5 de Mayo; 121/2003 de 16 de Junio y 81/2004 de 5 de mayo.

vestigado, por lo que la adopción de la medida en base a este presupuesto está tomando en consideración una peligrosidad concreta o genérica del sujeto, que carece de toda justificación cautelar.

3.2. Concepto, Naturaleza Jurídica y Caracteres

Esta medida cautelar de naturaleza personal⁷¹, consiste en la total privación del imputado (persona a la que se imputa la comisión de un hecho punible) de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal, y dirigida a asegurar en última instancia la efectividad de la eventual sentencia de condena que pueda recaer en el proceso penal. En palabras del profesor GIMENO SENDRA⁷² «puede entenderse por prisión provisional la situación nacida de una resolución jurisdiccional, de carácter provisional y duración limitada, por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada a la celebración del juicio oral».

Por tanto, partiendo de la consideración de que esta medida de aseguramiento personal conlleva una privación de libertad que se produce antes del enjuiciamiento, sólo puede estar justificada en la medida en que resulte absolutamente imprescindible para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales, y en la medida en que no haya otros mecanismos menos radicales para conseguirla, por lo que no debe prolongarse más allá de lo necesario (arts. 502.2 y 504.1 LE Crim.).

De lo dicho se infieren una serie de caracteres de la prisión provisional:

- a) Principio de **Exclusividad Jurisdiccionalidad**. En tanto la prisión provisional es una medida cautelar que restringe un derecho fundamental, la jurisdicción ostenta el monopolio. A ningún otro Poder del Estado le está autorizado el limitar el derecho fundamental de libertad⁷³. Este principio de exclusividad Jurisdiccional no debe ser entendido sólo en el sentido de la exigencia de la existencia de una resolución jurisdiccional, sino que ésta debe ser emanada del órgano jurisdiccional penal competente⁷⁴; y que, además ha de ser el Juez legal dise-

71 Junto con la detención y la libertad provisional, la prisión provisional constituye una medida cautelar de naturaleza personal. Hay otras medidas cautelares en el proceso penal, de naturaleza real, como son la fianza y el embargo, que, a diferencia de aquellas, van dirigidas a garantizar el cumplimiento de la responsabilidad civil dimanante del delito. Sobre las medidas cautelares Reales en el Proceso Penal, Vid. PEDRAZ PENALVA E. "Las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Ordinario Español", Madrid, 1985. ARANGUENA FANEGO C. "Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Derecho Español", Barcelona, 1991.

72 "La necesaria Reforma de la Prisión Provisional", La Ley, nº 5411, 2001, pág. 1.

73 El art. 25.3 CE dispone que «La Administración no podrá imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad».

74 Este órgano jurisdiccional competente (al margen de los supuestos de aforamiento) es el Juez de Instrucción competente, legal o natural (el del *locus delicti commissi* que conoce de la fase de instrucción). A ningún otro Juez se le autoriza a dictar un Auto de Prisión, máxime en la actualidad en que la LOTJ ha derogado el Auto de «elevación de la Detención a Prisión», que podía; antes de esa reforma introducida por la Ley del Jurado, ser dictado «a prevención», por un Juez incompetente.

ñado por la Constitución, es decir, el Juez legal predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE).

- b) **Instrumentalidad.** Como consecuencia del principio anterior, las medidas cautelares son instrumentales o han de estar supeditadas a un proceso penal en curso o bien han de disponerse en el curso de un proceso «con todas las garantías». Por ello habrán de finalizar necesariamente con dicho proceso, extinguiéndose o transformándose en medidas ejecutivas. En tal sentido, es indiferente que el procedimiento acabe mediante Sentencia o Auto de Sobreseimiento.
- c) Principio de **Legalidad.** Ello se manifiesta en que todo acto procesal que restrinja algún derecho fundamental debe estar contenido en la norma y previsto por la Ley. Ello implica que el ordenamiento interno expresamente lo autorice, pero además que esta medida pueda ser adoptada sólo como consecuencia del cumplimiento estricto de los presupuestos legales previstos y por los motivos tasados en la ley.
- d) Principio de **Necesariedad.** No basta con que la medida cautelar esté prevista en la norma, sino que se requiere que se justifique que resulta imprescindible su adopción para obtener los fines constitucionalmente legítimos. Ello conlleva el cumplimiento de dos exigencias constitucionales ya aludidas. Por un lado, la excepcionalidad, lo cual implica que sólo puede adoptarse cuando se cumplan en forma escrupulosa los presupuestos y fines que la justifican; y por otro lado, la existencia de una imputación grave que haga racionalmente presumible el peligro de fuga. La vigencia del principio de necesidad ha de serlo a lo largo de toda la permanencia en prisión provisional, por lo que el juez de oficio debe revisar si se mantienen los motivos que justificaron la restricción de este derecho fundamental.
- e) Principio de **Subsidiariedad.** Este carácter viene reflejado en el propio art. 502.2 de la LE Criminal al establecer que sólo se adoptará la prisión cuando sea necesaria y no existan otras medidas menos gravosas que cumplan los fines que con ella se persiguen. Pueden considerarse medidas menos gravosas algunas recogidas en la LE Criminal (la comparecencia apud acta del art. 530), a través de la cual se alcanza el mismo fin de asegurar la presencia del imputado en la causa; la retirada de pasaporte u otros documentos de identidad, o cualesquiera otras medidas alternativas, propuestas en varias Resoluciones del Consejo de Europa⁷⁵, como la permanencia vigilada en el domicilio, la orden de no abandonar un lugar determinado sin autorización previa del juez, la obligación de los jóvenes delincuentes de residir en una institución especializada o el control y asistencia por un órgano designado por la autoridad judicial, entre otras.

75 Resoluciones 11 (65) de 9 de Abril y 11 (80) de 27 de Junio, que recomiendan a los Gobiernos que actúen de modo que la prisión preventiva se inspire en los siguientes principios: a) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso; b) debe considerarse como medida excepcional y c) debe mantenerse cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos.

- f) **Provisionalidad y Temporalidad.** Las medidas cautelares son siempre provisionales. Como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero, con anterioridad a dicho término, pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas, si se modifican los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción. Pero, determinadas medidas son, al propio tiempo, temporales, por cuanto el legislador ha querido establecer unos plazos mínimos de duración. Tal es el caso de la detención o prisión provisional, cuya duración está condicionada a la observancia de plazos previos y determinados, cuya infracción ha de fundamentar el oportuno recurso de amparo.

IV. PRESUPUESTOS Y FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

4.1. Presupuestos Generales de las Medidas Cautelares Personales en el Proceso Penal

- a) El **fumus boni iuris** o apariencia y justificación del derecho subjetivo, en el proceso penal, tratándose de la futura actuación del *luz puniendi*, como consecuencia de la comisión de un delito, estriba en la razonada atribución *del hecho* punible a una persona determinada. El presupuesto material de toda medida cautelar, penal o civil, en el proceso penal es, pues, la imputación. Sin imputación, no existe posibilidad alguna de adopción de medidas cautelares, bien sean personales o reales.

