



Revista

Real  
MÉXICO

Número 18  
enero-junio 2021

ISSN 2007-4700

## El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España

Pere Simón Castellano

Profesor Contratado Doctor  
Universidad Internacional de la Rioja UNIR  
Grupo de investigación Penalcrim  
pere.simon@unir.net

**RESUMEN:** *Allí donde domina la ambivalencia es difícil realizar balances positivos. Quizás el paradigma o máximo exponente de lo anterior, en el ámbito del proceso penal en España, es la prisión provisional. El presente trabajo, más allá de analizar el régimen jurídico-constitucional y la jurisprudencia de desarrollo de la citada institución cautelar, pretende plantear los principales retos que derivan de su aplicación práctica por parte de los juzgados y tribunales, sin obviar la significativa participación del Ministerio Público, que actúa como principal peticionario de la medida.*

**PALABRAS CLAVE:** *Presos sin condena; medidas cautelares; proceso penal; libertad; presunción de inocencia.*

**ABSTRACT:** *Where ambivalence prevails, it is difficult to make positive balances. Perhaps the paradigm or maximum exponent of the above, in the field of Spanish criminal proceedings, is the so-called pre-trial detention. The present work, beyond analyzing both the legal and the constitutional regime and the development of the jurisprudence of the aforementioned precautionary institution, aims to raise the main challenges that stems from its practical application by the courts, without ignoring the significant participation of the public prosecutor, which rules as the main solicitor of the measure.*

**KEY WORDS:** *Pre-trial detention; precautionary measures; criminal proceedings; right to freedom; presumption of innocence.*

**SUMARIO:** *1. Antecedentes 2. Ilustración. Sus manifestaciones 3. Ilustración jurídica 4. Las revoluciones del siglo XVIII: una manifestación de la Ilustración 5. Contexto de la revolución de julio de 1789 6. Declaración francesa de 1789 7. El impacto de la Declaración en el derecho penal: Código de 1791 8. Apuntes finales.*

Rec: 25 ago 2020 | Fav: 15 sep 2020

### 1. A modo de introducción: una institución que plantea múltiples problemas de aplicación práctica

La prisión provisional constituye uno de los institutos procesales más polémicos por su propia naturaleza limitativa de derechos fundamentales, algunos de ellos muy significativos para posiciones tuitivas, como es el caso de la libertad del individuo, que actúa como precondition de derechos. Su regulación legal, acompañada de una notable jurisprudencia de desarrollo, sigue produciendo en la práctica fuertes disonancias, inexplicables a ojos de los operadores jurídicos, que la vinculan a una suerte de automatismo que aboca *de facto* a los investigados a posiciones de indefensión relativa. Como veremos más adelante en este trabajo, los presos sin condena, es decir, los presos en situación provisional y, en teoría, excepcional, representan 16% de la población reclusa en diciembre de 2019 en los centros penitenciarios de España, fruto de un dispositivo procesal de carácter multifuncional, cuyo periplo en nuestro ordenamiento no puede sino ser valorado de forma ambivalente.

Tal extremo no puede argüirse como una deficiente aplicación por parte de los operadores jurídicos, en general, y de jueces y magistrados, en particular. No sería sensato ni exacto con la realidad, hipótesis de la que parte el presente trabajo. Que la decisión sobre su aplicación corresponda al juez instructor es sin lugar a duda una disfunción de nuestro modelo que deberá, probablemente, virar en el marco de la segunda revolución de la justicia penal, siendo la primera la operada por el gobierno nacido de la Revolución Gloriosa de 1868, al atribuir la persecución de los delitos al Ministerio Público y garantizando paralelamente que quien adopta la medida cautelar no puede ser, bajo ningún concepto, el mismo actor o juez directamente implicado en la instrucción. Una reforma pendiente, desde la reforma constitucional de 1978, para recordar que la mujer del César no solo debe serlo, sino también parecerlo.

Tampoco al legislador, y a su ya tradicional (in)acción perezosa, cabe atribuirle toda la responsabilidad. Mucho daño hizo, en nuestro modelo, el caso de libertad bajo fianza por razones de salud psíquica y posterior huida del narcotraficante colombiano Carlos Ruiz Santamaría, más conocido como “El Negro”, en 2001. La enorme persecución mediática, pero también

judicial y disciplinaria, de la que fueron objeto los magistrados de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, supuso un auténtico aviso para navegantes. Es cierto que la Sala Tercera del Tribunal Supremo acabó revocando la sanción impuesta a los magistrados, pero la idea ya había cobrado demasiada fuerza y permanece vigente en el imaginario colectivo judicial. En adelante, pocos han sido los magistrados que se han apartado de la posición del fiscal, como principal peticionario de la medida. Por qué asumir riesgos en tal situación, incluso cuando resulta hartamente difícil conjurar el riesgo que la medida pretende mitigar. Entre todos, hemos construido al monstruo.

El presente trabajo pretende acercar al lector al estudio de la prisión provisional en España desde un enfoque que aúna teoría y práctica, con el fin de presentar las principales aristas de nuestro modelo y, en definitiva, incorporar una visión muy completa de la siempre compleja y controvertida institución cautelar.

### 2. Un debate renovado en España a las puertas de la reforma de La Lecrim

La prisión provisional<sup>1</sup>, como institución cautelar, proyecta sus efectos sobre los bienes jurídico-constitucionales en el seno del proceso penal. La libertad y la presunción de inocencia, de un lado, y el interés general en la persecución de los delitos, el debido curso del proceso y la eficacia del *ius puniendi* estatal, del otro, colisionan de forma inevitable (De Urbano Castrillo: 2004). El conflicto de intereses, pretensiones y derechos de las acusaciones y de las defensas, así como el interés general, es tan patente como irremediable, y solo mediante unas reglas claras se podrá evitar el sacrificio desproporcionado de unos y lograr la tan anhelada justicia.

<sup>1</sup> A lo largo del trabajo utilizaremos indistintamente las voces «prisión provisional» y «prisión preventiva», puesto que se refieren a una misma institución jurídica, aunque no es menos cierto que la primera es más frecuente entre constitucionalistas y la segunda entre penalistas. En cualquier caso, el Código penal también las emplea indistintamente —artículos 34 y 58—; la Ley de Enjuiciamiento Criminal —artículos 502 y siguientes— opta por la terminología de prisión provisional, mientras que la Ley Orgánica General Penitenciaria asume la de prisión preventiva. En el fallido Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, que nunca verá la luz, en cambio, el ejecutivo se mostraba favorable a una idea bien distinta al señalar que «el Código regula en primer lugar la prisión preventiva, optando por esta denominación frente a la de «prisión provisional» tanto por ser más expresivo aquel adjetivo que resalta su naturaleza, cuanto por ser la «provisionalidad» una nota extensiva a todas las medidas cautelares».

Lamentablemente, en nuestro país, esas reglas estables y coherentes no se establecieron en las leyes procedimentales hasta las reformas<sup>2</sup> operadas en 2003, con las que sin lugar a dudas se delimitaron conceptos jurídicos indeterminados y se expulsó de nuestro ordenamiento jurídico, al menos formalmente, el «viejo y represivo estándar de la alarma social» (ASENCIO MELLADO: 2008, 13), un anacronismo muy próximo a las previsiones de la Ley de Orden Público que tantas consecuencias negativas trajo para la justicia penal democrática.

