

LA PRISIÓN PROVISIONAL Y DERECHO A LA LIBERTAD

Vicente Gimeno Sendra

Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Procesal

Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales.
Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 41),
Cuenca, 1997

<http://www.cienciaspenales.net>

LA PRISIÓN PROVISIONAL Y DERECHO A LA LIBERTAD

VICENTE GIMENO SENDRA
Magistrado del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho Procesal

I. Concepto

De conformidad con nuestra Constitución, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación (Tribunal Constitucional y Europeo de Derechos Humanos) 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 de la celebración del juicio oral.

Del referido concepto se infieren las siguientes notas esenciales:

1. *Jurisdiccionalidad*

A) La primera de ellas es la jurisdiccionalidad de la medida. El fundamento de este requisito es evidente: la prisión provisional restringe, en primer lugar, un *derecho fundamental* y, en este ámbito (en el de la tutela de los derechos fundamen-

tales) la Jurisdicción ha de ostentar siempre, como señaló KERN¹ en Alemania, «no sólo la última, sino la primera palabra», y, en segundo, dicho derecho fundamental es el *derecho a la libertad* que es uno de los más preciados de la persona humana hasta el punto de que nuestra Constitución sitúa a la libertad como un valor superior e informador de todo el ordenamiento jurídico (art. 1.1).

En materia, pues, de restricción del derecho a la libertad la Jurisdicción ostenta el más amplio monopolio. A ningún otro Poder del Estado se le autoriza a limitar ese derecho. En particular, dispone el art. 25.3 C.E. que la Administración «no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad», prohibición que convierte en inconstitucional cualquier suerte de arresto administrativo sancionador, como lo fue, en el anterior Régimen autocrático, el tristemente famoso «arresto por impago de multa», en la práctica, utilizado para reprimir las infracciones contra el «orden público».

A este principio no se opone la existencia de la *detención* que han de practicar los funcionarios de la policía judicial, pues esta medida también *cautelar* es provisionalísima o interina, la cual no deriva de la autotutela administrativa, sino que constituye un acto procesal penal, y, en cuanto tal se fundamenta y está sometido siempre a la potestad jurisdiccional penal, incluso en su polémica forma de «detención de indocumentados», con respecto a la cual hemos afirmado que también ha de estar ligada a un estado de sospecha de participación (o, al menos, de prevención) del detenido en un hecho punible (STC 341/1993).

B) Pero el principio de exclusividad jurisdiccional de la prisión provisional, en segundo lugar, no puede entenderse cumplido ante la existencia de una resolución proveniente de cualquier orden judicial, sino tan sólo cuando la adopta el *órgano jurisdiccional penal competente*. Dicho órgano jurisdiccional (salvedad hecha de la problemática de los aforamientos o de la Audiencia Nacional), como es sabido, es el Juez de Instrucción legal o natural (el del «locus delicti», tal como establece el art. 14.2 LECRIM) que conoce de la fase instructora o «pieza» principal del sumario. A ningún otro Juez de Instrucción se le autoriza, pues, a dictar un auto de prisión, sino, a lo sumo, a elevar la detención a prisión (art. 499), resolución que precisa ser ratificada por el Juez de Instrucción competente en el plazo de tres días (art. 516).

C) En tercer lugar, ese juez de instrucción competente para dictar la medida que nos ocupa ha de ser el *juez legal* diseñado por la Constitución. A esta conclusión se hace obligado llegar, si se piensa que todo órgano jurisdiccional ha de ser respetuoso en su constitución y funcionamiento con la exigencia constitucional de que esté «predeterminado por la Ley» (art. 24.2 C.E.), por lo que, si al órgano jurisdiccional habilitado para dictar la prisión provisional le afecta el también derecho fundamen-

1 KERN-WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht*, München, 1975, págs. 9-10.

tal al juez legal (art. 24.2 C.E.), es claro que *constituiría una infracción a dicho derecho fundamental*, no sólo que la adopción de la prisión provisional se desgajara, «ad hoc» o «ad personam», de una instrucción en curso, sino también *que el propio juez de instrucción competente no fuera el Juez predeterminado por la propia Constitución*, esto es *el «juez independiente y sometido al imperio de la Ley» (art. 117.1 C.E.)*.