Ahora bien, en el caso de la prisión provisional, la exigencia del cumplimiento de este presupuesto material requiere, en primer lugar, que exista algo más que «un indicio racional de criminalidad», que sin embargo sirve para justificar resoluciones tales como el Auto de procesamiento (art. 384 LE Crim.), el Auto de Libertad provisional con o sin fianza (art. 529 LE Crim.) o los Autos por los que se acuerdan fianzas y embargos para asegurar la responsabilidad civil en el proceso penal (art. 544 LE Crim.). En el caso del Auto de Prisión se requiere no sólo la existencia de la constancia del hecho (art. 503.1), sino que el juez tenga motivos bastante para creer criminalmente responsable al imputado, lo cual quiere decir que, así como para adoptar aquellas otras resoluciones aludidas basta la mera sospecha objetiva sobre la autoría o la participación en los hechos del imputado, en el caso de la Prisión provisional no basta la mera imputación (que, por supuesto tiene que estar presente siempre), sino, además, que no se acredite la existencia de alguna causa de exención de la responsabilidad criminal. En segundo lugar, se requiere que se acredite la existencia del hecho punible o del delito, pero no de cualquier delito, sino de un hecho que revista especial gravedad, castigado con pena igual o superior a dos años de privación de libertad, o que siendo inferior, concurren otras circunstancias (reincidencia, peligro de reiteración delictiva) que incrementen el peligro de fuga.

Por tanto no vale cualquier imputación sino la de un delito que revista especial gravedad⁷⁶.

Ello no obstante, la interpretación de este presupuesto no debe llevarnos a concluir que siempre que se trate de un delito grave penado con al menos dos años de privación de libertad hay el Juez de adoptar el Auto de Prisión provisional. Antes al contrario, el TC ha declarado que «la gravedad del hecho punible atribuido al imputado no puede por sí sola, justificar la prisión provisional, sino que hay que tener en cuenta otros estándares, tales como la situación familiar, laboral y económica del imputado, tal y como recoge la Ley⁷⁷.

- b) El **periculum in mora** o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, viene determinado, en el proceso penal, por el «peligro de fuga», o de ocultación personal o patrimonial del imputado. Este peligro se acrecienta en la medida en que el hecho imputado sea de mayor gravedad y, por tanto, la futura pena a imponer sea más grave. De aquí que el *periculum in mora* en nuestro procedimiento penal ofrezca un marcado carácter cuantitativo.

Ahora bien, el criterio de la gravedad de la imputación debe ser combinado con la naturaleza del hecho punible enjuiciado (no es lo mismo un delito grave cometido por un homicida pasional, por ejemplo, que un delito grave cometido por un psicópata o por un terrorista), y también con aquellas otras condiciones familiares, laborales y económicas del imputado, de tal manera que el peligro de fuga o de ocultación tiene que ser fundado, pues esta medida tiene como principal finalidad la comparecencia del imputado al juicio o la sujeción al proceso penal. De ahí que nuestro TC haya exigido la necesidad de que el Auto de prisión se pronuncie de modo expreso sobre el peligro de fuga, y su falta de motivación puede dar lugar al oportuno recurso de amparo⁷⁸.

4.2. Presupuestos Específicos de la Prisión Provisional

En cuanto que, como ya se ha indicado, la Prisión provisional tiene como característica fundamental la excepcionalidad de su adopción, habrán de cumplirse unos presupuestos que están expresamente regulados en el art. 503 de la L. E. Criminal, con sujeción estricta al principio de legalidad, en tanto que supone una medida que restringe derechos fundamentales de la persona.

76 Cfr. GIMENO SENDRA V. "La Necesaria Reforma de la Prisión Provisional", cit., pág. 6 y 7.

77 Vid. SS. TC 146/1997; 156/1997; y 47/2000.

78 La STC 33/1999 expresa «debe concluirse que las resoluciones judiciales no exteriorizan las razones que podrían avalar, en su caso, la existencia de riesgo de fuga a pesar del arraigo social y familiar del recurrente, como tampoco la concurrencia de peligro de reiteración delictiva. Por lo tanto, una afirmación genérica de concurrencia de estos riesgos, realizada en el marco de un proceso de remisiones globales y en cadena como el descrito –en el límite de lo constitucionalmente admisible a la luz del fundamento material de la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales–, no puede entenderse como una ponderación legítima de la restricción de la libertad del recurrente».

Se exige la concurrencia de las **siguientes circunstancias** (art. 503 L. E. Criminal):

a) **Gravedad de la Pena y del hecho enjuiciado.**

«Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito sancionado con pena igual o superior a dos años de prisión, o inferior siempre que el imputado tenga antecedentes penales no cancelados ni cancelables, por delito doloso». (art. 503.1.1º).

Se trata aquí de un elemento que inicialmente hace referencia a la seriedad del delito presuntamente cometido. Aunque en parte resulta coincidente con la gravedad de la pena a imponer, su tratamiento diferenciado permite que puedan, a través del hecho enjuiciado, valorarse otros elementos tales como aquellas circunstancias objetivas relativas a la comisión del delito de las que pudiera inferirse una voluntad de su autor de eludir la acción judicial (intento de huida, empleo de resistencia, uso de identidad falsa, entrega voluntaria etc.).

El tipo de pena señalada al delito adquiere una enorme relevancia tanto para permitir la prisión provisional (en razón del principio de proporcionalidad), como para establecer sus límites, pues sólo puede decretarse, concurriendo el resto de las circunstancias, cuando se trate de una pena privativa de libertad de, al menos, dos años de prisión⁷⁹.

La primera consideración a hacer en relación al límite de la pena es que, en la anterior regulación el imputado debía estar incurso en la comisión de un delito castigado con pena superior a la de prisión menor, lo que suponía una privación de libertad de tres años de prisión como mínimo.

Esto trae como consecuencia que la medida se va a dictar ahora con más frecuencia que antes de la reforma, y ello, sin entrar a considerar que la penalidad puede ser incluso inferior a los dos años de privación de libertad, si coincide que el imputado tiene antecedentes no cancelados o no cancelables, derivados de condena por delito doloso.

Así pues se suprime el criterio del Juez o Tribunal y se adopta un criterio de adopción automática cuando la pena privativa de libertad sea inferior a dos años y el presunto autor del delito tenga antecedentes no cancelados o no cancelables.

Esta novedad en la regulación actual ha suscitado el lógico revuelo, ya que, un acortamiento del límite de la pena para la adopción de la medida, supone una generalización de la prisión provisional, que choca frontalmente con el principio de Excepcionalidad que, aunque expresamente recogido en la Exposición de Motivos, no encuentra reflejo en el Texto legal⁸⁰.

79 Debe tenerse en consideración que el límite de la suspensión de las penas privativas de libertad se sitúa en el C. penal (art. 80) precisamente en dos años, por lo que, en aquellos supuestos en que resulte previsible la misma no debe anticiparse una prisión provisional que luego quizá no pueda ser abonada a la que definitivamente debe cumplirse cuando se proceda a la liquidación de la condena.

80 Ello sin contar con que puede producirse un aumento considerable de la población reclusa con el consiguiente hacinamiento penitenciario en unos centros de reclusión ya de por sí saturados. Esta cuestión fue puesta de relieve ya en sede parlamentaria durante la tramitación de la Ley.

b) **Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión** (art. 503.1.2º).

