

PRISIÓN PROVISIONAL MÍNIMA

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. Prisión y provisional. II. Prisión provisional legal. III. Prisión provisional proporcionada. IV. Prisión provisional justa. Garantías procesales. 1. Imparcialidad. 2. Motivación. 3. Inmediación. 4. Cosa juzgada. VI. Conclusión.

PALABRAS CLAVE: Prisión provisional, legalidad, proporcionalidad, justicia, garantías procesales.

I. PRISIÓN Y PROVISIONAL

1. “Prisión provisional” y “prisión preventiva” son las dos expresiones con las que denominamos una de las instituciones jurídicas que más cuesta encajar en un ordenamiento jurídico de legitimación democrática. Las dos transmiten certeramente dos de sus esencias y, con ellas, lo dificultoso de su legitimación. Se trata de encerrar a alguien, cosa ya difícil de digerir en un sistema que sitúa en su frontispicio el valor de la libertad, sin la cobertura justificativa que procura la constatación de que ese alguien ha cometido un delito. Con la prisión provisional resulta que el encierro es fácticamente el mismo que con la pena¹, pero sin la precedencia de una declaración firme de culpabilidad penal. No se trata de afligir intencionadamente y por imperiosas necesidades preventivas a quien ha resultado probadamente autor de la consciente² quiebra de una norma esencial de convivencia, sino, permítaseme la provocadora expresión, de privar de libertad a una persona jurídicamente inocente y de hacerlo “por si acaso”: porque se trata de un imputado –de un posible culpable– y tenemos miedo de que huya y no podamos juzgarle, o de que destruya pruebas y no podamos investigar lo sucedido, o de que vuelva a delinquir –*rectius*: de que delinca como sospechamos que lo ha hecho en el pasado–.

Lo anterior suena ciertamente extraño a una moral democrática. La prisión provisional tiene una sed intensa de legitimación porque cuestiona dos de los pilares básicos del Estado democrático: la libertad y la presunción de inocencia³.

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid.

¹O incluso peor: por ejemplo, por la exclusión de los permisos de salida.

²Creo que esta afirmación es válida para los que denominamos delitos imprudentes.

³Lo que “dificulta sobremanera la legitimación de la medida cautelar” (BARREIRO, Alberto Jorge, La reforma de la prisión provisional –Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003– y la doctrina del Tribunal Constitucional, en *Jueces para la Democracia* 51 (2004 p. 37).

El primer pilar establece una regla que sólo puede ser quebrada en aplicación de una previsión legal que responda a criterios de proporcionalidad: por estrictas razones de salvaguarda ventajosa de otros valores y bienes constitucionales. El segundo pilar impone, en su vertiente material, por razones que se remiten en última instancia a la dignidad de la persona, que no pueda tratarse como culpable a una persona inocente.

La contradicción expresada no puede ventilarse sin más renunciando a la prisión provisional y con ello eludiendo el cuestionamiento anterior. Resulta fácil aventurar que la desaparición de esta institución y de las funciones que quizás sólo ella pueda desplegar es insoportable para el sistema⁴. El ordenamiento jurídico necesita la prisión provisional para la protección directa de importantes bienes jurídicos (para la evitación de la nueva comisión de delitos por parte de un sujeto que parece altamente peligroso porque parece que ha cometido un delito grave) y para la protección indirecta, con la realización de la justicia penal (para que puedan enjuiciarse conductas sospechosas de ser delictivas). ¿Podemos acaso renunciar a la prisión preventiva del peligroso sujeto sólidamente imputado por una agresión sexual? ¿Podemos acaso renunciar a la prisión provisional del acaudalado narcotraficante cuya presencia voluntaria en el juicio parece ilusoria? ¿Podemos renunciar a la justicia más básica en un Estado de Derecho?⁵

2. Como sucede sin ir más lejos con la pena, estamos ante una institución tan necesaria como antipática. Y como sucede con cualquier medida pública de restricción de derechos, de lo que se trata es de proceder a una conformación de la misma que más allá de ciertas cautelas formales necesarias, devenga materialmente en una institución ventajosa –que ganemos con ella más que lo que perdemos y que a la vez sea una medida más útil que las alternativas funcionales disponibles– y respetuosa con el núcleo duro de los derechos que necesariamente socava.

Empleando una expresión usual para la pena, podemos decir que la prisión provisional es una amarga necesidad y que, porque es amarga, el Estado democrático queda obligado a reducirla a lo imprescindible, a hacerla previsible para los ciudadanos, a rodearla de plenas garantías: a hacerla decente. Y así, si no podemos evitar que recaiga sobre inocentes, habremos de procurar al menos que

⁴ Así, SANGUINÉ, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales* (Valencia, 2003), pp. 49 y ss.

⁵ Ferrajoli postula “un proceso sin prisión provisional (...), al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia” y con la excepción de “la presentación coactiva del imputado ante el juez, al objeto de hacer posible la imputación formal del hecho y el ejercicio de las primeras defensas sin la oportunidad de preparar alteraciones fraudulentas” (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, IBÁÑEZ, Perfecto Andrés *et al.* [trads.], [Madrid, 1995], p. 559). Así lo demandaría la presunción de inocencia como regla de tratamiento, el principio de jurisdiccionalidad como exigencia no sólo de juez sino también de juicio, y una correcta comprensión del derecho de defensa (pp. 549 y ss., 555, 559).

recaiga sobre personas probablemente culpables. Y si no podemos evitar su intenso contenido afflictivo, sí habremos al menos de procurar tanto que tal aflicción se reduzca al máximo en su dimensión penitenciaria, como que sólo se produzca cuando sea estrictamente necesario para la preservación, directa o indirecta, de un bien importante. Y si nos resulta difícilmente pensable un ordenamiento eficaz sin prisión preventiva, estaremos al menos obligados a pensarla como una institución exclusivamente legal, de administración únicamente judicial, y de imposición sólo cuando venga precedida de un proceso con plenas garantías de defensa y de corrección.

La decencia de la prisión provisional, su soportabilidad democrática, pasa, expresado ahora con más rigor, por el tamiz que procuran los principios que condicionan la justificación de la actividad pública de restricción de derechos fundamentales. Y esos principios son, en lo material, el de legalidad y el de proporcionalidad; y, en lo procedimental, las garantías de judicialidad, imparcialidad, oralidad, contradicción y motivación⁶. Al análisis de las exigencias que dichos principios dirigen a la prisión provisional y a la posibilidad de una prisión provisional

⁶Que la Constitución sea «parca en alusiones expresas a la prisión provisional» no supone que estemos «ante un derecho de pura configuración legal, cuyo desarrollo no encuentra más cortapisas constitucionales que las formales y cuya limitación no admite otro análisis de legitimidad que el de su mera legalidad» (STC 128/1995, f.j. 3). Así, pronto tuvo el Tribunal Constitucional oportunidad de afirmar que «(l)a institución de la prisión provisional, situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, viene delimitada en el texto de la CE por las afirmaciones contenidas en (...) el art. 1.1, consagrando el Estado social y democrático de derecho que “propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”; en (...) el art. 17.1, en que se establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”, y (...) en el art. 24.2, que dispone que todos tienen derecho “a un proceso público sin dilaciones indebidas (...) y a la presunción de inocencia”» (STC 41/1982, f.j. 2). Este caudal normativo, «acrecentado por las correspondientes disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 9), del Convenio para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 5) y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 9)», conduce a que «(e)l establecimiento de los principios que informan la institución de la prisión provisional deb(a) reparar prioritariamente, en primer lugar, en su carácter restrictivo de la libertad, que le emparenta directamente con las penas privativas de libertad, con cuyo contenido material coincide básicamente (STC 32/1987, f.j. 3), y, en segundo lugar, en divergencia ahora con la pena, en que el sujeto que sufre la medida no ha sido declarado culpable de la realización de un hecho delictivo y goza, en consecuencia, de la presunción de su inocencia (...). Más allá, pues, del expreso principio de legalidad (arts. 17.1 y 17.4 CE), debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos» (STC 128/1995, f.j. 3).

acorde a los mismos –a la posibilidad de una prisión provisional democrática– es a lo que se van a dedicar las siguientes reflexiones.