De lo dicho se infiere que, el Juez instructor competente, ha de cumplir también con el modelo de juez constitucional o, lo que es lo mismo, ha de ser *imparcial* (tal como, por lo demás, exige el art. 2 LECRIM), lo cual no ha de resultar incompatible con su función investigadora, sino simplemente entraña la obligación de cumplir escrupulosamente con las causas de abstención y de recusación que también son reclamables para los Jueces de Instrucción (arts. 52 y 64.5).

Precisamente para garantizar la imparcialidad del juzgador, la L.O. 5/1995, consciente de la función inquisitiva del Juez de Instrucción y de la gravedad que entraña la prisión provisional, ha introducido un nuevo precepto, el art. 504 bis.2, en cuya virtud ha establecido, como requisito previo de esta medida, los principios de «justicia rogada» (de suerte que es preciso que las partes acusadoras insten expresamente esta medida contra un imputado determinado) y de «oralidad», pues a la adopción de esta resolución ha de preceder siempre la realización de una *audiencia* en la que las partes expondrán sus alegaciones y prueba de los hechos que fundamentan sus respectivas peticiones, decidiendo el juez al término de la misma con la imparcialidad de la que no gozaba en el régimen anterior en el que la prisión solía adoptarse de oficio con la sola lectura del atestado y tras el oportuno interrogatorio judicial.

2. Objeto: la restricción del derecho a la libertad

La segunda nota esencial que configura la prisión provisional es la de recaer sobre un *derecho fundamental*, cual es el *derecho a la libertad* del art. 17 C.E., al que somete a una no siempre, por desgracia, corta restricción.

La incidencia de esta medida sobre el referido derecho fundamental conlleva importantes consecuencias doctrinales y prácticas, como lo son la aplicación, de un lado, de la doctrina constitucional sobre la *proporcionalidad* y el otorgamiento, de otro, a este derecho fundamental de una especial protección jurisdiccional.

A) El principio de proporcionalidad:

De conformidad con la doctrina del TEDH (caso Handyside, s. 7 de diciembre de 1976; «The Sunday Times» s. 26 de abril de 1979; Sporrang y Lohnroth, s. 24 de septiembre de 1982; Bartoldt, s. 25 de marzo de 1985) y jurisprudencia del Tribunal

Constitucional (s. 62/1982, y 13/1985, 37/1989, 50/1995...) pueden extraerse, del principio de proporcionalidad, las siguientes notas esenciales:

a) *Legalidad*:

El primer presupuesto que ha de cumplir todo acto procesal limitativo de algún derecho fundamental lo constituye el principio procesal de *legalidad*. A él se refiere el art. 8.º del CEDH al requerir que toda ingerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar «prevista por la ley», lo que exige que el ordenamiento interno expresamente autorice a la autoridad judicial disponer tales actos de prueba (SSTEDH «Malone», de 2.Agosto.1984, Huvig, de 4.Abril.1990).

La aplicación del anterior presupuesto a la prisión provisional exige, no sólo, como es lógico, que esta medida se encuentre prevista en el ordenamiento procesal, sino que, además, sólo pueda ser adoptada como consecuencia del estricto cumplimiento de los *tasados motivos* que justifican el sacrificio de este derecho fundamental (STC 127/1984, 140/1986, 34/1987, 241/1994).

Nuestra LECRIM, que, a diferencia de otros Códigos Procesales Penales Europeos (así, el párrafo 112 a de la StPO, Francia, Italia, etc...), no ha secundado el criterio del «listado» de delitos, sino el del «quantum de gravamen» de la imputación (art. 503.2), conjugado con otros estándares (así, la reincidencia y alarma social), *no ha contemplado en particular el motivo de «oscurecimiento de la prueba»*² o peligro de destrucción por el imputado de los elementos que integran el cuerpo del delito (este es el criterio, por ejemplo, sustentado por el parág. 112.3.a StPO), razón por la cual ha de reputarse *como contraria al derecho a la libertad la prisión provisional que pudiera adoptarse con este exclusivo sustento* y ello, por infringir el principio procesal de legalidad. Con todo, dicho motivo ha adquirido alguna carta de naturaleza tras la publicación de la ambigua STC 128/1995, que, por un lado, si bien proscribía la utilización de la prisión provisional para obtener pruebas o declaraciones (F.J. 3), ha legitimado, por otro, la adopción de la prisión provisional por esta causa (F.J. 4), aun cuando dicho motivo, por sí solo, no debe ser susceptible de justificar la permanencia en el tiempo de la medida.

b) *Necesidad*:

En segundo lugar, no basta con que la medida y el motivo que la justifica estén previstos en la Ley, sino que es también imprescindible que *objetivamente se*

2 MUÑOZ CONDE, *Prisión provisional y juez penal*, en «Seminario Internacional...», cit. (inédito), 3; para GÓMEZ COLOMER (*El sistema de penas y su repercusión procesal*, en «La Ley», 3991, pág. 9), sin embargo, dicho motivo se encuentra implícito en el art. 503.2 LECRIM.

justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman (art. 8.2 CEDH) (SSTC 158/1993, 85/1992, 113/1989), debiéndose adoptar, en cualquier otro caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental.

