

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

REFLEXIONES SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Granada

Murcia, marzo 2016

Resumen

El artículo que se esquematiza en estas líneas supone una reflexión sobre la relevante y cuestionada institución de la prisión preventiva, que, por su afectación primaria dentro del inicio del proceso penal a un valor tan importante para las posiciones garantistas como es la libertad, supone una inflexión del derecho fundamental a la libertad de un ciudadano que en el momento de su aplicación disfruta todavía de la presunción de inocencia. Ello propicia un deslizante conflicto entre los denominados intereses colectivos de la sociedad cuyo objetivo es el de conseguir seguras, cuando no utilitaristas, respuestas a la criminalidad y los del individuo investigado, entre los que destaca su propia libertad personal. En todo caso, la prisión preventiva como herramienta jurídica en el proceso penal ha de partir de una inicial comprensión de excepcionalidad. Esta es la perspectiva con la que se afronta su estudio, delimitado sistemáticamente por una aproximación al concepto, naturaleza y legitimación, por el análisis de los principios informadores al respecto y por las declaraciones programáticas junto a las realidades empíricas.

Palabras clave: *prisión preventiva, libertad, presunción de inocencia, excepcionalidad.*

Abstract

The article drawn in these lines involves the relevant and controversial institution of preventive detention, which due to its primary involvement in the criminal law procedure as a guarantee position of freedom, supposed a change in the fundamental right of freedom in the citizens that, in the moment of its application is still enjoying of the presumption of innocence. It provokes an important conflict between social interests or rights, understood as a tool of getting sure or even utilitarian answers to criminality, and the accused person, including freedom. In this sense, prevention detention as a legal tool inside the criminal law procedure must be understood as an exception. This is the perspective given to the article, systematically analyzed by a conceptual approach, nature and legitimacy, by the analysis of the reporting principles and the statements that supports the empirical reality.

Keywords: *preventive detention, freedom, presumption of innocence, exceptionality.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PREMISAS CONCEPTUALES, NATURALEZA Y LEGITIMACIÓN. 1. Definiciones. 2. Naturaleza. 3. Legitimación. III. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. IV. DECLARACIONES PROGRAMÁTICAS Y REALIDADES EMPÍRICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Misión fundamental del Derecho penal es la de proteger con sus normas una serie de bienes jurídicos que son de necesario respeto para el mantenimiento de la convivencia social, e incluso a aquéllos sólo en sus ataques más intensos. Cuando alguno de estos bienes es quebrantado surge la pretensión punitiva del Estado, lo que significa el derecho-deber de aplicar al autor de semejante acción una pena previamente establecida en el catálogo punitivo. Para esta labor, el derecho sustantivo se ve completado con el proceso penal a través del cual se delimita y concreta, de acuerdo a los presupuestos fijados en la Ley, la responsabilidad criminal del individuo actuante y la pena a aplicar.

La realización efectiva de la última parte del procedimiento dibujado exige cuanto menos la presencia del autor del hecho delictivo, realizada no sólo como última consecuencia para que pueda imponérsele la pena, sino también para asegurar de manera real todas las garantías sociales e individuales por las que se conduce el proceso en un Estado social y democrático de Derecho, tal como define la Constitución en su artículo 1 al Estado español.

La manera de conseguir lo anteriormente pergeñado, que se ofrece como indiscutible, no es, sin embargo, fácil. Salvó casos excepcionales de presentación voluntaria del encausado lo frecuente es la necesaria aplicación de medidas restrictivas o privativas de derechos y libertades, con las cuales se procura lograr los fines generales y particulares del proceso penal. De semejantes constreñimientos el que más destaca, por su dureza e importancia, es la denominada prisión preventiva¹, por su afectación

* Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, DER2012 35860 "Variables para una moderna política criminal superadora de la contradicción expansionismo-reduccionismo de la pena de prisión".

¹ La literatura jurídica española – por ejemplo: ASENSIO MELLADO, J.M. *La prisión provisional*. Madrid, 1987. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. “Prisión provisional y régimen penitenciario”. En AAVV: *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Coord. Barbero Santos. Castilla La Mancha 1997, págs. 187 y ss. MAPELLI CAFFARENA, Borja. “La ejecución de la medida cautelar de privación de libertad provisional”. En *Prisión provisional...cit.*, pág. 199 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco. “Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional”. En *Prisión provisional...cit.*, págs. 219 y ss. SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia 2003. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Régimen de prisión preventiva”. En *Comentarios a la*

primaria dentro del inicio del proceso penal a un valor tan importante para las posiciones garantistas como es la libertad. Con razón ha sido dicho que de todas las resoluciones que se dictan durante la sustanciación del proceso penal, la de prisión provisional significa la intromisión más gravosa del Estado en la esfera privada del ciudadano, por la limitación que significa del derecho fundamental a la libertad de aquél que en el momento de su aplicación todavía disfruta de la presunción de inocencia².

Semejante institución, que ya era conocida junto con la citación personal y la detención en los primeros tiempos de Roma, pero que a finales del Imperio era una excepción —“nadie debe ser encarcelado sin estar convicto³”—, ha logrado mantenerse a través de los tiempos hasta mostrarse en la actualidad como una de las cuestiones más debatidas y polémicas que afronta la doctrina jurídica, profundamente criticada por ésta —así, como primer ejemplo, Álvarez García- Queralt Jiménez la califican de uno de los problemas más significativos que afectan a la Justicia penal, precisamente por el uso y abuso que de ella se realiza, convirtiéndola en un mecanismo cuya omnipresencia solo es comprensible desde el sistema inquisitivo⁴- pero asimismo avalada fundamentalmente en razón a criterios utilitaristas tanto por las legislaciones nacionales como internacionales.

En este último sentido, Hassemer pone de manifiesto lo encendido de la discusión con difícil apaciguamiento de tal debate sobre dos interesantes ideas contrapuestas y presentadas desde enfrentados planos: a) por un lado, los que quieren

legislación penal. Tomo VI. Vol. 1º -Ley Orgánica General Penitenciaria- Dir. Cobo del Rosal. Madrid, 1986, págs. 111 y ss. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. “La prisión preventiva desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.”. En *Anuario de Derecho Penal*. 2008, págs. 97 y ss., GUERRA PÉREZ, Cristina. *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*. Valencia 2010.- Utiliza para denominar esta institución, que en Alemania, por ejemplo, se señala como Untersuchungshaft —de posible traducción dual entre prisión preventiva y prisión provisional-, ambas posibilidades preferentemente, como se ha visto, la expresión prisión provisional. El Código penal vigente la emplea indistintamente —así en el artículo 34 usa la de prisión preventiva y en el artículo 58 la de prisión provisional-, la Ley Orgánica General Penitenciaria asume la nominación de prisión preventiva (artículos 5 y 24.2. La Constitución se refiere expresamente a la prisión provisional —artículo 17.4, aunque en el mismo artículo, en el número 2 habla de detención preventiva, si bien es cierto que son figuras diferentes- y la Ley de Enjuiciamiento Criminal -artículos 502 y ss-. la de prisión provisional. El problema no es de fondo, ambas titulaciones concretan un mismo instituto jurídico; aunque cabe formalmente, no obstante, plantearse la distinción sobre la perspectiva de intensificar el carácter preventivo de este tipo de prisión o el de la provisionalidad y temporalidad, que instrumentalmente acoge el artículo 504 de la LECr, En adelante empleare, preferentemente, dada mi especialización penal y penitenciaria y en coherencia con anteriores escritos, la de prisión preventiva.

² HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. “Prisión provisional y garantías”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*. Nº 16/17, 2011/2012, pág. 42.

³ Vid., con mayor amplitud, ZAVALETA, A.: *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Buenos Aires, 1954, págs. 13 y ss.

⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.-QUERALT JIMÉNEZ, A. “La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general, y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1931”. En *Diario la Ley*. Nº 6174, 24 enero 2005, pág. 1 —versión electrónica-.

ampliar la prisión preventiva invocan el deber de la Administración de Justicia para lograr un adecuado funcionamiento que ponga coto a la criminalidad en todos los momentos del proceso; quienes la estiman excesiva lo plantean en nombre de las restricciones formales judiciales de un procedimiento penal supeditado necesariamente a los principios básicos del Estado de Derecho; b) parece existir en este ámbito un cierto desequilibrio de percepciones entre los objetivos del derecho material más inclinados hacia fines preventivos, por ejemplo, de la pena, que se apoya, como mucho, en la prisión preventiva, pero con las máximas formas protectoras de las garantías, frente a la formalidad jurídica, que puede llevar a prácticas de detención demasiadas apresuradas o excesivamente amplias en el tiempo, que sustenta en la susodicha formalidad del procedimiento penal⁵. No es momento ni lugar para profundizar en las divergencias entre los objetivos de derecho material con los de derecho procesal, y mucho menos en una posible dinámica garantista/no garantista⁶; pero sí puede ser aconsejable procurar una mejor aproximación entre parámetros básicos de política criminal y del sistema de Derecho penal al respecto en la imprescindible búsqueda de criterios adecuados para conseguir una inevitable prisión preventiva pero más delimitada por la racionalidad democrática propia del Estado de Derecho.

Cierto es que en la prisión preventiva, como en pocas otras hipótesis, se propicia un conflicto entre lo que algunos denominan intereses colectivos de la sociedad en la búsqueda de convincentes respuestas a la criminalidad y los intereses del individuo, entre los que destaca su propia libertad personal, imputado en uno o varios delitos. No puede ni debe obviarse que el fundamento de aquélla se cumple sobre la anulación de

⁵ HASSEMER, WINFRIED. “Los presupuestos de la prisión preventiva”. En *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Trad., Patricia S. Ziffer. Buenos Aires, 2003, págs. 105-106.

⁶ Además el debate ya se ha producido, *vid.*, al respecto, desde una perspectiva penal y constitucional: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.- QUERALT JIMÉNEZ, A. *La prisión atenuada...* cit., págs. 1 y ss; desde un enfoque procesal, como contestación a lo que el autor califica como “una descalificación a los procesalistas de manera excesivamente dura, innecesaria y sobre todo gratuita”, *Vid.*: ASENSIO MELLADO, José María. “Reforma de la prisión provisional. El respeto a la proporcionalidad como garantía del derecho a la libertad”. En *Diario La Ley*. Nº 6211, 16 de marzo 2005, págs. 1 y ss –versión electrónica-. Este último autor es beligerante frente a las hipótesis político-criminales pues niega con rotundidad que la prisión provisional pueda ser convertida en un instrumento de política criminal o, “sencillamente, en un mecanismo de propaganda social, de satisfacción inmediata de los deseos de respuesta frente al delito. *Ibid.*, pág. 3. Se me antoja una percepción parcial de los verdaderos objetivos de la política criminal, al menos como algunos la profesamos. Verdad es, por otro lado, que la prisión preventiva no es, lo marca el propio Código penal, como tal, sino una medida cautelar de naturaleza penal, como más adelante he de tratar, pero no deja de ser una privación de libertad, llamada prisión, por lo que posiblemente haya que buscarle parecida, que no igual, fundamentación y legitimación que a la pena de prisión. Sobre la tradicional dicotomía en los debates ideológicos sobre Derecho penal y Derecho procesal y sus límites; entre el derecho a la libertad del individuo y el derecho a la seguridad, *vid.*, asimismo, entre otras: HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. *Prisión provisional...* cit., pág. 39 y ss.

ésta y ello se produce sin una sentencia firme condenatoria, lo que supone, en opinión de Muñoz Conde-Moreno Catena la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo⁷. Para Carrara era una inmoralidad⁸ y para el Libro Verde, relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención, de la Comisión Europea para “reforzar la confianza mutua en el espacio judicial europeo” la prisión preventiva únicamente puede decretarse “cuando se ajuste a la obligación de respetar el derecho a la libertad”- proclamado en el artículo 5, apartado 1, del CEDH⁹- Difícil empeño para equilibrar dos antagónicas referencias como son la libertad y la prisión.