Esta segunda circunstancia o requisito que debe darse para que la prisión provisional pueda decretarse no difiere nada en su redacción de la contenida en el anterior art. 503.3, donde se recogía la circunstancia de los motivos bastantes. Por tanto, se sigue dejando al arbitrio judicial la consideración de cuando aparecen en la causa «los motivos bastantes», que junto a la comisión de uno o más delitos y la persecución de alguno de los fines, habilita al Juez o tribunal para adoptar la medida cautelar.

Quizá la reforma debería haber aprovechado para introducir en este punto alguna limitación al arbitrio del Juez. Pero, en cualquier caso si que entendemos que este requisito es más que una simple condición general de procedibilidad en la Jurisdicción penal. Un mínimo de rigor sistemático impone que dicha expresión se considere análoga a los «Indicios Racionales de criminalidad», aludidos en los arts. 384 y 637.1 de la LE Criminal, entendidos como sospecha fundada de que se ha cometido el delito, así como la autoría o participación en el mismo, pero no entendidos como mera sospecha o simples indicios, puesto que éstos no deberían generar prisión preventiva⁸¹.

c) La prisión provisional procederá, cuando sólo mediante ella pueda asegurarse el normal desarrollo del procedimiento penal (evitando que el imputado pueda entorpecer la investigación y garantizando su presencia física a lo largo de todas las actuaciones y especialmente en el juicio oral) y, además, la ejecución de la pena que eventualmente llegara a imponerse. Esos son, pues, los únicos fines constitucionalmente legítimos que puede cumplir la prisión provisional.

Que se logren con la prisión provisional algunos de los **siguientes Fines** (art.503.1.3º):

- **Asegurar la presencia del imputado en el proceso** –cuando pueda inferirse racionalmente riesgo de fuga–. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en que es procedente la incoación del

81 Así, señala el TC (STC 128/1995, de 26 de Julio), que en cuanto regla de juicio la presunción de inocencia la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, es decir, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues de lo contrario vendría a garantizarse, nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Dicho lo anterior, los estándares constitucionales actuales ubican la valoración desde una vulneración autónoma de la libertad como derecho fundamental, desvinculándolo de las referencias a la presunción de inocencia. Si con la invocación de este derecho fundamental (presunción de inocencia art. 24 CE), lo que se cuestiona es la existencia del presupuesto habilitante de la medida adoptada –la existencia de indicios racionales de criminalidad–, la queja ha de reconducirse a las relativas al derecho a la libertad (SSTC 66/1997, de 7 de Abril; 47/2000, de 17 de Febrero y 65/2008 de 29 de mayo).

procedimiento rápido para el enjuiciamiento de determinados delitos, regulado en los arts. 795 a 803 de la LE Criminal.

También cuando se han dictados dos requisitorias de búsqueda en los dos años anteriores, en cuyo caso no juega el límite del apartado a) (dos años de prisión)⁸².

- **Evitar que el imputado oculte, altere o destruya elementos probatorios**, en los casos en que exista un peligro fundado y concreto (art. 503.1.3º, apartado b), en cuyo caso habrá que estar a la capacidad que tenga el imputado. En este sentido se considera como motivo suficiente de la prisión preventiva el aseguramiento de la instrucción respecto a la consecución o no destrucción de pruebas, pero lógicamente ha de durar el tiempo imprescindible a estos efectos⁸³. Legalmente, y a diferencia de los demás supuestos relacionados con los fines de la prisión preventiva, el plazo máximo será de 6 meses. Se reconoce también en ese artículo, que no procederá adoptar la prisión provisional por tal causa cuando pretenda inferirse del ejercicio legítimo del derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado (que, como sabemos, no está obligado a confesarse culpable ni a declarar contra sí mismo, ni a facilitar la búsqueda de pruebas de cargo contra él).

Esta finalidad se incorpora por primera vez en la regulación positiva de la prisión provisional y es ajena a nuestra tradición procesal⁸⁴. Entendemos que aunque así lo han declarado, tanto el TEDH como el TC⁸⁵, no parece que esta finalidad sea tan claramente constitucional como se pretende, toda vez que la investigación penal tiene medios mucho más eficaces para preservar las fuentes de prueba que la prisión provisional. No parece que pueda anticiparse el cumplimiento de una pena simplemente para hacer más cómoda la investigación penal, porque ello viola la transparencia constitucio-

82 No es constitucionalmente legítimo derivar el riesgo de fuga sólo de la naturaleza del delito y la gravedad de la pena a imponer en momentos no iniciales del procedimiento (Vid. SSTC 128/1995, de 26 de Julio; 122/2009, de 18 de Mayo y 179/2011, de 21 de Noviembre, entre otras muchas). Si en un principio cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad del delito y la posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente las circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto (STC 62/2005, de 14 de Marzo.). Respecto a la circunstancia de la proximidad de la celebración del juicio oral como dato a partir del cual sustentar los riesgos que se pretenden evitar, señala el TC (SS 35/2007 de 12 de Febrero y 152/2007, de 18 de Junio), que al tener un sentido ambivalente o no concluyente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación, como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, el órgano judicial tiene que concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis.

83 Vid. STEDH de 16/7/1971, Caso Ringeigen.

84 Efectivamente se incorpora en la actual regulación por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la obstrucción de la instrucción penal como uno de los riesgos relevantes que pueda originar la adopción de la medida cautelar de prisión, al igual que sucede en otras legislaciones europeas (parágrafo 112 StPO alemán; art. 274 Codice de Prodecura Penale italiano, art. 204 Código de Processo Penal portugués).

85 Vid. STEDH Asunto Contrada contra Italia de 24 de Agosto de 1998 y SS. TC 98/1997; 33/1999; 14/2000; 47/2000 y 8/2002).

nal que debe presidir la instrucción penal, y a la que la Ley ahora ha dado carta de naturaleza⁸⁶.

- **Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima**, con la especialidad del supuesto del art. 173.2 del C. Penal (art. 503.1.3º c)⁸⁷, en cuyo caso no será aplicable el límite de duración de la pena privativa de libertad, que el propio artículo establece en dos años⁸⁸.

Efectivamente, la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un problema grave en nuestra sociedad⁸⁹, y en este sentido el legislador español ha emprendido una serie de medidas legales destinada a combatir y a disuadir de la comisión de estos delitos de violencia doméstica⁹⁰. Además, en relación con la prisión provi-

86 Así se manifiesta RAMOS MENDEZ F. "Enjuiciamiento Criminal", cit., pág. 258. En sentido favorable a la introducción de este precepto que, al decir de la Jurisprudencia Constitucional colma una laguna legal se manifiestan GIMENO SENDRA V. "La Necesaria Reforma de la Prisión provisional", cit, pág. 8, sobre todo en las instrucciones de delitos contra la criminalidad organizada; también DIAZ MARTINEZ M. "Prisión Provisional e intereses constitucionalmente protegidos", cit., pág. 3.

87 Dicho precepto castiga a «El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge, o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendiente y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica».