La aplicación del principio de necesidad a la prisión provisional en un sistema democrático, entraña el cumplimiento de dos exigencias constitucionales, cuales son, de un lado, su *excepcionalidad*, conforme a la cual, a diferencia del proceso inquisitivo, *en una sociedad democrática la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general*³, sino que ha de adoptarse exclusivamente cuando se cumplan escrupulosamente los fines que la justifican (SSTC 41/1982, 32, 34 y 40/1987, 13/1994 y 1289/1995), y, de otro, es indispensable también para la adopción de la medida la existencia de una *imputación grave* que haga racionalmente presumir el peligro de fuga.

El cumplimiento del subprincipio de necesidad exige la justificación objetiva de la prisión provisional, pues, al ocasionar el sacrificio de un derecho tan preciado como lo es el de la libertad, deviene ineludible la obligación judicial de examinar, no sólo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra *alternativa menos gravosa* para el derecho a la libertad que, asegurando el cumplimiento de los fines de la prisión provisional, ello no obstante, no supongan el sacrificio de aquel derecho fundamental (así, la libertad provisional con o sin fianza, retirada del pasaporte y, en general todas las medidas de control judicial que podrían instaurarse en la LECRIM tras haber recibido su sanción material mediante la introducción en el Código Penal vigente de 1995 de las novedosas medidas de suspensión —art. 83 C.P.— o sustitución —art. 88 C.P.— de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como determinadas medidas de seguridad —art. 96 C.P.—).

La vigencia del principio de necesidad ha de serlo, además, a lo largo de todo el mantenimiento de la prisión provisional, de tal suerte que, debe el Juez permanentemente examinar de oficio si permanecen los motivos que justifican esta restricción del derecho a la libertad, pudiendo disponer de oficio la libertad provisional o plena del procesado (art. 528). Dicho en otras palabras: la prisión provisional, en tanto que medida cautelar, está sometida a la cláusula «*rebus sic stantibus*» con la particularidad de que, a diferencia del proceso civil, al incidir en un derecho fundamental, debe ser por el Juez vigilado «de oficio» el cumplimiento permanente de los presupuestos materiales que la justifican.

3 DE SALVIA, *La jurisprudence des Organes de la Convention en matière de detention provisoire: principes d'interprétation*, en «Seminario Internacional...», cit.

c) *Motivación:*

Como lógica consecuencia del principio material de necesidad surge la obligación formal del Juez, consistente en efectuar una especial *motivación de la resolución limitativa del derecho fundamental a la libertad* en la que ha de plasmar el *juicio de ponderación* entre los contradictorios derechos e intereses en pugna a fin de justificar en el auto la necesidad de la medida y ello, no sólo para que el imputado pueda conocer las razones justificativas de la restricción de su derecho fundamental, sino también para que pueda ejercitar con eficacia los recursos devolutivos contra aquella resolución en los que el Tribunal «ad quem» podrá comprobar la justificación o no del acto. Por tales razones, pese a la no erradicación todavía de los autos de prisión en forma impresa o estampillada⁴ si no existiera dicha motivación, el T.C. es concluyente a la hora de estimar, por esa sola causa, el recurso de amparo (SSTC 26/1981, 62/1982, 37/1989, 85/1994).

B) El recurso de amparo directo

Naturalmente contra los autos de prisión provisional, no solo cabe interponer, por razones de forma o de fondo, los recursos ordinarios (y, entre ellos, el de apelación), sino también, al incidir en un derecho fundamental, es procedente siempre el recurso de *amparo*, pero con una importante especialidad y es la de que, en la jurisprudencia del T.C. hasta esta fecha, es prácticamente el único derecho fundamental con respecto al cual puede obtenerse su restablecimiento de una *manera directa* por el T.C. sin tener que esperar, en virtud del cumplimiento del principio de «subsidiariedad» (arts. 50.2 C.E. y 44.1.a LOTC), a un pronunciamiento definitivo y firme sobre el objeto del proceso penal (SSTC 195/1991, 32/1994, 27 /1995) o, lo que es lo mismo, el principio de subsidiariedad hay que estimarlo cumplido por el solo hecho de interponer contra el auto de prisión los recursos ordinarios (reforma y apelación), sin que tenga el preso preventivo que acumular sus motivos de impugnación contra la sentencia definitiva.