Sea como fuere, no es de extrañar que tal medida de seguridad constituya con total probabilidad la institución más polémica y controvertida de nuestra justicia penal, por su propia naturaleza limitativa de derechos fundamentales (BARONA VILAR: 1988 Y HASSEMER: 2003).

Le corresponde al juez o magistrado<sup>3</sup> ponderar, justificar y motivar —en función de las circunstancias concretas del caso— la decisión con base en alguno de los fines que la Ley establece. Caso a caso se deberá verificar cuidadosamente tanto la concurrencia del presupuesto factual y normativo de tipicidad, como la necesidad de imponer la privación preventiva de libertad al investigado, considerando primero la existencia del peligro a enervar con la imposición de tal medida, y después su proporción atendiendo a la gravedad de la pena imponible y a las medidas alternativas a la prisión que pudieran permitir lograr esa finalidad sin la imposición de esa pena anticipada (Guerra Pérez: 2010, 90-92).

Cabe recordar en este momento que nuestro principal objetivo no es otro que revelar la situación actual y arrojar luz acerca de la mencionada institución cautelar en España, y hacerlo a través de la experiencia que el autor ostenta como operador jurídico —abogado en ejercicio— que, además, en otro foro y en un formato bien distinto ha tenido el placer de coordinar una obra colectiva que reúne un exhaustivo y completo estudio de casos (Abadías Selma y Simón Castellano, 2020). Con todo, los resultados de esa magna obra que tuve el placer de dirigir y que, además, incorpora

los beneficios del estudio en base al llamado *Case Law*, influenciarán las siguientes páginas del presente trabajo, que dedicaré a presentar el marco normativo y jurisprudencial de la prisión provisional en España, así como las cifras y estadísticas principales que nos permitirán contrastar y, en su caso, refutar, ciertas hipótesis, formadas, acerca de su discutible aplicación práctica.

Y todo ello en un escenario idóneo, en el que cualquier idea o propuesta constructiva podría, en el mejor de los casos, iluminar al legislador que deberá afrontar y dar respuesta, más temprano que tarde, a la obvia obsolescencia<sup>4</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. De hecho, el Ministerio de Justicia anunció hace unos meses la creación de la comisión de expertos que se encargará de la elaboración del anteproyecto de una nueva LECrim<sup>5</sup>, que debería ver la luz<sup>6</sup> como muy tarde a finales de 2020.

La regulación de la prisión provisional merece una especial atención en el marco de la reforma, y probablemente el anteproyecto deberá incluir notables novedades al respecto, con el fin de reforzar su teórica prístina excepcionalidad frente a la regla general que sigue siendo la libertad del investigado y el más escrupuloso de los respetos a la presunción de inocencia, tal y como exige la dimensión constitucional de tan singular medida cautelar.

<sup>4</sup> A vueltas resulta interesante recurrir a la opinión del ejecutivo en 2013 con la exposición de motivos del fallido Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 en el que se argumentaba que el «clamor unánime en favor de su sustitución por un nuevo texto legal haría vana una detallada exposición de los argumentos justificativos de la decisión de emprender la reforma. Sólo por la necesidad de la superación de las incoherencias normativas que las numerosas modificaciones de la Ley han provocado, la redacción de un Código de Proceso Penal es hoy ineludible. Pero no es la calidad técnica el objetivo de la norma procesal, sino presupuesto para su eficacia al servicio de los fines que le son propios: la aplicación de la ley penal y la salvaguarda de los derechos de los justiciables. Para la consecución de dichos objetivos, en muchas ocasiones en conflicto, el nuevo Código de Proceso Penal configura un sistema de investigación y enjuiciamiento moderno, ágil y equilibrado, que se atreve a romper con la perniciosa tradición inquisitorial y atribuye la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, sin duda una de las novedades más sobresalientes (...)».

<sup>5</sup> Véase la noticia titulada «Justicia inicia el proceso para la reforma de la LECrim con la creación de la comisión que elaborará el anteproyecto» publicada por Europa Press y en el Diario La Ley. Disponible en: <https://cutt.ly/GyEoxY4> (fecha de última consulta: 16 de mayo de 2020).

<sup>6</sup> *Ibidem*. Nos referimos a la publicación del Anteproyecto. Lo cierto es que resulta complejo establecer cuanto tiempo hace que venimos oyendo hablar de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en nuestro país, sin que este acabe de concretarse.

<sup>2</sup> Nos referimos a la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre y a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

<sup>3</sup> Al menos por el momento, aunque ya en el fallido Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, citado anteriormente, se cedía la instrucción al Ministerio Público y la adopción de estas medidas se atribuía directamente al Ministerio Fiscal y al Tribunal de Garantías, sobre lo que volveremos *infra*.

## El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España

Veamos, entonces, el marco normativo y jurisprudencial y la evolución de este hasta llegar a hoy, incluyendo las propuestas de cambio y el fallido Anteproyecto de 2013, que nunca llegó a concretarse.

### 3. Marco normativo y jurisprudencia de desarrollo

La prisión preventiva tiene una regulación legal concreta y detallada, y mucha jurisprudencia de desarrollo, por lo que es difícil concebirla como un vacío o limbo legal<sup>7</sup>. La hipótesis de partida es que los problemas que se proyectan sobre esta institución tienen su punto de partida en las incoherencias intrínsecas de la regulación legal existente<sup>8</sup> y en un ejercicio por parte de los tribunales, en la práctica, muy alejado de las previsiones legales y proclamas jurisprudenciales.

#### 1. Principios, caracteres y dimensión constitucional

La doctrina jurisprudencial y especialmente el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) se ha pronunciado en innumerables ocasiones sobre la dimensión constitucional de la prisión provisional<sup>9</sup>, así como sobre los principios y caracteres que la justifican y

delimitan<sup>10</sup>. La prisión provisional está sujeta a los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, modificabilidad y limitación temporal, y se encuentra vinculada inextricablemente al presupuesto habilitante de la medida, que no es otro que la concurrencia de indicios de criminalidad y, también, a la ineludible necesidad de satisfacer mediante esta institución cautelar alguna de las finalidades que el TC ha considerado legítimas, esto es, la evitación de los riesgos de huida o sustracción a la acción de la administración de justicia, de obstrucción del proceso penal o de reiteración delictiva<sup>11</sup>.

Al tratarse de una medida limitativa de derechos fundamentales, su aplicación se limita a los casos previstos *ex lege*, y exige justificación y motivación suficiente por parte de los tribunales. Fruto de su carácter cautelar o temporal surgen las notas de instrumentalidad y provisionalidad; a causa de la gravedad de sus efectos, aparecen dos caracteres que están interrelacionados, la excepcionalidad y la subsidiariedad.

#### A) Legalidad y proporcionalidad

El principio de legalidad opera como elemento habilitante de la privación de libertad y como fuente de limitación del plazo de duración de la medida (Gimeno Sendra y Díaz Martínez, 2004: 49-50), y el principio de proporcionalidad, por su parte, es el pilar principal en que se apoya la regulación de la prisión provisional, puesto que permite determinar el grado de admisibilidad constitucional de todas las decisiones, actos y normas, atendiendo a las circunstancias concretas del caso (Gimeno Sendra, 2001: 3).