II. PRISIÓN PROVISIONAL LEGAL

4. Lo primero que tiene que ser la prisión provisional legítima es legal. Esto significa que, en cuanto institución restrictiva de la libertad y de la presunción de inocencia, no la dejamos en manos de la Administración o de los jueces, sino que sólo confiamos su regulación al Parlamento, a los representantes de los ciudadanos. Por razones de democracia, pero también por razones de seguridad jurídica, la prisión provisional ha de venir regulada en una ley, y, si no queremos que salga fácilmente por la ventana lo que tan difícilmente hemos metido por la puerta, tal ley ha de contener una regulación precisa de los supuestos en que la prisión provisional puede imponerse y de los plazos máximos para la misma.

5. La experiencia española legislativa y de jurisdicción constitucional es peculiar al respecto. Hasta el año 2003⁷ la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contenía una regulación suficientemente precisa de la prisión provisional porque, aunque requería una imputación suficientemente sólida y establecía plazos máximos concretos, carecía de un catálogo de fines justificativos de la misma⁸. Con ello la institución

⁷ Hasta la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre.

⁸ De “deficiente” califica Benavente “el trabajo del legislador” (BENAVENTE, Catalina, La regulación de la prisión provisional tras la reforma efectuada por la LO 13/2003, de 24 de octubre: muchas expectativas insatisfechas, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* 17, [2007], p. 139).

El art. 503 LECr decía: “Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

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

2^ª Que éste 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 mayor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculcado con o sin fianza.

3^ª 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”.

Y el art. 504, en sus dos primeros párrafos:

“Procederá también la prisión provisional cuando concurren la primera y la tercera circunstancias del artículo anterior y el inculcado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal, o cada vez que éste lo considere necesario.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculcado carezca de antecedentes penales, o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia

salía en buena parte de las manos de la ley y entraba en la misma medida en las de la decisión judicial.

Este hecho condujo al Tribunal Constitucional español, como tribunal de amparo de derechos fundamentales, a dos estrategias diferentes. En un primer momento, el de la STC 128/1995, exigió a los jueces y tribunales una aplicación directa de la Constitución que integrara las lagunas legales. Exigió que los jueces sólo decretaran la prisión cuando concurriera riesgo de sustracción a la acción de la Justicia, o riesgo de obstrucción de la instrucción o riesgo de reiteración delictiva; y que por tanto identificaran al finalidad constitucional de la medida de prisión; y que además justificaran las razones fácticas que informaban tales riesgos (de fuga, de destrucción de pruebas, de comisión de delitos).

Esta jurisprudencia constitucional fue tan eficaz en sus resultados de amparo de la libertad como singular en el modo de perseguirlos. Eficaz, porque consiguió que la prisión provisional fuera más selectiva y su decisión más motivada, a la vez que coadyuvó a una cultura de excepcionalidad de la prisión y de rechazo de los formularios para su decreto. Singular, porque obligaba a los órganos judiciales, no a interpretar la ley conforme a la Constitución, sino a integrar aquella con un Texto Fundamental poco explícito en la materia⁹; singular también, porque se trataba de una jurisprudencia en cierto modo constructiva, no dedicada tanto a evaluar la conformidad constitucional de un texto legal como empeñada en la labor de dibujar el ámbito material posible de la prisión preventiva; y singular, en fin, porque uno de sus presupuestos era el de la tolerancia con una regulación difusa de la libertad¹⁰.

Esta jurisprudencia no provocó la reacción legislativa esperada, por lo que el Tribunal Constitucional decidió cuestionar la ley, cosa que le posibilita la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando como tribunal de amparo considere que la vulneración del derecho fundamental procede de la propia conformación de la ley¹¹. En esta tardanza en esta segunda estrategia (el cuestionamiento es del

en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculgado”.

⁹La Constitución española sólo menciona la prisión provisional en su art. 17.4 CE: “por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”. *Vid. supra* n. 6.

¹⁰En contraste con la firme postura de la STC 169/2001, que otorga el amparo a quien había sido declarado en «libertad provisional sin fianza y condicionada a específicas cautelas, consistentes en la obligación *apud acta* de presentarse semanalmente ante el Juzgado y siempre que fuere llamado, entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización» (f.j. 5) por el hecho de que estas dos últimas medidas no estaban previstas en la ley.

¹¹El cuestionamiento de la constitucionalidad de la ley se debió a dos causas. Por un lado, a la insuficiencia de la ley: «La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto *prima facie*, que la Ley ni

año 2000¹²) debieron influir las dificultades que comportaba una declaración de nulidad de las normas reguladoras de la prisión provisional y la esperanza en que las mismas pudieran ser soslayadas por la iniciativa del legislador. Recuerdo en este sentido algo que ya apuntaba con anterioridad: no parece que podamos permitirnos, siquiera provisionalmente, vivir sin prisión provisional, valga el juego de palabras. La nulidad de la regulación de la prisión provisional sólo era posible pro futuro. Afortunadamente, el legislador reaccionó al cuestionamiento y antes de que el mismo se resolviera reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal con una descripción detallada de los supuestos en los que cabía la prisión provisional, con lo que las dudas de constitucionalidad quedaron sin objeto¹³.

III. PRISIÓN PROVISIONAL PROPORCIONADA

6. Si la legalidad es lo primero que exige a la prisión provisional su legitimación democrática, la segunda demanda lo es de proporcionalidad. Deben recordarse de nuevo los esenciales componentes negativos de la institución —que es privativa de libertad y que no presupone culpabilidad—, que hacen de la misma un cuerpo extraño en el sistema de libertades; un cuerpo a disminuir e incluso, en el horizonte, a expulsar, que se tolera sólo, precisamente, por su utilidad para otros bienes fundamentales, por su utilidad para la libertad. La prisión provisional sólo es así legítima si es una institución *duplex*: si a sus naturales efectos negativos suma mayores efectos positivos. Mientras que una de las caras de este peculiar Jano es naturalmente coactiva y quizás injustamente coactiva, la otra debe legitimarse por su servicio a la libertad.

Pues bien: en estos casos de actividades públicas restrictivas de derechos en pos de la libertad, en estos casos de instituciones a la vez positivas y negativas en términos de valor, el análisis racional de legitimación es el que procura el principio de proporcionalidad¹⁴. Partiendo de esta naturaleza de *norma duplex*, la prisión

exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 CE en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la STC 49/1999». La segunda razón para el cuestionamiento de la ley radicaba en que para ésta «el mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede determinar» en algunos casos que la privación cautelar de libertad se acuerde necesariamente. «De entre ellos, merece una especial consideración la alarma social producida por el delito» (STC 47/2000, f.j. 5).

¹² STC 47/2000.

¹³ ATC 154/2004.

¹⁴ Así, respecto a la prisión provisional, ya, BARONA VILAR, Silvia, Prisión provisional y medidas alternativas (Barcelona, 1988), pp. 18 y s.

provisional será legítima si es positiva (si persigue realmente fines legítimos y de un modo posible), si es imprescindible su concurso, y con ello su nocividad para alcanzar tales loables fines —si no es sustituible por la fianza, la retirada del pasaporte o el arresto domiciliario, por ejemplo—, y si además es mayor su cara positiva que su cara negativa (si es ventajosa).