88 Al margen de que la ambigua referencia a la actuación «contra bienes jurídicos de la víctima», debiera invocar el art. 173.2 del C. Penal, tipificador de los malos tratos en el ámbito doméstico, parece evidente que el legislador ha pretendido utilizar la prisión provisional para evitar el peligro de reiteración delictiva contra la misma víctima, lo que resulta ajeno a la naturaleza cautelar de la prisión preventiva y debe ser perseguido por otros medios ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

89 Así lo ha entendido la Unión Europea que, en este contexto dictó una Decisión Marco del Consejo de 15 de Marzo de 2001, por la que se aprueba el Estatuto de la víctima en el proceso penal, que dispone en su art. 8: «Los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o de claros indicios de una intención de perturbar su vida privada».

90 Entre ellas cabe destacar: la Ley 38/2002, de 24 de Octubre, de Reforma Parcial de la LE Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, entre los que se encuentran los de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el art. 173.2 del C. Penal; la Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, con la que se pretende, a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el Juzgado de Instrucción, que la víctima pueda obtener un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal; La LO 11/2003, de 29 de Septiembre sobre Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, que,

sional, dicha medida cautelar puede ser adoptada, en el ámbito de la violencia doméstica, en dos supuestos: en primer lugar, cuando el imputado haya incumplido alguna de las medidas acordadas por el juez o Tribunal, previstas en el art. 544 bis de la LE Criminal (prohibición de residir o acudir a determinados lugares, barrios o municipios, provincias u otras Entidades locales o CC. AA.); y, en segundo lugar, también puede el Juez de Instrucción adoptar la prisión provisional como orden de protección en los casos en que, por una parte, existan indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de algunas de las personas mencionadas en el art. 173.2 del C. Penal, y por otra, se acredite una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera su adopción⁹¹.

Junto a estas medidas legales que, a nuestro entender, otorgan una adecuada protección a las víctimas y, en concreto a las víctimas de la violencia de género, se ha introducido en la nueva regulación de la Prisión Provisional esta finalidad que permite la adopción indiscriminada de la Prisión provisional en los supuestos de violencia doméstica, puesto que ya no es necesario incumplir alguna de las medidas previstas en el art. 544 bis, ni que nos encontremos en alguno de los delitos del art. 544 ter 1 y resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima, por cuanto sólo se exige que, mediante la prisión provisional, se persiga el fin de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente si se trata de las personas del art. 173 del C. Penal, sin que sea de aplicación, en estos casos, el límite punitivo de los dos años⁹².

entre otras medidas, pasa a considerar como delitos, cuando se cometan en el ámbito doméstico, las conductas que son tipificadas en el C. Penal como falta de lesiones; y la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

- 91 Art. 544 ter 1 y 6 de la LE Criminal, introducido por la Ley 27/2003, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia doméstica. Vid. también la STC 62/2005 de 14 de Marzo, que otorga el amparo solicitado al considerar que «las resoluciones judiciales por las que se decretó el ingreso del demandante de amparo en prisión provisional no pueden considerarse suficientemente motivadas en la medida en que no aportan elementos de convicción acerca de la existencia del riesgo que se intentaba evitar y que hubiera constituido un fin constitucionalmente legítimo justificativo de la imposición de tan excepcional medida cautelar. Y es que tal fin, aun cuando venga identificado con un pronóstico de futuro, que, como tal es relativamente incierto, debe resultar real y no meramente presunto. Los grados de peligro objetivo y de peligrosidad subjetiva deben ser medidos por los órganos judiciales ex ante, y, de constar ante ellos, explicitar los datos fácticos que evidencia la existencia real del riesgo que se quiere evitar con la medida cautelar en cuestión».
- 92 Cfr. DIAZ MARTINEZ M. "Prisión Provisional e Intereses constitucionalmente protegidos", cit., pág. 4. Sin embargo, ASENSIO MELLADO J. M. "Reforma de la Prisión Provisional. El respeto a la Excepcionalidad como garantía de la libertad", cit., pág. 7, aún cuando entiende que esta finalidad de la prisión provisional es también un supuesto de reiteración delictiva, no admisible constitucionalmente, expresa que «merece menores críticas que la pura reiteración delictiva contenida en el apartado siguiente, por cuanto que la misma se concreta e incardina en el marco de una actividad continuada, relacionada con la conducta anterior y motivada sobre la base de una relación de convivencia o afectiva que se ha revelado susceptible de un hipotético peligro. Es decir, en estos casos, aunque también existe una relativa presunción de culpabilidad, la misma no se basa en la peligrosidad del sujeto, sino

– **Evitar que el imputado cometa otros hechos delictivos.**

Finalmente, también podrá acordarse la prisión provisional (concurriendo, en principio, la existencia de un hecho presuntamente delictivo cuya pena sea igual o superior a dos años de privación de libertad y existan indicios racionales de criminalidad contra el imputado), para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos (art. 503.2).

Ésta última finalidad atribuida por la Ley a la prisión provisional ha sido la más criticada por la Doctrina⁹³. En un desesperado esfuerzo por objetivar la valoración de ese riesgo de reiteración delictiva, el legislador añade que deben ser atendidas las circunstancias del hecho, así como la gravedad de los delitos que se pudieran cometer y que, en cualquier caso, sólo procede decretar la prisión provisional por esta causa cuando se trate de un delito doloso. Incluso, el aludido límite de la pena a aplicar –dos años o superior de privación de libertad– no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado o de las demás circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad⁹⁴.

en un peligro más concreto, por lo que cabe hablar de una cierta «instrumentalidad» en tanto el proceso posterior lo sería por delitos de la misma naturaleza que los actualmente perseguidos».

- 93 Vid., al respecto, MIR PUIG C. “Prisión Provisional. Los aspectos más polémicos de la Reforma”, *Revista Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho*, nº 77, 2003, pág. 29. FARALDO CABANA P. “El Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional”, cit., págs. 650-651. LANDROVE DIAZ G. “La Reforma de la Prisión Provisional”, cit., pág. 4. DIAZ MARTINEZ M “Prisión Provisional e intereses constitucionalmente protegidos”, cit., pág. 4. BARRERA HERNANDEZ N. “La Reforma de la Prisión Provisional. Luces y Sombras”, cit., pág. 5. ASENCIO MELLADO J. M^a, “Reforma de la Prisión Provisional. El respeto a la Excepcionalidad como garantía del derecho a la Libertad”, op. cit., pág. 6. No lo cree así, sin embargo, el profesor GIMENO SENDRA V. “La necesaria reforma de la Prisión Provisional”, op. cit., pág. 9 cuando afirmaba antes de la reforma, «De lo dicho se infiere que la necesidad de proteger el derecho a la tutela se convierta en un bien constitucionalmente relevante a fin de que, en una futura reforma de la prisión provisional, se consagre expresamente este motivo de la prisión provisional limitado a determinados delitos graves (así contra la vida, la libertad sexual y cometidos por la criminalidad organizada), ya que, en el momento actual, habría que subsumir deficientemente este motivo en los polémicos estándares de la alarma social y la frecuencia».
- 94 Así, la regulación actual se compadece con lo expresado por GIMENO SENDRA V. “La necesaria reforma de la Prisión Provisional”, op. cit., pág. 9 cuando afirmaba antes de la reforma, «De lo dicho se infiere que la necesidad de proteger el derecho a la tutela se convierta en un bien constitucionalmente relevante a fin de que, en una futura reforma de la prisión provisional, se consagre expresamente este motivo de la prisión provisional limitado a determinados delitos graves (así contra la vida, la libertad sexual y cometidos por la criminalidad organizada), ya que, en el momento actual, habría que subsumir deficientemente este motivo en los polémicos estándares de la alarma social y la frecuencia». Igualmente participa de este criterio BARALLAT LOPEZ J. “Función Cautelar y Preventiva de la Prisión Provisional”, en la colectiva *Régimen Jurídico de la Prisión provisional*, Madrid, 2004, pág. 116, que señala que los fines a los que debe atender la prisión provisional pueden sistematizarse en dos categorías: una de carácter estrictamente cautelar, circunscrita a garantizar el normal desarrollo y terminación del proceso penal (la evitación del riesgo de fuga y el aseguramiento de la investigación judicial), y otra que añade una finalidad de prevención especial, dirigida a evitar la comisión de nuevos delitos