La estructura del juicio de proporcionalidad pasa en primer lugar por la idoneidad de la medida limitativa en aras de conseguir el resultado legítimo que se persigue, y una vez valorada su concurrencia es cuando se aplica el juicio de necesidad con el fin de evaluar la indispensabilidad de esta, en la medida que no existan medios menos gravosos que permitan conseguir un resultado idéntico o parecido, así como se estudia la proporcionalidad en sentido estricto<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Precisamente por esta misma razón nuestro objetivo en este epígrafe no es estudiar o analizar de forma exhaustiva su regulación, puesto que el objeto de este excedería a todas luces los límites de este trabajo, sino meramente plantear las cuestiones más importantes que permitirán orientar al lector e introducirlo en el estudio de casos que sigue al capítulo. No se estudiarán extremos como la prisión preventiva atenuada, la incomunicada o determinados aspectos o cuestiones meramente procedimentales.

<sup>8</sup> Especialmente por lo que se refiere a cómo se cuantifica la excepcionalidad y qué criterio o indicador permite atribuir la gravedad al hecho investigado. La doctrina ha expresado sus dudas y críticas a la situación resultante tras las reformas operadas en 2003. Por ejemplo, GUERRA PÉREZ (2010: 110) considera que la «regulación es anticuada y escasa, y opera, de facto, completada por los criterios impuestos desde el Tribunal Constitucional». También BARRERA HERNÁNDEZ (2005) encuentra muchas más sombras que luces a la regulación de la institución cautelar y realiza duras críticas en relación con la finalidad de evitar la reiteración delictiva, la determinación de la gravedad de la pena, los motivos bastantes, la falta de medidas alternativas, el arraigo como concepto jurídico indeterminado, las finalidades en el caso de prisión provisional incomunicada, la participación del fiscal en la adopción de la medida, entre otras cuestiones.

<sup>9</sup> Véanse las SSTC 47/2000, de 17 de febrero; 147/2000, de 29 de mayo; 305/2000, de 11 de diciembre; 29/2001, de 29 de enero; 8/2002, de 14 de enero; 98/2002, de 29 de abril; 82/2003, de 5 de mayo; 121/2003, de 16 de junio; 81/2004, de 5 de mayo; por todas, como compendio, la 30/2019, de 28 de febrero, FJ 3.

<sup>10</sup> La doctrina general del TC sobre la dimensión constitucional de la prisión provisional aparece compendiada en el fundamento jurídico 3 de la STC 30/2019, de 28 de febrero, y reiterada, más recientemente, en la STC 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 11.

<sup>11</sup> En esta misma línea la STC 5/2020, de 15 de enero, FJ 10.

<sup>12</sup> Se trata de una estructura que sigue tanto el TC como el TEDH desde hace décadas. Véase por todas la STC 69/1999, de 26 de abril.

También el legislador, en el marco de la reforma de 2003, hizo hincapié en la necesaria proporcionalidad de la medida de prisión provisional que exige la «adecuación de la prisión provisional a determinados fines constitucionalmente legítimos»<sup>13</sup> siempre y cuando el sacrificio que impone al investigado sea, en sentido estricto, razonable (Martínez Galindo, 2005, p. 15).

## B) Temporalidad y provisionalidad

La prisión provisional tiene un plazo máximo limitado de duración, que el artículo 504 de la LECrim vincula exclusivamente al tiempo que persistan las circunstancias que motivaron en su día su adopción, por lo que se trata de una medida flexible y variable, que podrá ser sustituida por otras medidas menos gravosas a lo largo del curso del proceso, cuando las razones que la justificaron se modifiquen o cambien (Gutiérrez de Cabiedes, 2004: 77 y ss.).

Además, la LECrim incorpora un límite máximo de un año si el delito tiene señalada una pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena fuera superior a tres años. Esos límites pueden exceptuarse con una prórroga de hasta dos años cuando concurren circunstancias que compliquen la tramitación de la causa o hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos.

Es este el marco jurídico que ha permitido, por ejemplo, que en casos de archiconocidos imputados como Francisco Correa, Pablo Crespo, Francisco Granados y Julián Muñoz, los imputados pasaran en prisión preventiva 1 217, 1 083, 954 y 819 días, respectivamente.

## C) Excepcionalidad

En la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 13/2003, del 24 de octubre, se indica que:

«la excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción»<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Reproducimos literalmente los términos que se emplean en la Exposición de Motivos de la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim, citada anteriormente.

<sup>14</sup> Ibidem.

El carácter excepcional de la prisión preventiva está vinculado a los principios de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertatis*, tal y como ha subrayado en muchas ocasiones el máximo intérprete de la *norma normarum*, lo que implica que la interpretación y aplicación de la medida limitativa de la libertad personal obtiene un marcado carácter restrictivo, lo cual debe de conducir al juez o magistrado a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de libertad<sup>15</sup>.

## D) Subsidiariedad

Este carácter viene reflejado en el artículo 502.2 de la LECrim cuando se dice que la prisión provisional solo se adoptará cuando «no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines». De ese modo, su aplicación será siempre subsidiaria, lo que deriva del carácter extraordinario de la prisión preventiva.

Al mismo corolario llega, y prácticamente en idénticos términos, el apartado 6 de las reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución núm. 45-110, del 14 de diciembre de 1990 —las llamadas Reglas de Tokio—. Dicho principio obliga al intérprete que pondera el caso concreto a realizar un juicio que trasciende de la mera constatación de la concurrencia de los requisitos legales, que deberá escrutar si la legítima finalidad que persigue puede o no lograrse a través de una medida alternativa.

## 2. Presupuestos

El artículo 503 de la LECrim refleja los criterios y la doctrina del máximo intérprete constitucional que reduce a tres los presupuestos y requisitos para la adopción de la medida de prisión provisional. Deben concurrir, de un lado, hechos que presenten caracteres de delito; del otro, motivos bastantes —indicios racionales de criminalidad— para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se

<sup>15</sup> Vid. por todas las SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3, y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 4. También la doctrina ha contribuido a realzar o destacar el necesario carácter excepcional de la medida cautelar. Véase, por todos, ASEN-CIO MELLADO, 2005.

## El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España

haya de dictar el auto de prisión y, finalmente, con la medida se debe alcanzar un fin constitucionalmente legítimo<sup>16</sup>. Los citados presupuestos deben operar conjuntamente, de modo que el mero cumplimiento de uno no puede amparar la adopción automática de la medida.

A) Concurrencia de hechos que presenten caracteres de delito grave

La imposición de la prisión provisional a modo de sanción anticipada constituye una finalidad expresamente proscrita por la doctrina constitucional<sup>17</sup>. La adopción de tan singular medida exige la existencia en la causa de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito. Se trata de un presupuesto objetivo que exige la atención del órgano judicial a exclusivos efectos de motivar si de las diligencias practicadas se deduce la existencia de hechos delictivos, en conexión con los indicios de participación delictiva del sujeto e indicios de criminalidad, que se analizarán más adelante.