7. En relación con los fines que legitiman la prisión provisional la jurisprudencia constitucional española, en convergencia con las recomendaciones del Consejo de Europa¹⁵, ha sostenido la validez del aseguramiento de la comparecencia del imputado a juicio¹⁶, de la evitación de la obstrucción de la investigación penal y de la evitación de la reiteración delictiva¹⁷. Dicho de otro modo: la prisión provisional se legitima si persigue conjurar uno de estos tres riesgos: la fuga, la destrucción de pruebas, la comisión de delitos¹⁸.

A) En todos los casos la prisión se justifica por tales riesgos y mientras esos riesgos existen. Eso es especialmente importante para el caso de la obstrucción de

¹⁵Según la Recomendación (80) 11 del Consejo de Europa, “(l)a prisión preventiva sólo podrá ordenarse en caso de sospecha legítima de que el interesado ha cometido la infracción de que se trate y cuando existan serias razones para pensar que existen uno o varios de los siguientes peligros: peligro de huida, peligro de obstrucción del curso de la justicia, peligro de que la persona cometa una infracción grave”; añade no obstante que “aun no pudiendo determinarse la existencia de los peligros anteriormente enunciados, la prisión preventiva podrá sin embargo estar excepcionalmente justificada en casos de infracciones particularmente graves”.

¹⁶Matiza Ortells Ramos que esta finalidad responde en realidad a dos finalidades: “mantener la presencia del imputado durante el proceso declarativo” y “asegurar su presencia para el momento en que, dictada sentencia firme, deba procederse a la ejecución de una pena corporal”. Esta última es la finalidad “principal y constante” de la prisión provisional, de la que la primera es accesoria (ORTELLS RAMOS, Matiza, Para una sistematización de las medidas cautelares, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* [1978], pp. 448 y ss.).

¹⁷GIMENO SENDRA, Vicente, La prisión provisional y el derecho a la libertad, en *La Ley* 4.187 (1998), p. 4, considera tajantemente que “sin fundada sospecha del peligro de fuga del imputado nunca puede justificarse la prisión provisional”. En sentido similar se manifiesta BANACLOCHE PALAO, Julio, La libertad personal y sus limitaciones (Madrid, 1986), p. 380.

¹⁸Se trata de la conjuración de “ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la acción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva” (STC 128/1995, f. j. 3). Al hilo de esta tríada merece la pena recordar las necesidades a cuya respuesta atribuía Carrara la utilización admisible de la prisión provisional: “1º, de justicia, para impedir la fuga del reo; 2º, de verdad, para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3º, de defensa pública, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno” (CARRARA, Francesco, Programa de Derecho criminal, t. II, GUERRERO, Jorge y ORTEGA, José Joaquín [trads.] [Bogotá, 1957], p. 375). BARREIRO, Alberto Jorge, La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en *La Ley* 4.297 (1997), p. 4, entiende que la sola evitación de la reiteración no ha merecido el aval del Tribunal Constitucional como finalidad legitimadora de la prisión provisional.

la instrucción penal, riesgo que, referido a la destrucción de archivos o documentos, en papel o informáticos, o a la coacción a testigos, suele concurrir, cuando concurre, sólo en los momentos iniciales de la indagación¹⁹. No se trata, por cierto, como a veces se ha pretendido, de que estemos ante una medida ilegítima en cuanto contraria al derecho de defensa²⁰. No se trata con este tipo de prisión de obligar al sujeto a declarar o a aportar pruebas contra sí mismo, en una sutil forma de tortura (“o hablas o no sales”), sino de evitar que impida que él o su entorno sea investigado. El derecho de defensa comporta el derecho a no declarar y a no aportar pruebas contra uno mismo, pero no comporta el derecho a no soportar ser investigado. Si en cada caso concurren las garantías necesarias en la adopción y ejecución de la medida, el imputado no puede negarse a ser fotografiado, o a que se le tomen huellas dactilares, o a que se le extraiga una muestra de su sangre²¹.

B) Los fines legítimos de la prisión provisional pueden resumirse en la prevención directa o indirecta del delito: evitando la comisión de delitos por parte del imputado y posibilitando la administración de la justicia penal.

Dos precisiones se tornan necesarias al respecto. La primera es que la prisión provisional que evita el riesgo de fuga y la destrucción de pruebas es una medida cautelar, una medida dirigida al aseguramiento del proceso. En cambio, la prisión provisional que evita la reiteración delictiva tiene una naturaleza bien distinta: es una medida de seguridad. Una medida de seguridad penal que muestra, a mi juicio, que existen medidas de seguridad predelictivas legítimas, por mucho que la predelictividad sea aquí *sui generis*: la medida es anterior a la constatación judicial firme de un delito, pero posterior a la comisión probable del mismo. Expresado de otro modo: no se impone a un condenado, pero sí a un imputado²².

¹⁹ Para Catalina Benavente “la prisión provisional sólo podrá ser acordada por esta razón en los momentos iniciales de la investigación” (BENAVENTE, Catalina, *op. cit.*, p. 149).

²⁰ Así, ASENSIO MELLADO, José María, *La prisión provisional* (Madrid, 1987), p. 36 y ss., y GIMENO SENDRA, Vicente, *La prisión provisional...*, *ob. cit.*, p. 4.

²¹ “La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la identificación y el reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia” (STC 161/1997, f.j. 6).

²² Rodríguez Ramos afirma que se trata de “una categoría intermedia entre las medidas predelictuales y las posdelictuales, en cuanto que se dicta tras una al menos apariencia de delito y no ante una mera probabilidad o juicio de pronóstico” (RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 2, [1984], p. 1.059).

“La legitimidad de la prisión provisional como medida de seguridad ha sido fuertemente cuestionada²³. En todo caso, considero que la esta legitimación dependerá de su adecuación a los principios y valores de legitimación de referencia, pero no, sin más,