Pese a que el art. 503 (párrafos 1.3 c) y 2) permite adoptar esta excepcional medida en los dos últimos supuestos estudiados (peligro de ataque contra bienes jurídicos de la víctima y riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos), su adopción supone una finalidad claramente preventiva, con fines ajenos al hecho enjuiciado, y con una función preventiva y no la cautelar afín a la naturaleza jurídica de la prisión provisional, y ello con independencia de que el propio Tribunal Constitucional indique que en estos supuestos también estaríamos ante fines constitucionalmente legítimos⁹⁵.

A nuestro modo de ver, si bien en la actual regulación han desaparecido, como fines por los que podía adoptarse la prisión, la «alarma social» y la «frecuencia», criterios indeterminados y omnímodamente utilizados durante la vigencia de la regulación anterior, no cabe duda de que el «riesgo de reiteración delictiva» de esta nueva normativa es un concepto conexo con aquellos y cumple igualmente con el fin de prevención general inherente a la condena penal, más que con el fin cautelar típico de una medida previa a la destrucción de la presunción de inocencia.

Aunque es cierto que de acuerdo con lo expresado en el apartado 2 del art. 503, los destinatarios de esta norma son los delinquentes habituales y la delincuencia organizada, no debiera hacerse recaer el peso de la eficacia de la lucha contra la criminalidad sobre el instituto de la prisión provisional, puesto que la esencia de ésta es el aseguramiento de la presencia del imputado en el juicio y el cumplimiento de la ulterior y eventual sentencia de condena. La prevención de la delincuencia no es un objetivo de la prisión provisional. Por tanto es de muy difícil justificación este objetivo en el marco constitucional de esta medida cautelar⁹⁶.

V. CLASES DE PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional puede revestir tres diferentes modalidades de cumplimiento: comunicada, incomunicada o atenuada.

5.1. Régimen ordinario: Prisión provisional comunicada

Representa el modo habitual de acordar la prisión provisional, ordenando el internamiento del imputado en un centro penitenciario, y se rige por los preceptos relativos

por parte del imputado (asegurar la protección de la víctima o evitar que el imputado pueda cometer nuevos hechos delictivos durante la tramitación de la causa).

95 Así lo declaran las SS. TC 44/1997; 47/2000; 165/2000 y 8/2002.

96 Cfr., en el mismo sentido RAMOS MENDEZ F. "Enjuiciamiento Criminal. Séptima Lectura Constitucional", op. cit., págs. 258-259.

de la L.E. Criminal (arts. 522 a 526) y de la L. G. Penitenciaria, procurando la separación de los presos preventivos de los que estén cumpliendo condena (art. 521 de la L.E. Crim.).

Le asisten todos los derechos recogidos en el art. 520 de la LE Criminal en relación a los detenidos y presos preventivos, en congruencia con la reserva de derechos fundamentales allí contenidos, pues si incluso a los penados que están cumpliendo condena deben limitárseles lo imprescindible para el cumplimiento de sus penas (art. 25.2 CE), a los pendientes de juicio privados de libertad la limitación ha de ser aún más leve en atención a la excepcionalidad de su situación y a la presunción de inocencia, levedad no solo atinente a la mínima duración posible de tal privación de libertad sino también a las circunstancias de la misma.

Asimismo no podrá impedírsele la relación con el abogado defensor mientras estuviere en régimen de comunicación (art. 523)⁹⁷.

5.2. Prisión provisional incomunicada

La prisión provisional incomunicada supone un total aislamiento del sometido a esta medida respecto del mundo exterior, de modo que ni puede recibir visitas ni, claro está, salir del establecimiento penitenciario; tampoco puede recibir correspondencia o remitirla. La finalidad de esta clase de prisión provisional hay que buscarla básicamente en evitar el entorpecimiento de las investigaciones –ocultación, alteración o destrucción de pruebas–, actuación contra bienes jurídicos de la víctima o la comisión de nuevos hechos delictivos (art. 509.1).

De otra parte, la necesidad de la incomunicación para alcanzar estos fines deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos hechos delictivos, así como de las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en ellos, de manera que se haga imprescindible que las diligencias policiales y judiciales se practiquen con el mayor de los secretos, sin que sea posible acordar la incomunicación sin imputar hechos concretos y fundamentándola en el secreto sumarial de las actuaciones, pues ello lesionaría tanto el tenor literal de la ley (art. 506.2) como el derecho a la libertad personal⁹⁸.

Es una medida excepcional, y por ello las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida cautelar restrictiva de derechos fundamentales exige. De tal modo que es exigible la exteriorización de los extremos que permiten afirmar que la ponderación judicial efectiva de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzar tal fin, y el carácter imprescindible de la misma⁹⁹.

97 Vid. Arts. 24.2 CE; 51 LGP; 89 y ss, 101 y 102 RP y 520 y 527 de la L E Criminal. La STC 183/1994 de 20 de Junio dispone que la comunicación con el defensor del preso no puede ser intervenida.

98 Vid. STC 12/2007, de 15 de Enero.

99 Vid., por todas SSTC 55/1996, de 28 de Marzo; 161/1997, de 2 de Febrero; 61/1998, de 17 de Marzo y 49/1999 de 5 de Abril.

Concretamente, los derechos que se reconocen en el art. 520 de la LECrim, resultan modificados, ya que en todo caso se le designará de oficio el abogado que se encargue de su defensa, y no podrá entrevistarse reservadamente con él, ni tendrá derecho tampoco a que se ponga en conocimiento de un familiar, o de la persona que desee, el hecho de la privación de libertad y el lugar donde se encuentre recluso (art. 527 LE Crim); no obstante, el preso podrá asistir, con las precauciones debidas, a las diligencias periciales cuando su presencia no desvirtúe el objeto de la incomunicación (art. 510 LE Crim).

El problema fundamental de la incomunicación radica en el tiempo durante el cual puede decretarse, plazo que, en todo caso, habrá de ser breve. Así lo entiende el legislador cuando previene que la incomunicación sólo podrá durar el tiempo absolutamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar el ocultamiento o fuga de los presuntos implicados, la alteración, ocultación o destrucción de pruebas o se cometan nuevos hechos delictivos, sin que pueda durar más de cinco días (art. 509.2 LE Crim.).