Además, los citados hechos deben estar relacionados con la comisión de un injusto cuya pena máxima prevista en el Código Penal sea superior a dos años o, cuando el investigado o encausado tenga antecedentes penales. Estamos ante otro de los efectos del principio de excepcionalidad, que se proyecta hasta el punto de exigir que la medida de seguridad preventiva se plantee solo ante un caso “grave”.

Con la reforma de 2003 se redujo el listón basado en la pena máxima del tipo penal por el que se investiga al encausado. Si no se supera la citada barrera entonces no concurren hechos que presenten caracteres de delito grave y no es posible adoptar la prisión preventiva. Ese listón es significativamente “bajo”, a nuestro modo de ver, y abre un amplio abanico de posibilidades para que el juzgador pueda adoptar la medida en términos cuantitativos —pena máxima y existencia de antecedentes no susceptibles de cancelación—

y no cualitativos —atendiendo al grado de ejecución, a la modalidad de participación del investigado o a la naturaleza del delito en cuestión, que muchas veces se proyecta en una hipotética reiteración delictiva e incluso en el riesgo efectivo de fuga—.

Con todo, la reforma de 2003, bajo el pretexto de luchar y utilizar la prisión preventiva como una herramienta contra la inseguridad ciudadana, estableció esa barrera tan fácil de superar o exceptuar, contribuyendo al llamado Derecho Penal de la seguridad (LANDROVE DÍAZ, 2004:1).

B) La apariencia de buen derecho

La *conditio sine qua non* de toda medida cautelar es la existencia de una probabilidad suficientemente fundada de que se dicte en su día una sentencia condenatoria, es decir, el *fumus boni iuris* equivale a los tradicionales indicios racionales de criminalidad y de participación del sujeto en los hechos, entendidos como la sospecha fundada basada en datos y evidencias ya acreditadas que, aun cuando no supongan prueba de cargo plena, no constituyen meras entelequias o hipótesis carentes de un fundamento objetivo y externo a la mente de quien acusa. Se trata de aquellos “elementos suficientes para atribuir, razonable y fundadamente, a una persona la comisión del delito por el que se procede” (Gimeno Sendra, 1996: 1647). La apariencia de buen derecho de las medidas de aseguramiento de los pronunciamientos penales se derivará de la consistencia de los indicios contra el encausado y, en su caso, del fundamento jurídico del nexo entre la imputación y la consecuencia cuyo aseguramiento se solicita.

C) Fines constitucionalmente legítimos

El artículo 503 de la LECrim prevé cuatro fines legítimos, si bien el peligro de fuga es el que tradicionalmente ha sido señalado, tanto por la jurisprudencia del TEDH como del TC, como el criterio fundamental para justificar la adopción de tal medida<sup>18</sup>. Lo que se pretende es garantizar la presencia del imputado a la

<sup>16</sup> La doctrina del TC es profusa al respecto. Véanse las SSTC 44/1997, de 10 de marzo; 8/2002, de 14 de enero; 138/2002, de 3 de junio; 142/2002, de 17 de junio; las ya citadas 30/2019, de 28 de febrero y 155/2019, de 28 de noviembre.

<sup>17</sup> Véase la STC 30/2019, de 28 de febrero, citada anteriormente, FJ 3. c). El TC descarta, como fines constitucionalmente admisibles «los punitivos o de anticipación de pena, los de impulso de la instrucción sumarial (por ejemplo, STC 140/2012, de 2 de julio, FJ 2), o la alarma social (por todas, STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 5)».

<sup>18</sup> La doctrina jurisprudencial ha defendido la necesidad de motivar y enumerar los elementos para la valoración del riesgo de huida se exige desde la trascendental STEDH de 27 de junio de 1968, caso Neumeister contra Austria. Véanse también las SSTEDH de 10 de noviembre de 1969, caso Stogmuller contra Austria; de 13 de julio de 1995, caso *Vand der Tang* contra España.

celebración del juicio oral cuando existen fundadas sospechas de que este se sustraiga a la acción de la justicia o se infiera racionalmente un riesgo de huida.

La decisión basada en tal fin legítimo debe tener en consideración datos objetivos como el grado de oposición del imputado a la detención<sup>19</sup>, la falta de arraigo, vínculos o integración social en el país en que se está en situación de prisión provisional<sup>20</sup>, las circunstancias de la detención<sup>21</sup>, los viajes al extranjero y los contactos con este<sup>22</sup>, el nivel de impacto o gravedad del delito imputado<sup>23</sup> y el estado de tramitación de la causa<sup>24</sup>. En concreto, la normativa exige, precisamente, valorar conjuntamente la naturaleza del hecho —verbigracia los crímenes pasionales no suelen motivar la fuga del culpable a diferencia de la delincuencia económica—, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, su situación familiar, laboral y económica, así como la inminencia de la celebración del juicio oral.

En este concreto ámbito el fallido Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 trataba de arrojar algo de luz al incorporar en el artículo 154.2 nuevos criterios para verificar la gravedad de la pena imponible, más concretamente, «la conducta del encausado tras la comisión del hecho objeto del proceso (...) (y) la posible pertenencia a un grupo u organización criminal (...)»<sup>25</sup>.

El segundo de los fines legítimos de la prisión provisional es evitar o minimizar el riesgo de ocultación, alteración o destrucción de pruebas, tal y como prevé el artículo 503.1.3.b) de la LECrim. Este fin se contempla como una novedad que introdujo la reforma de 2003, recogiendo las premisas que el TC ya había desarrollado con anterioridad<sup>26</sup>, lo que ha recibido

críticas por parte de la doctrina<sup>27</sup>. El peligro de destrucción de pruebas debe ser fundado y concreto, no pudiendo inferirse únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado en el proceso. Antes de la adopción de la medida se deberá contemplar la utilidad de esta desde la perspectiva de la oportunidad y posibilidad, directa o indirecta, de manipulación de las fuentes de prueba o de confabulación con otros encausados o con testigos.

Por su parte, el riesgo de actuación contra bienes jurídicos de la víctima es el tercero de los fines legítimos que puede perseguir la prisión provisional, previsto en el artículo 503.1.3.c) de la LECrim. Otra novedad incorporada en la reforma de 2003, sin que en este caso sea una consecuencia, como en el supuesto anterior, de la doctrina de la jurisprudencia del TC. El legislador quiso incorporar esta posibilidad pensando en la alarma social provocada por los casos de violencia doméstica, especialmente cuando la víctima sea el cónyuge, pareja de hecho, hijos, entre otros supuestos en los que no es de aplicación el límite de dos años de la pena antes señalado para acordar esta medida cautelar.

Finalmente encontramos el riesgo de reiteración delictiva, recogido en el artículo 503.2 de la LECrim, que traspone lo previsto en el art. 5.1.c) del CEDH y lo desarrollado por la extensa doctrina jurisprudencial<sup>28</sup>. Parte de la doctrina ha criticado este extremo al considerarla «claramente inconstitucional»<sup>29</sup>, al actuar *de facto* como «una medida de seguridad pre-delictual» (Mir Puig, 2003: 38), aproximándose a la prevención especial y corriendo el riesgo de convertir la prisión provisional en pena anticipada.

<sup>19</sup> Sobre este particular la STEDH de 10 de noviembre de 1969, caso *Stogmuller* contra Austria, citada anteriormente.