²³Ortells Ramos critica la utilización de la prisión provisional como medida de seguridad porque “no se adopta tras un procedimiento con las constitucionalmente imperativas posibilidades de contradicción, ni va precedida de unas actuaciones técnicamente adecuadas para determinar la peligrosidad de un sujeto y las medidas para corregirla” y “porque conduce al enjuiciamiento de la peligrosidad por un órgano jurisdiccional no especializado” (ORTELLS RAMOS, Maritza, *op. cit.*, p. 456). Moreno Catena critica esta finalidad porque en la misma subyace una presunción de culpabilidad: se afirma la peligrosidad del imputado sin esperar a la sentencia (MORENO CATENA, Víctor, En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 4, [1981], p. 649). En un primer momento, a Rodríguez Ramos le parece “aberrante” la concepción de la prisión preventiva como medida de seguridad, tanto por su carácter “antedelictual” como por la falta de garantías procesales en su adopción (RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, La prisión preventiva y los derechos humanos, en *Anuario de Derechos Humanos* 2, [1983] p. 486). Posteriormente, cuestiona tal naturaleza “predelictual” y llega a afirmar que la doble naturaleza de la prisión provisional es “posiblemente inevitable” (RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *op. cit.*, p. 1.059). Fernández Entralgo critica también la legitimación de la prisión con fines asegurativos porque supone la legitimación de una medida predelictual (FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, El sentido de la prisión provisional y la Ley Orgánica 10/1983 de 26 de diciembre, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 4, [1985], p. 1.075). Asencio Mellado afirma, en relación a la prisión preventiva acordada como medida de seguridad para evitar la comisión de delitos, que “la adopción de la prisión preventiva fuera de los casos en los que la habitualidad del sujeto pasivo denote un peligro de evasión al proceso será contraria a la naturaleza cautelar de la resolución y, posiblemente, a los propios enunciados constitucionales y textos internacionales al respecto” (ASENCIO MELLADO, José María, *op. cit.*, p. 98). Andrés Ibáñez concluye contundentemente que “el uso directamente defensivo de la prisión provisional en función de prevención de la peligrosidad del reo no puede ser considerado de otro modo que como una ejecución anticipada de la pena” (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, el Juez y la prisión provisional, en BARBERO SANTOS, Manuel [coord.], Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales: Seminario Internacional Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996, Sección Española de Intercente, [Cuenca, 1997], p. 20). En sentido similar, MUÑOZ CONDE, Francisco, Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional, en BARBERO SANTOS, Manuel (coord.), Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales: Seminario Internacional Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996, Sección Española de Intercente (Cuenca, 1997), pp. 225 y ss. Para Barona Vilar, la adopción de la prisión provisional con fines no cautelares tales como impedir la ocultación o alteración de las fuentes o medios de prueba, o la reiteración delictiva, desnaturaliza la institución y la asemeja “a una pena anticipada, o a una medida de seguridad, llegando a producir situaciones que llevan a la quiebra de los más elementales principios constitucionales, en aras a la satisfacción de la opinión pública” (BARONA VILAR, Silvia, Prisión provisional: “sólo” una medida cautelar, en *Actualidad Penal* 42, [2000], pp. 4 y 8 de la versión digital). Jorge Barreiro considera que “no resulta fácilmente asumible apoyar la privación de libertad en un doble pronóstico contra reo, y sobre todo sobre la mera elucubración de una hipótesis sustancialmente incierta de posibles acciones delictivas que incluso pueden tener poco que ver con el proceso en trámite” (BARREIRO, Alberto Jorge, La reforma..., *op. cit.*, p. 48). En contra también, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, La reforma de la prisión provisional, en *La Ley* 5926 (5 de enero de 2004), disponible en www.diariolaley.laley.es, pp. 2 y 6 de la versión digital; y SANGUINÉ, Odone, *op. cit.* n. 4, pp. 235 y ss.; 452 y ss.

de que sea predelictiva o postdelictiva; de que se adecue a los textos internacionales reguladores de la institución; o de que colinda con el principio de culpabilidad, cosa que sucede también con la prisión provisional cautelar: “Si se constata que un sujeto es muy peligroso para los elementales bienes individuales y sociales, el Estado estará legitimado en principio para preservar las condiciones esenciales de ejercicio de libertad de los ciudadanos; lo estará también finalmente si ello lo hace conforme a los esenciales valores de seguridad jurídica (principio de legalidad), libertad (proporcionalidad) y dignidad de la persona (proscripción de tratos inhumanos o degradantes), y si rodea su actuación de elementales garantías de imparcialidad y defensa (judicialidad). Todo ello demarca un estrecho ámbito en el que la medida de seguridad “predelictiva” es posible: sólo cuando esté determinada con precisión en la ley, cuando así lo acuerde un juez tras un procedimiento contradictorio –o, en ciertos casos de menor afflictividad, cuando así lo acuerde la Administración en un acto judicialmente revisable–, cuando el estado de peligrosidad quede objetivamente constatado, cuando la medida se aplique al sujeto peligroso, cuando trate finalmente de preservar bienes jurídicos fundamentales, cuando no haya otra alternativa a la medida menos afflictiva, y siempre que no produzca un desequilibrio entre la libertad que se pretende preservar y la libertad que la medida sacrifica. Todo ello configura también un panorama en el que la medida de seguridad predelictiva aparece como una medida excepcional y sometida a una sana sospecha de ilegitimidad”²⁴.

La segunda precisión es que, dado lo que cuesta en términos axiológicos la prisión provisional, sólo puede utilizarse si es muy útil: sólo para la prevención directa o indirecta de delitos –no de faltas ni por supuesto de infracciones administrativas– y sólo de delitos de cierta gravedad. En tal sentido no cabe prisión provisional legítima por la comisión de una falta o de un delito leve²⁵. Este corolario tiene que ver, en rigor, con el tercer nivel de proporcionalidad: con que la prisión provisional sea, amén de legítima en su fin y necesaria para alcanzarlo, ventajosa o estrictamente proporcionada.

²⁴LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, Por un Derecho Penal sólo penal: Derecho Penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho Administrativo sancionador, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel *et al.* (coords.), Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo (Pamplona, 2005), pp. 608 y ss. También, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, Fines legítimos de la prisión provisional, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 11 (1998), p. 25 y ss. Sostienen, en general, la legitimidad de la prisión provisional como medida de seguridad: AGUILERA DE PAZ, Enrique, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, v. IV (Madrid, 1924), p. 190; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, La prisión preventiva: ¿pena..., *op. cit.* n. 22, p. 1.059; ORTIZ UR-CULO, Juan, La privación de libertad; la prisión provisional, en AA. VV., Estudios del Ministerio Fiscal (Madrid, 1995), p. 414.

²⁵Sobre la regulación española al respecto, v. la reflexión crítica de BARREIRO, Jorge, La reforma..., *op. cit.*, p. 41. También, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *op. cit.* n. 23, p. 6; BENAVENTE, Catalina, *op. cit.* n. 8, p. 141 y s.

La preocupación por una prisión preventiva proporcionada ha llevado a dos directrices en torno a su duración²⁶. Ha conducido, en primer lugar, a la exigencia de que el plazo sea “razonable”, razonabilidad que parece tener que ver con dos ideas: con la necesidad de la prisión y con su finalidad. Lo razonable es, en primer lugar, lo imprescindible para el cumplimiento del fin que persiga la prisión (evitar la fuga, la obstrucción de la investigación, la reiteración delictiva), pues su mantenimiento “es un acto de auténtica tiranía cuando cesan las mencionadas razones”²⁷. En este baremo ha de tomarse en cuenta peculiarmente la complejidad de la causa, porque la prisión no es sólo razonable porque, por ejemplo, perviva el riesgo de fuga y no se haya celebrado aún el juicio, sino porque esa falta de celebración del juicio –con el coste correspondiente en moneda de libertad para el imputado– sea a su vez “razonable”: con que se trate de un tiempo necesario para el adecuado desarrollo del procedimiento.

La razonabilidad tiene que ver también con la finalidad: con la prevención que se busca con la realización de justicia. Si la prisión preventiva es un medio auxiliar para la resolución de un conflicto penal que, en el peor de los casos para el acusado, se va a saldar con una pena privativa de libertad de cinco años, no parece sensato, como muy poco, que la prisión preventiva supere en duración, o iguale, o se acerque, a dicha pena.

8. Si de los fines pasamos a los no fines, a las metas que no legitiman la prisión provisional, debemos comenzar con los fines punitivos. La prisión provisional no es una pena ni puede servir para penar. Los fines de prevención general y especial que persigue la pena sólo pueden perseguirse racionalmente mediante la aflicción del sujeto que ha realizado probadamente el hecho delictivo, pero no mediante la aflicción del sospechoso.

La punición no es un fin legítimo de la prisión provisional, como tampoco lo es la mitigación o eliminación de la alarma social que ha generado el hecho delictivo. La inquietud que genera un hecho delictivo no se contrarresta con cualquier castigo infligido a cualquier persona, sino únicamente con la sanción impuesta a aquel cuya autoría y culpabilidad respecto a aquel hecho han quedado fehacientemente

²⁶ Al respecto, vid. BELLIDO PENADÉS, Rafael, La duración de la prisión provisional, en *Tribunales de Justicia. Revista española de derecho procesal* 6 y 7 (1998), núms. 6 (pp. 627 y ss.) y 7 (pp. 709 y ss.); BARREIRO, Jorge, La reforma..., *op. cit.*, pp. 43 y ss.