Dicho todo lo anterior a manera de muestra del pensamiento, fundamentalmente doctrinal, hay que añadir con inmediatez que existe cierta unanimidad en que la admisión de la prisión preventiva como herramienta jurídica en el proceso penal ha de partir de una inicial comprensión de excepcionalidad¹⁰. Ello me lleva, antes de marcar las conclusiones de este trabajo, a valorar las cuestiones conceptuales más relevantes para llegar a una serie de reflexiones final objetivo prioritario de aquel.

II. PREMISAS CONCEPTUALES, NATURALEZA Y LEGITIMACIÓN.

En la breve introducción desarrollada en páginas anteriores, propias de un trabajo de estas características, se ha puesto de manifiesto una institución jurídica de enorme complejidad, de no menos controversia que suscita más críticas que apoyos y

⁷ MUÑOZ CONDE, F-MORENO CATENA, V.M. “La prisión provisional en el Derecho español”. *La reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1980, pág. 344. Este último llega a afirmar que en esta medida cautelar se refleja, más que en ninguna otra institución jurídica —más incluso que en la propia pena—, la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento. MORENO CATENA, Víctor- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 7ª edición actualizada con la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, Valencia, 2015, pág. 276.

⁸ Carrara se mostró firmemente beligerante y crítico en un muy interesante Opúsculo sobre “Inmoralidad de la cárcel preventiva” a la que señala como perversa, injusta e intrínsecamente inmoral; trilogía de calificativos que lo conducen a la afirmación de que “tanta precipitación y tanta manía de cárcel antes de la condena definitiva por simples sospechas de faltas incluso ligerísimas, es una potente causa de desmoralización del pueblo”. Desmoralización por su propia naturaleza y más por la forma de aplicarla. CARRARA, Francesco. “Immoralità del cárcere preventivo”. *Opuscoli di Diritto Criminale*. Vol IV, Prato, 1881, págs. 299 y ss. Existe traducción en español realizada por Quintanar Díez en Cuadernos de Política Criminal, nº 67, 1999, págs. 7-10

⁹ El apartado 1 del artículo 5 del CEDH ciertamente como regla general hace alusión a la libertad pero junto a la seguridad. Proclama que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley”. Para inmediatamente señalar los supuestos a los que se puede recurrir para privar de libertad incluso sin sentencia: “Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley” (apartado b) del número 1 del artículo 5).

¹⁰ En tal sentido, entre otros muchos: COBO DEL ROSAL, Manuel. *Tratado de Derecho Procesal Español*. Madrid, 2008., pág. 544.

que, sin embargo, se sitúa en uno de los epicentros del procedimiento penal. En consecuencia antes de concluir con algunas valoraciones conclusivas se hace imprescindible tratar de explicar su contenido conceptual, su naturaleza y la esencia de su fundamento si es que, por otro lado, la tiene en la estructura del Estados social y democrático de Derecho en el que la libertad es un bien esencial proclamado constitucionalmente como un valor superior del propio Ordenamiento jurídico junto, eso sí, a la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Ya en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derecho Humanos se considera en la regla inicial que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Comprensión destacada de dicha libertad que se ve fortalecida en su redacción concreta por el artículo que la une a la seguridad - Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona-. Otras tradicionales proclamaciones como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otras muchas, insisten en parecidos planteamientos ya más equilibrados entre libertad y seguridad. Así en el artículo 9, en su número 1, de dicho Pacto, se reitera la proclamación al derecho a la libertad y a la seguridad personal, con el importante añadido de que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. Primera limitación, objetivamente asumible, que luego se ve incrementada en el número 3, bajo la primaria afirmación positiva de que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Interesante dualidad garantista: tiempo prudente versus, en caso contrario, libertad que, sin embargo sirve para introducir la institución en estudio pero con la cautela, luego generalizada en doctrina y jurisprudencia, de no ser la regla general, aunque la libertad, en estos casos, podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

La propia Constitución española le da cobertura a esta fórmula en el artículo 17. 1 y 2, a los que luego volveré con la declaración susodicha de que toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad y que nadie podrá ser privado de libertad sino con las observaciones acogidas en el artículo en cita y en los casos y en la forma previstos

en la Ley. Nuestro Tribunal Constitucional asimismo se ha referido a semejante tema y artículo cuando ha señalado el “papel nuclear de la libertad en el sistema del Estado democrático de Derecho, con las consecuentes exigencias de reserva material de Ley respecto de las medidas de prisión que pueden limitarla (arts. 1.1, 17.1 y 53.1 CE), y del significado vulnerador de ese derecho fundamental que debe ser atribuido a las resoluciones judiciales, que no se atengan estrictamente a la regulación legal de la prisión provisional. En otras palabras, como he dicho en varias ocasiones, el derecho a la libertad puede resultar conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la Ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone¹¹.

De esta manera es clara la STC 147/2000, de 29 de mayo, al afirmar que en un Estado social y democrático de Derecho como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es solo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. La libertad de los ciudadanos es en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales la regla general y no la excepción, de modo que aquéllos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. La libertad hace a los hombres- y mujeres- sencillamente hombre –y mujeres-. En atención a su papel nuclear y su directa vinculación con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la libertad reconocido en el art. 17 CE corresponde por igual a españoles y extranjeros (SSTC 107/1984, de 23 Noviembre, 115/1987, de 7 Julio). De acuerdo con ese significado prevalente de la libertad, la Constitución contempla las excepciones a la misma en los términos previstos en el art. 17.1 CE. Se trata de una formulación negativa, similar a la que define el principio de legalidad penal y sancionadora del art. 25.1 CE, y que establece una reserva de ley para las restricciones legítimas de la libertad. La misma reserva de ley se prevé en el art. 17.4 CE, en su segundo inciso, para una modalidad específica de restricción a la libertad, la prisión provisional, imponiendo este precepto que sea la ley la que determine el plazo máximo de duración de la misma. Se conjuga de esta manera la interesante dicotomía libertad-seguridad/prisión preventiva. La primera como un derecho fundamental, como un derecho humano inherente a la persona, esencia del sistema de libertades y de derechos desarrollados constitucionalmente; la segunda, en su vertiente de privación de libertad supone, como

¹¹ Por todas vid., STC 57/2008 de 28 de abril y las allí citadas.

bien pone de manifiesto Guerra Pérez, una forma de actuación del Estado que incide de forma inmediata en la libertad, en su perspectiva más negativa de neutralización de aquella y más radical¹² -dejando fuera, en la países como el nuestro, en los que afortunadamente, no existe la pena de muerte- de intervención de los poderes públicos en ese ámbito tan esencial para el ser humano, y lo que es posiblemente peor sin una sentencia firme que así lo decida.

Esencial en dicho aspecto es delimitar el comportamiento estatal frente a semejante tensión. Orellana utilizando una referencia de Mirjan Damaska¹³ sitúa dos polos de permanente conflicto: por un lado lo que llaman Estado activo, en el que se prioriza la persecución penal que significa una mayor intensificación de las soluciones represivas a la delincuencia y donde se ubicaría el uso extensivo de la prisión preventiva con lo que, a *sensu contrario*, se disminuyen los derechos individuales de los ciudadanos y, más concretamente, la libertad; por otro, Estado reactivo con prevalencia de las garantías individuales y con cesión restrictiva de los parámetros de persecución penal¹⁴. Sin embargo, esta posible contradicción que puede llegar de manera radicalizada a claras situaciones de incompatibilidad entre la exigencia de garantismo estatal y de la lucha contra la delincuencia, cuando no de claro compromiso de los mecanismos de poder en torno al endurecimiento de las variables del procedimiento penal y del propio Derecho penal sustantivo, no ha de ser ni emblemática ni prioritaria para los Estados, sobre todo si realmente tienen estructura democrática en la base de su sistema sino en la compatibilidad de ambas necesidades –eficaz persecución punitiva y protección de las libertades y derechos esenciales de los ciudadanos, con especial atención a esta última, a la que se le otorga, en la mayoría de los sistemas, incluido el español, una especial protección jurisdiccional- como tendencia y fundamento del propio Estado. Roxin es concluyente al respecto cuando afirma que en el Estado de Derecho la solución no pasa por la antítesis Estado-ciudadanos sino por la

¹² GUERRA PÉREZ, Cristina. *La decisión judicial...*cit., pág. 38.

¹³ No es sencillo sintetizar la extensa reflexión de Damaska en unas breves líneas sobre el Estado activista (Estado del bienestar) y el Estado reactivo (Estado del *laissez faire*) entre otras cosas porque su desarrollo es mucho más amplio, de multidisciplinares perspectivas, y necesitaría de explicaciones y valoraciones complementarias de profunda reflexión político-ideológica. No obstante, la utilizo con el exclusivo objetivo de acompañar mi planteamiento y de imbricarlo asimismo en el aspecto descriptivo con el de Orellana. *Vid:* DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado (análisis comparado del proceso legal)*. Santiago de Chile, 2000, págs. 128 y siguientes para Estado reactivo y 140 y siguientes para el activo.

¹⁴ *Vid.*, ORELLANA, Edison. “La primacía de la persecución penal: Reflexiones sobre la prisión preventiva tras las modificaciones introducidas al Código procesal penal por la Ley 20.253 (“agenda corta antidelincuencia”). En *Derecho y Humanidades*. Nº 16 vol1, 2010, pág. 106.

compatibilidad de ambas finalidades¹⁵. En parecido sentido la STC 41/1982, de 2 de julio, entre otras muchas, mantiene que la institución de la prisión provisional está 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.

1. Definiciones

En tal sentido es imprescindible delimitar la comprensión de la prisión preventiva. A lo largo de la más reciente historia científica al respecto se han desarrollado múltiples propuestas. Zavaleta sintetiza algunas de ellas, de claro matiz tradicional, en las que se combina cierta discrecionalidad con la idea absolutista de justicia, de las que no evito la tentación de referir las más destacadas. Así Jiménez Asenjo la estima como “la situación permanente y definitiva por la que se priva judicial y formalmente al inculpado de su libertad durante el tiempo que se estime conveniente a los fines de la justicia”. Zimmermann, por su parte, la sitúa como un medio de instrucción legitimado por el propósito de que la verdad se averigüe, no se burle la justicia y la ley penal se cumpla. El propio Zavaleta en una definición más descriptiva la considera como “una medida precautoria de índole personal que crea al individuo sobre quien recae un estado más o menos permanente de privación de su libertad física, soportada en un establecimiento público destinado al efecto, y que es decretada por juez competente en el curso de una causa, contra el sindicado como partícipe en la comisión de un delito reprimido con pena privativa de libertad, con el único objeto de asegurar su presencia durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de las penas”¹⁶.

Actualmente la prisión preventiva es delimitada de una manera posiblemente más técnica desde su planteamiento de medida cautelar. Así, Guerra Pérez ofrece una redacción asentada en claros tintes procesalistas y descriptivos: “privación de la libertad a un sujeto, legalmente inocente, imputado por un delito de especial gravedad, que es ordenada por una resolución jurisdiccional, de carácter provisional y duración limitada, antes de que recaiga sentencia penal firme, con el fin de asegurar el proceso de conocimiento con la presencia del imputado durante el proceso o la ejecución de la eventual y futura pena¹⁷”. Asencio Mellado conceptúa la prisión provisional como una

¹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de la 25 edición alemana, Buenos Aires 2003, pág. 258.

¹⁶ ZAVALETA, Arturo. *La prisión preventiva...cit.*, págs. 58 y ss, en especial, para el autor pág.74.