<sup>20</sup> Este elemento se tiene en cuenta especialmente en la STEDH de 13 de julio de 1995, caso *Vand der Tang* contra España, citada anteriormente.

<sup>21</sup> Vid. la STEDH de 10 de noviembre de 1969, caso *Matznetter* contra Austria.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Siguiendo a CALDERÓN CERESO y CHOCLÁN MON-TALVO (2002: 267-268), a mayor gravedad «más intensa cabe presumir la tentación de la huida (...) (y) mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la justicia».

<sup>24</sup> Vid. por todas la reciente STC 30/2019, de 28 de febrero, citada anteriormente.

<sup>25</sup> Anteproyecto de Código Procesal Penal... *op. cit.*

<sup>26</sup> Vid. la STC 128/1995, de 26 de julio.

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, se ha indicado que «por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo (así, la lucha contra la delincuencia económica, la corrupción política o el terrorismo), en el proceso penal moderno no puede ser la verdad obtenida a cualquier precio». GIMENO SENDRA; CONDE-PUMPIDO; GARBERÍ LLOBREGAT, 2000: 142.

<sup>28</sup> Vid. las SSTC 33/1999, de 8 de marzo; 207/2000, de 24 de julio; por todas la 22/2004, de 23 de febrero.

<sup>29</sup> «De la lectura del precepto se desprende que la prisión provisional podrá acordarse por este motivo en cualquier caso en el que se presuma, genéricamente, que el imputado puede cometer un delito de cualquier gravedad, sea o no susceptible el sujeto de ser calificado como delincuente habitual y esté o no integrado en una banda organizada. La regulación realizada es claramente, a mi juicio, inconstitucional por incorporar una justificación indiscriminada e ilimitada incompatible con la declaración del artículo 17 CE». Asencio Mellado, 2008: 7.

### 3. Procedimiento y formalidades

El órgano competente para la adopción de la prisión provisional es, conforme dispone el artículo 502.1 de la LECrim, el juez o magistrado instructor, el que forme las primeras diligencias y también el juez de lo penal o el tribunal que conozca de la causa. Este es uno de los extremos que hace años está encima de la mesa como objeto de una potencial reforma de la LECrim, aunque de forma indirecta.

Me refiero al gran cambio de paradigma que se pretende introducir con el traspaso de la instrucción al Ministerio Público, cuyas razones estriban en la voluntad de poner punto final a la naturaleza inquisitiva de la instrucción judicial y a los beneficios que, desde la perspectiva de la eficacia, el modelo del Fiscal investigador puede reportar (Bastarache Bengoa, 2013: 123-129). La aplicación de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica —los más cuestionables desde la óptica de la imparcialidad—, a los que está sometido el Ministerio Fiscal, son precisamente los que permiten la aplicación de criterios coherentes y el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal, en los distintos ámbitos de la criminalidad y en todo el territorio nacional. El cambio parece así defendible desde una visión más pragmática o utilitarista<sup>30</sup>.

En la medida en la que se cede o traspasa la instrucción al Fiscal uno podría plantearse si también la facultad de dictar tan peculiar medida cautelar. Sirva como ejemplo, una vez más, el fallido Anteproyecto de Código Procesal Penal<sup>31</sup> del año 2013, que en relación con la prisión preventiva nos decía que le corresponde «al Fiscal y al Tribunal de Garantías verificar cuidadosamente tanto la concurrencia del presupuesto factual y normativo de tipicidad», si bien en el propuesto artículo 151 constreñía la competencia “al Tribunal competente para el conocimiento de la causa”, que es el que podría ordenar la prisión preventiva, a instancia del Fiscal o de alguna de las acusaciones, cuando concurren los requisitos y presupuestos legales.

<sup>30</sup> Excede al objeto de este trabajo valorar o estudiar los costes que ello puede suponer desde otros puntos de vista, como el de las garantías procesales y derechos fundamentales del investigado.

<sup>31</sup> Este hacía recaer la instrucción de las causas penales sustancialmente en el Ministerio Fiscal, construyendo un nuevo modelo en el que el juez pasa a convertirse en garante de los derechos de aquellos ciudadanos sometidos a una investigación penal, esto es, en un juez de garantías.

Con todo, a las puertas de la tan anhelada reforma de la LECrim, parece evidente que los efectos del profundo cambio en la dirección e instrucción de los procesos también se extenderán a la prisión preventiva. Sea como fuere, la lógica nos dice que la competencia debería seguir recayendo sobre el juez o tribunal que conozca de la causa, además del fiscal instructor que forme las primeras diligencias, con la aquiescencia del Tribunal de Garantías, de forma parecida a lo regulado en el mencionado anteproyecto de 2013.

Lo relevante, en ese escenario, es que quién tome la decisión lo haga después de un ejercicio de ponderación y motivación bastante, constreñido o limitado por las notas de legalidad, proporcionalidad, temporalidad, provisionalidad, excepcionalidad y subsidiariedad, a las que nos hemos referido *supra*. O, dicho con otras palabras, la exigencia constitucional se refiere y proyecta a lo sustantivo, al qué y al cómo, y no a lo accesorio, al quién; en ningún caso la adopción de la medida cautelar puede ser fruto de una decisión discrecional, sino que es enmarca en un juicio de proporcionalidad y de ponderación debidamente razonado y motivado<sup>32</sup>.

Recapitulando tras el *excursus* sobre los eventuales cambios en el órgano competente, procede señalar que el procedimiento para adoptar la prisión provisional se establece en los artículos 505 y 506 de la LECrim, que resumidamente regulan la audiencia que debe convocar el órgano judicial competente dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial, a la que serán citados de un lado el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras, y del otro, el imputado, que acudirá con asistencia letrada, pudiendo efectuar unos y otros las alegaciones que crean convenientes en apoyo de sus pretensiones y proponer prueba, que deberá practicarse en el acto o dentro de las 72 horas citadas. Como decíamos anteriormente, la decisión final no puede ser, en ningún caso, un acto discrecional, sino que es la consecuencia de una motivación suficiente y razonada (De Urbano Castrillo, 2004: 148).

Finalmente, frente al auto por el que se decreta la prisión provisional se podrá interponerse recurso de apelación, en los términos que establece el artículo 507 de la LECrim, remitiéndose para su tramitación a lo dispuesto para el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, que contempla la posibilidad de

<sup>32</sup> Vid. por todas la STC 8/2002, de 14 de enero.

interponer, con carácter previo o subsidiario con el de apelación, el recurso de reforma.

#### 4. Los derechos del preso provisional

##### A) Una situación penitenciaria desigual

Como hemos visto, la prisión provisional dispone de una regulación legal concreta y detallada, y mucha jurisprudencia de desarrollo, empero los presos preventivos quedan en una especie de limbo y en una clara desigualdad frente al resto de reclusos. De un lado, no pueden disfrutar de permisos ordinarios de salida, pues estos quedan reservados, entre otros requisitos, a los presos que han cumplido una cuarta parte de la condena. Del otro, no pueden acceder a programas de reinserción, y no tienen prioridad ni acceso a destinos, actividades, programas educativos, talleres laborales y actividades ocupacionales, propios de otros internos<sup>33</sup>.