La justificación por parte de la doctrina del T.C. de la admisión de este «recurso de amparo directo» contra una resolución interlocutoria deviene obvia: ante la duda sobre la violación del art. 17 C.E., si el Tribunal Constitucional obligara al preso preventivo a esperar la obtención de una sentencia firme a fin de acumular sobre ella la impugnación del auto de prisión, es evidente que podría producirse, caso de ser estimado el amparo, una perpetuación en el tiempo de la violación de un derecho fundamental que, dada su naturaleza, es de tracto permanente. Por esta razón, el

4 ANDRÉS IBÁÑEZ, *El Juez y la prisión provisional*, en «Seminaro Internacional...», cit.

T.C., no solo admite el *amparo directo*, sino que procura otorgar a estos amparos una tramitación acelerada, imponiéndose en estos últimos tiempos la celebración de vista oral cuando se encuentre en juego la protección del derecho a la libertad (así, la STC 62/1996).

3. Duración

La tercera característica de la prisión provisional consiste, como su nombre indica, en poseer una naturaleza «provisional», pues, como señala, el art. 528 LECRIM «la prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado».

Ahora bien, si se tiene en cuenta que, en nuestro ordenamiento, tales motivos son fácilmente reconducibles a uno sólo, cual es el de asegurar la comparecencia del imputado al juicio oral, es manifiesto que la duración de dicha medida, en principio, se encuentra en función de la duración del proceso penal principal, cuyo objeto tiende a asegurar.

Se diferencia así la prisión provisional de otras instituciones afines, tales como la detención policial que es «provisionalísima» (ya que tan sólo puede durar veinticuatro horas, a tenor de lo dispuesto en el art. 496 LECRIM) y la pena privativa de libertad que es una medida de ejecución y, en cuanto tal, definitiva.

Debido a la circunstancia de que, de un lado, en el proceso penal rige la presunción de inocencia y que, de otro, la prisión provisional de algún modo anticipa los efectos de la pena (y, de aquí, que se le compute al penado el tiempo sufrido en situación de prisión preventiva: art. 58.1 C.P.), se hace necesario que dicha medida dure lo imprescindible para cumplir con su objetivo, para lo cual es necesario tramitar *con preferencia y con la mayor urgencia* posible los procesos penales que tengan presos preventivos.

Para obtener esta celeridad de la justicia penal y dar, en definitiva, cumplimiento al derecho fundamental a un proceso «sin dilaciones indebidas», han surgido y coexisten en el derecho comparado dos tipos de medidas de política legislativa que no son, ni mucho menos, alternativas: bien, en la línea de los Códigos portugués e italiano, se puede someter a la totalidad de la instrucción (que es la fase «reina» en dilaciones) al cumplimiento de plazos procesales, cuya inobservancia puede abocar en un sobreseimiento por esa sola causa, bien limitar temporalmente la duración de la prisión provisional en función de la duración previsible de la pena asociada al delito imputado, de tal suerte que, una vez cumplidos tales plazos, debe el Juez poner en libertad al procesado. Este sistema, como es sabido, fue el secundado por el art. 504.4 LECRIM, tras su reforma operada por la L.O. 10/1984.

La referida norma procesal ha pretendido cumplir con el mandato constitucional contenido en el segundo apartado del art. 17.4, según el cual «por ley se determinará

el plazo máximo de duración de la prisión provisional». Sin embargo, tal y como el T.C. tiene afirmado, no lo ha integrado plenamente, pues dicho derecho fundamental al plazo máximo de la prisión provisional no constituye un derecho de configuración legal (STC 206/1991) que haya podido ser plenamente desarrollado por el actual art. 504.4, precepto que llega a permitir prolongaciones de la prisión provisional nada menos que de hasta «cuatro años».