¹⁷ GUERRA PÉREZ, Cristina. *La decisión judicial...cit.*, pág. 3.

medida cautelar, de carácter personal, que se resuelve en la privación de la libertad de un sujeto investigado y que se adopta en el seno de un proceso penal por la autoridad judicial a los efectos de garantizar fines adecuados a la Constitución y previstos expresamente por la Ley¹⁸.

Esa es su esencia. Después se puede adornar/justificar con todo lo demás, es decir con sus fines, el objeto que produce tal medida, el sujeto origen de la decisión, etc. Así, para completar esta trilogía de ejemplos doctrinales de los muchos que se podrían plantear, cabe concluir con la ofrecida por Gimeno Sendra, como propuesta apoyada en la 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): “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 lo suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada a la celebración del juicio oral”¹⁹.

Todas ellas ponen de manifiesto los puntos fuertes y débiles de semejante institución que más adelante analizaré. Cumple ahora completar el catálogo con un señalamiento diferente de valoración internacional, adelantada en la cita de Gimeno Sendra, pero desarrollada expresamente en todo su contenido específico, asimismo en plano de muestra pero que puede presentarse como referencia en este aspecto. Se trata de la definición de prisión preventiva que señala la Recomendación R (2006) 13 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos. En el apartado I.1 se dice que es todo periodo de detención de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a la condena. También incluye todo periodo de detención de conformidad con las reglas referentes a la cooperación judicial internacional y la extradición, sujeto a las disposiciones

¹⁸ ASECIO MELLADO, José M^a. *Derecho Procesal Penal*. 7^a ed., Valencia, 2015, pág. 184. De dicho concepto deriva cuatro notas esenciales, en un intento de justificación descriptiva: a) se resuelve en una privación de libertad que se cumple en un establecimiento penitenciario pero que queda sujeta a un régimen distinto al aplicable a los penados; b) es siempre jurisdiccional, no pudiendo ser decretada por los particulares o por la Autoridad gubernativa; c) tiene carácter provisional, pero se limita a unos plazos máximos, de modo que jamás puede extenderse más allá de ellos, al margen de la situación real del proceso y de que el mismo no haya concluido; d). tiende a cumplir unos concretos fines, no siempre estrictamente cautelares, pero que han sido estimados adecuados a la Constitución en tanto se considera que aseguran el proceso u otras finalidades legítimamente protegibles. *Ibid.*

¹⁹ GIMENO SENDRA, Vicente. “La necesaria reforma de la prisión provisional”. En *Diario La Ley*. 2001, pág. 1. (versión Internet).

específicas correspondientes. No incluye la privación de libertad inicial llevada a cabo por un policía o un agente de las fuerzas de seguridad (o por cualquier persona autorizada a actuar como tal) a efectos de interrogatorio. Igualmente en el 2 añade asimismo todo período de detención después de la condena durante el que las personas esperan que se dicte sentencia o que se confirme la condena siguen siendo tratadas como personas no condenadas.

Por otro lado, la Ley española 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, recoge semejante hipótesis, adaptada a la realidad del contenido condenatorio de la propia Ley, de la prisión provisional cuando en el artículo 87 admite la adopción de medidas cautelares restrictivas de la libertad del sujeto, siempre de conformidad con la normas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con alusión expresa a que el tiempo de prisión provisional se computará en la liquidación de la condena a ejecutar en España, en virtud del reconocimiento y ejecución de la resolución para cuya garantía se adoptó la medida. Además, el Título V de la susodicha norma aparece dedicado a las “Resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional”, al que luego atenderé.

2. Naturaleza

Ya he advertido que la gran mayoría de la doctrina estima a la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter personal, “la reina de las medidas cautelares penales”; pero como toda opción de gobierno monárquico discutible aunque generalmente aceptada allí donde semejante posibilidad se contempla. Esto es lo que viene a suceder con la institución jurídica en estudio, en cuanto a su propia naturaleza y legitimidad.

El casi total asentimiento de su naturaleza cautelar no evita cuestiones a debatir en este aspecto. La primera de ellas es su posible identificación con la pena de prisión, incluso algunos autores la han planteado con las medidas de seguridad. En ambos sentidos se manifestó en su momento Rodríguez Ramos²⁰ que sobre la premisa inicial asumida por el autor de la separación funcional formal de la prisión preventiva con la pena privativa de libertad alertó sobre la posible identificación, que desde el punto de vista fenomenológico –la prisión preventiva, en la práctica, se cumple en los mismos Centros Penitenciarios que la pena de prisión y comparte idénticas consecuencias de

²⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. “La prisión preventiva: ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad”. En *Diario La Ley*, 1984, Tomo 2, págs. 1056 y ss –versión electrónica, pág. 1.

segregación y de ausencia de libertad- y legislativo –el Código penal, a pesar de lo antedicho páginas atrás con respecto al artículo 34.1 donde claramente opta por su naturaleza de medida cautelar, de forma indirecta de alguna manera la equipara a la pena de prisión cuando en el artículo 58.1 contempla el abono, en su totalidad, del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o penas definitivamente impuestas al sujeto e, incluso, con anterioridad al Código vigente hacía extensivo el beneficio de la redención de penas por el trabajo a los estados preventivos-.

Semejantes reflexiones aproximativas entre la prisión preventiva, como pena anticipada, y la pena no han calado suficientemente ni en doctrina ni en jurisprudencia que las suelen negar con cierta intensidad, a pesar de los planteamientos que manifiestan su cercanía incluso en relación con las funciones de aquella que sitúan no solo en la propia función cautelar, sobre dos momentos del procedimiento,- por un lado, el de aseguramiento del desarrollo del proceso, de carácter instrumental y puntualmente procesal y, por otro, el de aseguramiento de la posible condena-, sino asimismo acompañada con una doble función de prevención general –visualización intimidatoria de la acción de la justicia incluso antes de la sentencia correspondiente- y prevención especial –reconocimiento de la peligrosidad del sujeto imputado que justificaría la aplicación de la medida en la perspectiva de que no ha de delinquir en el tiempo que se le aplica hasta que pueda haber sentencia condenatoria, si este es el caso-²¹. En esta última dual función es donde más cercanía se podría plantear sobre todo a los que, como

²¹ Vid., al respecto como información: *Ibd.*, pág. 2. GUERRA PÉREZ, Cristina. *La decisión judicial...cit.*, págs. 46 y ss. Crítico con esta hipótesis concreta es Rodríguez Ramos al contemplar que una privación de libertad de estas características fundamentada en la evitación de futuros delitos en tanto no se concrete el juicio y se le imponga la pena correspondiente la convierte en una inaceptable medida de seguridad, con lo que su naturaleza cambiaría totalmente lo que, al menos debería motivar un cambio de actitud legislativa de claridad al respecto sin la pretensión de buscar la implantación de una prisión provisional con naturaleza real de medida de seguridad pero oculta o encubierta en una naturaleza aparente de medida cautelar. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *La prisión preventiva...cit.*, pág. 5. En semejante sentido negatorio se manifiesta Asencio Mellado al reiterar que la prisión preventiva, como medida cautelar, no puede ser equiparada, aunque lo sea indirectamente, a las de seguridad, en este caso siempre predelictuales y ello “porque la función de evitación de una posible, teórica e indiscriminada reiteración delictiva, choca frontalmente con la instrumentalidad propia de toda medida cautelar que hace referencia al aseguramiento de un concreto y determinado proceso, no de otros futuros o distintos aunque pudieran estos últimos acumularse al primero”. ASENSIO MELLADO, José M^a. *Reforma...cit.*, pág. 3. Parece convincente semejante planteamiento porque se trataría de la equiparación a una especie de medida de seguridad, predelictual, con las obvias diferencias entre unas y otras pues aquí, al menos, ha de haber la sospecha fundada de la posible comisión de un delito grave, aunque éste no se haya sentenciado, lo que nos devolvería a tiempos afortunadamente superados de vigencia de la Ley de Vagos y Maleantes e, incluso, de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Sobre el fundamento y fin de la medida de seguridad Vid: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. La Ley Penal*. 2^a ed., Madrid, 2010, pág. 122-125.

yo, tenemos firmes convicciones preventivistas con respecto a la pena de prisión y denominamos a esta institución precisamente con el nombre de preventiva.

Sin embargo, el propio Rodríguez Ramos, estima doctrina errática y sumamente heterodoxa la aceptación de esta medida –a la que en este pasaje de su escrito denomina prisión provisional a diferencia del título en el que usa la de prisión preventiva- como prisión anticipada “más allá de los meros abonos del tiempo pasado en prisión antes de que la condena sea firme”, al ser inviable la imposición de una pena sin sentencia definitiva. Contundente en parecida línea es, entre otros, como ya he adelantado, Asencio Mellado que, sobre su distanciamiento beligerante acerca de la utilización político criminal de la prisión preventiva asevera que ésta ni es ni puede ser utilizada asignándole fines propios de la pena, como la prevención especial o la general, pues esta equiparación, “que se produce en la realidad cuando se atiende a criterios como la alarma social por muy encubierta que ésta aparezca en la ley, es contraria al derecho a la presunción de inocencia. El proceso, de eso no puede haber duda alguna, no es un instrumento de política criminal; por el contrario, ha de ser regulado con absoluta neutralidad en tanto, a través del mismo y de forma contradictoria, se ha de lograr determinar la realidad de unos hechos pasados y, sobre la base de estas conclusiones, aplicar el derecho objetivo y satisfacer los intereses y derechos que la ley estima dignos de protección. Dotar al proceso o a cualquiera de sus elementos de una función que afecta a esa neutralidad puede, sin lugar a dudas, poner en riesgo el cumplimiento de sus objetivos y abrir una peligrosa deriva hacia mecanismos inquisitivos”²².

Se me antoja una percepción muy relativizada y de fidelidad acrítica a la norma especialmente distante de los verdaderos objetivos de una política criminal, al menos como algunos la profesamos, cuyo principal objetivo es mejorar el propio sistema. Verdad es, por otro lado, que la prisión preventiva no es, lo marca el propio Código penal, como tal, sino una medida cautelar de naturaleza penal, con la visión que más adelante he de tratar, pero no deja de ser una privación de libertad, llamada prisión, por lo que posiblemente haya que buscarle parecida, que no igual, fundamentación y legitimación que a la pena de prisión. Una institución, la prisión preventiva, que por otro lado, no es fácil justificar ni desarrollar conceptualmente sobre parámetros tan discutibles en su aplicación real, como neutralidad, objetividad, sospecha, que, al menos pueden, rozar los contenidos y las exigencias garantista del principio de presunción de

²² ASCENCIO MELLADO, José M^a. *Reforma...cit.*, pág. 3

inocencia. Con razón en este punto Asencio Mellado destaca que cuando se trata de la prisión provisional, por consistir la misma en una privación de libertad a un sujeto inocente, amparado por la presunción configurada en el art. 24,2 CE, la asignación de un fin no cautelar ha de generar dudas de inconstitucionalidad derivadas de la conversión de la medida en un instrumento inadecuado a las restricciones de libertad constitucionalmente autorizadas.

Dicho principio tiene una especial relevancia en los Estados democráticos, en cuanto su núcleo esencial, especialmente garantista, se basa en la estima inicial de que todo ciudadano y, más concretamente, incluso el investigado es inocente en un proceso penal hasta que no se dicte una sentencia condenatoria firme. Nuestra Constitución así lo proclama en el 24. 2: “Todos tienen derecho (...) a la presunción de inocencia”- Sección primera, De los derechos y deberes fundamentales y de las libertades públicas, Capítulo II, Derechos y libertades, Título primero, De los derechos y deberes fundamentales-. Referencia ciertamente escueta, exclusivamente programática, desarrollada posteriormente por la doctrina, la jurisprudencia y antecedida por numerosas declaraciones de naturaleza internacional.

Entre estas últimas cabe destacar: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que en su artículo 11.1 establece que: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo artículo 14.2 fija que: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”; el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) cuyo artículo 6.2 manifiesta que: ” toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida”; Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8.2 señala que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

De todos ellos se deduce el denominador común de la demostración de la culpabilidad del sujeto por el hecho delictivo cometido, para poder privarlo de libertad. Esto combina con dificultad con la prisión preventiva y con el respeto a los derechos humanos fundamentales. Como señala Hassemer aquella es privación de libertad frente a un inocente, lo sea o no efectivamente pero desde el momento en que la prisión preventiva se aplica cuando todavía no ha sido probada la culpabilidad del sujeto y condenado en la exigible sentencia por el delito cometido es imprescindible presumir

su inocencia. Según una buena parte de la doctrina científica, y sigo en concreto con el maestro alemán, no han de existir dudas acerca de que ni siquiera la sospecha más vehemente es lo suficientemente sólida para restringir el principio de inocencia, por lo que en consecuencia antes de la condena con autoridad de cosa juzgada “la presunción de inocencia rige siempre o no rige”²³. Nistal es más rotundo cuando llega a la receptiva conclusión de que “la aplicación material de la prisión provisional está más cerca del principio de presunción de culpabilidad que del principio de presunción de inocencia, porque en el ámbito carcelario no existe la categoría de ‘presunto’, siempre se es un preso ‘convicto’ —se entra en la cárcel o no se entra— da igual que la persona haya sido juzgada o no, que sea culpable o inocente”²⁴.

No deja de ser curiosa en el marco que estoy planteando, el contenido del artículo 5 de la Ley General Penitenciaria²⁵ en cuanto se coloca la presunción de inocencia junto al régimen de la prisión preventiva en clave de ejecución operativa y real de la privación de libertad. Pareja de difícil amistad, en cuanto se pretende combinar algo tan antagónico como el internamiento penitenciario, es decir, la privación de libertad efectiva, con la presunción de inocencia. La pregunta es inmediata ¿si se presume inocente que hace en prisión? Sucede que, aunque pueda parecer interesante esgrimir el principio de presunción de inocencia como una cualidad esencial del régimen de prisión preventiva con el objetivo de configurar un sistema diferenciado entre preventivos y penados que al mismo tiempo sea compatible con el mencionado principio, aquel régimen aparece teóricamente viciado en su raíz desde el momento en que se basa en presunciones opuestas a la de la inocencia, que en determinados casos puede aparecer como necesarias para la convivencia social, pero difícilmente coadyuvantes con el principio de referencia. Con tal planteamiento llego a la conclusión de que la declaración contenida en el inciso final de este artículo 5 tiene que ser relativizada para de semejante forma situarla en sus justos términos interpretativos, que no son otros que los de garantizar, al menos en teoría, un status especial para los presos preventivos que no va más allá de unas determinadas previsiones dentro del régimen penitenciario de privación de libertad al que están sometidos.

²³ HASSEMER, Winfried. *Crítica...*cit., págs. 117-118.

²⁴ NISTAL MARTÍNEZ, Javier. “El ingreso provisional en prisión. ‘Presunción de culpabilidad’ versus ‘presunción de inocencia’”. En *Diario La Ley*. Nº 8122, 2013, pág. 3 –versión electrónica-.

²⁵ Dice el citado artículo: “El régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos”.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha manifestado igualmente sobre la cuestión en estudio, aunque con ciertos matices que lógicamente abren la puerta a las hipótesis más intensas que justifiquen la presencia constitucional de la prisión preventiva, desde la perspectiva prioritariamente procesal. El interesante ATC 214/1998, de 13 de octubre, explicita como planteamiento general que “el derecho a la presunción de inocencia no permite una condena sin pruebas ni una condena anticipada. La primera consecuencia hace referencia a la presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio y supone que cuando el Estado ejercita el ‘ius puniendi’ a través de un proceso, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido realmente el concreto delito que se le atribuía, a fin de evitar toda sospecha de actuación arbitraria. En este sentido, toda sentencia condenatoria debe estar sustentada en pruebas de cargo válidas, validez que implica no sólo la conformidad a la LECrim., sino además la conformidad de las mismas a la propia CE, correspondiendo la carga de la prueba a quien acusa”. Consecuencia concreta de este derecho, y es el planteamiento más cercano a la cuestión que analizamos, “consiste en que no permite una condena anticipada, lo que se relaciona con la dimensión del mismo consistente en ser una regla de tratamiento del acusado, imputado o procesado. De acuerdo con esta perspectiva, las medidas cautelares en el proceso penal y, en particular la prisión preventiva, no pueden ser impuestas ni con finalidad retributiva ni como un castigo prematuro, dado que el afectado sigue gozando de la consideración de inocente en tanto en cuanto no se ha producido una declaración definitiva de culpabilidad -en el sentido de responsabilidad jurídico-penal- con efecto de cosa juzgada (SSTC 128/1995, 37/1996, 67/1997, 156/1997). No es que existan dos derechos a la presunción de inocencia, sino uno sólo con trascendencia temporal dilatada, siendo sus efectos distintos en función del momento del proceso que se tenga en cuenta”. Semejante doble hipótesis está dirigida a ensalzar un derecho tan importante como el susodicho y reiterado de la presunción de inocencia para al mismo tiempo asumir las hipótesis cautelares en el proceso penal, incluida la de privación de libertad, por lo que se concluye con la idea de que “la consideración conjunta de ambas perspectivas de la presunción de inocencia da idea de la relevancia de un derecho, que ‘sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura’ (STC 56/1982), constituyendo ‘uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal’ (SSTC 138/1992, 133/1995), por

cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso (STC 41/1997, FJ 5).

En definitiva, todo lo expuesto nos aboca al requerimiento científico y conceptual de determinar la legitimación de la prisión preventiva en el Estado social y democrático de Derecho. Cuestión no sencilla pero asumida, como se ha visto, por prácticamente todos los ordenamientos jurídicos y por las normativas internacionales al respecto, a pesar de su significado de enfrentamiento con el derecho a la libertad y con el principio de presunción de inocencia.

3. Legitimación

Se estime la prisión preventiva como medida cautelar, que es la naturaleza más apropiada, o se considere como pena anticipada o medida de seguridad, ambas de difícil encaje en la estructura normativa actual, lo que se muestra con nitidez es que se manifiesta como la medida privativa de libertad más importante y gravosa desde el momento en que incide sobre un ciudadano al que simplemente se le presume su culpabilidad como oposición a su presunción de inocencia, sin que todavía haya sido declarado responsable de un delito por sentencia firme. Legitimar dicha posibilidad jurídica de detener e ingresar en prisión a una persona sin haber sido declarada culpable presenta serios inconvenientes argumentales. En todas las Constituciones democráticas, la libertad individual es un derecho fundamental, así se plantea en la española, del ciudadano reconocido y amparado que no puede ni debe ser limitado ni anulado, sino en casos muy excepcionales y especialmente justificados, específicamente contenidos en la ley.

Cuesta mucho pensar que la privación de libertad sin fallo condenatorio sea acorde con los principios garantizadores del Estado democrático de Derecho. Sin embargo, la realidad empírica de las sociedades actuales dice lo contrario. No es difícil entender que de no existir la prisión preventiva muchos de los responsables de comisiones delictivas, sobre todo habituales del crimen y aquellos que hubiesen cometido infracciones graves, tendrían la posibilidad de huir, lo que significaría, en definitiva, evadirse de la administración de justicia, lo que a su vez ocasionaría una desconfianza social en ésta. Con semejante encrucijada, únicamente parece haber dos caminos: o eliminar la prisión preventiva y con ello facilitar la impunidad de los grandes delincuentes, o mantenerla y con ello afectar a la libertad individual y al principio de presunción de inocencia.

El tema no es nada simple. A la razón social se opone la razón individual. La elección de la primera, como hacen todas las legislaciones, sólo puede justificarse en la necesidad y, por tanto, en su excepcionalidad. Ya advirtió Carrara sobre la injusticia de la prisión preventiva, pero “injusticia necesaria”.

Las teorías al respecto son multiformes, aunque todas desembocan de una forma o de otra sobre semejante hipótesis; esto es, la necesidad social, vehiculada en el proceso penal, para casos de relevante gravedad en las que de manera excepcional y proporcionada se utiliza la prisión preventiva. Lleva razón Hernández Gómez cuando se manifiesta a este respecto con planteamiento crítico pero situando la precaria justificación de esta institución jurídica en que su legitimación se basa en las distintas necesidades sobre cuya base se estructura las hipótesis de la “prisión preventiva como instrumento –lamentable, según su opinión, pero procesalmente legítimo por imprescindible- que tiene bastante que ver con la degradación actual del proceso penal, con las desviaciones del modelo constitucional y con las disfuncionalidades producidas por las deficiencias de los recursos orgánicos y materiales de la administración de justicia”²⁶.

Otros autores se manifiestan más cercanos a la sospecha de comisión delictiva y al posibilismo de un proceso adecuado. En tal sentido se manifiesta Hassemer para el que si la sospecha de un hecho punible se encuentra fundada, entonces debe tener lugar el procedimiento penal, además si aquella se dirige contra una persona determinada, en calidad de autor, entonces esa persona ha de ser parte del proceso penal y se ha de garantizar, en la medida de lo posible jurídicamente, su presencia en él además del aseguramiento de la consecuencia penal. Dualidad que “puede fundamentar necesariamente una detención por fuga o peligro de fuga” y, en menor medida, asimismo el peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad. Semejante pérdida de la libertad, así entendida, es para el autor germano, condición de la posibilidad de un procedimiento en interés jurídico, que puede calificarse de “sacrificio especial”²⁷. De la necesidad se pasa al sacrificio de la libertad, que igualmente en mi opinión es una forma instrumental de asumir la necesidad de la prisión preventiva para el procedimiento penal. Tanto es así que el propio Hassemer acepta que la referencia inicial a semejante sacrificio no alcanza al núcleo esencial de la cuestión por lo que

²⁶ HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. *Prisión provisional...*cit., pág. 43. También Roxin alude a la necesidad como factor de legitimación. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal...*cit., pág. 257.

²⁷ HASSEMER, WINFRIED. *Crítica...*cit., págs. 115-117.

vuelve a incidir en la sospecha del hecho como legitimación para la pérdida de la libertad del imputado. No cabe duda que tal como está estructurada la prisión preventiva es requisito imprescindible para su viabilidad, que no como parámetro esencial de su legitimación formal, que es precisamente su necesidad, la exigencia de que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión delictiva y que su objetivo sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, “mereciendo tal consideración únicamente aquellos que remiten a la conjuración de ciertos riesgos relevantes que, teniendo su origen en el imputado se proyectan sobre el normal desarrollo del proceso o la ejecución del fallo, así como, en general, sobre la sociedad” (STC 8/2002, de 14 de enero)

Sobre dicho fundamento legitimador paso, para concluir este epígrafe, a retomar las posibles relaciones, identificaciones y diferencias entre la prisión preventiva y la pena de prisión, en un intento de esclarecer tales vínculos y de esa manera definir con mayor exactitud mi posición sobre la prisión preventiva. Ambas, no cabe duda, una aceptada como medida cautelar, la otra como consecuencia jurídica del delito, tienen en común que son un mal que la sociedad emplea como acto de fuerza; las dos suponen una privación de libertad. En semejante línea se manifiesta la STC 32/1987, de 12 de marzo, al reconocer la analogía que existe entre la privación provisional de la libertad, adoptada por el Juez como medida cautelar, y la que es producto de una sanción penal por sentencia que pone fin a un proceso. Se trata, en efecto, de situaciones que afectan de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculcado aunque difieran desde luego entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad, y el alcance de la misma, en uno y otro caso. La propia ley penal, en el ya comentado artículo 33, ha tenido en cuenta esta similitud de efectos que para el inculcado tienen unas y otras medidas de negación de su libertad. No es posible, concluye la susodicha sentencia, ignorar, por lo demás, que la exigencia constitucional de Ley Orgánica tanto para establecer penas privativas de libertad como para fijar medidas cautelares que afectan el mismo bien jurídico es una manifestación adicional de la referida semejanza sustancial que para el reo tienen ambas determinaciones legales. La justificación es igualmente coincidente, al menos terminológicamente: necesidad. Sin embargo, dicha necesidad se sustenta en objetivos singularizados, para la pena lo es en la protección de bienes jurídicos a través de la prevención; para la prisión preventiva, ya lo dice el artículo 502 de la LECr “la prisión provisional solo se adoptará cuando

objetivamente sea necesaria”- para los fines de aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso penal y el aseguramiento del cumplimiento de las posibles consecuencias jurídicas que de él se deriven en la sentencia condenatoria. El fundamento asimismo es distinto: en la pena de prisión, culpabilidad y necesidad de pena; en la prisión preventiva coincide con los objetivos anteriormente explicitados, ejecución de un procedimiento en presencia y aseguramiento de la consecuencia penal y su naturaleza cautelar. En cuanto a los fines, ya he adelantado igualmente su diferenciación: en la primera, lo son tanto de prevención general como especial; en la segunda los generales de las medidas cautelares y los propios de esta especial medida, que, sin embargo, no deja de tener también un carácter preventivo, como su propio nombre indica, adaptado a su desigual naturaleza aunque, como bien mantiene la STC 147/2000, no pueden ser los de perseguir fines punitivos ni de anticipación de la pena.

Sobre tales premisas se desarrolla el artículo 503 de la LECr a través de una doble variable: a) con requisitos para su aplicación: a’) Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso; b’) Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión; b) con fines a perseguir: a’) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; b’) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto; c’) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.1º del artículo 503. Como añadido a lo anterior el número 2 del susodicho artículo 503 amplía la posibilidad finalista de la prisión preventiva en atención nuevamente, y próximo al tercero de los fines indicados, a la reiteración delictiva –“También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º y 2º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos”-.

Especial atención merecen los dos finales que presentan perspectivas a destacar. Con respecto al último de los citados es su alejamiento del concepto de medida cautelar pues dicho intento de evitación de nuevos delitos no parece que tenga los presupuestos necesarios para ello. Como manifiesta Asencio Mellado, eliminar un abstracto peligro de reiteración delictiva no constituye una función cautelar, cualesquiera que sean las razones que se aduzcan en su defensa y promoción, así como la existencia o no de un interés estatal en la consecución de la paz social²⁸. Semejante pretensión preventiva de comisión delictiva puede ser adecuada dentro de una estructura preventivista de la pena, pero se me hace muy difícil aceptarla a través de la presunta manifestación de un peligro abstracto de comisión delictiva con la dificultad de probación que supone y en razón a una pretendida medida cautelar de cuyo concepto se aleja definitivamente y más con la consecución de fines no cautelares como el descrito, lo que la conduce a transformarse en una medida de seguridad predelictual de imposible aceptación en un Derecho penal ubicado dentro de los parámetros garantistas del Estado social y democrático de Derecho. En sentido igualmente contrario a semejante fin Moreno Catena manifiesta que “en puridad se está partiendo de la presunción de culpabilidad y se pretendería hacer cumplir a la prisión provisional con un fin de prevención especial”, asentado en una presunción de culpabilidad difícilmente asumible²⁹. Con planteamiento diferente se manifiesta el TEDH en variadas sentencias en la comprensión –sobre interpretación del mencionado artículo 5.1 c del CEDH- de que cabe justificar la prisión preventiva cuando se estime que hay peligro de reiteración delictiva, aun cuando se trate de un fin espurio a semejante medida –que se sustenta en la presunción de culpabilidad³⁰-.

Parecido pero sobre presupuestos interpretativos diferenciados es el supuesto contenido en el nº 1.3º c). Presenta exigencias distintas y más concretas, posiblemente también más justificables aunque sigan sin tener naturaleza cautelar, referidas fundamentalmente a la violencia doméstica versus violencia de género habitual del artículo 173. 2³¹. A diferencia del número 2 del artículo 503 de la LECr antes

²⁸ ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal...*cit., pág. 185.

²⁹ MORENO CATENA, VICTOR. *Derecho Procesal...*cit., pág. 182

³⁰ Con mayor amplitud, *vid.*, *Ibd.*

³¹ El artículo 173. 2 del Código penal describe un amplio catálogo de sujetos activos y pasivos del delito sobre la cobertura típica del ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre alguno de los sujetos/víctimas descritos en él: sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o

examinado, abierto a cualquier otro hecho delictivo, esta finalidad demanda restrictivamente las siguientes exigencias: en primer lugar, que se pueda actuar con el nuevo previsible delito contra bienes jurídicos de la víctima –regla general referida esencialmente a la misma víctima-; en segundo, una especialización en las personas aludidas en el susodicho artículo 173. 2 –se supone que a los bienes jurídicos allí protegidos-. Consecuencia de estos supuestos: no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado.- como ya he comentado: pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso-. Me parece obvio entender que, aunque se supriman los límites, estos son los temporales no los de naturaleza de la pena que ha de ser de prisión³².

Semejante regulación ha sido, en términos generales, bien acogida por la doctrina. En tal sentido, a título de ejemplo, Asencio Mellado señala que se trata de un supuesto legitimador de la prisión provisional que tiene cierta relación con el del número 2, pero que es mucho más preciso tanto en su redacción, cuanto en sus objetivos, por lo que, aunque no tenga naturaleza cautelar, al apoyarse en una suerte de continuidad entre el delito presuntamente cometido y aquel que se quiere prevenir, podría ser aceptable constitucionalmente y, desde luego, es admisible a la luz del CEDH³³. No tengo especial duda sobre el fondo de dicha finalidad y desde él comparto la interpretación anterior, aunque pienso que la redacción normativa no es especialmente afortunada pues en términos generales está dirigida a cualquier delito doloso, eso sí sobre la misma víctima del delito sobre el que se aplica la prisión provisional, pero tal prognosis no me parece suficiente para generalizar la supresión de cualquier exigencia de gravedad pues con esa perspectiva se reproducen los efectos negativos significados para el número 2. Frente a esto se argumenta y así lo hace el

que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Semejante tipología en atención a los sujetos pasivos puede ser nominada de forma amplia como delito de violencia doméstica, donde cabe englobar a esta, en su comprensión estricta, y las figuras más íntimamente relacionadas con la violencia de género que tienen su regulación punitiva específica, entre otros, en los artículos 153, 171.4, 172.2 del Código penal. Vid., en este sentido: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral”. En *La Ley Integral. Un estudio multidisciplinar*. Coord. Jiménez Díaz. Madrid, 2009, págs. 19-36.

³² En tal sentido: MUÑOZ CATENA, Víctor-CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal...cit.*, págs. 278-279.

³³ ASCENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal...cit.*, pág. 194

autor últimamente citado al señalar que “se constituye en una medida característica para la prevención de la violencia de género”. Lo indica el legislador. Pero más parece como deseo o ruta indicativa a seguir, que como exclusividad de aplicación a dicha violencia doméstica/de género; por lo que deja la puerta abierta a otras hipótesis cuya única limitación es que se realice sobre la víctima y se trate de un delito doloso, excesivo expansionismo de una criticable prisión preventiva.

En todo caso, para el penalista el criterio de culpabilidad, en sus diversas acepciones y entendimientos doctrinales, es imprescindible que esté probado y sustentado en una sentencia definitiva. Como señala Hassemer la persecución de fines de prevención general y especial, a los que me adscribo con firmeza³⁴, supone que se encuentre sólidamente probado ese especial presupuesto del Derecho penal material: la culpabilidad del autor³⁵. La base de la prisión preventiva es la antítesis de este razonamiento pues ha de partir, al menos formalmente, de la presunción de inocencia del sujeto, lo que no deja de ser una auténtica paradoja, imprescindible pero contradictoria, porque el final, por mucha transitoriedad de ésta, es el ingreso en un centro penitenciario, amparado uno por la presunción de inocencia; otro por la previsión no constatada de culpabilidad delictiva.

III. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

No es difícil deducir de todas las referencias doctrinales que se han realizado en torno a la prisión preventiva hasta este momento, y de las muchas más que cabe hacer, fundamentalmente las dirigidas a su legitimación que aún asumiendo en prácticamente todas ellas una realista que no comprometida justificación no deja de advertirse un cierto poso de desagrado o inquietud por tener que asumir semejante legitimidad en menoscabo de libertades y derechos fundamentales para la sociedad democrática. Malestar que se expresa inequívocamente en el afán de rodear a la práctica de la institución de numerosas cautelas de difícil si no imposible prestación³⁶.

Así lo ha visto la mayoría de la doctrina y buena parte de la jurisprudencia constitucional, además de la normativa vigente en materia de prisión preventiva, en las

³⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal...cit.*, pág. 121.

³⁵ HASSEMER, Winfried. *Crítica...cit.*, pág.

³⁶ Vid, en este sentido: ÁNDRES IBÁÑEZ, Perfecto. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. *Detención y prisión provisional.. En Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1996. Igualmente en *Derecho Procesal Penal-Ensayos Jurídicos*, versión electrónica, pág. 6.

cuales se aportan importantes criterios limitativos de alcance real de aquella en relación con la libertad de los ciudadanos. Valga como muestra la referencia que se hace en la Exposición de Motivos de la LO 13/2003, de 24 de octubre, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional cuando se afirma que “el Tribunal Constitucional de forma paulatina pero unívoca, ha ido estableciendo una serie de características que la prisión provisional ha de cumplir en todo caso para adecuarse a los postulados de nuestra Constitución. De entre ellas, las que imponen mayores exigencias y obligan a esta reforma parcial de la institución son su excepcionalidad y, sobre todo, su proporcionalidad. La excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado – investigado o encausado- durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción. Por tanto, no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea –alusión asimismo al principio de legalidad-. Importantes también son las exigencias que a la legislación impone el llamado principio de proporcionalidad”. Con estos criterios introductorios voy a hacer breve referencia, dada la naturaleza de este trabajo, a los principios más destacados ordenados de manera sistemática.

A los antes aludidos es preciso añadir el de jurisdiccionalidad que, en íntima conexión, puede completar el trípede esencial de principios: excepcionalidad, proporcionalidad, jurisdiccionalidad³⁷.

En primer lugar, el principio de excepcionalidad modela la realidad y el alcance que se le otorga a la prisión preventiva. Presenta tres dimensiones a tener en cuenta en sus diferentes niveles: por un lado, constituye la base nuclear de la preeminencia de la libertad del ciudadano sobre su privación de manera provisional o preventiva en las formas antes atendidas y es consecuencia del generalizado principio *favor libertatis* que aplicado a esta cuestión supone el reconocimiento de su fijación exclusivamente en los casos más extremos reconocidos como tales por la propia ley; por otro lado, el

³⁷ Algunos autores añaden otros diferentes pero que entiendo pueden incorporarse a alguno de los tres citados. Así: Martínez Galindo añade subsidiariedad, temporalidad y provisionalidad. MARTÍNEZ GALINDO, Gema. “La prisión provisional”. En *Ley Penal*. Nº 13, 2005, págs. 2-3 –versión electrónica-. Hernández Gómez señala instrumentalidad, legalidad, necesidad, subsidiariedad, provisionalidad y temporalidad HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. *Prisión provisional...*cit., págs. 63-65. También la STC 147/2000, de 29 de mayo, entre otras, destaca que el órgano jurisdiccional correspondiente ha de observar las exigencias de legalidad, excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad en cuanto a la consecución de fines constitucionalmente legítimos respecto a la medida de prisión provisional.

reconocimiento de su necesidad en extremo excepcional; y en tercer lugar, y aquí se entrecruza con los que algunos denominan principio de subsidiariedad y que la LECr refiere en el artículo 502. 2 supone su exclusiva aplicación cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

Este último punto es de especial interés para referirnos a la posibilidad de alternativas a la prisión preventiva que es marcada, haciendo un símil distante con el Derecho penal y con la pena de prisión, desde semejante perspectiva como *ultima ratio* de las medidas cautelares a aplicar en el proceso penal. Citar, a manera de muestra, por ejemplo las propuestas en la Recomendación R(2006) 13 ya citada con anterioridad y que contempla: a) la obligación de la persona de presentarse ante una autoridad judicial cómo y cuando se le requiera, no interferir en el curso de la justicia y no adoptar determinadas comportamientos, incluidos comportamientos relacionados con una profesión u ocupación determinada; b) obligación de informar diaria o periódicamente a una autoridad judicial, la policía u otra autoridad; c) obligación de aceptar la supervisión de un organismo nombrado por la autoridad judicial; d) obligación de someterse a vigilancia por medios electrónicos; e) obligación de residir en una dirección específica, con o sin condiciones respecto a las horas que puede pasar allí; f) prohibición de abandonar lugares o barrios determinados sin autorización; g) prohibición de encontrarse con determinadas personas sin autorización; h) obligación de entregar pasaportes u otros documentos de identificación; i) obligación de proporcionar o asegurar garantías financieras o de otro tipo relacionadas con el comportamiento durante el período previo al juicio³⁸.

³⁸ En parecido sentido, aunque bastante más extensivo, se manifiesta la citada Ley 23/2014, sobre su ámbito de actuación, pero con un amplio catálogo de medidas alternativas a la prisión provisional entendidas como aquellas adoptadas en un proceso penal por la autoridad competente de un Estado miembro por las que se imponen a una persona física una o más medidas de vigilancia en sustitución de la prisión provisional con las que ha de garantizarse la debida acción de la justicia y, de modo especial, la comparecencia en juicio de la persona de que se trate, junto a la mejora de la protección de las víctimas y la seguridad ciudadana. Son (artículo 110): a) obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir citaciones a comparecer en las diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales; b) prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; c) obligación de permanecer en un lugar determinado durante el período de tiempo señalado; d) obligación de respetar las limitaciones impuestas en relación con la salida del territorio del Estado de ejecución; e) obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; f) prohibición de aproximarse a determinadas personas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos; g) inhabilitación para ejercer determinadas profesiones o actividades ligadas con el delito presuntamente cometido; h) La obligación de no conducir vehículos de motor; i) obligación de depositar una fianza o prestar otra garantía, ya sea en determinados plazos o en un pago único j) obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de adicciones; k)

La escasa y no excesivamente acertada regulación de estas medidas en el Ordenamiento jurídico español lleva a una muy difícil agrupación de ellas. Destacar las más utilizadas como son la fianza, el embargo, la retirada de pasaporte, la presentación periódica ante la correspondiente autoridad judicial y el renacido, con impulso doctrinal, arresto domiciliario, del que ya he hablado, como prisión atenuada, que para Álvarez García –Queralt Jiménez debe de convertirse en la “reina” de las medidas cautelares y en la gran alternativa a la prisión preventiva, cuya vigencia normativa postularon en la ley de 10 de septiembre de 1931, sobre la estimación de un extenso número de ventajas sobre la prisión preventiva³⁹. No me cabe duda que es una alternativa intermedia entre las medidas no privativas de libertad y la prisión preventiva, pero es también necesario poner de relieve que para ciertos delitos, por su gravedad, y para determinados delincuentes puede ser compleja la sustitución de la prisión preventiva sin romper los parámetro que la hacen necesaria para los fines excepcionales por los que se configura con tal intensidad.

En segundo lugar es preciso hacer referencia al principio de proporcionalidad, íntimamente relacionado con el anterior y que representa igualmente un pilar fundamental de garantías en la utilización de la prisión preventiva. La ya citada Exposición de Motivos de la Ley 13/2003 considera que dicho principio reclama que las normas legales restrictivas de derechos fundamentales -y, en lo que ahora importa, la prisión provisional, en cuanto restrictiva de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia- deban tener un contenido tal que la limitación de los derechos fundamentales que esta institución comporta sea proporcionada a los fines que con ella se pretenden alcanzar”.

El Tribunal Constitucional asienta el desarrollo práctico en diversas orientaciones. De este modo, la STC 33/1999, de 8 de marzo, no considera constitucionalmente adecuada la referencia contenida en el Auto recurrido al escaso tiempo que llevaba el procesado en prisión, “pues, dado que se trata de una medida

prohibición de tenencia y porte de armas o de otros objetos específicos relacionados con el delito enjuiciado. Se trata de una mezcla poco adecuada sistemáticamente de medidas cautelares restrictivas de derechos, de medidas asegurativas del cumplimiento de los contenidos económicos que caben ser señalados en la sentencia penal o de medidas provisionales anticipativas cercanas a penas o prohibiciones de esta naturaleza. Cobo del Rosal fija como verdaderas alternativas a la prisión preventiva en el sistema español por cumplir los objetivos prioritarios de las medidas cautelares: la libertad bajo fianza y el arresto domiciliario, en particular, con vigilancia electrónica. COBO DEL ROSAL, Manuel. *Tratado...*cit., págs. 555-561.

³⁹ Para ver con detalle la 20 razones esgrimidas como ventajas: ÁLVAREZ GRACÍA, F.J.-QUERALT JIMÉNEZ, A. *La prisión atenuada...*cit., págs. 2-3.

excepcional, subsidiaria, provisional y proporcional a la consecución de los fines que la legitiman, es insuficiente la mera invocación de no haberse superado el plazo máximo legalmente previsto. Siendo necesario que se expliciten los presupuestos fines que pueden avalar la proporcionalidad de la medida”. En consecuencia, el TC procede estimar la demanda y anular los Autos recurridos, “pues el mantenimiento en prisión del recurrente ha vulnerado su derecho a la libertad personal art. 17.4 CE, dado que no puede sostenerse que las resoluciones judiciales impugnadas hayan realizado una razonable ponderación de la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva”. Desde otra perspectiva, la STC 66/1999, de 26 de abril, concreta el juicio sobre criterios de adecuación de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto y concreto.

Gimeno Sendra extrae del principio de proporcionalidad notas esenciales que para otros autores son principios diferenciados. Así, el de legalidad, en cuanto la injerencia que supone la prisión preventiva en la libertad individual ha de estar prevista en la ley, lo que no se debe de interpretar en sentido sumamente restrictivo sino que requiere una doble comprensión: por un lado, lo anteriormente afirmado que se encuentre prevista en el ordenamiento procesal; pero por otro, además, que únicamente puede ser aplicada como consecuencia del estricto cumplimiento de los tasados motivos que “justifican el sacrificio de este derecho fundamental”⁴⁰.

También el de necesidad, anteriormente explicitado y que supone, para mí, no ya un principio sino la legitimación de la propia prisión preventiva, en esta perspectiva desde una visión más amplia. En el sentido aquí indicado completa al anterior de legalidad en cuanto no basta con que la medida esté prevista en la Ley, sino que además ha de justificarse objetivamente para conseguir con su cumplimiento los fines constitucionales que la legitiman porque, en caso contrario, habría que optar por otra alternativa menos gravosa para el ciudadano –aproximación al principio de excepcionalidad versus subsidiariedad que anteriormente he analizado de forma conjunta e independiente al de proporcionalidad-. Como consecuencia del principio material de necesidad surge, en opinión de Gimeno Sendra, el de motivación, esto es, la exigencia de una especial motivación de la resolución limitativa del derecho

⁴⁰ JIMENO SENDRA, Vicente. “La necesaria reforma de la prisión provisional”. En *La Ley*, 2000 pág. 3 (versión electrónica).

fundamental a la libertad⁴¹ y, además, el de defensa efectiva según el cual el Auto de adopción de la prisión provisional, no solo ha de estar motivado sino que ha de garantizar su impugnación devolutiva por la defensa⁴².

En tercer lugar, y también interrelacionado con los anteriores, el principio de exclusividad jurisdiccional que supone el monopolio para las medidas cautelares, concretamente la de prisión preventiva, en cuanto su adopción corresponde exclusivamente a los órganos judiciales. Así lo fija de forma específica el artículo 502 de la LECr al determinar que podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa. Como pone de manifiesto Gimeno Sendra en materia de restricción del derecho a la libertad, la jurisdicción ostenta la más amplia exclusiva, no solo en su perspectiva general sino en la concreción del órgano judicial expresamente determinado por la ley como competente para ello o lo que es lo mismo restringido expresamente a los jueces y tribunales descritos por el susodicho artículo 502. Criterio reiteradamente mantenido por nuestro Tribunal Constitucional sobre la firme base de corresponder a los órganos judiciales la tutela de los derechos y libertades por imperativo de la vinculación general prevista en el art. 53.1 CE⁴³.

IV. DECLARACIONES PROGRAMÁTICAS Y REALIDADES EMPÍRICAS

Lo analizado hasta este momento nos pone de manifiesto la preocupación legislativa, jurisprudencial y doctrinal por un uso excesivo de la prisión preventiva frente a la libertad de los ciudadanos. Los principios enumerados asentados en válidas proclamaciones e interpretaciones constitucionales y la normativa internacional no dejan de manifestar una cierta mala conciencia por asumir la necesidad de dicha

⁴¹ En tal sentido la STC 66/1997, de 7 de abril, mantiene que las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada (SSTC 41/1982, 56/1987, 3/1992 y 128/1995). Esta motivación ha de ser suficiente y razonable, “entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional” (STC 128/1995, FJ 4.º b). La suficiencia y la razonabilidad serán, en definitiva, el resultado de la ponderación de los intereses en juego -la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la Administración de la Justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro- a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión provisional como “una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines” constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida.

⁴² *Ibid.*, pág. 4.

⁴³ A título de simple muestra: STC 41/1982, de 2 de julio.

institución jurídica en el proceso penal a pesar de las restricciones que ella supone al derecho fundamental a la libertad y a la presunción de inocencia de los ciudadanos.

Pero una cosa en la labor de concienciación programática y posiblemente otra la realidad de los datos que aporta la aplicación real de la prisión preventiva. Con semejante finalidad, y para concluir este estudio, presento información estadística sobre el uso de aquella, en una valoración comparativa tanto en España como en Europa, con una selección en esta última de las quince legislaciones constitutivas inicialmente de la Unión Europea.

La primera de las tablas a presentar es la referente a internos, penados y preventivos, en España, desde el año 2000 hasta el 2015, en este último, mes de diciembre. Aunque en su estructura es de elaboración propia los datos en ella incluidos son los ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística para los años 2000 a 2014 y directamente de Instituciones Penitenciarias para diciembre del año 2015 –los datos los contabilizo sobre un total de 60.395 internos, aunque Instituciones Penitenciarias añade 577 en medidas de seguridad y 642 penados con preventivos, que no incluyo, lo que hace un total de 61.614. En todos los casos he respetado los datos ofrecidos por las fuentes respectivas, lo que, en mínimas ocasiones, puede mostrar una cierta disfuncionalidad con otras tablas utilizadas para objetivos distintos en trabajos diferentes.

Junto a ella y asimismo en relación a España, como derivación de la Tabla, muestro dos gráficos, uno sobre la evolución del número de internos; otro sobre tasas de representación de la población preventiva

Tabla con número total de internos, penados y preventivos, en España

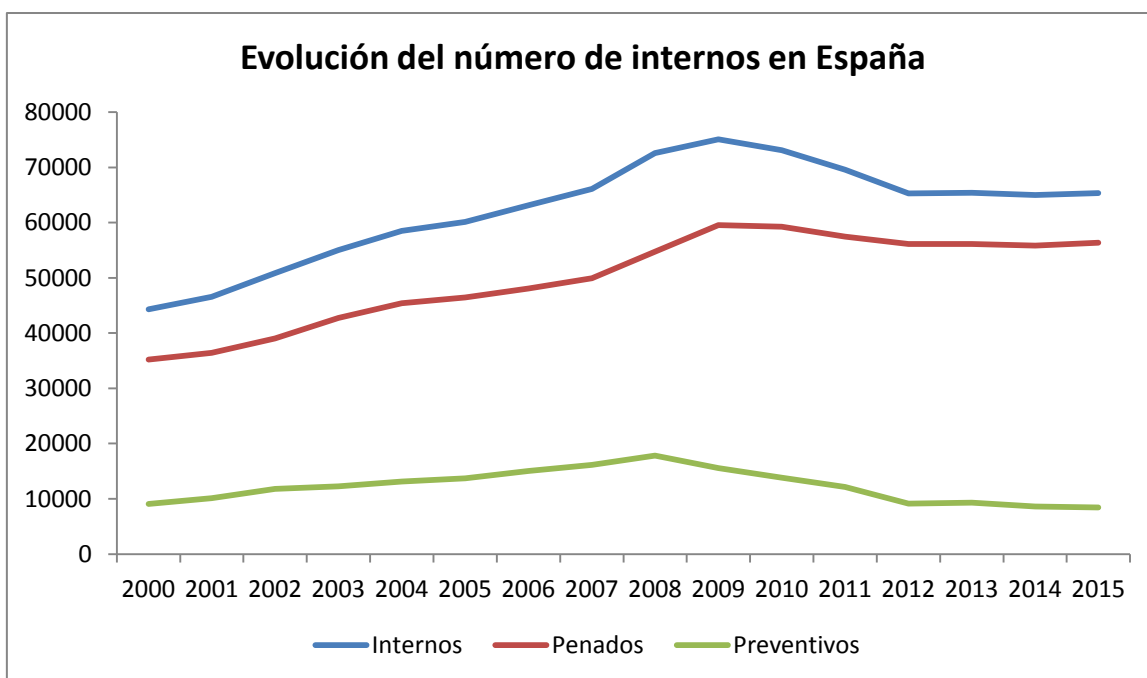
Año	Total	%	Penados	%	Preventivos	%
2000	45.104	100%	35.190	74,14%	9.100	25,85%
2001	47.571	100%	36.436	72,16%	10.141	27,83%
2002	51.882	100%	39.032	69,74%	11.810	30,25%
2003	56.096	100%	42.744	71,28%	12.276	28,71%
2004	59.375	100%	45.384	71,11%	13.112	28,89%
2005	61.054	100%	46.426	70,45%	13.720	29,55%
2006	64.021	100%	48.073	68,67%	15.065	31,33%
2007	67.100	100%	49.943	67,90%	16.137	32,10%
2008	73.558	100%	54.746	67,40%	17.849	32,60%
2009	76.079	100%	59.518	73,82%	15.580	26,18%
2010	73.929	100%	59.251	76,64%	13.837	23,36%
2011	70.472	100%	57.440	78,85%	12.148	21,15%

2012	68.597	100%	56.109	83,66%	9.150	16,34%
2013	66.765	100%	56.103	83,44%	9.292	16,56%
2014	65.017	100%	55.114	86,51%	8.595	13,49%
2015 (12)	61.604	100%	52.711	87,25%	7.684	12,75%

Fuente: Elaboración propia sobre datos informativos del Instituto Nacional de Estadística y de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. La diferencia entre el total y la suma de penados y preventivos es que no se computa medidas de seguridad y penados con preventivas, ni en unos ni en otros. Los porcentajes se hacen sobre la suma de ambos, preventivos y penados.

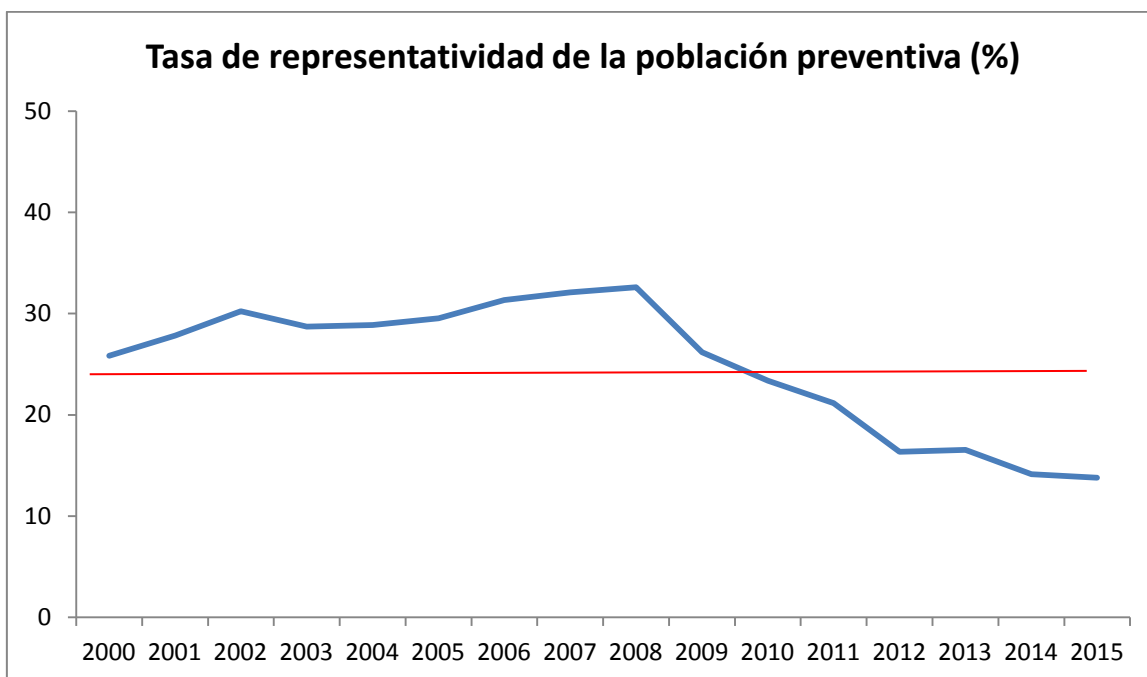
Tres bloques de información y cuantificación se pueden hacer con los datos expuestos: a) desde el año 2000 hasta el 2006 donde el número total de internos es el más bajo de los tres, aunque en progresivo aumento, pero en el que el porcentaje de preventivos es sumamente elevado –oscila desde un 25,85% del año 2000 al 31,33% del año 2006, este el tercero más alto de todos los períodos en estudio- rompiendo con cualquier armonización de la idea de prisión preventiva como excepción, más como uso y abuso, de una institución precisamente no pensada para ello, como hemos visto en epígrafes anteriores; b) desde el año 2007 a 2010 es el bloque en el que el incremento del número total de internos es evidente, llegando a su máximo en el año 2009 e igualmente en el tanto por ciento de preventivos a pesar de que son los años 2007 y 2008 los que manifiestan un índice más elevado para ocupar el primer –año 2008 un 32,60% y el segundo –año 2007 un 32,10%- puestos, que, sin embargo bajan precisamente en el año donde más internos totales hay, a partir de ahí el número de preventivos desciende progresivamente; c) desde el año 2011 al 2015 en los que la tendencia es hacia una importante disminución tanto del total de internos como de preventivos, entrando, en ambos casos, pero, sobre todo en preventivos, en cifras más asumibles aunque todavía lejos de la comprensión de la prisión preventiva como medida cautelar excepcional en su utilización –incluso el porcentaje más bajo, 12,75%, se me antoja excesivamente amplio para la naturaleza y los objetivos de dicha institución-.

Expongo a continuación de manera gráfica, algunos de los datos más significativos en orden a interpretar de esta manera las diversas variables en ellos contenidas.



Elaboración propia

Respecto a la población reclusa preventiva, llama la atención el hecho de que su representatividad descienda por debajo de la media únicamente a partir del año 2010, manteniéndose en parámetros más elevados en los anteriores períodos secuenciales, destacando sobremanera el trienio 2006-2008 y el año 2002, tal y como queda debidamente representado en el siguiente gráfico:



Elaboración propia

La segunda tabla está dedicada a la población total en prisión y preventivos en ella sobre la Europa de los 15. Se han seleccionado tres años para la información, dos fijos para todos -2000 y 2010- y uno movable en atención a los últimos datos ofrecidos por los países en estudio –generalmente 2014, aunque también 2013 o 2015, incluso uno, Bélgica, 2012-; lo que me interesa fundamentalmente en estos casos es la tendencia. Se incluye en la tabla, número total de internos, y tanto por ciento, obviamente el 100%, tasa por 100.000 habitantes, número de preventivos, tanto por ciento y tasa. Igual que advertía para la tasa anterior he respetado las cifras ofrecidas por la fuente consultada, International Centre for Prisión Studies, excepto en supuestos puntuales de ausencia de datos.

Población total en prisión y preventivos. Europa.

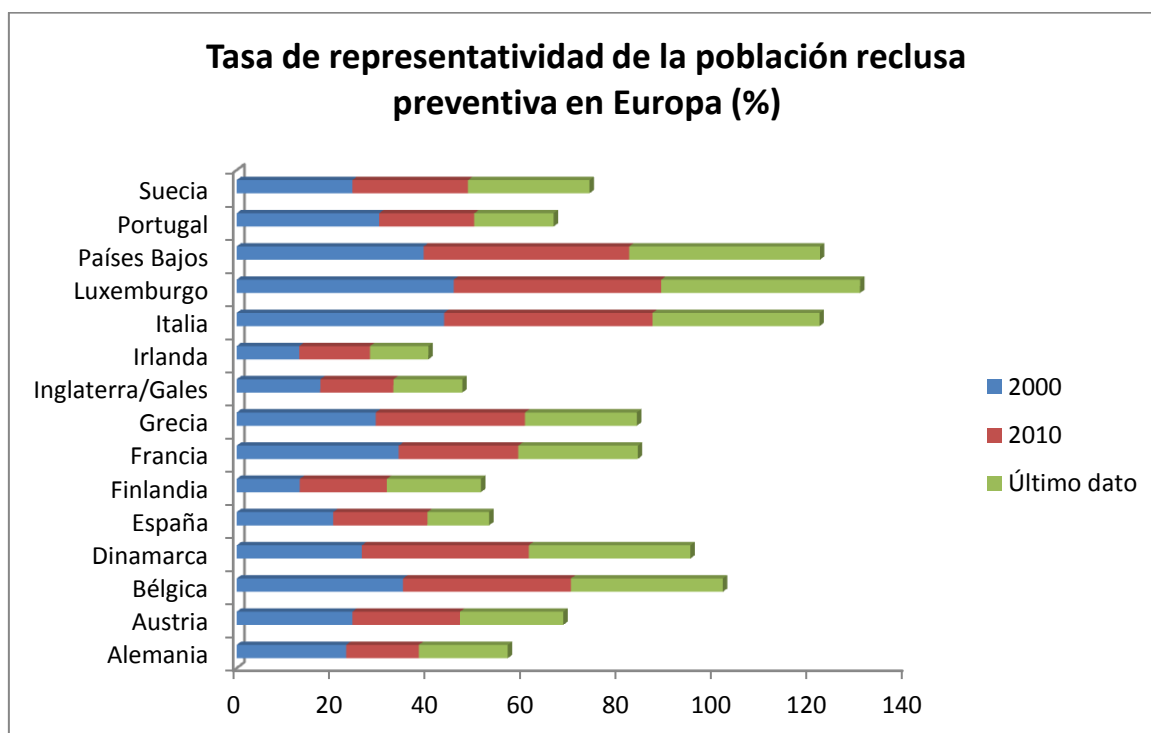
País	Año	Total	%	Tasa	Preventivos	%	Tasa
Alemania	2000	70.252	100%	85	18.201	22,9%	22
	2010	69.385	100%	85	10.941	15,2%	13
	2014	61.928	100%	77,5	11.528	18,6%	14
Austria	2000	6.862	100%	86	1.669	24,2%	21
	2010	8.597	100%	102	1.935	22,5%	23
	2014	8.375	100%	104,2	1.809	21,6%	21
Bélgica	2000	8.688	100%	85	3.023	34,8%	30
	2010	10.561	100%	97	3.712	35,1%	34
	2014	11.769	100%	105	3.665	31,4%	33
Dinamarca	2000	3.382	100%	63	887	26,2%	17
	2010	3.965	100%	71	1.384	34,9%	25
	2013	4.088	100%	68,2	1.382	33,8%	22
España	2000	45.309	100%	113	9.084	20,2%	23
	2010	76.701	100%	165	14.980	19,7%	32
	2015	61.614	100%	133	7.684	12,5%	17
Finlandia	2000	2.855	100%	55	376	13,2%	7
	2010	3.291	100%	61	599	18,2%	11
	2014	3.005	100%	57,8	592	19,7%	11

Francia	2000	48.855	100%		16.562	33,9%	27
	2010	61.430	100%	98	15.226	25,0%	23
	2015	66.196	100%	100	16.549	25,0%	25
Grecia	2000	7625	100%	70	2.217	29,1%	20
	2010	11.364	100%	102	3.541	31,2%	31
	2015	9.632	100%	90	2.572	26,7%	24
Inglaterra/gales	2000	64.602	100%	124	11.433	17,5%	22
	2010	84.725	100%	153	13.004	15,3%	24
	2015	85.569	100%	147	12.322	14,4%	21
Irlanda	2000	2.941	100%	77	379	13,1%	10
	2010	4.290	100%	94	642	14,8%	14
	2015	3.762	100%	80	459	12,2%	10
Italia	2000	53.165	100%	93	23.456	43,4%	41
	2010	67.961	100%	112	29.986	43,6%	49
	2015	53.928	100%	89	18.821	34,9%	31
Luxemburgo	2000	394	100%	90	179	45,4%	41
	2010	690	100%	136	303	43,4%	60
	2014	631	100%	112	271	43%	48
Países Bajos	2000	13.847	100%	87	4.372	39,1%	27
	2010	15.235	100%	92	5.701	43,0%	38
	2014	11.603	100%	69	4.629	39,9%	27
Portugal	2000	12.944	100%	126	3.854	29,8%	27
	2010	11.613	100%	110	2.307	19,9%	22
	2015	14.236	100%	138	2.291	16,1%	22
Suecia	2000	5.326	100%	60	1.376	24,2%	15
	2010	6.902	100%	74	1.732	24,4%	18
	2014	5.400	100%	55	1.366	25,3%	14

Fuente: elaboración propia sobre datos informativos del International Centre for Prisión Studies. 2015-2016.

Para ilustrar lo anteriormente expuesto y hacer más comprensible de manera visual las tasas y porcentajes presentados en la tabla anterior, se presenta la siguiente gráfica, la cual pretende simplemente medir visualmente el uso de la prisión preventiva

por parte de los Estados Europeos señalados de manera acumulativa respecto a las tres anualidades contempladas en cada país⁴⁴:



Elaboración propia.

De acuerdo con lo anterior, hay un dato muy significativo con respecto a tres países esencialmente: Países Bajos, Luxemburgo e Italia hacen un uso desmedido de la prisión preventiva, si bien hay una tendencia generalizada conforme al último dato expuesto, de una menor utilización en la práctica totalidad de países, a excepción de Alemania, Finlandia y Suecia, si bien en las dos primeras el porcentaje de representatividad entra dentro de la normalidad estadística ya que se mueven en cotas muy por debajo de la media. El caso de España es muy paradigmático, al configurarse como el cuarto país que, secuencialmente, hace un menor uso de la prisión preventiva en estos últimos quince años, disminuyendo paulatinamente, en cotas muy relevantes, su utilización, pudiendo afirmarse que es uno de los que mayor reducción cualitativa se ha producido. Ahora bien, en términos globales; esto es, de conformidad con la tasa de preventivos respecto a la población reclusa total se integraría como quinto país que menor tasa presenta del total analizado (17).

⁴⁴ Se ha introducido la categoría genérica “último dato” para incluir el porcentaje más reciente de cada país al no existir, como ya se ha advertido, uniformidad respecto a su medición, pudiendo variar, tal y como se ha expuesto en la tabla, sobre el trienio 2013-2015.

Sobre lo dicho hay que significar que por muchas Recomendaciones u otras normativas europeas para minimizar el empleo de la prisión preventiva el éxito es prácticamente nulo. Los tantos por ciento de preventivos en relación con la población total en prisión son bastante elevados, excesivamente expansivos no solo en los tres países indicados, que en ellos es desbordante, sino como muestra media. Incluso los sistemas en los que el porcentaje es relativamente bajo, como Irlanda, Inglaterra/Gales, Finlandia, España o Alemania, se me representa todavía muy alejado de las exigencias de excepcionalidad de la prisión preventiva. En todo caso, la evolución producida en España en los últimos años tanto a nivel interno como comparado es relativamente satisfactoria aunque necesitada de mejora en la línea descendente en la que acertadamente se está moviendo.

Termino estas reflexiones volviendo nuevamente a Carrara, cuando escribía, con el barroco lenguaje propio de los escritores clásicos, que “aplauzo y alabo como obra santa los nobles esfuerzos que se hacen para llevar a los culpables al castigo. Y proclamo que los gobiernos civiles faltan a su sagrado deber si no cayeran a dicho objetivo todas sus fuerzas. Pero si aquella es en las sociedades una culpa de *omisión*, es por otra parte culpa gravísima de *comisión* usar las fuerzas sociales para enviar a los honestos a la escuela del mar, y corromper almas puras y honestas”. Con esta valoración, el maestro italiano se definía, allá en el siglo XIX, por dos modos de reforma: 1º espaciar cuanto sea posible y acortar la prisión provisional; 2º las reducciones dentro de los límites de la más estricta necesidad, ordenar de modo que no sea tirocinio de perversión moral⁴⁵. Ha pasado mucho tiempo de estas relevantes ideas; pero, como bien dice Cobo del Rosal, lo cierto es, mal que nos pese, que la denuncia que en ellas se encuentra, sigue teniendo plena vigencia en nuestros días⁴⁶. Con envolturas más suaves, con actualización de criterios, con desiguales fundamentos, lo cierto es que, con carácter general, muy poco realmente se ha avanzado, aunque pequeñas y distantes luces parecen encenderse, como en el caso analizado de nuestro país.

⁴⁵ CARRARA, Francesco. *Inmoralidad...cit.*, traducción Quintanar Díaz, pág. 10.

⁴⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel. *Tratado...cit.*, pág. 538.

BIBLIOGRAFÍA:

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.-QUERALT JIMÉNEZ, A., «La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general, y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1931», *Diario La Ley*, nº 6174, 24 enero 2005, pp. 1 y ss. –versión electrónica-.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Presunción de inocencia y prisión sin condena», *Detención y prisión provisional*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996. (igualmente en *Derecho Procesal Penal-Ensayos Jurídicos*, versión electrónica, pág. 6).

ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión provisional*, Madrid, 1987.

ASENCIO MELLADO, J. M., «Reforma de la prisión provisional. El respeto a la proporcionalidad como garantía del derecho a la libertad», *Diario La Ley*, nº 6211, 16 de marzo de 2005, pp. 1 y ss. –versión electrónica-.

ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Derecho Procesal Penal*, 7^a ed., Valencia, 2015.

CARRARA, F., «Immoralità del carcere preventivo», *Opuscoli di Diritto Criminale*, vol. IV, Prato, 1881.

COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal Español*, Madrid, 2008.

DAMASKA, M. R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado (análisis comparado del proceso legal)*, Santiago de Chile, 2000.

DEL RÍO LABARTHE, G., «La prisión preventiva desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Anuario de Derecho Penal*, 2008, pp. 97 y ss.

GIMENO SENDRA, V., «La necesaria reforma de la prisión provisional», *Diario La Ley*, 2001, pp. 1 y ss. -versión internet-.

GIMENO SENDRA, V., «La necesaria reforma de la prisión provisional», *La Ley*, 2000, pp. 1 y ss. -versión electrónica-.

GUERRA PÉREZ, C., *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, Valencia, 2010.

HASSEMER, W., «Los presupuestos de la prisión preventiva», en *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Trad., Patricia S. Ziffer. Buenos Aires, 2003, pp. 105-106.

HERNÁNDEZ GÓMEZ, I., «Prisión provisional y garantías», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, nº 16/17, 2011/2012.

LANDROVE DÍAZ, G., «Prisión provisional y régimen penitenciario», en AAVV: *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales* (coord. Barbero Santos), Castilla La Mancha, 1997, pp. 187 y ss.

MAPELLI CAFFARENA, B., «La ejecución de la medida cautelar de privación de libertad provisional», en AAVV: *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales* (coord. Barbero Santos), Castilla La Mancha, 1997, pp. 199 y ss.

MARTÍNEZ GALINDO, G., «La prisión provisional», *Ley Penal*, nº 13, 2005, pp. 2-3 - versión electrónica-.

MORENO CATENA, V.M.-CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 7ª edición actualizada con la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, Valencia, 2015.

MORILLAS CUEVA, L., «Régimen de prisión preventiva», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, Vol. 1º -Ley Orgánica General Penitenciaria- Dir. Cobo del Rosal. Madrid, 1986, pp. 111 y ss.

MORILLAS CUEVA, L., «Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral», *La Ley Integral. Un estudio multidisciplinar* (coord. Jiménez Díaz), Madrid, 2009, pp. 19 y ss.

MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. La Ley Penal*. 2ª ed., Madrid, 2010.

MUÑOZ CONDE, F.-MORENO CATENA, V.M., «La prisión provisional en el Derecho español», *La reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1980.

MUÑOZ CONDE, F., «Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional», en AAVV: *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales* (coord. Barbero Santos), Castilla La Mancha, 1997, pp. 219 y ss.

NISTAL MARTÍNEZ, J., «El ingreso provisional en prisión. ‘Presunción de culpabilidad’ versus ‘presunción de inocencia’», *Diario La Ley*, nº 8122, 2013, pp. 1 y ss. - versión electrónica-.

ORELLANA, E., «La primacía de la persecución penal: Reflexiones sobre la prisión preventiva tras las modificaciones introducidas al Código procesal penal por la Ley 20.253 (“agenda corta antidelincuencia”)», *Derecho y Humanidades*, Nº 16, vol 1, 2010, pp. 106 y ss.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?», *Diario La Ley*, 1984, tomo 2, pp. 1056 y ss. -versión electrónica, pp. 1 y ss.-.

ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal* (trad. de la 25 edición alemana), Buenos Aires, 2003.

SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, 2003.

ZAVALETA, A., *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Buenos Aires, 1954, pp. 13 y ss.