²⁷ CARRARA, Francesco, Inmoralidad de la prisión provisional, en *Cuadernos de Política Criminal* 67 (1999), p. 8. Como indica, la STC 44/1997, “con independencia de la no superación del plazo legal máximo de prisión preventiva, y con independencia también de la adecuada justificación material de la medida, la misma no puede extenderse en el tiempo más allá de lo estrictamente necesario para cumplir su legítima finalidad, lo que comporta, en última instancia, que el imputado no tiene por qué sufrir las dilaciones indebidas en el proceso penal” (f.j. 3).

probadas²⁸. No en vano se acentúa cada vez más en la doctrina penal la relevancia de la pacificación de la conciencia jurídica, la confianza en el Derecho y su vigencia, como fin propio y primordial de la pena. Baste en este punto la cita de Jakobs respecto a cuál es la misión del Derecho Penal: “la resistencia a la frustración de las esenciales expectativas normativas”. Dicho de otro modo: calmar la alarma social es un fin muy legítimo que sólo puede alcanzarse con la pena. Es uno de los fines de la pena de prevención general positiva.

¿Y evitar la alarma que generaría la libertad del imputado? Ciertamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mostrado cierta comprensión con esta finalidad de la prisión preventiva cuando lo que está en juego es un peligro grave de disturbios sociales. Este *placet* resulta discutible. La alarma social que genera una libertad justificada –justificada porque no hay una imputación sólida, o porque no hay riesgo de fuga, ni de destrucción de pruebas, ni peligrosidad criminal– es una alarma irracional que se combate con pedagogía política, al igual que los disturbios irracionales, que exigirán también medidas policiales. Lo que no podemos permitirnos es combatir la alarma y los disturbios con la prisión de un inocente que no sirva además para evitar su fuga o su reiteración delictiva. No podemos utilizar la libertad de un ciudadano para combatir los riesgos que generan otros. Acaso “¿conviene que muera un hombre por el pueblo?”²⁹.

IV. PRISIÓN PROVISIONAL JUSTA

9. El argumento anterior nos conduce a otra de las características de la prisión provisional democrática, que es su justicia. La prisión provisional ha de ser legal y proporcionada, pero también ha de ser justa en el sentido de ajustada al criterio de justicia que inspira el principio de culpabilidad.

Aquí los matices se revelan necesarios. Ciertamente no le es aplicable en rigor a la prisión provisional el principio de culpabilidad, que se refiere a un presupuesto de la sanción, de la pena: sólo cabe sancionar a alguien por lo que él mismo hace en el uso normal de su libertad. Pero el valor de la dignidad de la persona que está

²⁸ Con lo que la prisión provisional decretada para calmar la alarma social que ha suscitado el hecho que se atribuye al imputado es desproporcionada por su desconexión con el objeto pretendido: no supera el primero el escalón de la idoneidad, aptitud o validez de la medida.

²⁹ Para la jurisprudencia constitucional española constituyen finalidades constitucionalmente proscritas las punitivas o de anticipación de la pena (SSTC 41/1982, f.j. 3; 128/1995, f.j. 3), en primer lugar; la obtención de declaraciones de los imputados que impulsen la instrucción (STC 128/1995, f.j. 3), en segundo; y “con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos –la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo–, y otros orígenes –la fuga del imputado o su libertad provisional– (...) la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito” (SSTC 66/1997, f.j. 6; 98/1997, f.j. 9), en tercer y último lugar.

detrás del principio de culpabilidad hace que la prisión provisional demande una imputación sólida en el preso³⁰—si se me permite la expresión: que sea un “probable culpable”—y que sólo se imponga al sólidamente imputado—y no por ejemplo a la madre del imputado para compeler al imputado a que acuda a juicio—³¹.

V. GARANTÍAS PROCESALES

10. Al igual que sucede con la pena, una prisión provisional legal, proporcionada y justa puede naufragar en su administración, en su aplicación. Dado lo que hay en juego en la prisión provisional, que es, conviene reiterarlo, el derecho a la libertad, esta aplicación debe encauzarse a través de ciertas formas que favorezcan la justicia de la decisión y que aseguren la defensa del afectado. El proceso de la prisión provisional debe observar ciertas garantías básicas.

El punto de partida para la delimitación de las garantías procesales de la prisión provisional ha de ser el de las garantías fundamentales del proceso penal. El proceso penal en un Estado democrático se concibe como un diálogo racional e informado entre las partes en conflicto (la sociedad y el imputado) que permite a un tercero imparcial adoptar la solución más razonable para el mismo. Ello supone, muy en síntesis, que ese tercero que decide sea un juez y un juez imparcial; que las partes pueden alegar y probar con libertad ante el juez; y que el juez ha de resolver el conflicto motivadamente. Además, dado lo que implica la condena para el ciudadano que la sufre, el punto de partida es su inocencia y tal presupuesto sólo decae si resulta plenamente arrumbado.

Con el incidente procesal de la prisión provisional algunas cosas han de ser distintas. En primer lugar, porque se trata de una decisión urgente que ha de adoptarse en una situación de necesidad—el dilema del juez es “o aseguro el proceso con la prisión o pongo en peligro el proceso con la libertad”—. Y en segundo lugar, porque a la urgencia de la decisión se une el hecho de que hay que tomarla

³⁰ Considera incisivamente Jorge Barreiro que “el juicio de imputación que ha de realizarse para acordar la prisión provisional debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo” (BARREIRO, Alberto Jorge, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 42). O. Sanguiné habla de “un alto grado de probabilidad real” (SANGUINÉ, Odone, *op. cit.*, p. 462).

³¹ Así lo reseñaba la STC 128/1995: “Ausente la posible virtualidad en cuanto tal del principio de culpabilidad, debe asimismo acentuarse, tal como hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias del T.E.D.H. de 10 de noviembre de 1969, caso Stögmüller, f.j. 4º; de 28 de marzo de 1990, caso B contra Austria, parágrafo 42; de 26 de junio de 1991, caso Letellier, parágrafo 35; de 27 de noviembre de 1991, caso Kemmache, parágrafo 45; de 12 de diciembre de 1991, caso Toth, parágrafo 67; de 12 de diciembre de 1991, caso Clooth, parágrafo 36; de 27 de agosto de 1992, caso Tomasi, parágrafo 84; de 26 de enero de 1993, caso W. contra Suiza, parágrafo 30), que la constatación de ‘razonables sospechas’ de responsabilidad criminal opera como *conditio sine qua non* de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida cautelar” (f.j. 3).

con una información muy fragmentaria. Mientras que en el proceso penal se investiga todo lo que haya que investigar y se somete a prueba todo lo que haya que probar, el juez de la prisión provisional ha de tomar su decisión con lo que sabe en ese momento acerca de la imputación y de los riesgos de fuga, de destrucción de pruebas, de peligrosidad criminal.

Sin embargo, ni las prisas ni la desinformación son buenas consejeras. Y aunque no podemos evitarlas, sí podemos tratar de compensarlas con otros requisitos: que quien haya de decidir sea un juez, que escuche personalmente al imputado, que se pueda practicar la prueba disponible, que la decisión de prisión sea recurrible ante un órgano superior, y que la decisión de prisión puedan replantearse sin límite a la luz de nuevos datos fácticos.