La integración que la referida norma ordinaria ha efectuado de la constitucional lo es tan sólo parcial o por exceso, en el sentido de que hay que estimar vulnerado el derecho al plazo razonable de la prisión provisional *siempre que se infrinjan los plazos* de tres meses, un año o dos y hasta cuatro años⁵ establecidos en función de la gravedad del delito (SSTC 127/1984, 286/1985, 85/1995 Y 32/1987). Pero, *sin necesidad de rebasar tales plazos, también puede vulnerarse el art. 17.4 si el proceso penal queda paralizado sin causa de justificación alguna* que la legitime y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la dilación indebida o paralización del procedimiento (SSTC 206/1991, 41/1996).

Hoy en día las referidas causas de justificación son prácticamente idénticas a las que el Tribunal Europeo ha elaborado en su doctrina sobre la integración de los estándares nacida con ocasión de la interpretación del derecho a que la causa sea oída dentro de un «plazo razonable» del art. 6.4 del CEDH (SSTEDH «Neumeister» de 27 de junio de 1968, «Wemhoff», de 27 de junio de 1968, «Stogmüller», de 10 de noviembre de 1969, «Skoogstrom», de 2 de octubre de 1984, «Bezicheri», de 25 de octubre de 1989, «Letellier» de 26 de junio de 1991).

De conformidad con dicha doctrina, para determinar si se ha excedido o no del plazo máximo o razonable de la prisión provisional, hay que atender, en general, al examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el Juez de Instrucción y el comportamiento del recurrente, y, en particular, en lo que a la prisión provisional se refiere, a la *gravedad del delito* imputado (STEDH «Tomasi», de 27 de agosto de 1992), al *riesgo de fuga y la complejidad* del procedimiento (STEDH «Van del Tang», de 13 de julio de 1995), sin que, en ningún caso, pueda erigirse en causa de justificación de las dilaciones indebidas, ni la sobrecarga de trabajo de un

5 De conformidad con la Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado, y a la luz de la Disp. Transitoria 11ª del nuevo Código Penal han de entenderse las siguientes equivalencias: —cuando la pena exceda de tres años de privación de libertad, el preso preventivo o podrá permanecer más de dos años, prorrogables por otros dos (lo que puede infringir el derecho al plazo razonable, ya que son muchísimos los delitos con pena superior a los tres años); cuando el delito imputado tenga una pena privativa comprendida entre seis meses y tres años, un año prorrogable por otro, y cuando la pena sea de arresto de siete o más fines de semana, la duración máxima de la prisión provisional será de tres meses.

Juzgado de Instrucción determinado (salvo que dicha sobrecarga sea meramente conyuntural y el Estado prontamente la remedie: SSTEDH «Bucholz», de 6 de mayo de 1981, «Zimmermann» y «Steiner» de 13 de julio de 1983), ni tampoco el comportamiento negligente, sinuoso o «chicanoso» del recurrente (STC 127/1984); en este último sentido el T.C. ha tenido ocasión de declarar que una actividad de la defensa obstruccionista, consistente en plantear recursos o incidentes improcedentes dirigidos exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del imputado como consecuencia del cumplimiento de los plazos de la prisión provisional, se manifiesta «contraria a la obligación constitucional (de las partes) de colaboración con jueces y tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la justicia que no puede merecer el amparo de la Constitución» (STC 206/1991).

4. Naturaleza jurídica

De todo lo anteriormente expuesto una conclusión deviene evidente, cual es la de que la naturaleza jurídica de la prisión provisional en nuestro ordenamiento hay que reconducirla a la de las *medidas cautelares* penales de naturaleza personal (SSTC 41 /1982, 32/1987, 117/1987, 85/1989, 3/1992, 60/1995).

En efecto, la prisión provisional participa de todas y cada una de las notas que configuran a las medidas cautelares:

A) Presupuestos

Así, concurren, en primer lugar los presupuestos propios de tales medidas, como lo son el «*fumus boni iuris*» y el «*periculum in mora*».

a) «*Fumus boni iuris*»:

Como es sabido, el «*fumus boni iuris*» o apariencia de título del buen derecho de todas las medidas cautelares en el proceso penal (aseguratorias de la pretensión civil incluidas) consiste siempre en un juicio de *imputación* o fundada sospecha de participación del imputado en el hecho punible.

