

CUESTIONES TEÓRICAS Y PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA PRISIÓN  
PROVISIONAL

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Sevilla

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

<http://www.cienciaspenales.net>

# CUESTIONES TEÓRICAS Y PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
Catedrático de Derecho penal  
Universidad de Sevilla

1. De todas las medidas coercitivas de carácter cautelar que se pueden adoptar en el transcurso de un proceso penal ninguna preocupa tanto y ha sido objeto de tanta atención legislativa, doctrinal y jurisprudencial, ésta incluso a nivel constitucional, como la **prisión provisional o preventiva**.

Ello parece lógico, pues ninguna otra medida cautelar restringe tanto los derechos del imputado, que aún es, no lo olvidemos, un inocente, con todos sus derechos y garantías, entre ellas la **presunción de inocencia**, al que, sin embargo, se le va a imponer una privación de libertad que, prácticamente, en nada se diferencia de la pena de prisión que, a lo mejor, finalmente, ni siquiera se le impone, y que, en todo caso, puede funcionar como una «pena a cuenta», cuando no como una condena anticipada del preso preventivo.

Este carácter aflictivo de la prisión provisional y su enorme parecido con la pena privativa de libertad, ha sido lo que ha hecho que desde siempre se hayan dirigido contra ellos duros reproches<sup>1</sup>, pidiendo, si no su absoluta supresión, sí al menos su

---

1 Así, por ej. ya CARRARA hablaba de la «inmoralidad de la prisión preventiva», Inmoralité del carcere preventivo, en *Oposculi di diritto criminale*, vol. IV, 2ª ed., 1881, págs. 299 ss. En el mismo sentido otro penalista clásico, el francés Garçon, advertía de los abusos que a su amparo se cometen

aplicación restrictiva a casos extremos previamente establecidos por la Ley, con todo tipo de garantías y requisitos que limiten el arbitrio judicial a la hora de acordarla. Pues también aquí el arbitrio judicial, inevitable hasta cierto punto, pero siempre proclive a la «arbitrariedad», es tanto más peligroso cuanto la decisión afecta directamente a uno de los derechos mas fundamentales y elementales del ser humano, el derecho a la **libertad ambulatoria**<sup>2</sup>.

La preocupación por la prisión preventiva ha devenido incluso en previsión constitucional, hasta el punto de que el art. 17, 4, inciso segundo, de la Constitución española, establece que «por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional». Con ello se pretende que la inevitabilidad de la prisión provisional en algunos casos, no suponga su prolongación indefinida en el tiempo, que haga recaer sobre el preso preventivo las frecuentes dilaciones y retrasos que, por diversos imponderables no siempre achacables al juez, sufre la tramitación de un proceso penal. Esta previsión constitucional está relacionada, al mismo tiempo, con otra contenida en el art. 24, 2 de la misma Constitución, que establece, entre otros, el derecho de todo ciudadano «a un proceso público *sin dilaciones indebidas*».

Es, pues, el mandato constitucional el que obliga a una estricta regulación legal de la prisión preventiva, en la que no sólo se fije ya la duración máxima de la misma, sino los presupuestos de su aplicación, limitando en lo posible la subjetividad en la decisión judicial en la que se acuerde, vinculándola a criterios objetivos o, por lo menos, objetivables. Se trata, pues, de rodear de garantías su aplicación. No en vano están aquí en juego dos derechos humanos elementales y básicos del ser humano, como son el **derecho a la libertad y la presunción de inocencia**.

2. Aceptando, pues, que la prisión provisional o preventiva, como su propio nombre indica, no es más que una privación de libertad impuesta por un tiempo más

---

que son «un escándalo cotidiano y un ultraje a la humanidad» (citado por VERIN, *La detention préventive et la Criminologie*, en *Revue Science Criminelle*, 1969, pág. 707). Ver también GARCÍA VALDÉS, *Reflexiones sobre la prisión provisional*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. XVII, nº 47, págs. 415 ss.; KAUFMANN, Hilde, Prólogo a la obra de TOZZINI-ARQUEROS, *Los procesos y la efectividad de las penas de encierro*, Buenos Aires 1978. Para una visión general de los problemas que plantea la prisión provisional en el Derecho comparado, véase JESCHEK/KRÜMPPELMAN, *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*, 1971, págs. 976 ss. Sobre la prisión preventiva en España y la evolución de su regulación, véase: MATTES, *La prisión preventiva en España*, traducción y notas de Gurdíel Sierra, Madrid 1975; MUÑOZ CONDE/MORENO CATENA, *La prisión provisional en el Derecho español*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980; BARONA VILA, *Prisión provisional y medidas alternativas*, Barcelona 1987; ASENSIO MELLADO, *Prisión provisional*, Madrid 1987.

2 Sobre el contenido de este derecho, véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 11ª ed., Valencia 1996.

o menos largo, coercitiva y cautelarmente por un Juez a una persona jurídicamente todavía inocente, parece obvia la necesidad de encontrar una **legitimación** a una decisión tan drástica y limitadora de derechos fundamentales.

La doctrina ha desarrollado en los últimos años una serie de razones que, al mismo tiempo, que legitiman la prisión provisional, sirven de **presupuestos para su aplicación**. Algunos de estos criterios coinciden, al menos en parte, con los mencionados en los preceptos de la LECr. que regulan la prisión provisional; otros no; así que antes de exponer las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos, veamos los **presupuestos básicos** que exige la LECr. en su art. 503, 1ª y 3ª, para la aplicación de una prisión provisional, y los **requisitos adicionales** que tanto para imponerla, como para no imponerla se exigen en otros preceptos del mismo cuerpo legal:

#### *A) Presupuestos básicos*

Son los contenidos en las circunstancias 1ª y 3ª del art. 503 LECr.

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

2ª ...

3ª. 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».

Ciertamente, estas dos circunstancias son requisitos fundamentales para acordar la prisión preventiva, pero no suficientes. Como el propio art. 503 establece en la circunstancia 2ª, es necesario que se den además otros requisitos adicionales.

#### *B) Requisitos adicionales*

a) El primero de ellos está basado en el **principio de proporcionalidad**<sup>3</sup>, uno de

---

3 Este principio es un principio general del Derecho, y no sólo del Derecho penal, que informa el sistema sancionatorio en su conjunto y que en el Código penal de 1995 se acoge de forma indirecta respecto a las medidas de seguridad posdelictuales (cfr. art. 6, 2), pero que igual debe entenderse aplicable en la determinación de la pena (cfr. art. 66, 1ª) y en general como criterio inspirador de la magnitud de los marcos penales aplicables a cada delito en particular en la Parte Especial. También en la Teoría del Delito despliega su eficacia a la hora de interpretar las causas de justificación, como el estado de necesidad o la legítima defensa (para más detalles, véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, 2ª ed., Valencia 1996, págs. 86, 312, 340, 496, 528, 553, 608). También fuera del Derecho penal tiene cada vez mas importancia este principio, hasta el punto de que

los principios generales del Derecho y de elemental Justicia, que debe inspirar cualquier decisión jurídica, tanto más si ésta afecta a derechos fundamentales y tiene un carácter limitador o restrictivo de esos derechos.

De acuerdo con este principio, el art. 503, 2ª, inciso primero, establece que la prisión provisional sólo se impondrá cuando el delito tenga asignada una pena superior a la de prisión menor, que en el nuevo sistema de penas del Código penal de 1995, equivale a una *pena de prisión de más de tres años*.

b) Este limite objetivo es, sin embargo, corregido en el art. 504, y en la circunstancia 2ª del art. 503, dando entrada a otros criterios que ya no dependen tanto del principio de proporcionalidad, como de la apreciación subjetiva del juez, tanto a la hora de sustituir la prisión provisional por una fianza, aún tratándose de un delito con pena superior a la señalada anteriormente, como a la hora de imponer la prisión provisional, aunque la pena del delito en cuestión sea inferior a la anteriormente señalada, o en caso de incomparecencia.

- aa) Por un lado, el art. 504 II LECr. permite acordar la **libertad provisional con fianza**, cuando el delito tiene señalada pena superior a prisión menor (es decir, mas de tres años en el nuevo sistema de penas), pero el inculpado carece de antecedentes penales o éstos están ya cancelados y se puede creer fundadamente que no tratará de substraerse a la acción de la Justicia, y además el delito no haya producido alarma, ni sea de los que con frecuencia se cometen en el territorio donde el Juez competente ejerza su jurisdicción.
- bb) Por otro lado, el art. 503, 2º, inciso segundo, permite al juez imponer la prisión provisional, aún teniendo el delito una pena de prisión menor o inferior (es decir, una pena de prisión inferior a tres años), cuando sea necesaria a la vista de los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, las alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos.
- cc) Por último, el art. 504 I permite imponer la prisión provisional en caso de

---

Isabel PERELLÓ DOMENECH habla de «el auge del principio de proporcionalidad» en las diferentes ramas del Derecho, citando especialmente la reciente jurisprudencia del Tribunal, Constitucional al respecto (STC 70 y 200/1991; 72 y 193/1992, etc.) (véase PERELLÓ DOMENECH, El auge del principio de proporcionalidad y su actual formulación, en Control Jurisdiccional de la Administración, X Congreso de Jueces para la Democracia, Zaragoza 9, 10 y 11 noviembre 1995, págs. 17 ss.). Sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo, LÓPEZ GONZÁLEZ, El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo, Sevilla, 1988; también BARNES, Introducción al principio de proporcionalidad en Derecho comparado o comunitario, Sevilla, 1994. En relación con los derechos fundamentales, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Proporcionalidad y Derechos fundamentales en Derecho penal, Madrid, 1990.

incomparecencia del imputado, sin excusa válida, ante el Juez, siempre que se den las circunstancias 1ª y 3ª del art. 503.

### **3. Crítica a la regulación vigente**

Es curioso que ninguno de los preceptos dedicados a la regulación de la prisión provisional en la LECr. mencione expresamente los presupuestos que otros Ordenamiento jurídicos utilizan, como son el peligro de fuga o el peligro de que se impida u obstaculice por parte del imputado la labor investigadora, eliminando o destruyendo pruebas, así como el peligro de reincidencia. En cambio, sí se citan expresamente otros criterios, tanto para acordar la prisión provisional, como para sustituirla por una libertad provisional con o sin fianza, como son la alarma social y la frecuencia de comisión del delito, criterios que claramente exceden de la propia naturaleza cautelar de la institución para entrar en una dimensión mas propia de la pena misma, dándole así a la prisión provisional unas connotaciones de prevención general o de ejemplaridad que pervierten su naturaleza puramente procesal. Junto a estos criterios, también ocupan en la regulación de la LECr. un lugar preeminente los antecedentes penales del imputado y las circunstancias del hecho.

Todos ellos juntos forman un mosaico variopinto de presupuestos de difícil reconducción a un denominador común. Al final, lo único que queda claro es que deben darse necesariamente las circunstancias 1ª y 3ª del art. 503, es decir, la constancia de un hecho que presente los caracteres de delito y los motivos bastantes para creer responsable de ese delito a la persona contra quien se dicte auto de prisión. A partir de ahí, entramos en el reino de la incertidumbre y del arbitrio judicial, que puede llegar a ser «arbitrariedad» apenas limitada por unos presupuestos en los que predomina la apreciación subjetiva del juez que debe tomar la decisión. Esta decisión puede ser, por supuesto, revisada posteriormente, bien por el propio Juez, bien por un Tribunal, por vía de recurso, entre otras causas, «si cambian las circunstancias fácticas». Pero no parece, sin embargo, de recibo que se introduzcan en la adopción de una decisión sobre prisión provisional criterios ajenos a la naturaleza cautelar y eminentemente procesal de esta institución.

Como seguidamente vamos a ver, la doctrina dominante es partidaria, con razón, de limitar la prisión provisional a una función puramente cautelar de carácter procesal

#### *A) La tesis de ROXIN*

La prisión provisional tiene para Claus Roxin<sup>4</sup> una triple finalidad:

---

4 ROXIN, *Strafverfahren*, 17ª ed., 1982, pág. 162.

- 1ª. Asegurar la presencia del inculcado en el proceso penal.
- 2ª. Garantizar una ordenada averiguación de los hechos por los órganos encargados de la instrucción de la causa.
- 3ª. Asegurar la ejecución de la pena.

Para Roxin, la prisión provisional no tiene otras finalidades, negando expresamente que pueda servir para prevenir la alarma social o el peligro de repetición del delito. En estos casos, dice Roxin, se introducen elementos extraños a la naturaleza puramente cautelar de la prisión provisional, cuestionables tanto desde el punto de vista jurídicoconstitucional, como desde el punto de vista políticocriminal, porque sólo la finalidad de asegurar la averiguación del delito y el aseguramiento de la ejecución de la pena (y, en consecuencia, de la persona del inculcado), puede justificar la adopción de esta medida.

La tesis de Roxin es también opinión dominante en la República Federal de Alemania; sin embargo, también en este país se admite que la prisión provisional cumple unas funciones distintas a las oficiales, y es que estas funciones encubiertas, no declaradas desempeñan un papel más importante en la praxis que las oficiales propiamente dichas. Se habla, por ej., de «razones apócrifas»<sup>5</sup> o simplemente de razones de ejemplaridad y de la eficacia de la prisión provisional en la lucha contra la delincuencia y para restablecer el sentimiento de seguridad ciudadana, eliminar la alarma social creada por el delito, etc., que desde luego nada tienen que ver con los fines puramente cautelares y procesales que oficialmente se asignan a la institución. Todos estos argumentos demuestran que, confesadamente o no, la prisión preventiva cumple «funciones reales» no compatibles con su naturaleza procesal y que la aproximan más a las funciones preventivas, generales y especiales, que sólo puede cumplir, cuando las cumple, la pena de prisión que se ha impuesto, en sentencia firme, una vez constada la culpabilidad del acusado en el correspondiente proceso.

#### *B) La tesis de HASSEMER. Propuesta para una interpretación de la regulación española conforme con los Derechos fundamentales*

En un artículo publicado en 1984 en la revista *Strafverteidiger*<sup>6</sup>, Winfried Hassemer entra en la polémica que por aquellas fechas se desarrollaba en Alemania entre los que denunciaban la utilización excesiva de la prisión provisional («se detiene

---

5 Véase, por ej., SCHMITT, *Strafprozessuale Präventivmassnahmen*, *Juristenzeitung*, 1965, pág. 194; WALTER, *Untersuchungshaft und Erziehung bei jungen Gefangenen*, en *Monatsschrift für Kriminologie*, 1978, pág. 342.

6 HASSEMER, Winfried, *Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, *Strafverteidiger I/1984*, págs. 38 ss.

mucho y demasiado precipitadamente») y los que preconizaban que ante el creciente aumento de la criminalidad «la prisión provisional debería convertirse en un instrumento eficaz en la lucha contra la delincuencia»<sup>7</sup>. Tras una serie de consideraciones sobre las diferencias entre la regulación jurídica y la realidad de la prisión provisional, Hassemer llega a la conclusión de que la única forma de limitarla es tomarse en serio los dos principios básicos del moderno proceso penal: **la presunción de inocencia y la prohibición de exceso**<sup>8</sup>.

Dado que estos dos principios gozan, con estos o con otros nombres, del reconocimiento universal de **Derechos fundamentales**, podríamos intentar, siguiendo el ejemplo de Hassemer, una reinterpretación de la regulación española de la mano de los mismos.

a) La exigencia en el art. 503, 3ª de 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», no equivale, desde luego, a una declaración de culpabilidad. Cualquier jurista sabe que en tanto no haya una sentencia firme condenatoria existe una **presunción de inocencia**<sup>9</sup>. Esta presunción no admite limitaciones, ni graduaciones. Se es inocente mientras no se demuestre lo contrario en el correspondiente juicio oral, tras haber observado todos los procedimientos y garantías y se haya pronunciado una sentencia firme condenatoria contra el acusado. Los «motivos bastantes» no son suficientes para desvirtuar o limitar este principio, sino una exigencia para que la medida cautelar de la prisión provisional tenga una sólida base. Por muy evidentes y suficientes que sean estos motivos, en ningún caso pueden sustituir, ni adelantar los resultados que, tras el juicio oral, se constaten en una sentencia condenatoria firme.

De ello se deduce que la prisión preventiva en ningún caso puede perseguir metas preventivas, generales o especiales, propias de la pena que pueda imponerse en su día. El restablecimiento del Orden jurídico violado, o de la confianza y la seguridad ciudadana; la prevención de futuros delitos o de la reincidencia; la eliminación de la alarma social; la ejemplaridad o la intimidación general, etc., son fines, mas o menos discutibles, pero que en todo caso sólo pueden perseguirse con la pena

7 Cfr. HASSEMER, *lug. u. cit.*

8 HASSEMER, *ob. cit.*, págs. 40 ss.

9 Sobre la presunción de inocencia en general, véase JAÉN VALLEJO, *La presunción de inocencia*, Madrid 1987; sobre la presunción de inocencia en relación con la prisión preventiva, LLOBET/RODRÍGUEZ, *La presunción de inocencia y la prisión preventiva* (según la doctrina alemana), *Revista de Derecho Procesal*, 1995, nº 2, págs. 547 ss.; también GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, Madrid 1996, págs. 145 ss. Sobre la vulneración de la presunción de inocencia como motivo del recurso de amparo, véase VIVES ANTÓN, *La libertad como pretexto*, Valencia 1995, págs. 253 ss., con comentarios a las SsTC 173 y 175/1985.



que se imponga en su día (si se impone), no con la prisión provisional. En pocas palabras: la prisión provisional nunca puede ser una «pena a cuenta», y mucho menos «una pena anticipada».

Desde el punto de vista de la presunción de inocencia, los fines de la prisión provisional deben quedar, pues, limitados a asegurar la presencia del inculcado en el proceso, a asegurar la investigación del delito y a garantizar, en su caso, el cumplimiento de la pena que se imponga. Cualquier utilización de la misma con otra finalidad no sólo infringe la presunción de inocencia, sino que devalúa el juicio oral y lesiona derechos fundamentales.

b) Pero aún limitando la prisión provisional a estos fines de carácter puramente cautelar procesal, la prisión provisional sigue siendo una limitación importante del derecho fundamental a la libertad, por lo que puede imponerse no sólo en base a los citados fines cautelares, sino que debe tenerse en cuenta también la **idea de proporcionalidad** inmanente a cualquier decisión jurídica limitadora de derechos fundamentales. Surge así la **prohibición de exceso** como segundo principio básico limitador de la prisión provisional.

La prohibición de exceso no es más que una consecuencia del principio más general del Derecho penal material, el llamado **principio de intervención mínima**<sup>10</sup>, que obliga siempre a elegir el medio menos lesivo posible de entre los diversos medios disponibles para conseguir un determinado efecto. Un buen ejemplo de ello, es que el art. 504, II LECrim permita al Juez o Tribunal que, incluso dándose las circunstancias del art. 503, pueda acordar mediante fianza la libertad del inculcado. El principio básico es, pues, éste: siempre que haya un medio menos lesivo que igualmente pueda asegurar los fines cautelares de la prisión provisional, será ese medio menos lesivo (fianza, obligación de comparecencia cada X tiempo ante el Juez, etc.) de preferente aplicación.

Otra consecuencia de este principio afecta a la **duración de la prisión provisional**. La tramitación de un proceso penal es en general bastante lenta, sobre todo cuando el proceso es complejo y las cuestiones a investigar y enjuiciar son complicadas y los hechos son de gran gravedad. En estos casos, no es raro que se haya acordado la prisión provisional de algunos o de todos los inculcados, a los que naturalmente asiste el principio de presunción de inocencia y que, sin embargo, pueden verse en esa situación por algún tiempo, a veces años, tiempo que puede incluso ser igual o superior a la de la pena que pueda cumplir si finalmente resulta condenado. Esta injusticia radical apenas concebible en un Estado de Derecho, fue

---

10 Véase ya en MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho penal, Barcelona, 1975, págs. 51 ss.; y en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, citado en nota 3, págs. 71 ss. (con ulterior bibliografía en pág. 97).

una práctica corriente en España antes de las primeras reformas democráticas de la Justicia. De ahí que la limitación de la duración de la prisión provisional fuera uno de los mandatos constitucionales que acordó en el art. 17, 4 de la Constitución de 1978. El cumplimiento de esta previsión no se llevó a cabo, sin embargo, hasta la reforma de 1980, que de modo harto tímido impuso como límite máximo la mitad del tiempo que presumiblemente podía corresponder al delito imputado<sup>11</sup>. Pero fue la reforma de 1983 la que decididamente impuso unos plazos máximos entre seis meses y un año, en función de la gravedad de la pena esperable. Este límite máximo fue pronto desbordado por la duración excesiva de los procesos penales en aquella época, lo que obligó a poner en libertad a presos preventivos acusados de delitos graves que habían pasado con creces los plazos señalados en dicha reforma. Para evitar esta liberación «anticipada», con el consiguiente aumento del riesgo de fuga (pero también, por qué no decirlo, de inseguridad ciudadana), se llevó poco tiempo después a cabo otra reforma de la LECr., la «contrarreforma de 1984», que estableció los plazos máximos que actualmente figuran en el art. 504, IV:

«La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor (ahora sería en el nuevo Código penal de siete a quince arrestos de fin de semana), ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor (de seis meses a tres años en el nuevo Código penal) o de dos años cuando la pena sea superior. En estos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos, y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años, respectivamente».

Desde luego, a pesar del cumplimiento formal del mandato constitucional contenido en el art. 17, 4 de la Constitución, parece a todas luces excesivo que una prisión «provisional» pueda durar en algunos casos hasta cuatro años. Pero el problema de la duración de la prisión provisional no es ahora tanto que se pueda llegar a este límite máximo, sino que aunque sea por poco tiempo se pueda acordar sin funda-

---

11 Sobre el Proyecto que dio lugar a esta reforma, véase MUÑOZ CONDE/MORENO CATENA, obra citada nota 1, págs. 368 ss. La tendencia desde entonces ha sido la de ir restringiendo los presupuestos de la prisión provisional y la de limitar su duración basándose para ello en el principio de proporcionalidad y en la prohibición de exceso antes señalada. En este sentido resulta encomiable la STC 128/1995, de 26 julio, (caso Sotos), de cuyos fundamentos se deduce que la penalidad abstracta asignada al delito no puede ser un criterio automático ni decisivo a la hora de decretar la prisión provisional. En realidad, la tendencia restrictiva que se ha impuesto en estos últimos años en la praxis judicial española es evidente, sobre todo si se compara el porcentaje de presos preventivos existentes a finales de los años 70 (de un 50 a un 60% de la población total reclusa; véase los datos en MUÑOZ CONDE/MORENO CATENA, citado en nota 1, págs. 410 ss.) con los existentes en julio de 1994 (unos 12.700 de las 48.900 internos, es decir, un 26% del total de la población reclusa). Este porcentaje es probable que haya bajado tras la entrada en vigor de la reforma de 1995.

mento o con muy poco fundamento. Este es y sigue siendo el verdadero problema de esta institución. El problema sigue siendo, pues, que los jueces la acuerdan todavía con demasiada frecuencia y por razones que sólo formalmente son reconducibles a las causas previstas legalmente, que, en todo caso, como ya hemos visto también van mas allá de los fines procesales. La presunción de inocencia y la prohibición de exceso, son, pues, en la práctica principios regulativos, inspiradores de una determinada legislación y una determinada praxis judicial, pero, al final, su aplicación al caso concreto depende de consideraciones extraprocesales difícilmente controlables.

#### 4. La reforma operada por Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo

Desgraciadamente, parece que la sociedad española, los medios de comunicación e incluso muchos cualificados juristas no han sido conscientes de esta realidad hasta que algunos famosos personajes de la política, de la lucha antiterrorista o de las altas finanzas han pasado por el amargo trance de una prisión provisional que, con mas o menos fundamento (a veces con bastante mayor fundamento que en otros casos menos conocidos), se ha acordado en los procesos penales que contra ellos se dirigen.

Como consecuencia de esta preocupación, se aprovechó la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo (BOE del 23 del mismo mes), del Tribunal del Jurado, que entró en vigor el 24 de noviembre del mismo año, para introducir en la LECr. el art. 504 bis 2, que pretende descargar al Juez, en parte, de la comprometida tarea de decidir la prisión provisional, supeditando su decisión a que alguna parte lo solicite: «Si ninguna de las partes la instase, el Juez necesariamente acordará la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado». Es decir, que el Juez sigue siendo libre, siempre que se cumplan los requisitos antes examinados, para decretar o no la prisión provisional si alguna parte la solicita, pero está obligado a decretar la cesación de la detención y la inmediata puesta en libertad del imputado, si ninguna de las partes lo instase.

Esta reforma deja, pues, un margen para que sea, en primer lugar, el Ministerio Fiscal, que es prácticamente la única parte personada automáticamente desde el inicio del procedimiento, quien valore si se dan los presupuestos para solicitar la prisión provisional. Si el Ministerio Fiscal no la solicita y no hay ninguna otra parte personada que lo solicite, el Juez no puede *motu proprio* acordarla. Esta es la gran «novedad» de la reforma. De hecho, sin embargo, en la práctica, la praxis que está observando el Ministerio Fiscal es la solicitud de la prisión provisional apenas se den los presupuestos formales que señala la LECr., incluso con más frecuencia de lo que antes lo hacían los jueces, ya que, en definitiva, la responsabilidad última de si se acuerda o no la prisión sigue recayendo sobre el Juez y no sobre el Fiscal que la

solicita. De todas formas, cabe que por un inadecuado funcionamiento del Ministerio Fiscal, por su carácter jerárquico y dependiente del Gobierno, por deficiencias de estructura u organización, etc., pueda impedirse la decisión del Juez, no solicitando la prisión provisional. En la práctica, la actuación del Ministerio Fiscal está variando de una ciudad a otra, según se trate de zonas urbanas o rurales (los Fiscales suelen vivir en la Capital de provincia donde está ubicada la Audiencia a la que pertenecen, y cuando el detenido está en un pueblo lejano de la capital tienen que desplazarse al Juzgado de ese pueblo y comparecer ante el Juez). La decisión también depende claro está de que los solicite alguna otra parte personada en el proceso, que normalmente no suele estar personada en los momentos en que se decide este importante extremo. La necesidad de comparecencia de todas las partes, y al menos obligatoriamente del Ministerio Fiscal y del imputado asistido por su letrado, ante el Juez garantiza que éste pueda disponer de más datos para evaluar los presupuestos de la prisión que acuerde. Si por alguna razón la comparecencia no pudiera celebrarse, el Juez acordará la prisión o la libertad provisional, si concurrirían los presupuestos y estimase riesgo de fuga; pero deberá convocarla nuevamente dentro de las siguientes setenta y dos horas, adoptando las medidas disciplinarias a que hubiere lugar en relación con la causa de no celebración de la comparecencia. Contra las resoluciones que se dicten sobre la procedencia o no de la libertad provisional cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

Esta reforma, aunque limitada, es en parte producto de la «concienciación social» provocada a raíz de la entrada en la cárcel en situación de preso preventivo, por los demás no por mucho tiempo, de algunas de personalidades de la política y de las finanzas; pero no debe entenderse sólo como expresión de una preocupación de las clases dominantes cuando uno de los suyos se ve en la situación en la que, sin mayor escándalo, se encuentran muchas veces muchos miles de ciudadanos menos conocidos y mucho menos poderosos social y económicamente. También debe ser saludada como una mayor «sensibilización» por los problemas de los derechos fundamentales involucrados en una decisión de prisión provisional.

Pero la regulación de la prisión provisional es algo más que una cuestión puramente procedimental. La decidida opción a favor de su carácter puramente cautelar, en la que no pueden tener cabida la alarma social, ni la frecuencia de comisión del delito en la jurisdicción del juez que acuerda la medida, ni mucho menos finalidades de ejemplaridad o prevención del delito, es la única forma de hacerla compatible con los **Derechos fundamentales**, que es justamente el objetivo fundamental de este Congreso, derechos fundamentales que no sólo pueden ser conculcados cuando la prisión provisional se acuerda contra ricos y conocidos personajes de la «jet society» o de la política, sino también contra humildes ó anónimos ciudadanos de clases económicas y sociales menos favorecidas por la fortuna.

En el fondo de la prisión provisional late la eterna tensión dialéctica que domina

todo proceso penal entre la eficacia en la lucha contra la criminalidad y el respeto a los derechos fundamentales, pues, como dice Hassemer, «con el instrumento de la prisión provisional se va a intervenir lo mas temprana y contundentemente posible en una crisis que no tiene nada que ver con el proceso penal, sino con la criminalidad y con la reacción popular a la criminalidad». Precisamente, por eso, para evitar esta tendencia a hacer de la prisión provisional un instrumento de lucha contra la criminalidad es por lo que hay que acentuar el respeto a los derechos fundamentales, a valores tan irrenunciables en la cultura del Estado democrático de Derecho como la presunción de inocencia y la prohibición de exceso, cuya vigencia no debe estar sólo garantizada formalmente en el frontispicio de las Constituciones y las leyes procesales, sino también y precisamente en la conciencia jurídica de la población y de los aplicadores del Derecho.