De entre los distintos problemas constitucionales que plantea el proceso de la prisión provisional quisiera, siquiera brevemente, exponer a continuación los cuatro siguientes: si queda contaminado el juez de la prisión provisional para el enjuiciamiento final del delito; qué y cuánto debe motivar el juez su decisión de prisión; si cabe que el juez que decretó la libertad provisional se replantee su decisión a instancias de la acusación y la troque sin ningún dato fáctico nuevo; y si, en fin, cada medida de prisión –de adopción, prórroga o confirmación– exige la presencia del imputado ante el juez o tribunal que la adopta.

1. Imparcialidad

11. Creo que la primera cuestión merece una respuesta afirmativa: el juez que decreta la prisión provisional queda severamente condicionado para el enjuiciamiento final del delito³². Y queda condicionado por tres razones: por su partici-

³²La jurisprudencia constitucional española entiende que la prisión provisional constituye una decisión que “exige del Juez, por regla general, una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad” y, que, en cuanto que “comporta una actividad esencialmente inquisitiva” si se “adopta de oficio ... sin la previa instauración del contradictorio” (STC 106/1989, f.j. 4), afecta a su imparcialidad como decisor del fondo del conflicto penal (STC 145/1988, f.j. 7; también, STC 60/1995, f.j. 6). Señala recientemente la STC 143/2006, que “si bien la adopción de una medida cautelar como la prisión provisional es una de las actuaciones que, abstractamente consideradas, pueden generar en quienes las efectúan un prejuicio o idea preconcebida acerca de la participación del imputado en los hechos enjuiciados y de su culpabilidad, no debemos perder de vista que, conforme a la doctrina constitucional expuesta, se impone un análisis circunstancial de la cuestión sin apriorismos de los que este Tribunal ha huido constantemente”, siendo lo decisivo “tal como hemos dicho al abordar si el enjuiciamiento en segunda instancia de recursos deducidos contra resoluciones sobre prisión provisional compromete o no la garantía de imparcialidad judicial (ATC 68/2002, de 22 de abril, y resoluciones en él citadas), ... si el veredicto que se contiene en las resoluciones pretendidamente ‘contaminantes de la imparcialidad judicial’ es o no sustancialmente idéntico al que integra el juicio de culpabilidad” (f.j. 4).

pación en la instrucción, porque decide sobre la probabilidad de culpabilidad, y porque parece tener un interés personal en la decisión.

La primera razón radica en su toma de contacto con un material probatorio no depurado en cuanto a las garantías de su realización. Su percepción de lo sucedido no proviene sólo, como sería lo propio, del limpio escenario que supone el juicio oral, sino de su personal y obligada implicación en la instrucción. Además, en segundo lugar, constituye una fuente añadida de contaminación de su función de enjuiciamiento el hecho de que la prisión provisional presuponga una cierta probabilidad de culpabilidad, lo que comporta que el juez de la prisión que acude a la vista como juez penal lo hace con un prejuicio sobre el fondo incompatible con su función. Ya no tiene ante él a un inocente, sino a alguien a quien él ya ha catalogado como probable culpable. Acude al juicio –o cabe pensar que acude al juicio– con un cierto prejuicio de culpabilidad.

La tercera razón es de parcialidad subjetiva. De que el juez tenga alguna razón personal relevante para preferir una u otra decisión jurídica. Es notorio, porque es de sentido común, que el juez de la prisión provisional puede tener poderosas razones de prestigio personal y de conciencia, conscientes o inconscientes, para desear que no resulte absuelto quien con su intervención ha sido privado preventivamente de libertad. El riesgo de parcialidad al que me refiero –parcialidad procondena– proviene así de un posible deseo del juez del siguiente contenido: “ojalá que el imputado a quien envié a prisión resulte finalmente condenado a una pena de privación de libertad; ojalá que aquella medida quede finalmente justificada con una condena y no tener en mi conciencia que el acusado ha sufrido tal privación sin en realidad, vista las cosas finalmente, merecerlo”³³.

En la sentencia del Tribunal Constitucional español 98/1997 se abordó una cuestión de imparcialidad bien diferente a la expuesta en el texto: si el juez de instrucción quedaba contaminado para la decisión acerca de la prisión del imputado por el hecho mismo de haber instruido la causa y, dentro de ella, el incidente relativo a dicha situación personal. Si bien no parece discutible que quien dilucida y decide sobre algo tan trascendente como la libertad no pueda quedar al margen de la imparcialidad en cualquiera de sus vertientes, “que sólo desde la imparcialidad cabe adoptar una resolución judicial como la que nos ocupa” (f.j. 3), sí que lo es que, atendida la naturaleza de la decisión, forme parte del contenido constitucional de la imparcialidad el que quien la adopte no sea el instructor de la causa. Y ello,

³³ Más en general, Jorge Barreiro destaca que “el juez o tribunal sentenciador se muestra no poco sensible al peso de la pena que ya lleva cumplida el acusado en prisión provisional. Contingencia que acaba repercutiendo, aunque sea de forma inconsciente y encubierta, en aspectos fundamentales de su decisión, tanto en la propia apreciación probatoria como en la cuantificación de la pena, que en no pocos casos acaba determinándose con la mira puesta en los plazos de prisión preventiva” (BARREIRO, Alberto Jorge, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 38).

porque “la prisión provisional es una medida excepcional que se justifica como la respuesta más razonable a una situación en la que se impone la necesidad de optar entre el derecho a la libertad de una persona que no ha sido declarada culpable, de una parte, y el aseguramiento, de otra, de la administración de justicia penal. La correcta adopción de la decisión sobre la situación personal del imputado y su efectividad requieren, respectivamente, el conocimiento por parte del órgano decisor de toda la información relevante procesalmente disponible y, normalmente, la sujeción personal del imputado, lo que agrava cualquier demora en la resolución” (f.j. 3). A la vista de todas estas circunstancias, “la específica garantía que ahora exige el demandante de amparo como componente inexcusable de la imparcialidad objetiva, es decir, la sustitución del Juez instructor en la decisión relativa a la prisión provisional, si bien puede ciertamente contribuir a reforzar dicha imparcialidad, no alcanza a erigirse en garantía única e imprescindible de la incolumidad del derecho fundamental. Sin necesidad, en efecto, de recordar la proyección que en esta garantía ocupa su propio carácter judicial, la imparcialidad objetiva de quien viene instruyendo y decide, además, la privación preventiva de libertad puede venir suficientemente avalada por exigencias tales como la postulación de esta medida por parte de la acusación, la celebración de un debate contradictorio previo, así como la existencia de un recurso inmediato ante un órgano judicial ajeno a la instrucción y con arreglo a una tramitación necesariamente acelerada” (f.j. 4)³⁴.

2. Motivación

12. Las garantías de judicialidad y defensa sólo adquieren sentido pleno a partir de la motivación de la decisión de prisión. De poco vale la garantía de que quien decida sea un juez imparcial si no existe instrumento alguno para comprobar que su decisión ha sido racional y para poder defenderse de ella. Desde tal perspectiva, que no es sólo una perspectiva de tutela judicial o de proceso debido, sino de derecho sustantivo a la libertad³⁵, la cuestión es la de qué tiene que justificar, qué tiene que explicar el juez de la prisión provisional.

³⁴Jorge Barreiro sostiene que el “juez de instrucción tiende a legitimar la adopción de la medida cautelar acentuando la práctica de las diligencias de investigación inculpativas en detrimento de las diligencias exculpativas, incrementando así la naturaleza ya de por sí inquisitiva de la instrucción”. No obstante, “no deja de resultar en cierto modo distorsionador que no sea él quien pueda acordar la prisión provisional de oficio ni tampoco quien la solicita”, dado que es el que dirige de oficio la investigación: “tiene en mente el boceto de toda la investigación y conoce las consecuencias de la fuga de un imputado y las posibilidades de que suceda, así como los efectos que puede producir una ocultación o alteración de pruebas y las expectativas de que tenga lugar” (BARREIRO, Alberto Jorge, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 38).