Se da en este ámbito una cruel paradoja: por el hecho de ser preso provisional no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal. Una situación especial del preso que le relega solo a aquellas actividades con plazas libres después de la asignación realizada teniendo en cuenta los programas de reinserción de los presos que sí cuentan con estos.

##### B) El abono de la prisión provisional

Las reglas para el abono de la institución cautelar se establecen en el artículo 58 del Código Penal. En él se dispone que el tiempo deberá ser abonado en su totalidad para el cumplimiento de la pena, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al condenado en otra causa, que le haya sido abonable o sea abonable en ella. En ningún caso el mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en varias causas.

El abono de la prisión provisional sufrida en otra causa solo procederá cuando la medida sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que

se pretende abonar. Todas estas reglas se aplicarán también respecto de las demás privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

Por su parte, cuando las medidas cautelares sufridas y la pena sean de diferente naturaleza, el juez ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

En la STC 55/2014, del 10 de abril, el máximo intérprete constitucional ha determinado que, en un supuesto en el cual se había acordado la acumulación de las condenas impuestas al demandante en tres causas previas, con un límite máximo de cumplimiento de 30 años, la resolución que deniega la aplicación del doble cómputo del tiempo de privación de libertad cuando se establece un límite máximo de cumplimiento efectivo no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, no es constitucionalmente exigible.

#### IV. La evolución en la aplicación práctica de la prisión provisional durante las dos últimas décadas

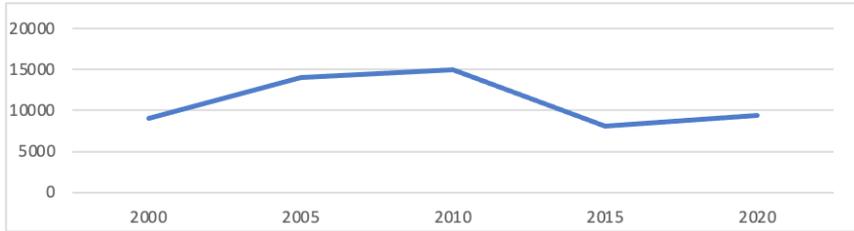
A lo largo de las últimas dos décadas se ha producido un incremento general en el uso y abuso de la prisión preventiva en numerosos países del mundo. Así se acredita en las estadísticas e informes que publica el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios<sup>34</sup>, que también advierten que la evolución de presos, tanto penados como preventivos, presenta una general y constante tendencia al alza. En un reciente informe (Walmsley, 2020), publicado en abril de este mismo año, se alerta de un aumento de 30% desde el año 2000 en el número total de personas que se encuentran en prisión preventiva, lo que supone, más concretamente, un incremento de cinco puntos porcentuales más respecto al también significativo crecimiento de la población global.

La tendencia a nivel nacional las dos últimas décadas es, por el contrario, descendente, lo que de entrada sorprende dado que son muchos los casos mediáticos en los que se ha dictado este tipo de medida cautelar “excepcional”.

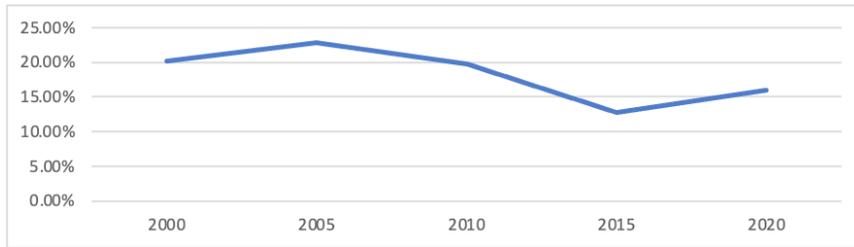
<sup>33</sup> El artículo 104 del Reglamento Penitenciario establece que no se formulará propuesta de clasificación inicial para los internos mientras dure la situación procesal de prisión preventiva, lo que de facto les impide seguir programas formativos y acceder a muchas de las actividades programadas en condiciones de igualdad en relación con el resto de los reclusos.

<sup>34</sup> La traducción que autor propone del *International Centre for Prison Studies*.

El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España



**Gráfico 1.** Evolución de casos totales de prisión provisional. Fuente: elaboración propia a partir de datos extraídos de la «Estadística Penitenciaria» del CGPJ.



**Gráfico 2.** Evolución del porcentaje de presos preventivos en relación con el total de la población reclusa. Fuente: elaboración propia a partir de datos extraídos de la «Estadística Penitenciaria» del CGPJ.

El Gráfico 1 muestra como la práctica judicial ha evolucionado en números totales a lo largo de las últimas dos décadas. Se observa un aumento significativo del 2000 al 2005, y tras la reforma de finales de 2003, parece que se produce un ligero crecimiento o estabilización hasta 2010. En el lapso de 2010 a 2015 se produce una reducción muy llamativa de casos totales de presos en situación preventiva, una tendencia que se ha roto estos últimos años, con un ligero incremento de 2015 a 2020.

El Gráfico 2 resulta mucho más ilustrativo en la medida que detalla la evolución real de la prisión preventiva en España, al tener en cuenta el porcentaje de presos preventivos en relación con el total de la población reclusa. Con todo, se observa que el cambio, a nivel porcentual, es poco significativo del 2000 al 2010, con un pico máximo en 2005, tan solo un año después de la reforma de la institución cautelar. Por el contrario, se produce un descenso notable de 2010 a 2015, con un repunte considerable de 3.3% en los últimos cinco años.

Se observa así que la tendencia alcista en los últimos cinco años ha sido más grande o significativa de lo que muestran los casos totales por sí solos. Ese incremento porcentual no ha sido significativo

**1. Una práctica ocasional**

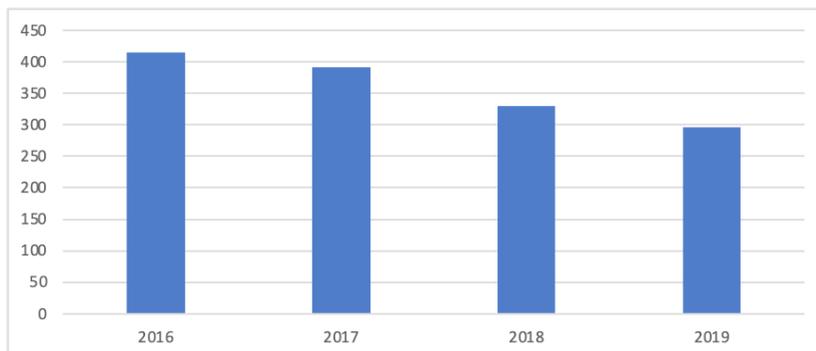
El ejemplo más claro de la dicotomía entre teoría y práctica es, precisamente, el carácter excepcional

de la prisión provisional. Las cifras indican que, en diciembre de 2019, en España, 16% de la población reclusa lo estaba en situación preventiva, lo que ya de entrada demuestra que su empleo y aplicación se produce de una forma que no se puede catalogar *stricto sensu* como una medida “excepcional”, sino más bien como una práctica “ocasional”.