Las especialidades que plantea este juicio de imputación en la prisión provisional son dos: A) *desde un punto de vista formal* es necesario, en primer lugar, que exista algo más que un «indicio racional de criminalidad», presupuesto este último que justifica resoluciones tales como el auto de procesamiento (art. 368), el de libertad provisional con o sin fianza (art. 529) o los autos de adopción de fianzas o embargos aseguratorios de la responsabilidad civil (art. 589); la prisión provisional exige un «plus» material: no sólo que exista constancia del hecho (art. 503.1), sino también que el Juez tenga «*motivos bastantes*» sobre la «*responsabilidad penal*»

del imputado, lo que conlleva la importante consecuencia práctica de que, en tanto que para la adopción de aquellas medidas es suficiente una sospecha motivada y objetiva sobre la autoría del imputado, para disponer la prisión provisional, no sólo se requiere este juicio de imputación (que, por lo demás siempre ha de estar presente, pues, legalmente el procesamiento es siempre presupuesto previo del auto de ratificación de la prisión), sino, además, que *no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal*, y B) *atendiendo un criterio material*, no es suficiente la imputación de cualquier delito o contravención, sino de un *delito* (y de aquí, que no se justifique limitación alguna del derecho a la libertad con las faltas: art. 495) *grave*, castigado con *pena privativa superior a «prisión menor»* (equivalente, en la actualidad a tres años de privación de libertad⁶, según la Disp. Trans. Undécima 1.c del nuevo C.P. de 1.995) (art. 503.2 LECRIM en relación con la Disposición 11º.1.c y 33.2.a del C.P.) o que, siendo inferior, concurren otros estándares que incrementen el peligro de fuga (tales como la reincidencia, el peligro de reiteración o la alarma social: art. 503.2).

La existencia de una imputación de especial gravedad, como presupuesto previo de la prisión provisional, se justifica en la medida en que el legislador infiere que a «mayor posibilidad futura de imposición de años de privación de libertad para el imputado, mayor incremento de su peligro de fuga», lo que no puede significar, sin embargo, que, cuando el hecho imputado sea muy grave, haya de devenir automática la prisión provisional o prolongarse indefinidamente en el tiempo. A esta conclusión cabría llegar de una interpretación «a sensu contrario» del primer y segundo apartado del art. 503.2 que parece obligar al Juez a disponer la prisión preventiva cuando la pena exceda de prisión menor y autoriza la puesta en libertad del preso preventivo cuando el delito imputado tenga una pena inferior a los tres años y no concurren las circunstancias allí reseñadas.

Esta interpretación gramatical, unida a la entrada en vigor del nuevo C.P. (que ha incrementado entre un 30 y un 35% los delitos graves de la competencia de las Audiencias Provinciales), cuya tabla de equivalencia de su Disposición Transitoria Undécima, según la cual la prisión mayor es equivalente a pena superior a tres años, teniendo además en cuenta que el art. 13.4 reputa como delito grave aquel cuya pena pueda exceder la de tres años aun cuando en grado mínimo sea inferior, puede a corto plazo incrementar injustificada y excesivamente el número de presos preventivos en España.

Ello no obstante, esta lectura del precepto sería inconstitucional, pues, según la doctrina del T.E.D.H., tales estándares, junto con los que acrediten el arraigo del imputado han de ser también de total aplicación en los delitos muy graves (STEDH

6 Vide el interesante trabajo de GÓMEZ COLOMER, cit., págs. 8-9. MUÑOZ CONDE, *Prisión provisional...*, cit., 2.B.a.

«Clooth», de 12 de diciembre de 1991, «Toth» de 12 de diciembre de 1991 y, sobre todo, «W. c. Suiza», de 26 de enero de 1993).

b) «*Periculum in mora*»:

Por esta razón, el criterio de la imputación ha de ser conjugado con el «*periculum in mora*» o peligro en el retardo a la hora de dictar sentencia que, en el proceso penal, se subsume en el peligro de fuga del imputado.

Dicho peligro de fuga, no sólo se incrementa o disminuye en función de la gravedad del delito, sino también de la naturaleza del hecho punible (así, no obstante su gravedad, los crímenes pasionales no suelen provocar la ocultación del homicida) y, sobre todo, las condiciones de arraigo del procesado, tales como el número de hijos o de personas a su cargo, su vecindad conocida, trabajo estable, reputación o fama, etc.

Sin fundada sospecha del peligro de fuga del imputado nunca puede justificarse la prisión provisional, pues, su finalidad esencial consiste, como se ha reiterado, en asegurar la futura presencia del acusado a la llamada a la celebración del juicio oral.

Pero, muchos ordenamientos, y entre ellos el nuestro, mantienen motivos de adopción de la prisión provisional que distorsionan gravemente la naturaleza cautelar de esta medida. De entre ellos destaca el «peligro de alteración del orden público» o *alarma social*, de orígenes ciertamente muy espurios⁷, pero que permanecen anclados en nuestro ordenamiento.

En nuestra opinión sería inconstitucional que la sola alarma social ocasionada por el delito pudiera hacer llegar a desplazar el peligro de fuga, pues, por muy respetables que sean los sentimientos sociales de «vindicta», la prisión provisional

7 En última instancia el motivo de prisión provisional por alteración del «orden público» se remonta (según PRADEL, *Droit Pénal Comparé*, Paris, 1995, pág. 504) a la reforma de 1935 al CPP danés, que dispone la prisión provisional por razones de «interés público» y que se aplicaba en delitos tales como el de violación simplemente por el daño que proporcionaba a la administración de justicia la permanencia en libertad del imputado. Paralelamente la Novela nacionalsocialista incluyó, como motivo de prisión el concepto de «irritación social» o *Erregung in der Öffentlichkeit*, que permaneció vigente hasta 1945, de donde pudo pasar a la Ley francesa de creación de la «Cour de Sureté de l'Etat», creada para combatir los sucesos provocados por la guerra de Argelia. En la actualidad, el referido motivo de protección del «orden público» se mantiene vigente en países, tales como Bélgica, Francia o Portugal (HARREMOES, *La detention provisoire. Des questions a débatre*, «Seminario Internacional...», cit., 6.2.a). En nuestro país, el concepto de «alarma» se introduce con la promulgación de la LECRIM de 1882, si bien se incorpora el calificativo de «social» a raíz del D-L. 2 de marzo de 1957, que convirtió en obligatoria la prisión provisional en todos los delitos contra la seguridad interior del Estado; también la Ley creadora del Tribunal de Orden Público mantuvo el concepto de «alarma social» (ASENCIO, *La prisión provisional*, Madrid, 1987).

no esta concebida como una pena anticipada que pueda cumplir fines de prevención⁸, sino exclusivamente para asegurar la presencia del imputado. Por esta razón, el TEDH, si bien no ha llegado a declarar contraria al CEDH este motivo de alteración del orden público, sí que ha llamado la atención del Juez a fin de que extreme su celo a la hora de revisar de oficio la permanencia en el tiempo, disponiendo la libertad del preso tan pronto como haya desaparecido aquella alteración (SSTEDH «Letellier», de 26 de junio de 1991, «Kemmache», de 27 de noviembre de 1991, «Tomasi» de 27 de agosto de 1992). Similar doctrina ha consagrado el T.C. español a la hora de señalar que el transcurso del tiempo en prisión provisional disminuye el peligro de fuga y que los requisitos «extracautelares» exigidos en el momento inicial de la adopción han de revisarse permanentemente, pues el transcurso del tiempo hace modificar estas circunstancias, lo que aconseja reexaminar el peligro de fuga (vide: STC 128/1995 o caso «Carlos Sotos» o «PSV» que expresa la doctrina inicial, reiterada en las SSTC 14/1996, 37/1996 y 62/1996).

5. Conclusiones

Si la regulación de la prisión provisional, efectuada por los arts. 503 y 504 LECRIM resultaba ya de por sí censurable, tanto formalmente por su sinuosa redacción (efectuada a base de reglas generales y excepciones a la excepción, lo que les hace difícilmente inteligible), como materialmente, al hacer descansar fundamentalmente la adopción de esta medida cautelar en función de la gravedad del delito y la concurrencia de la integración de estándares de dudosa constitucionalidad, tales como la «alarma social» (art. 503.2) o la «frecuencia» en la comisión de hechos punibles (504.2), *la anterior normativa puede provocar un injustificado incremento del número de presos preventivos con ocasión de la entrada en vigor del nuevo Código Penal* que, no sólo puede malograr los logros obtenidos hasta la fecha⁹, sino que puede hacer peligrar también los fines de dicha reforma penal, que, como es sabido, descansa en la filosofía, al menos en la ejecución de las penas dimanantes de los delitos leves, consistente en desplazar y sustituir la pena privativa de libertad por otras menos «criminógenas», como lo son las limitativas de derechos.

8 MORENO, *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 1993, pág. 368. MUÑOZ CONDE, op. cit., 3.B.a.

9 Así, hemos pasado de un 38% de presos preventivos en el año 1990 sobre el índice general de la población reclusa a un 24'21 en el año 1995, éxito que obedece, en opinión de BORJA MAPELLI (*La ejecución de la medida cautelar de privación de libertad provisional*, en «Seminario Internacional...», cit., II) «a una general aceleración de los procesos penales en nuestro país en los últimos años».

En efecto, *ningún sentido tiene, desde el punto de vista de la resocialización del penado que se le sustituya o suspenda la ejecución de una pena privativa de libertad si, por la rígida aplicación del régimen de tablas de equivalencia entre el antiguo sistema de penas-tarifa y el vigente criterio flexible de individualización de la pena*, establecido por la Disposición Transitoria Undécima.1.c en relación con el art. 13.4 (que posibilita que imputados por hechos punibles con una pena, por ej., entre uno o cuatro años que, por el juego de las atenuantes, pueden provocar una futura pena inferior al año, esto es, no privativa, ello no obstante ingresen en prisión preventiva), *pueden ser objeto con anterioridad de ingreso en prisión provisional*, en cuyo caso han de frustrarse aquellos fines resocializadores, ante el grave riesgo —sobre todo, en el caso de los jóvenes delincuentes no reincidentes— de contagio criminal que el ingreso en un establecimiento penitenciario siempre supone para el imputado.

Por tal razón, se hace preciso acometer una reforma de la LECRIM en esta materia que podría sustentarse en los siguientes principios:

1. *La prisión provisional nunca debiera disponerse en supuestos de presunta comisión de hechos punibles susceptibles de abocar en una medida de suspensión, sustitución de la pena o de la medida de seguridad no restrictiva del derecho a la libertad*. Al propio tiempo, y dentro de la libertad provisional, *deben instaurarse, en calidad de medidas cautelares, todas las medidas de control judicial* que de algún modo preordenan o anticipan aquellas penas alternativas a la de prisión provisional (así, por ej., la obligación de residencia en lugar determinado, la prohibición de frecuentar determinados lugares o compañías, el cumplimiento de programas de tipo formativo, etc.) y que, asegurando la futura comparecencia del acusado al juicio oral, ello no obstante, no supongan su ingreso en prisión.

2. *Debe reforzarse el carácter cautelar de esta medida* en un doble sentido: a) negativo o de *derogación de los estándares* que nada tengan que ver con dicha naturaleza y sí con los sentimientos sociales de vindicta o de prevención, *tales como la «alarma social» o el grado de «frecuencia»* de comisión de determinados delitos, y b) positivo, consistente en circunscribir materialmente la adopción de la prisión preventiva exclusivamente al *peligro de fuga para el imputado*, para lo cual puede el legislador acudir al criterio de la *gravedad* del delito (siempre superior al del «listado» que puede exteriorizar sentimientos sociales de «vindicta» o contravenir la presunción de inocencia), el cual podría delimitarse en *delitos con pena superior en su mitad inferior a los tres años de privación de libertad*, teniendo en cuenta que, si concurrieran circunstancias atenuantes, la pena inferior en grado a los efectos de lo dispuesto en el art. 70.2 nunca debiera ser superior al indicado «quantum» de privación de libertad de los tres años. Puede adoptarse, sin embargo, como elemento robustecedor de dicho peligro de fuga la existencia de *antecedentes penales* del imputado.

3. Pero, en cualquier caso, *la gravedad del hecho nunca debiera ocasionar la adopción automática de la prisión provisional*, sino que la norma procesal debiera permitirle al juez eludir la prisión provisional si concurren en el imputado *circunstancias especiales de arraigo*, tales como empleo estable, número de hijos o personas a su cargo, domicilio conocido, buena fama o reputación social, circunstancias todas ellas que, no obstante la gravedad del hecho, permitan al juez inferir que el imputado no se ocultará a la actividad de la justicia y acudirá a la llamada del juicio oral.

4. *No debiera incluirse como motivo de la prisión provisional el «peligro del ocultamiento u oscurecimiento de la prueba»*. Por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo (así, la lucha contra la delincuencia económica, la corrupción política o el terrorismo), en el proceso penal moderno «no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio», prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado. Esta práctica inquisitiva, debiera ser considerada, cuando menos, un «trato inhumano o degradante» a los efectos de la aplicación del art. 1.1 de la «Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes» de la ONU de 10 de Diciembre de 1984¹⁰.

10 ZANGHI, Ponencia General sobre *Prisión preventiva y derechos del hombre*, en «Seminario Internacional...», cit.