Mención aparte merece el art. 520 bis, de la LE Criminal, incorporado por la LO 4/1988, de 5 de Mayo, procedente de los arts. 13 y 14 de la LO 9/1984 de 26 de Diciembre –Ley antiterrorista–, y que regula las peculiares de la detención y prisión provisional respecto de «delito cometido por persona integrada o relacionada con banda armada o individuos terroristas o rebeldes...», regulado en el art. 384 bis, y que viene a establecer que «firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con banda armada, el procesado que estuviere ostentando cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo, mientras dure la situación de prisión»¹⁰⁰.

Esta consecuencia directa del Auto de procesamiento y de la adopción de la prisión provisional, en los casos de delito de funcionario público integrado o relacionado con banda armada, que sólo se basa en indicios racionales de criminalidad, no puede ser considerada una medida cautelar, ya que es automática y su imposición no admite ponderación judicial, ni está orientada a garantizar el éxito del proceso¹⁰¹.

Cuando la prisión se acuerde por causa de los delitos del art. 384 bis o se trate de actividades que afecten a la delincuencia organizada, la incomunicación podrá prorrogarse por plazo no superior a cinco días. Con todo, el órgano jurisdiccional competente podrá ordenar una posterior incomunicación cuando haya motivos suficientes; sin que esta segunda incomunicación pueda exceder de tres días (art. 509.2 L.E. Crim.).

100 El art. 384, bis tiene como efecto la separación de las funciones públicas sobre la base de la mera sospecha de comisión de un delito. Incluso se ha modificado el art. 22 de la LO 9/1984 del que trae causa, añadiendo al requisito del procesamiento firme, el que se haya decretado la prisión provisional. Por el contrario, hay que observar, que en la citada Ley de 1984, dicha medida tenía señalad un plazo de vigencia de dos años, mientras que ahora es indefinido.

101 En todo caso el TC ha señalado que son precisamente los delitos de terrorismo los supuestos para los que el legislador ha previsto las situaciones de incomunicación y prórroga de la detención (art. 520, bis). (SSTC 127/2000, de 16 de mayo y 7/2004, de 9 de Febrero).

Así, pues, el iter de estas detenciones, según el art. 520, bis citado, es el siguiente: detención ordinaria, máximo de 72 horas. La prórroga hasta cinco días requiere la solicitud motivada en las siguientes cuarenta y ocho horas, debiendo el juez que la acuerde dictar resolución motivada, autorizando o denegando la prórroga, adoptada en las veinticuatro horas siguientes a la solicitud. La incomunicación ha de ser solicitada y el juez la concederá o no en el plazo de 24 horas. La motivación del Auto que acuerde la incomunicación, no tiene que ser precisa (según el TC), si es razonable acordarla en los delitos de que se trate, como regla general¹⁰².

5.3. Prisión provisional atenuada

Se contempla en la L.E. Crim el supuesto en que procede la atenuación de la prisión provisional: cuando por razón de enfermedad del imputado el internamiento entraña grave peligro para su salud (art. 508.1). La prisión provisional atenuada está prevista para supuestos tales como cuando aparece una enfermedad sobrevenida, o bien cuando se produce una agravación general del estado de salud del interno. Sin embargo no se contempla la posibilidad del agravamiento del estado de salud del interno que llega a esa situación como consecuencia de una huelga de hambre¹⁰³.

En los casos en que el imputado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o en una organización legalmente reconocida para continuar el mismo, sin que pueda el imputado salir de dicho centro sin autorización judicial (art. 509.2).

La prisión atenuada sigue siendo una privación de libertad, por lo que requiere para su adopción que se cumplan todos los requisitos y presupuestos previstos para la prisión provisional, acordándose en su caso la prórroga legal¹⁰⁴.

102 Vid. STC 207/2000 de 16 de mayo.

103 La prisión provisional atenuada está prevista para supuestos tales como cuando aparece una enfermedad sobrevenida, o bien cuando se produce una agravación general del estado de salud del interno, pero no para cuando esa agravación se produce como consecuencia de un acto de voluntad del mismo (caso de la huelga de hambre). Así lo ha señalado en reiteradas ocasiones la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (ver Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 25/1/2007). Ese mismo Auto contiene un voto particular que considera que el precepto no distingue el origen del deterioro físico ni la causa del riesgo para la salud, por lo que entiende que da cobertura a situaciones relativas a deterioro físico o riesgo grave para la salud por huelga de hambre del interno, pues lo que está en juego es el valor de la vida humana que entra en conflicto con los fines que la prisión provisional trata de conseguir.

104 SSTC 41/1996, de 12 de Marzo y 56/1997 de 17 de Marzo.

VI. PLAZOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL Y PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN

6.1. Plazos de la Prisión provisional

Como ya se ha dicho, la prisión provisional no puede durar sino el tiempo imprescindible mientras subsistan las circunstancias y presupuestos que originaron su adopción y mientras subsistan los fines ya señalados.

La Ley (art. 504.2 y 3) establece unos plazos máximos de duración de la prisión provisional y así:

- a) Cuando se hubiera decretado por riesgo de fuga, protección de las víctimas a que se refiere el art. 173.2 del C. Penal o por reiteración delictiva, el plazo máximo será de 1 año cuando se trate de delitos castigados con pena de tres años o inferior, de dos años, cuando se trate de delitos castigados con pena superior a tres años.

Estos plazos pueden prorrogarse, previa la celebración de la comparecencia a que alude el art. 505, por plazo de seis meses, en los casos de delitos de hasta tres años, y por dos años, cuando los delitos tengan pena superior a tres años de privación de libertad.

En caso de condena en Primera instancia, la Prisión provisional, durante la sustanciación del recurso, podrá prorrogarse hasta la mitad de la condena impuesta.

- b) Cuando se hubiera decretado por posibilidad de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba, el plazo máximo de prórroga será de seis meses.

6.2. Procedimiento de Adopción

a) Competencia

La prisión provisional puede decretarse por la autoridad judicial competente a lo largo de todo el procedimiento penal.

Durante las diligencias previas o el sumario sólo podrá decretar la prisión provisional (art. 502): el juez de instrucción o Juez Central de Instrucción; el que forme las primeras Diligencias o el Juez de Guardia. Abierto el juicio oral podrá decretarla el órgano jurisdiccional que conociere del mismo.

Durante la sustanciación de los recursos devolutivos que se interpongan contra la sentencia definitiva, la competencia para resolver acerca de la medida de privación de libertad sigue residenciada en el Juzgado o Audiencia que la hubiese dictado (art. 861 bis. a) LE Criminal para el recurso de casación).

b) Comparecencia y Auto de Prisión. Recursos

El procedimiento a seguir para decretar la prisión provisional estaba establecido en nuestro ordenamiento, hasta la reforma operada por la Ley 13/2003, a través de la LOTJ. En la actualidad se regula en los arts. 505 y 506 de la LE Criminal.

Se mantiene la norma introducida por la Ley 5/1995, de que sea necesaria la instancia del MF o de alguna parte acusadora y debe celebrarse una comparecencia dentro de las setenta y dos horas siguientes para determinar la procedencia de la medida, de suerte que si nadie lo solicita el juez no podrá ordenarla, y si el imputado se encuentra detenido habrá de acordar su inmediata puesta en libertad. Esta exigencia supone un tributo al principio acusatorio y al principio de contradicción, así como una plasmación del papel del juez en la investigación penal.

No obstante, y aun reconociendo que la audiencia no es irrelevante para la adopción de la medida, también ha declarado el TC que la comparecencia previa no constituye una garantía directamente exigida por la Constitución, pues en ocasiones la comparecencia puede resultar «no sólo innecesaria, sino dilatoria y perturbadora para la correcta tramitación del procedimiento»¹⁰⁵. Si por razones de urgencia se acuerda la prisión o su prórroga sin la celebración de la comparecencia previa, esta deberá convocarse dentro de las 72 horas siguientes (art. 505.5 LE Criminal)¹⁰⁶.

En la comparecencia se podrán proponer las pruebas que sean pertinentes a la adopción de la medida cautelar, y que se puedan practicar dentro de las setenta y dos horas. En la comparecencia se oirá tanto al MF y a los acusadores personados, como al imputado, que serán citados al efecto, siendo obligatoria la presencia tanto del MF como del imputado. Tras la comparecencia se dictará una resolución judicial motivada, en forma de Auto, accediendo a la solicitud de la acusación y ordenando el ingreso en prisión provisional del imputado, o bien denegándola y ordenando entonces bien su libertad incondicional, bien la medida cautelar de libertad provisional del mismo, siempre que, a su vez, se hubiera pedido y el juez la considerara pertinente (arts. 529.1 y 539.3 LE Crim)¹⁰⁷.

105 Vid STC 108/1997, de 2 de Junio.

106 Vid. STC 28/2003, de 5 de Mayo.

107 Aunque la Constitución no imponga expresamente la judicialidad de esta medida, es lo cierto que la doctrina del TC la ha afirmado reiteradamente, desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere la decisión judicial motivada (Vid., entre las más recientes, SSTC 47/2000, de 29 de Mayo; 65/2008, de 29 de Mayo, y 50/2009 de 23 de Febrero). Para que la motivación de la decisión judicial que acuerde la medida, según doctrina reiterada, se considere suficiente y razonable se requiere que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, de un lado; la realización de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos por otro), que constituye una exigencia formal del principio de proporcionalidad, y que ésta ponderación no se arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las partes del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional (Entre otras, SSTC 14/2000, de 17 de Enero; 47/2000, de 17 de Febrero y 29/2001, de 29 de enero).

Para llevar a efecto el Auto de prisión provisional se exige la expedición de un doble mandamiento uno al Agente Judicial o funcionario de Policía Judicial que haya de ejecutarlo, y otro al Director del establecimiento penitenciario que deba recibir al preso. En ellos se consignará los datos personales del imputado; el delito que dio lugar al procedimiento, y si la prisión ha de ser con comunicación o sin ella. Los Directores de los establecimientos no recibirán ninguna persona en clase de preso sin que se les entregue mandamiento de prisión (art. 511.1 y 2 LE Crim.).

Si el presunto reo no fuere hallado en su domicilio y se ignorase su paradero, el Juez acordará su búsqueda por requisitorias, que se enviarán a los Jueces de instrucción en cuyo territorio hubiese motivo para sospechar que aquel se halle, expidiéndose por el Secretario Judicial los oficios oportunos, publicándose aquellos en el BOE y Diario Oficial de la Comunidad Autónoma respectiva, fijándose también copias autorizadas en forma de edictos en la Ofician del Juzgado o Tribunal que conozca de la causa y en la de los Jueces de instrucción a quienes se hubiese requerido (art. 512 LE Crim.)¹⁰⁸.

Contra los Autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado, cabe interponer recurso de reforma (aunque la ley no lo dice) y apelación en los términos previstos en el art. 766, que gozará de tramitación preferente. El Recurso contra el Auto de Prisión deberá resolverse en un plazo máximo de 30 días (art. 507.1 L.E. Crim.).

En los supuestos en que se hubiere acordado el secreto de las actuaciones, se expresarán en el Auto de prisión los particulares del mismo que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse (art. 506.2 LE Crim), y no se notificare el auto de prisión íntegramente al imputado, éste podrá recurrirlo cuando le sea notificado en su totalidad (art. 507.2 L.E. Crim.).

c) El levantamiento de la medida

Desde el instante en que desaparezcan los motivos que dieron lugar al auto de prisión provisional deberá el juez dictar otra resolución en la misma forma, pero sin necesidad de celebrar la comparecencia, incluso de oficio, ordenando la excarcelación del sometido a esa medida cautelar o mudando esta medida por otra más beneficiosa. Es decir, la situación de prisión provisional es esencialmente revisable, y todos han de cuidar de que no se prolongue más de lo necesario (arts. 504.1 y 528 L.E. Crim.).

La excepcionalidad de la prisión preventiva respecto a la regla general de la libertad provisional, con o sin fianza, del imputado o acusado, supone que la situación de prisión debe tornarse en libertad lo antes posible, sin perjuicio de que la libertad provisional deba estimarse como una medida cautelar intermedia entre la completa libertad y la prisión provisional.

108 El mencionado artículo se modificó por la Ley 13/2009 de modificación de la Legislación procesal para la implantación de la Oficina Judicial.

Así se considera una privación de libertad ilegal la mantenida o prolongada indebidamente, cual es el caso de la que, sin rebasar los límites máximos legales, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las pesquisas dirigidas al esclarecimiento de los hechos que motivan la detención o prisión¹⁰⁹.

VII. CONCLUSIONES

De lo hasta aquí expuesto cabe concluir que la regulación de la prisión provisional en el Ordenamiento español, y ello pese a la estricta interpretación que de los presupuestos y fines de la misma hace el Tribunal Constitucional, excede en muchas ocasiones la estricta función de Medida cautelar que, al menos teóricamente, está llamada a cumplir, y que esta situación legislativa ha empeorado en las últimas reformas que se han llevado a cabo en su regulación, como consecuencia, tal y como hemos puesto de relieve a lo largo de este trabajo, de un endurecimiento del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal en materia de garantías y derechos fundamentales, en aras de eso denominado Derecho Penal de la Seguridad, basado en la alarma social de los ciudadanos de bien y el Derecho Penal del enemigo.

Valgan como ejemplo las reformas llevadas a cabo en el ámbito sustantivo en el Código Penal (18 veces modificado desde 1995), y siempre para añadir algún delito, o para endurecer las penas privativas de libertad, tal y como hemos puesto de relieve en la nota 2, que en la actualidad, han sido elevadas a 40 años del máximo de cumplimiento, por la LO de 30 de Junio de 2003.

Y que estas modificaciones, y esta inflación de los tipos penales, lejos de aminorarse, se han acrecentado, y va camino de acrecentarse aún más en las Reformas que se avecinan. A este respecto es indicativa la Reforma operada por la LO 5/2010 de Reforma del C. Penal, que introdujo en nuestro sistema Penal la libertad vigilada para delincuentes sexuales y terroristas, línea en la que avanza la proyectada reforma del C. Penal, con la introducción de la Prisión Permanente Revisable en el catálogo de penas (que suscita problemas desde la perspectiva del art. 25.1 de la CE), la modificación del sistema de Medidas de Seguridad, la ampliación del ámbito de aplicación de la Libertad vigilada y la introducción de la denominada custodia de seguridad, como ya hemos apuntado.

Lo mismo cabe decir en materia Procesal penal, y, en concreto, sobre la Prisión Provisional, cuya última Reforma, llevada a cabo en 2003, y pese a que el Motivo de la misma era adaptar su regulación a la Jurisprudencia del TC en la materia, supuso un empeoramiento de la situación anterior mantenida desde 1984, en tanto, rebajó el límite penológico para adoptar la prisión de tres años a dos años de prisión, y reintrodujo el concepto de reiteración delictiva, como presupuesto para adoptarla, amén de las ocasiones en que los antecedentes penales por delito doloso no cancelados o

109 Vid. STC 165/2007, de 2 de Julio.

110 "Las actuales Políticas Criminales como institucionalización de la Inseguridad", en *Políticas Sociales para la Seguridad Ciudadana*, AA.VV. MANZANOS C. (Coord.) Vitoria-Gasteiz, 2005, pág. 160.

no cancelables (es decir la reincidencias delictiva), son presupuesto bastante, casi diríamos que automático, para acordar la prisión provisional, conceptos todos ellos basados, no en la comisión de un hecho presuntamente delictivo, sino en la biografía de su autor, y en el concepto de peligrosidad social que hay detrás de esas concepciones, burlando así un dogma penal, cual es el principio de que la culpabilidad lo es por el hecho cometido, es decir, cuando existe una lesión efectiva o potencial de un bien jurídico penalmente protegido. Siendo lo más grave que el propio Tribunal Constitucional participe de tal interpretación, al justificar la prisión preventiva en los casos en que se estime exista peligro de reiteración delictiva.

Esperemos no volver a las Leyes de peligrosidad social, aunque a la vista de las nuevas legislaciones (la mencionada Ley 5/2010 de libertad vigilada) y los proyectos legales en curso (Código Penal y Código Procesal Penal) parecen traer de nuevo a las legislaciones de los países democráticos, políticas criminales que parecían proscritas en nuestros Textos legales. En palabras de MUÑAGORRI I.¹¹⁰ «la reforma penal (y añadiría la procesal penal) ahonda más en una concepción arcaica, vindicatoria y expiativa de la pena de prisión y profundiza en el desbordamiento de los límites garantistas».

Y es que estas concepciones chocan con el espíritu del Texto Constitucional y con el sistema de garantías de que aquella dota a los instrumentos procesales. El presunto imputado no es un presunto delincuente, sino un presunto inocente según la Constitución, y el hecho de que se adopte la prisión provisional para evitar que vuelva a delinquir es una entelequia, toda vez que aún no se sabe si realmente ha delinquido y es culpable del delito por el que se le ha sometido al proceso penal en curso, y un atentado a las garantías constitucionales de libertad, debido proceso y presunción de inocencia¹¹¹.

Y como hemos dicho la base de todas estas concepciones criminalizadoras de casi cualquier actitud encuentran su fundamento en el concepto de Inseguridad y de peligrosidad, de alarma social, basadas en la afirmación sin fundamento, de que hay mas delitos que nunca, cuando no podemos saber a ciencia cierta si la vida ahora es más insegura o más peligrosa que en otras épocas históricas, y ni siquiera si merece la pena un debate sobre este extremo.

De hecho, no parece que la prisión (preventiva o por condena en sentencia firme) sea la solución más adecuada, o por lo menos no la adecuada en todos los casos. Y tampoco que sea una institución clave para garantizar la seguridad, como se ha pretendido. Como dice WAGMAN, D.¹¹², de los tres objetivos teóricos asignados a la institución carcelaria, a saber: disuasión de actividad criminal por amenaza de cárcel, retirada de la calle de las personas que han cometido delito, y finalmente, insertando o normalizando a los transgresores, ninguno ha sido verificado, ni comprobada su eficacia. Es más, es posible que la amenaza de prisión como amenaza abstracta tenga importancia en la psicología colectiva, pero es verdaderamente disuasoria? Tampoco

111 ANITUA G.I. "A propósito de la Prisión provisional", op. cit., pág. 67.

112 "La Justicia Social como único garante de la Legalidad", en *Políticas Sociales para la Seguridad Ciudadana*, op. cit., págs. 15-17.

se ha comprobado que tenga un efecto importante el hecho de que una persona encarcelada no pueda delinquir, porque, como dice el autor citado, salvo casos de personas tremendamente destructivas”, en la mayoría de los casos, en las cárceles lo que hay son personas con problemas, sin que este apoyado por los datos que haya una rebaja sustantiva de la criminalidad, sobre todo en la delincuencia menor o en determinados delitos como la agresión o el tráfico de drogas. Respecto de la capacidad de reinserción del ingreso en prisión, cada vez hay más consenso sobre el fracaso de la cárcel en este ámbito. Antes al contrario, la propia experiencia es un proceso desestructurante que en muchas ocasiones crea resentimiento y actitudes antisociales que, lejos de reinserir a la persona, le pueda crear un estigma o hacer más difícil su convivencia social, afirmando el citado autor que muchos de los *reos habituales*, su estancia en la cárcel desde su juventud es la que ha propiciado su futura actividad delictiva¹¹³.

Es por ello, que sólo desde la política social y la justicia social se puede luchar contra la inseguridad, aplicando medidas para evitar la desigualdad social. Ello no implica que el delito y el crimen no sean factores influyentes en la seguridad. Lo son y de relevancia, pero no debe mirarse la seguridad sólo en torno al delito, ni generar un estado permanente de alarma social y de miedo en la sociedad, cuya única salida sea la aplicación de penas privativas de libertad (con o sin condena, aunque, por supuesto, es más grave la situación en el primer supuesto), pues lo único que tiene en común los delitos es que constituyen acciones prohibidas por el C. Penal, sin que puedan igualarse los delitos por ejemplo de violación o asesinato, con un simple hurto o con un robo cometido por alguien en una precaria situación, y sin que pueda conceptuarse a las personas que delinquen como un colectivo especialmente peligroso, o que existen ciertos colectivos con tendencias criminales per se (pobres, inmigrantes, gentes de otras nacionalidades o países en desarrollo etc.), para reducir la discriminación en nuestro sistema de justicia penal.

Finalmente añadir que al margen de estas consideraciones relativas a la filosofía que subyace en nuestras reformas penales y procesales, es lo cierto que éstas no pueden ir más allá del techo constitucional que nos hemos dado y que determinadas regulaciones de las instituciones relativas a las penas de prisión son de dudosa constitucionalidad, y que ésta situación se agudiza cuando la prisión lo es sin condena, como consecuencia de la adopción de una Medida cautelar, que ha merecido, sobre todo en el supuesto de la reiteración delictiva recogido en nuestra vigente L. E. Criminal.

113 *Ibidem*, pág. 16.