Se trata de unas cifras que, en cualquier caso, deben también leerse en perspectiva comparada. Nuestro modelo se sitúa, en realidad, en unos niveles más que razonables. Así, por ejemplo, la mayoría de los países de nuestro entorno tienen unos porcentajes de presos preventivos sobre el total de la población reclusa más elevados (WALMSLEY, 2020): en Italia, 31%; en Francia, 25.6%; en la siempre modélica y ejemplar Bélgica, 35.6%; en Alemania, 20.4%; finalmente, en Grecia, 26.6%.

**2. No reservada a casos realmente graves**

El incremento de casos totales y también del porcentaje de presos preventivos respecto del total de la población reclusa, que se produjo de 2003 a 2010, bien podría tratarse de una consecuencia directa de la reforma de 2003. Como hemos visto, esta redujo el listón al establecer que la prisión provisional puede dictarse en caso de investigación de delitos tipificados con una pena máxima de dos años de prisión, o incluso inferior si coincide que el imputado tiene antece-



**Gráfico 3.** Número de presos provisionales totales al finalizar el año en asuntos seguidos ante los Juzgados Centrales de Instrucción (núm. 1 a 6). Fuente: elaboración propia a partir de datos extraídos de la «PC-Axis» del CGPJ.

denes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de una condena por delito doloso. Resulta interesante recordar que en fase parlamentaria ya se señaló que este podría ser uno de los efectos de la reforma (Barrera Hernández, 2005). En cualquier caso, y para lo que aquí interesa, parece difícil seguir hablando de una medida que se reserva a los casos “graves”, cuando en realidad se ha establecido una barrera o listón tan bajo que hace que en la gran mayoría de asuntos que conocen nuestros juzgados concurren los caracteres y circunstancias para poder dictarla.

### 3. Cuya visibilidad cada vez es mayor

Los datos y cifras que se han compartido en los gráficos 1 y 2 demuestran un descenso notable de 2010 a 2015, tanto en casos totales como en el porcentaje de presos preventivos respecto al total de la población reclusa, con un repunte puntual hasta día de hoy. La razón es un interrogante mayúsculo que quizás encuentra su razón en alguna circular o instrucción de la fiscalía o en la formación que ofrece el CGPJ a través de la escuela judicial. No parece razonable que ese descenso encuentre su razón de ser en la Instrucción 4/2005, de motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación, por desplegar efectos cinco años después de su aprobación.

Por su parte, la visibilidad de esta medida cada vez es mayor, puesto que su uso es frecuente en casos mediáticos y especialmente en el ámbito de la delincuencia económica y de la corrupción, en los que el rechazo social es mayoritario. Parece, en cierto modo, que la «alarma social» que se expulsó de nuestro ordena-

miento jurídico con la reforma de 2003 sigue estando presente o, al menos, esa es la sensación que uno tiene con el creciente número de casos mediáticos en los que se aplica esta medida, lo que contrasta con una tendencia a la inversa que nos sitúa, como hemos visto, en unos porcentajes de presos en situación preventiva más que razonables si tenemos en consideración el uso y abuso que se produce a nivel internacional y en los países de nuestro entorno.

Como decía, se trata más bien de una sensación generalizada o estado de opinión a la que sin duda contribuye el seguimiento mediático de casos como los de Sandro Rosell<sup>35</sup>, Mario Conde, Ignacio González, Luis Bárcenas, Julián Muñoz, Jordi Pujol Ferrusola, Francisco Granados, etc. Sin embargo, si analizamos únicamente los casos en los que se dicta prisión provisional por parte de los juzgados centrales de instrucción, cuya probabilidad de ser causas más graves y mediáticas es más alta, nos damos cuenta de que la tendencia, incluso en ese ámbito, sigue siendo significativamente a la baja, con lo que la práctica judicial dista bastante de la imagen que uno puede formarse a través de los medios.

El gráfico 3 parece descartar de forma definitiva que la “alarma social” siga estando presente, aunque oculta, en ciertas decisiones en los casos mediáticos en los que existe un elevado rechazo social a la conducta típica que supuestamente ha realizado el investigado. Incluso en el marco del repunte en cifras totales y en el porcentaje respecto del total de la población reclusa de los últimos cinco años, tal y como hemos visto en los gráficos 1 y 2, la tendencia en los casos más graves que conocen los juzgados centrales de instrucción es claramente decreciente y bajista.

<sup>35</sup> Sobre este particular véase ABADÍAS SELMA, 2020.

## El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España

En definitiva, ningún auto de prisión provisional puede fundamentarse o alegar la alarma social, evidentemente, por tratarse de un fin metajurídico. Pero la presión mediática o la alarma social, frente a la que el juez profesional debe estar inmunizado, puede desplegar sus perniciosos efectos sobre el juez o tribunal que debe tomar la decisión. En este escenario, nos podemos plantear si están o no justificadas las situaciones de prisión o libertad provisional que han disfrutado archiconocidos o mediáticos investigados en nuestro país en estos últimos años. Ese es el principal objetivo que pretende revelar el estudio de casos que sigue al presente capítulo.

**V. Reflexiones finales**

**Primera.** – El debate acerca de la regulación de la prisión provisional en España se reabre con fuerza a las puertas de la reforma de la LECrim. Bien es cierto que hace años que el ejecutivo y el legislador tratan de acometer sin éxito una reforma de gran calado, cuya principal arista es el traspaso de la instrucción al Ministerio Público. Recientemente, el ejecutivo ha vuelto a anunciar la creación de una comisión de expertos y se espera que antes de finales de este año ya dispongamos del texto de un nuevo anteproyecto de ley procedimental penal. Por lo que aquí interesa, si finalmente se abre el melón, será el momento ideal para discutirlo todo, desde la naturaleza de la prisión preventiva más allá de una medida cautelar personal hasta las medidas alternativas a esta, los criterios para la determinación de la gravedad e incluso la posibilidad de abordar otros fines distintos a los que hoy recoge la LECrim.

**Segunda.** – A lo largo de este trabajo hemos estudiado sin ánimo de exhaustividad el marco normativo y la jurisprudencia de desarrollo sobre la prisión provisional en España. La mayoría de los problemas están relacionados con las incoherencias intrínsecas de la regulación legal existente o en el ejercicio práctico por parte de los tribunales y el Ministerio Público que, en la práctica, a veces, puede alejarse de las previsiones legales y proclamas jurisprudenciales. Así, por ejemplo, la prisión preventiva se regula en base a un carácter excepcional que exige que se emplee solo en casos graves, y en cambio, la LECrim permite su adopción cuando la pena máxima del injusto que se investiga sea igual o superior a dos años de prisión,

o incluso cuando fuera inferior pero el investigado tenga antecedentes no cancelados ni susceptibles de ello por un delito doloso. La contradicción se explica por sí misma.