³⁵Según la STC 128/1995, “debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motivación judicial –entendida en el doble sentido de explicitación del fundamento de Derecho en el que

Parece obvio que ha de hacer constar el presupuesto de la prisión y su finalidad. Que ha de consignar los indicios de culpabilidad y la finalidad constitucional perseguida con la prisión: si evitar la fuga, la destrucción de pruebas o la reiteración delictiva. No es suficiente, sin embargo, para evaluar la suficiencia del juicio de proporcionalidad realizado por el juez la mera alusión a una finalidad constitucional. La prioridad de la libertad y la concurrencia de la presunción de inocencia requieren la solidez de ese juicio de peligro –peligro de fuga, de destrucción de pruebas, de comisión de delitos– y tal solidez pasa por la aportación de datos fácticos concretos que sustenten tales peligros. La Constitución exige esmero judicial frente a quien demanda algo tan trascendente como es la libertad. Y por ello debe subrayarse la importancia de la concreción de la motivación. No se trata así de afirmar, por ejemplo, que los imputados por cierto tipo de delitos suelen escaparse a la acción de la justicia si se les deja en libertad, sino que el concreto imputado, en atención a sus individuales circunstancias personales, profesionales y familiares no va a comparecer en el proceso si se le deja en libertad.

En tal concreción, en la motivación suficiente de la prisión, está en juego, conviene recordarlo, no sólo la prestación de tutela, sino la libertad misma. La prisión provisional puede determinar la lesión del derecho fundamental a la libertad cuando la misma carezca de justificación, cosa que sucederá en cualquier caso cuando las razones aducidas por el juez sean inaceptables, pero también cuando el juez no aporte razón alguna o cuando las que aporte sean insuficientes.

13. Tiene interés la experiencia del Tribunal Constitucional español en el difícil control externo de las motivaciones de las prisiones provisionales, que es control de la restricción judicial de la libertad.

El primer foco de tal interés se encuentra en la relativización temporal del juicio. La solidez de la inferencia del riesgo en cuestión –de fuga, por ejemplo– ha de hacerse desde la perspectiva de la información existente en el momento de la

se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión– y las circunstancias fácticas que legitiman la privación de libertad, pues sólo en aquélla van a ser cognoscibles y supervisables éstas. De este modo, amén de al genérico derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC 66/1989, f.j. 5; 9/1994, f.j. 6; 13/1994, f.j. 6), en este supuesto de afección judicial al objeto del derecho, la falta de motivación de la resolución que determine la prisión provisional afecta primordialmente, por la vía de un de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la privación de libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma” [f.j. 4.a)]. Así, la “motivación que ha de ser ‘suficiente y razonable’, entendiendo por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego –la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal, en atención a los fines que hemos reseñado, por otro– a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida excepcional, subsidiaria y provisional” (STC 152/2007, f.j. 2).

adopción de la medida. Muchas prisiones se deciden en el primer momento de la instrucción, con una información harto fragmentaria que hace débil cualquier decisión adoptable por el juez en la situación de necesidad ante la que se encuentra. La suficiencia o no de la motivación no habrá de evaluarse en términos absolutos, sino en atención a lo posible, a la información disponible. Lejos del simplismo de una decisión sin más por la libertad o por la prisión, debe recordarse que se trata de una opción entre la privación provisional de libertad de un ciudadano y la asunción de ciertos riesgos para bienes fundamentales de la sociedad³⁶.

Una segunda estrategia reseñable de la jurisdicción constitucional española es su intento de asentar modelos de razonamiento suficientes e insuficientes, procurando de este modo aportar seguridad constitucional a la labor de los órganos judiciales. Modelos de tal tipo serían, por ejemplo, los siguientes:

—salvo en el primer estadio de la instrucción, el riesgo de fuga no puede sustentarse sólo en la cuantía de la pena que amenaza al imputado: la gravedad de la pena amenazante no es suficiente para sostener que el imputado se va a fugar³⁷; en cambio, el dictado de una sentencia condenatoria grave sí puede ser suficiente para inferir el riesgo de fuga³⁸;

—la proximidad de la celebración del juicio oral como dato a partir del cual sustentar los riesgos que se pretenden evitar tiene “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”, por lo que “el órgano judicial debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis (por todas, SSTC 128/1995, f.j. 3;

³⁶ Al respecto, BARONA VILAR, Silvia, Prisión provisional: “sólo”...., *op. cit.*, punto 3. Así, en relación con la constatación del riesgo de fuga, “si bien es cierto que ‘en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional (...), así como los datos con los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena’, también lo es que ‘el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias’ y obliga a ponderar ‘los datos personales así como los del caso concreto’ [STC 128/1995, f. j. 4 b); también, SSTC 37/1996, f. j. 6 A); 62/1996, f. j. 5º] [STC 44/1997, f. j. 5 b)]. Y así, en el supuesto que enjuiciaba la sentencia citada se concluía que “(c)uando el Juez adoptó la decisión, no había pasado aún un mes desde el inicio de la instrucción y el único dato descollante era el de la indiciaria comisión de un delito calificable inicialmente como grave por parte de ciudadanos extranjeros que no cabe descartar que formen parte de una organización. Que en esta tesitura el Juzgado optara por la prisión y no por la libertad, y sustentara su opción en la conjuración de un riesgo de fuga sostenido sólo por la gravedad de la imputación y de la pena amenazante, no puede calificarse en este caso concreto como una decisión ilógica o injustificada y excesivamente preservadora del proceso en detrimento de la libertad” (f.j. 7).

³⁷ SSTC 128/1995, f.j. 4; 33/1999, f.j. 6; 61/2001, f.j. 4; 94/2001, f.j. 6.

³⁸ STC 62/1996.

66/1997, f.j. 6; 146/1997, f.j. 5; 33/1999, f.j. 6; 35/2007, f.j. 2)” (STC 35/2007, f.j. 2)³⁹;

—en la prisión del extraditabile constituye un sólido indicio del riesgo de fuga el hecho de que ya haya eludido la acción de la justicia del Estado reclamante (STC 71/2000, f.j. 6): vale el argumento “pienso que te vas a fugar porque ya te has fugado una vez y recientemente”.

3. *Inmediación*

14. La garantía de inmediación debe atemperarse a su concreta necesidad en función de la reiteración del incidente. Como la cuestión acerca de la libertad o la prisión provisionales del imputado puede ser suscitada por éste siempre que así lo tenga a bien, podría llegar a carecer de sentido en el concreto incidente procesal así generado lo que respecto a la adopción o la prórroga de la prisión se presenta como aconsejable o como imprescindible. Así lo entiende el Tribunal Constitucional español en su sentencia 108/1997: “Tampoco cabe entender que estemos en este concreto supuesto (comparecencia del imputado previa a la decisión sobre la continuación de la prisión provisional en la tramitación del recurso de casación) ante una garantía directamente exigida por la Constitución, es decir, ante una garantía que, aun no estando expresamente contemplada en la ley, debiera estarlo o debiera integrar necesariamente su interpretación. Repárese, en primer lugar, en abstracto, en que las decisiones sobre la situación personal del imputado no sólo le vienen impuestas al Juez en determinados momentos procesales por la ley, sino que pueden ser también instadas en cualquier momento por el imputado afectado cuantas veces lo estime conveniente. De ahí que en ocasiones la garantía de comparecencia pueda resultar no sólo innecesaria, sino también, por ello, dilatoria y perturbadora para la correcta tramitación del procedimiento. De ahí, también, que el legislador haya optado en la actualidad por reservar tal exigencia para las decisiones de empeoramiento de la situación del imputado en términos de libertad. Repárese asimismo, en concreto, en que en el caso que nos ocupa nos encontramos ante una decisión de confirmación que la ley impone al Tribunal respecto a una situación que el mismo había ya confirmado unos días antes en la Sentencia condenatoria y que había venido precedida entonces de la correspondiente vista oral” (f.j. 2).

³⁹ “Esta ambivalencia es precisamente la que obliga a que, cuando se alude a lo avanzado de la tramitación y al aseguramiento de la celebración del juicio oral —dato puramente objetivo—, se concreten las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado. La simple referencia a lo avanzado de la tramitación carece como tal de fuerza argumentativa para afirmar la posibilidad de que el imputado huya” (STC 66/1997, f.j. 6).

4. Cosa juzgada

15. Como la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional “obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente” (STC 66/1997, f. j. 1), “ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables”. Ello no proporciona “cobertura a modificaciones arbitrarias de la situación personal del imputado, por lo que en última instancia será necesario que la decisión judicial sí tenga su sustento en el acaecimiento de nuevas circunstancias en el curso del proceso, en la valoración de alegaciones no formuladas con anterioridad, o incluso en una reconsideración –plasmada en la resolución judicial– de las circunstancias ya concurrentes pero que, a juicio del propio órgano judicial, fueron erróneamente apreciadas en la resolución que se modifica” (SSTC 65/2008, f.j. 3; 66/2008, f.j. 3).

Esta última reflexión jurisdiccional se realiza en relación con un supuesto en el que la decisión inicial del juez instructor había sido la de someter la libertad de los imputados –dos ciudadanos extranjeros a los que se le atribuía el haber participado en una operación de tráfico internacional de heroína y cocaína– a una altísima fianza de 750.000 euros. Los imputados no la abonaron y, concluido el sumario, solicitan con éxito la reconsideración de la cuantía, que pasa a ser, por decisión ahora de la sala juzgadora, de 50.000 euros, sin recurso de la acusación pública al respecto. Ante el pago y la consecuente libertad de los imputados, la Fiscalía se lo piensa mejor y pide la elevación de la fianza a su cuantía original, a lo que la Sala accede. Los imputados no pagan la nueva fianza e ingresan de nuevo preventivamente en prisión, sin que prosperen sus recursos ante la propia Sala y, en amparo, ante al Tribunal Constitucional.

Ante un supuesto como éste procede recordar las dos directrices que concurren a su resolución. Es la primera la de que las decisiones de prisión provisional o de libertad provisional bajo fianza no generan cosa juzgada y que pueden ser por lo tanto objeto de reconsideración. Es la segunda la de que tal reconsideración puede proceder tanto de novedades fácticas, con lo que en realidad cambia el objeto del proceso, como de un distinto entendimiento de los hechos o de las normas que rigen la medida cautelar o de seguridad. Si éste es el caso, debe exigirse a la motivación judicial una doble solidez: la que exige el que su contenido sea de prisión y la que exige el que quede poderosamente afectada la seguridad jurídica en materia tan sensible como la libertad, con la reconsideración de una decisión reciente más favorable a la misma.

VI. CONCLUSIÓN

16. Reseñaba al comienzo de este artículo que la prisión provisional constituye una paradoja del Estado democrático. Es radicalmente hostil al mismo en la medida en que supone la privación de libertad de un inocente. Pero es imprescindible para el mismo porque es un instrumento imprescindible para la prevención de delitos. Esta paradoja tiene como única solución de compromiso⁴⁰ la de hacer de la prisión provisional un instrumento decente. Y un instrumento decente supone que la prisión provisional sea legal –esto es: prevista con detalle en la ley–, proporcionada –esto es: imprescindible para la prevención mediata o inmediata de delitos– y justa –sólo aplicable a un probable culpable–. Y ha de ser un instrumento decente decentemente aplicado: por un juez imparcial y con plenas garantías de defensa.

No es propio de una sociedad democrática la que Carrara denominaba “manía de cárcel”, y sí “espaciar cuanto sea posible y acortar la prisión provisional”, reducirla “dentro de los límites de la más estricta necesidad”, ordenándola “de modo que no sea tirocinio de perversión moral”⁴¹. Lo que la Constitución democrática le exige a la prisión provisional es que sea un instrumento legal, mínimo y justo al servicio de la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA DE PAZ, Enrique, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, v. IV (Madrid, 1924).
- ASENCIO MELLADO, José María, La prisión provisional (Madrid, 1987).
- BANACLOCHE PALAO, Julio, La libertad personal y sus limitaciones (Madrid, 1986).
- BARONA VILAR, Silvia, Prisión provisional y medidas alternativas (Barcelona, 1988).
- BARONA VILAR, Silvia, Prisión provisional: “sólo” una medida cautelar, en *Actualidad Penal* 42 (2000).
- BARREIRO, Alberto Jorge, La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en *La Ley* N° 4.297 (1997).
- BARREIRO, Alberto Jorge, La reforma de la prisión provisional –Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003– y la doctrina del Tribunal Constitucional, en *Jueces para la Democracia* 51 (2004).

⁴⁰ Que, como afirma LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *op. cit.*, p. 2, “tiene mucho de resignación”.

⁴¹ CARRARA, Francesco, “Inmoralidad...”, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

- BELLIDO PENADÉS, Rafael, La duración de la prisión provisional, en *Tribunales de Justicia. Revista española de derecho procesal* 6 y 7 (1998).
- BENAVENTE, Catalina, La regulación de la prisión provisional tras la reforma efectuada por la LO 13/2003, de 24 de octubre: muchas expectativas insatisfechas, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* 17 (2007).
- CARRARA, Francesco, Programa de Derecho criminal, t. II, GUERRERO, Jorge y ORTEGA, José Joaquín (trads.) (Bogotá, 1957).
- CARRARA, Francesco, Inmoralidad de la prisión provisional, en *Cuadernos de Política Criminal* 67 (1999).
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, El sentido de la prisión provisional y la Ley Orgánica 10/1983 de 26 de diciembre, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 4 (1985).
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, IBÁÑEZ, Perfecto Andrés *et al.* (trads.) (Madrid, 1995).
- GIMENO SENDRA, Vicente, La libertad personal y sus limitaciones (Madrid, 1986).
- GIMENO SENDRA, Vicente, La prisión provisional y el derecho a la libertad, en *La Ley* 4.187 (1998).
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, el Juez y la prisión provisional, en BARBERO SANTOS, Manuel (coord.), Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales: Seminario Internacional Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996, Sección Española de Intercente (Cuenca, 1997).
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, La reforma de la prisión provisional, en *La Ley* 5926 (5 de enero de 2004), disponible en www.diariolaley.laley.es.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, Fines legítimos de la prisión provisional, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 11 (1998).
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, Por un Derecho Penal sólo penal: Derecho Penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho Administrativo sancionador, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel *et al.* (coords.), Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo (Pamplona, 2005).
- MORENO CATENA, Víctor, “En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 4 (1981).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional, en BARBERO SANTOS, Manuel (coord.), Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales: Seminario Internacional Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996, Sección Española de Intercente (Cuenca, 1997).

- ORTELLS RAMOS, Matiza, Para una sistematización de las medidas cautelares, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1978).
- ORTIZ URCULO, Juan, La privación de libertad; la prisión provisional, en AA. VV., Estudios del Ministerio Fiscal (Madrid, 1995).
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, La prisión preventiva y los derechos humanos, en *Anuario de Derechos Humanos* 2 (1983).
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 2 (1984).
- SANGUINÉ, Odone, Prisión provisional y derechos fundamentales (Valencia, 2003).