**Tercera.** – Hablar de la prisión provisional como una medida excepcional *stricto sensu* es contribuir innecesariamente a una falacia largamente extendida. La prístina excepcionalidad de la medida cautelar se traduce, en datos, 16% de la población reclusa en diciembre de 2019 en los centros penitenciarios del país<sup>36</sup>. Con esta cifra resulta imposible defender su excepcionalidad, cuando en realidad bastaría con aceptar que tal medida, de aplicación ocasional, resulta fundamental para garantizar bienes jurídico-constitucionales tan relevantes como la eficacia en la persecución de los delitos y en la aplicación del *ius puniendi* estatal, la tutela y protección de la víctima o, incluso, la reinserción del investigado o encausado. Las cifras de los países de nuestro entorno, como Italia, Grecia, Alemania, Bélgica o Francia, entre muchos otros, son más elevadas, en el sentido que el porcentaje de presos preventivos sobre el total de la población reclusa es superior. De lo que debe inferirse que la aplicación o empleo de la prisión provisional, de forma general y desde una óptica cuantitativa, por parte de nuestros juzgados y tribunales, ha sido más que razonable, especialmente durante la última década, con una tendencia que salvo algunos picos o repuntes ha ido a claramente a la baja.

<sup>36</sup> Ese porcentaje, en números totales, responde a 9377 presos en diciembre de 2019. Hay que tener en cuenta que buena parte de estos finalmente resultaran absueltos en base a distintas razones —inexistencia objetiva del hecho imputado, inexistencia subjetiva, falta de pruebas o actividad probatoria, aplicación del principio *in dubio pro reo*, etc.—, con lo que el investigado afectado por la medida cautelar tendrá derecho a pedir una indemnización por daño sufrido. El sistema de indemnización por prisión provisional injusta o indebida constituye, probablemente, una de las cuestiones más controvertidas y polémicas de los últimos años, cuyo objeto de estudio excede a todas luces el objeto de este trabajo. Sin embargo, interesa señalar que la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez se ha visto desencallada por la jurisprudencia del TEDH y la reciente STC 58/2019, cuya doctrina ha declarado inconstitucional determinados extremos del artículo 294.1 de la LOPJ, extendiendo el derecho a obtener, en condiciones de igualdad, una indemnización en caso de prisión preventiva indebida, con indiferencia de los supuestos, expulsando así de nuestro ordenamiento jurídico una regulación que contribuía a alargar la sombra de duda sobre el investigado a momentos extraprocesales, laminando el derecho a la presunción de inocencia que propugna el artículo 24.2 de la Constitución. Véanse sobre este particular SIMÓN CASTELLANO, 2020 y SIMÓN CASTELLANO y ABADIAS SELMA, 2020.

**Cuarta.** – El empleo de la prisión preventiva es habitual en asuntos mediáticos, especialmente en casos de delincuencia económica y tramas corruptas, en las que se ven implicados políticos o personajes públicos. Basta con uno o dos casos mediáticos en los que su empleo sea cuestionable para que surjan dudas y críticas a la institución<sup>37</sup>. Es en este ámbito en el que un estudio de casos puede arrojar luz acerca de la práctica judicial en torno a la prisión provisional.

## V. Bibliografía

- ABADÍAS SELMA, A. “¿Uso o abuso de la prisión preventiva?: consideraciones en relación con el caso Sandro Rosell”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 145, 2020.
- ABADÍAS SELMA, A. Y SIMÓN CASTELLANO, P. *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante. Un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2020.
- ASENCIO MELLADO, J. M. “Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, 1584-1595, 2005.
- ASENCIO MELLADO, J. M. “Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003”, en ASENCIO MELLADO, J. M. Y FUENTES SORIANO, O., *Nuevos retos de la justicia penal*, La Ley, Madrid, 2008.
- BARRERA HERNÁNDEZ, N. “La reforma de la prisión provisional. Luces y sombras”, *Diario La Ley*, 6325, Sección Doctrina, 2005.
- BARONA VILAR, S. *Prisión provisional y medidas alternativas*, Llibreria Bosch, Barcelona, 1988.
- CALDERÓN CEREZO, A. Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002.
- CAMPANER MUÑOZ, J. “La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 129, 2017.
- COBREROS MENDAZONA, E. “El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, *Revista de Administración Pública*, 209, 13-44, 2019.
- COBO DEL ROSAL, M. *Tratado de Derecho Procesal Español*. CESEJ, Madrid, 2008.
- DE URBANO CASTRILLO, E. “Presupuestos y fines de la prisión provisional”, en DORREGO DE CARLOS, A. (coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 135-168, 2004.
- DE URBANO CASTRILLO, E. *La necesaria reforma de la prisión provisional*. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid, 2003.
- DÍAZ FRAILE, F. *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva. Crítica del Derecho español vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DORREGO DE CARLOS, A. (coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, V. “La prisión provisional y derecho a la libertad”, *Diario La Ley*, 4187, 1996.
- GIMENO SENDRA, V.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. Y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales*, tomo 4, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- GIMENO SENDRA, V. “La necesaria reforma de la prisión provisional”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 7, 1320-1327, 2001.
- GIMENO SENDRA, V. Y DÍAZ MARTÍNEZ, M. «La prisión provisional y sus medidas alternativas», *Estudios de Derecho Judicial*, 58, 49-83, 2004.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes”, *Diario La Ley*, 8930, 2017.
- GUERRA PÉREZ, C. *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La prisión provisional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- HASSEMER, W. *Crítica al Derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento: límites de la prisión preventiva*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003.

<sup>37</sup> El caso de Sandro Rosell está teniendo un seguimiento, en la actualidad, de *prime time*, con programas de televisión y especiales para recabar su opinión y explicar lo acontecido, en un relato en el que se habla de «conspiración» y «persecución». Disponible en: <https://cutt.ly/> (fecha de última consulta: 17 de mayo de 2020). También las críticas y divergencias en el caso de la prisión preventiva de los políticos catalanes en el marco del llamado juicio al *procés*. Véase sobre este particular MORENO CATENA, 2020.

## El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España

- MARTÍNEZ GALINDO, G. “La prisión provisional”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 13, 13-29, 2005.
- MIR PUIG, C. “Prisión provisional. Los aspectos más polémicos de la reforma”, *Revista Iuris, Actualidad y Práctica del Derecho*, 77, 2003.
- MONTAÑÉS PARDO, M. A. La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencia, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.
- MORENO CATENA, V. “La prisión provisional de los condenados del proceso”, *Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 26, 201-233, 2020.
- MORILLAS CUEVA, L. “Reflexiones sobre la prisión preventiva”, *Anales de derecho*, 34, 1-38, 2016.
- NISTAL MARTÍNEZ, J. “El ingreso provisional en prisión. Presunción de culpabilidad versus presunción de inocencia”, *Diario La Ley*, 8122, 2013.
- NUÑO DÍEZ DE LA LASTRA MARTÍNEZ, S. “La incidencia del secreto de las actuaciones y la adopción de la medida cautelar de prisión provisional en el derecho de defensa”, *Diario La Ley*, 9541, 2019.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. “¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, *Diario La Ley*, 9477, 2019.
- ROXIN, C. *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976.
- SIMÓN CASTELLANO, P. “Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional indebida (interrogantes tras la STC 85/2019)”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 143, 2020.
- SIMÓN CASTELLANO, P. “La prisión provisional i la responsabilitat patrimonial de l'Estat jutge: dues reformes pendents”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, 2020. DOI: <http://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3463>
- SIMÓN CASTELLANO, P. Y ABADÍAS SELMA, A. *La prisión provisional a análisis: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I. “La eficacia del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos seguidos para exigir responsabilidad patrimonial al estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 134, 2018.
- WALMSLEY, R. *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*. International Centre for Prison Studies, Londres, 2020.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES