

PROCESO Y PRISIÓN EN LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

Víctor MORENO CATENA*

E dezimos, que regla es de derecho, que todos los judgadores deben ayudar a la libertad, porque es amiga de la natura que la aman no tan solamente los omes, mas aun todos los otros animales.

Partida VII, título XXXIV, regla I

La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre.

Quijote, II, 58

SUMARIO: I. *La libertad y la prisión en el final del siglo XVIII*. II. *La prisión durante el proceso penal y la pena de prisión. El reconocimiento del derecho a la libertad en el siglo XIX*. III. *La codificación procesal penal: de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882*.

I. LA LIBERTAD Y LA PRISIÓN EN EL FINAL DEL SIGLO XVIII

Desde antiguo se ha considerado la libertad como uno de los bienes más preciados del ser humano, de modo que para privarle de ella debían se-

* Catedrático de derecho procesal en la Universidad Carlos III de Madrid.

guirse reglas que eran, por lo general, bastante estrictas. No sólo lo acredita la frase cervantina, sino que es un principio que está presente en las leyes permanentemente, como se ve desde la Ley de Partidas.

Sin embargo, lo cierto es que la realidad histórica ha ido desdiciendo tozudamente durante siglos este principio que, como mucho, llegaba a ser de aplicación a las clases sociales más altas, porque para el común de los mortales la garantía de la libertad resultaba una pura entelequia, un anhelo más veces que pocas desmentido por la práctica de los gobernantes.

Sin duda alguna, cuando en la actualidad se analiza la situación del derecho a la libertad de los individuos y los casos en que el Estado puede legítimamente privarles de ella, en razón del cumplimiento de una pena de privación de libertad o a causa de una medida adoptada durante un proceso penal, se está pensando en la más grave de las medidas o de las sanciones que el Estado puede imponer al individuo por consecuencia de la comisión de un delito. Pero en el siglo XIX las cosas eran bien distintas: el catálogo de penas, que en la actualidad se reducen prácticamente a las sanciones económicas y a la privación o limitación de la libertad (más las penas de trabajos en beneficio de la comunidad que ha introducido el Código Penal español de 1995), junto con las inhabilitaciones y suspensiones, estaba constituido en épocas anteriores por una tipología notablemente variada.

Sirva de muestra la exposición minuciosa y crítica que sobre las penas hizo en 1782 don Manuel de Lardizábal y Uribe,¹ en cuya obra sobre esta materia se dice que “Cuatro son los objetos principales de las penas: la vida del hombre, su cuerpo, su honra y sus bienes. Conforme a estos cuatro objetos pueden dividirse las penas en capitales, corporales, de infamia, y pecuniarias”, y dentro de las corporales, que son “aquéllas que afligen el cuerpo, ya causando dolor, ya privando de ciertas comodidades, ya causando algunas incomodidades”, se encuentran las de mutilaciones de miembros, azotes, presidios y arsenales, cárcel y extrañamiento del reino.

Al hacer referencia al tránsito de los derechos fundamentales por el siglo XIX, conviene comenzar señalando cómo esas convulsas décadas de la historia española se abrieron con unos hechos políticos de gran relevancia, que marcaron en buena medida lo acontecido en los años siguientes.

¹ *Discurso sobre las penas: contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2002, edición digital basada en la de Madrid, Joaquín Ibarra, 1782.

tes: el definitivo ocaso del poder de España (es el siglo de la independencia de todas las colonias) y la incidencia de la Revolución francesa de 1789, seguida de la pujanza que Napoleón Bonaparte imprimió al país vecino. De fronteras adentro se produce a finales del siglo XVIII la ominosa salida del Rey Fernando VII tras la abdicación de su padre, Carlos IV, en plena ocupación francesa de la mitad de la península; el breve gobierno de José Bonaparte, simultáneamente a que la Junta Suprema, que gobernaba en nombre del rey, se fuera desplazando desde Aranjuez a Sevilla, para trasladarse a Cádiz, donde convocó cortes generales constituyentes, que se reunieron el 24 de septiembre de 1810 y fueron disueltas el 20 de septiembre de 1813; se convocaron entonces cortes ordinarias en Cádiz que finalizaron con la vuelta de Fernando VII el 10 de mayo de 1814, momento en que comenzó el primer periodo absolutista de un reinado en que los bandazos políticos se sucedieron de continuo.

Es verdad que la aprobación de la Constitución de Cádiz en 1812 representó un hito en la historia jurídica de España, no sólo porque fue el primer texto constitucional digno de tal nombre, sino porque, en línea con el espíritu del iluminismo y la Ilustración, a pesar del enfrentamiento militar con las tropas francesas, rompe con la vetusta y trasnochada tradición jurídica española de las Partidas, que estaban aún en vigor, y parte de la soberanía de la ley como manifestación de la soberanía popular.

En la Constitución de 1812 se reconoce el ámbito del derecho a la libertad de acuerdo con ideas avanzadas, y apartándose del derecho histórico español, donde se regulaba fragmentariamente alguna de las garantías de la libertad durante los procesos, pero con un sentido restrictivo, puesto que, una vez que se hubiera iniciado un proceso penal, el imputado debía por lo general ingresar en prisión hasta que se desvaneciera, si fuera el caso, la presunción de culpabilidad que la apertura del proceso suponía.

Así, en las Partidas se establecían los requisitos para ordenar la detención de una persona y los supuestos en que se podía prender a otro sin orden judicial, como dijera Juan de Hevia Bolaños:²

1. Recibida la sumaria informacion, resultando de ella culpa contra los culpados, por qualquiera presumpcion, o prueba, aunque sea por un testigo menos idoneo, el Juez procede luego à prision suya, y sequestro de sus

² En su *Curia Philipica*, 1a. y 2a. ed., parte III, párrafo 11, 1761, t. I.

bienes, en caso de que el delito puede haver confiscacion de ellos, ò pena pecuniaria sin ser necessario para ello citacion suya, por el riesgo de la fuga; mas cessante culpa no se puede hacer, ni prender, porque se infama al preso...

2. Ninguno de su autoridad puede prender al delincente sin mandato del Juez, sino es al falseador de moneda, desertor de milicia, ladron ò robador público, incendiario, dissipador de heredades, doloso, ò raptor de virgenes, ò Religiosas, à las quales (aunque sea despues de algun intervalo de tiempo, que cometieron el delito) qualquiera persona puede prender sin mandato del Juez, presentandolos ante èl dentro de veinte horas...

Y en el mismo lugar (párrafo 3) se reproducen de una ley de la recopilación las garantías de la detención por un alguacil: “3. El Alguacil no puede prender al delincente sin mandamiento de el Juez, sino es hallandole infraganti delito, y en este caso presentandole luego ante él, antes de meterle en la carcel; sino es que sea de noche, que entonces bien le puede meter en ella, hasta otro día siguiente, que dé noticia al Juez...”

Sin embargo, el automatismo del ingreso en prisión de una persona por el solo hecho de la imputación judicial, que tantos desmanes había provocado a lo largo de los siglos precedentes, llevó a introducir algunos mecanismos paternalistas ya a finales del siglo XVIII, velando con reglas de benevolencia por los intereses del sometido a prisión, probablemente influidos por el texto de Beccaria (*De los delitos y de las penas*, traducida al castellano en 1774) y las ideas reformadoras de Lardizábal.

No puede olvidarse que la prisión se entendía como lugar de reclusión más que de castigo porque, habida cuenta de los diferentes tipos de penas que se imponían, la de presidio no representaba ni con mucho una sanción de relevante gravedad. De hecho las penas corporales eran muy diversas y, entre ellas, además de la pena capital, se comprendían la pena de azotes, vergüenza, bombas,³ galeras, minas, arsenales, presidio, obras públicas, destierro del reino, y prisión o reclusión por más de seis meses.⁴

De todos modos, desde la Ley de Partidas la entrada en prisión, que tenía lugar por la simple imputación de un delito grave, no se consideraba de consecuencias afflictivas, y se decía que “la carcel deve ser para

³ Según decía Lardizábal, “trabajos de bombas y demás maniobras ínfimas, atados siempre a la cadena”.

⁴ Así se enumeran en el artículo 11.II del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835.

guardar los presos, e non para fazerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena enella”.⁵

En esta misma línea, como señalaba Lardizábal en 1782: “la cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos, sin embargo suele imponerse por pena en algunos delitos, que no son de mucha gravedad. Por esto, por la privación de libertad y por las incomodidades y molestias que indispensablemente se padecen en ella, pueden conarse entre las penas corporales afflictivas”.

Pero sigue diciendo que “si se atiende a las vejaciones y malos tratamientos, que los abusos introducidos por la codicia, dureza y mala fe de los subalternos hacen padecer a los miserables que tienen la desgracia de estar allí encerrados, deberá reputarse por una de las más graves”.⁶

En esos momentos del último tercio del siglo XVIII comienza tímidamente en España a plantearse el problema de la humanización de los castigos, lo que desembocaría en que el artículo 297 de la Constitución de Cádiz dispusiera que las cárceles están para “asegurar, y no para molestar á los presos”.

Antes, en la *Instrucción de lo que deberán observar los Corregidores y Alcaldes Mayores del Reyno*, del 15 de mayo de 1788, se especificaba en el punto VIII que:

La estancia en la carcel trae consigo indispensablemente incomodidades y molestias, y causa tambien nota á los que están detenidos en ella. Por esta razon los Corregidores y demás Justicias procederán con toda prudencia, no debiendo ser demasiadamente faciles en decretar autos de prision en causas ó delitos que no sean graves, ni se tema la fuga ú ocultacion del reo; lo que principalmente deberá entenderse respecto á las mugeres, por ser esto muy conforme al espíritu de las leyes del Reyno, y tambien respecto á los que ganan la vida con su jornal y trabajo, pues no pueden exercerle en la carcel, lo que suele ser causa del atraso de sus familias, y muchas veces de su perdicion.

Sin embargo, el cumplimiento de éstas y otras normas jurídicas resultaba más que dudoso, como lo acredita el permanente recordatorio de muchas de ellas que se ha de ir realizando en momentos sucesivos. En definitiva, estamos en el antiguo régimen, lejos de la idea de la primacía

⁵ Partida VII, título XXIX, Ley XI.

⁶ *Op. cit.*, nota 1.

de la ley y de la sujeción a ella tanto de los ciudadanos como de los poderes públicos.

II. LA PRISIÓN DURANTE EL PROCESO PENAL Y LA PENA DE PRISIÓN. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN EL SIGLO XIX

Llegados al siglo XIX, la Comisión de Justicia de las Cortes de Cádiz (1810-1813) elaboró un dictamen el 19 de abril de 1811, sobre un proyecto de Reglamento “para que las causas criminales tengan un curso más expedito sin los perjuicios que resultan a los reos de la arbitrariedad de los Jueces”, en el que, a lo largo de 28 artículos, se marca en buena medida lo que fueron las pautas del capítulo III del título V de la Constitución de 1812. Según este texto, que recoge Lasso Gaité en su *Crónica de la codificación española*,⁷ los elementos básicos en la regulación de la garantía de la libertad durante el proceso serían los siguientes:

Artículo 1o. Ningún español podrá ser preso sino por delito que merezca ser castigado con pena capital, o que sea *corporis afflictiva*.

Artículo 2o. Para poner preso a un español debe preceder una información sumaria del hecho que deba ser castigado con pena *corporis afflictiva*, y darse auto de prisión. El juez que proceda de otra suerte, por el mismo hecho será destituido de su empleo, a menos que el reo sea aprehendido *in fraganti*; pero aun entonces deberá procederse a formalizar la sumaria inmediatamente.

Artículo 3o. Preso un ciudadano, y apareciendo de la causa que no puede imponerse pena corporal, se le pondrá en libertad dando fiador, aunque la pena que haya de sufrir sea de destierro; porque no presentándose a cumplir la sentencia, tiene que vivir errante, que es pena aún más dura.

Artículo 5o. Ninguno podrá ser detenido preso más de veinticuatro horas sin que se le diga la causa de su prisión, que se halle justificada sumariamente, y que se le instruya del nombre de su acusador.

Artículo 7o. Cualquier persona que se halle presa sin saberse quién la prendió, por qué causa y con qué motivo, deberá ser puesta en libertad inmediatamente sin costas; y averiguado el que haya cometido este atentado, se le castigará con suspensión de su empleo por un año, y resarcimiento de daños.

⁷ “3. Procedimiento penal”, *Crónica de la codificación española*, Madrid, 1970, pp. 19 y ss.

Artículo 8o. El Juez a quien se dé parte, o que halle en la cárcel un preso sin causa, como se expresa en el artículo anterior, le pondrá en libertad; y si contra lo que va prevenido le detuviese en prisión, será destituido de su empleo, y el preso tendrá recurso al superior inmediato para que se le suelte libremente y con indemnización a costa de quien le prendió, sabiéndose quién fue, y en el caso de ignorarse, se verificará a costa del que le detuvo después de la visita.

Artículo 21. Las cárceles no son para molestar a los reos, sino para su custodia, y deberán ser las más anchurosas y sanas, y con las comodidades posibles.

Pues bien, con estas premisas se procede a la redacción de la Constitución de 1812, en donde los legisladores han de tener en cuenta la situación en que se encontraba la Jurisdicción Ordinaria, que se integraba con los alcaldes, corregidores, regidores, chancillerías, audiencias y el Consejo de Castilla, y que se vio obligada a convivir hasta 1868 con un elevado número de jurisdicciones especiales, fuera por razón de las personas aforadas (religiosos, nobles, etcétera), por razón de la materia (la Inquisición⁸ o el Consejo de Hacienda), o por el territorio (como en el caso de las órdenes militares).⁹

En este momento de principios del siglo XIX se produce un serio intento, con gran interés de la clase política, por garantizar tanto los derechos de libertad de la persona (que se consideraba como un derecho de propiedad) como la seguridad personal,¹⁰ incluso la de los reos sobre los que recaía sentencia condenatoria.

Pero es consciente el legislador de que para ello es necesario introducir una fuerte dosis de racionalidad en la administración de justicia, lo que exigía como requisito *sine qua non* la desaparición o, en su caso, la reducción de fueros, como exponía a finales del siglo XVIII Romero Alpuente, portavoz de lo que ya a esas alturas era un clamor general en-

⁸ En España el Tribunal del Santo Oficio, creado en 1227 por el papa Gregorio IX para la defensa de la fe, fue introducido por los reyes católicos en Castilla desde Cataluña y Aragón, con un marcado sentido regalista, y subsistió hasta 1820 (en 1813 fue abolido, pero lo reintrodujo Fernando VII en su primer periodo absolutista).

⁹ En 1835 se disolvió la Santa Hermandad, creada por los reyes católicos para perseguir los delitos contra las personas y contra la propiedad cometidos con violencia o en desplombado, a la que se había dotado de un gran poder.

¹⁰ Álvarez, Alonso, "El derecho de seguridad personal y su protección en las dos primeras etapas liberales", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989.

tre las gentes del foro; sin embargo, dicha aspiración no se cumplió, como es bien sabido, hasta el Decreto de unificación de fueros de diciembre de 1868.¹¹

Además, había que terminar con la arbitrariedad judicial, para lo cual era imprescindible contar con normas jurídicas claras y precisas, para lograr de esa manera, por un lado, la vinculación del juez a la ley y, por otro lado, que las normas sirvieran como garantía para el ciudadano, porque en aquellos momentos hasta la seguridad jurídica elemental, que supone la elección de la ley aplicable, quedaba al criterio de cada uno de los jueces, no siempre técnicos, que habían de moverse en un mundo de reglas jurídicas informe y proceloso, integrado por disposiciones que iban desde las Leyes de Partidas a la Nueva Recopilación o a la Novísima Recopilación, o por las glosas y los comentarios de los autores.

Los preceptos de la Constitución de 1812 contenidos en el capítulo 3o. del libro 5o., “De la administración de justicia en lo criminal”, se hicieron eco de estas garantías fundamentales de la libertad, y así se dispuso que:

Artículo 287. Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria de hecho, por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del Juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

Artículo 290. El arrestado antes de ser puesto en prision será presentado al Juez siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración; mas si esto no pudiere verificarse, se le conducirá á la Carzel en calidad de detenido y el Juez le recibirá la declaración dentro de las veinte y quatro horas.

Artículo 292. En *fraganti* todo delinqüente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarle, y conducirle á la presencia del Juez; presentado ó puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes.

Artículo 293. Si se resolviere que el arrestado se le ponga en la Carzel, ó que permanezca en ella en calidad de preso, se proveherá auto motivado, y de él se entregará copia al Alcalde para que la inserte en el libro de presos, sin cuio requisito no admitirá el Alcalde á ningun preso en calidad de tal baxo la mas estrecha responsavilidad.

¹¹ *Id.*, “La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c.a.)”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 5, junio, 2004.

Artículo 296. En qualquier estado de la causa que aparezca, que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad dando fianza.

Artículo 297. Se dispondrán las Carzeles de manera que sirvan para asegurar, y no para molestar á los presos: Asi el Alcalde tendrá á estos en buena custodia, y separados los que el Juez mande tener sin comunicacion, pero nunca en calabozos subterranos ni mal sanos.

Artículo 300. Dentro de las veinte y quatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prison, y el nombre de su acusador, si lo hubiere.

Artículo 301. Al tomar la confesion al tratado como reo se le leerán integramente todos los documentos, y las declaraciones de los testigos con los nombres de estos, y si por ellos no los conociere, se le darán quantas noticias pida para venir en conocimiento de quienes son.

Artículo 302. El proceso de allí en adelante será publico en el modo y forma que determinen las leyes.

No puede olvidarse que las normas constitucionales fueron consideradas como meras declaraciones de principios, sin virtualidad normativa hasta tanto llegaron a ser desarrolladas por leyes ordinarias, si bien con las Constituciones se pretendía lograr una profunda transformación social y política, rompiendo con los esquemas del antiguo régimen. De ahí que, junto a una extensa parte orgánica (al punto que el Estatuto Real de 1834 se refería casi exclusivamente al funcionamiento de las Cortes), dentro de las Constituciones decimonónicas españolas se contenían preceptos que reconocían derechos subjetivos. De hecho es la Constitución de 1869 la primera en hablar claramente de libertades y derechos que están por encima de la ley, frente a los derechos de concesión estatal de todas las constituciones españolas anteriores. Por vez primera, en efecto, se proclamaba abiertamente que, al lado de la soberanía nacional, existían unos derechos individuales que eran “superiores a la ley... superiores al legislador... superiores a la voluntad de una cámara”, como dijera Echegaray.¹²

De uno u otro modo, la continua sucesión en España de gobiernos de diferente signo político a lo largo de todo el siglo XIX, en su mayor parte gobiernos conservadores, con pretensiones de rescatar las reglas del antiguo régimen, impidió que se asentaran los principios capitales de esta

¹² *Idem.*

Constitución de 1812, que muy pronto fue derogada: justo dos años después, en 1814, con la vuelta de Fernando VII, para volverse a poner en vigor en el trienio constitucional de 1820-1823.

Precisamente el Decreto de las cortes sancionado el 28 de septiembre de 1820 reguló el régimen de la detención o prisión de cualquier español, y dispuso en cuatro artículos que para proceder a la prisión de una persona es necesaria “la información sumaria del hecho”, aunque no haya prueba plena ni semiplena de quién sea el autor del delito (artículo 1o.), siempre que se trate de un hecho castigado por la ley con pena corporal y haya algún indicio para imputar a una persona (artículo 2o.). Por otra parte, si la urgencia o complicación impiden la “información sumaria del hecho que debe proceder” o el “mandamiento del Juez por escrito que debe notificarse en el mismo acto de la prisión”, podrá el juez mandar detener a cualquier persona que le parezca sospechosa, mientras hace con la mayor brevedad posible la precisa información sumaria. Esta detención no es prisión (artículo 4o.), ni podrá durar más de veinticuatro horas, ni efectuarse en la cárcel.¹³

Pues bien, con los referidos vaivenes políticos del propio reinado de Fernando VII, en contra de lo dispuesto en la Ley de 1820, podía leerse en 1833, durante la regencia de María Cristina, que la policía, que se había creado diez años antes, debía:

poder arrestar á todo individuo acusado ó sospechoso de crimen; pero no puede conservarlo en detencion, arresto ó prision mas tiempo, que aquel necesariamente preciso para la averiguación del delito ó formación de las primeras diligencias, que seguidamente deben ser remitidas con el acusado al tribunal competente, y este término, escepto en los delitos de infidencia, nunca debe pasar de ocho días.¹⁴

Dejando a un lado el primer Proyecto de Código de Procedimiento Criminal español, que acompañaba al texto del Código Penal de 1822, y que no llegó a aprobarse por la finalización del trienio constitucional, debe ponerse atención especial a las normas del *Reglamento Provisional para la administración de justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción ordinaria* del 26 de septiembre de 1835. Este Reglamento representó

¹³ Así, en Lasso Gaité, *op., cit.*, nota 7, pp. 23 y 24.

¹⁴ A. F. de N. Z. y W., *Tratado de la policía*, Barcelona, 1833, p. 28.

probablemente el primer texto normativo en que se rompe con el antiguo régimen, pues organiza el Poder Judicial a partir del Tribunal Supremo y las Audiencias, para seguir luego con los Jueces letrados de primera instancia y los alcaldes y tenientes de alcalde, de modo que se apunta hacia un Poder Judicial con jueces letrados e independientes, al separarse las funciones judicial y administrativa; el Reglamento estuvo vigente hasta la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, donde se estructura el Poder Judicial moderno, con jueces inamovibles y responsables. Un año antes, en 1834, de la mano de Javier de Burgos, se había llevado a cabo la división de España en provincias y éstas, a su vez, se dividieron en partidos judiciales, a cuya cabeza había de estar un juez letrado, con lo que las facultades judiciales que ostentaban hasta entonces los Alcaldes quedaron mermadas, y a partir de entonces actuaban solamente como jueces de paz en las conciliaciones y como jueces ordinarios en los procesos penales y civiles de poca entidad; arrinconándose de este modo definitivamente la antigua organización judicial española,¹⁵ si bien hasta el Real Decreto del 22 de octubre de 1855, por el que se crean los juzgados de paz, los alcaldes continúan con competencias jurisdiccionales.¹⁶

El Reglamento provisional de 1835, aparte de la organización de la justicia española, que es la materia que se contiene en los capítulos II (De los jueces y juicios de paz ó actos de conciliación, y de los alcaldes de los pueblos como jueces ordinarios); III (De los jueces letrados de primera instancia), IV (De las audiencias); V (Del Supremo Tribunal de España e Indias), y capítulo VI y último (De los fiscales y de los promotores-fiscales), estableció en su capítulo I algunos principios esenciales del proceso penal, y en lo que hace al derecho a la libertad se dispone que:

¹⁵ Los alcaldes-correctores estuvieron en vigor en las fases moderadas de 1845-1854 y 1856-1868; nacidos por la Ley Municipal de 1845 (artículo 10), se nombraban junto a los alcaldes y los tenientes de alcalde del Reino por el Ministerio de Gobernación o el Jefe Político según los casos; véase Gómez Bravo, *Crimen y castigo. Crácelles, delito y violencia en la España del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 22 y ss.

¹⁶ Montero Aroca, "La justicia municipal", *Revista de Derecho Judicial*, vol. 4 1-52. 1972, pp. 91 y 92. Por otra parte, los alcaldes vuelven por unos años, desde la ley adicional a la orgánica del Poder Judicial (1882) a la Ley de Justicia Municipal de 1908, a recuperar funciones judiciales, desde la conciliación a la práctica de las primeras diligencias en asuntos penales, el conocimiento de los juicios de faltas y los asuntos civiles de pequeña cuantía.

Artículo 5o. Por ahora y hasta que alguna establezca oportunamente todas las garantías que debe tener la libertad civil de los españoles, á ninguno de ellos podrán ponerle o retenerle en prisión ni arresto los tribunales o jueces sino por algun motivo racional bastante en que no haya arbitrariedad.

Artículo 6o. A toda persona arrestada o presa, que no lo esté por razon de pena correccional aplicada ó de juicio ya pronunciado, se le deberá recibir declaracion sin falta alguna dentro de las veinte y cuatro horas de hallarse en la prision ó arresto, como ordena la ley recopilada, y si fuera imposible hacerlo por otras urgencias preferentes del servicio público, se expresará el motivo en el proceso, y cuidará el juez de que dentro de dicho término se informe al preso ó arrestado de la causa porque lo está y del nombre del acusador, si le hubiere, recibién dose la declaracion tan pronto como ser pueda.

Artículo 7o. A ninguna persona tratada como reo se la podrá mortificar con hierros, ataduras ni vejaciones que no sean necesarias para su seguridad; ni tampoco tenerla en incomunicacion, como no sea con especial orden del juez respectivo, el cual no lo podrá mandar sino cuando lo exija la naturaleza de las averiguaciones sumarias, y por solo aquel tiempo que sea realmente necesario.

Artículo 11. En cualquier estado de la causa en que resulte ser inocente el arrestado ó preso, se le pondrá inmediatamente en libertad sin costas algunas; debiendo serle concedida tambien, pero con costas y bajo fianza ó caucion suficiente, en cualquier estado en que, aunque no resulte su inocencia aparezca que no es reo de pena corporal. Solo cuando lo fuere por algun otro delito, se suspenderá la soltura en estos casos.

Como fácilmente ha podido advertirse, la prisión a que se viene haciendo referencia, y las garantías legales que se reconocen, aluden a la privación de libertad durante el proceso penal, a los supuestos en que procede y al tratamiento que debe dispensarse a los presos. Precisamente se sigue así desde las disposiciones de Partidas, donde se que instituía que la cárcel está establecida para guardar los presos, no para castigarlos, ordenándose que “guardado deve ser el preso en aquella prision, o en aquel lugar do el judgador mando que lo guardassen, fasta que lo judguen para justiciarlo, o para quitarlo”.¹⁷ Eso quita para que, como señalaba Escriche, “algunas veces se considera la cárcel como pena; pero es solo cuando se impone á un reo en castigo de un delito que se le ha probado,

¹⁷ Partida VII, título XXIX, Ley VII.

como cuando se condena á los jugadores á un número determinado de días de prision en la cárcel”.¹⁸

La detención y el ingreso en prisión de los imputados se producía, de acuerdo con las leyes de Partidas, en los casos de delitos más graves, pues “recabdados deven ser los que fueren acusados de tales yerros que si gelos provassen deven morir porende, o ser dañados de algunos de sus miembros”.¹⁹

El carácter automático e incondicional del auto de prisión se pretendía reducir, pues, a los casos de delitos graves y a aquellos en que se temiera la fuga u ocultación del imputado, lo que supuso sin duda un importante avance respecto de la regulación de los siglos anteriores.

Precisamente para la aplicación del Código Penal de 1850, se aprueba una ley provisional, inicialmente de 10 reglas, que se van ampliando hasta la publicación de un texto refundido en 1850, que contenía 57 reglas. En las reglas 25 a 37 se establecen normas sobre la privación de libertad durante el proceso; de una parte, se previene que los detenidos por la autoridad gubernativa deberán pasar en el término de veinticuatro horas a disposición de la autoridad judicial competente, que en igual plazo deberá ordenar su prisión o soltura (reglas 29 y 30). De otro lado, se dispone que sólo se decretará la prisión cuando la pena que corresponda fuera superior a confinamiento menor o arresto mayor, a no ser que se trate de vagancia, arresto sustitutorio, reos in fraganti o evadidos de prisión; de este modo desaparece la confusa referencia a las penas corporales de las normas anteriores como consecuencia del catálogo de penas del Código de 1848. Se establecen al propio tiempo garantías adicionales para el ingreso en prisión de un detenido, puesto que se deberá entregar en la prisión la cédula firma-

¹⁸ Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, 1854, p. 417.

¹⁹ Partida VII, título XXIX, exposición. De todos modos, y con independencia del trato dispensado a los caballeros (Ley III de este título XXIX), al resto de los individuos se les permitía en algunos casos ciertas garantías; porque, de acuerdo con la Ley IV del mismo título, “si aquel a quien ovieren de recabdar fuere de buena fama, o de buena nombradía, que aya casa, e muger, e fijos, e otra compañía en el lugar do lo prenden, e rogare a aquellos que lo recabdan que lo lleven a su casa, que alguna cosa ha de dezir a su compañía, devenle llevar a ella primeramente, guardandolo de manera que se non pueda fuyr, nin encerrar en la yglesia, nin en otro lugar: e después devenlo traer ante el Rey, o ante el judgador que lo mandare prender. Mas si fuesse ome de mala fama, assi como ladrón, o robador conocido, o que oviesse fecho otras malfetrias semejantes destas, non lo deven llevar a su casa, nin a otro lugar, si non viniendose con el derechamente ante el Rey, o ante el judgador que lo mando prender”.

da en la que se exprese el motivo (que luego pasó a ser la obligación de dar justificación al detenido el particular que practica una detención); la prisión se decretará por medio de auto motivado, apelable en un solo efecto, y el juez expedirá mandamiento por escrito, que exigirán escrupulosamente los alcaldes de las cárceles. Por su parte, la incomunicación sólo se podrá decretar por quien tenga facultad para la detención y cuando haya motivo fundado, sin que pueda exceder de veinte días continuados. En todo caso, recibida la indagatoria, si apareciese la inocencia del culpado, se decretará de oficio y sin costas su libertad (regla 36).²⁰

III. LA CODIFICACIÓN PROCESAL PENAL: DE LA LEY PROVISIONAL DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1872 A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1882

La legislación que se inicia con la Constitución de 1869, en especial las autorizaciones solicitadas a las Cortes en noviembre de ese año, y mantenidas por el ministro Montero Ríos, para introducir la casación penal y reformar el enjuiciamiento criminal, cristaliza en tres leyes capitales del sistema judicial y más concretamente del sistema penal español: el Código Penal de 1870, la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial del mismo año y la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal del 22 de diciembre de 1872, donde se ponen unas sólidas bases para el modelo de proceso penal todavía vigente en España.

Desde esta primera LECRIM española de 1872, pasando por la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal, del 16 de octubre de 1879, y hasta la vigente LECRIM del 14 de septiembre de 1882, se va produciendo una regulación más precisa y detallada de las medidas que afectan a la libertad del imputado durante el desarrollo del proceso penal y de sus garantías, separando la regulación de la detención, como medida de corta duración, que debe concluir con la puesta en libertad del detenido, o con su entrega a la autoridad judicial más próxima, de la regulación de la prisión y libertad provisionales, medidas que resultan más duraderas y pueden mantenerse hasta la sentencia firme.

²⁰ Lasso Gaité, *op. cit.*, nota 7, pp. 108 y 109.

Sin embargo, merece destacarse que, frente a la práctica identidad de las regulaciones sobre la detención, la prisión y la libertad provisionales contenidas en la LECRIM de 1872 y en la Compilación de 1879, la todavía vigente LECRIM de 1882 representa un avance extraordinario en las garantías de la libertad del imputado y en el reconocimiento de sus derechos. Por una parte, se instaura la citación del imputado para ser oído, sin necesidad de ordenar previamente su detención; de otro lado, su regulan los derechos de los detenidos y presos, configurando un status de garantías que en el ordenamiento español nunca había existido.

Eso no quita para que también al final del siglo XIX se siga vinculando de forma directa e inmediata imputación con prisión. Es decir, que desde el mismo momento en que se produce la imputación de un delito, en principio por parte de cualquier autoridad, y luego por el juez, la consecuencia jurídica era el ingreso en prisión del imputado.

Es cierto que desde la LECRIM de 1872 se atempera el rigor de esta situación, al establecer la ley los requisitos para decretar la prisión provisional; pero, una vez que concurren tales requisitos, la privación de libertad es incuestionable, al punto de que la libertad provisional se consideraba como un “beneficio”.

Hasta bien entrado el siglo XX se venía considerando que la defensa de los intereses generales de la sociedad, la garantía de la seguridad de las personas y bienes, que habían sido afectadas por la actuación delictiva, exigía mantener en prisión al sujeto contra quien aparecen motivos bastantes para creerle responsable de la comisión del delito.²¹

1. *La citación para ser oído*

Como novedad importante establece la LECRIM vigente en España la “citación”, una diligencia que regula en el primero de los capítulos que la Ley rubrica en el título VI del libro II, “De la detención, de la detención y de la prisión provisional”.

A pesar de esta ubicación en la LECRIM, la citación para ser oído no es una medida cautelar; es decir, no se trata de una citación cautelar, por mucho que si el llamado no comparece a la presencia judicial, o alega

²¹ Cfr. Alcalá-Zamora y García Valdés, *Derecho procesal criminal*, Madrid, 1940, p. 273.

causa justa que se lo impida, se pueda convertir la orden de comparecencia en orden de detención (artículo 487).

La citación para ser oído supone simplemente la convocatoria a la presencia judicial de una persona a quien se atribuye la comisión de un hecho delictivo (“a quien se impute un acto punible”, artículo 486), pero contra quien no resulta de las actuaciones un fundamento de su responsabilidad suficientemente sólido a juicio del instructor. Con anterioridad a la LECRIM de 1882, la inmediata consecuencia de la imputación venía siendo la privación de la libertad del imputado, sin prever la ley otro modo de sujetar al proceso a la persona contra quien se desprendiera alguna atribución de responsabilidad penal; como dice la Ley, “indicaciones fundadas de culpabilidad” (artículo 488).

Desde luego que la citación para ser oído presupone la existencia de alguna indicación de culpabilidad contra la persona citada, sea porque la plantee una parte acusadora, sea porque resulte de las actuaciones. En tal caso, la ley considera preferible que el juez le tome declaración para recibir las explicaciones que tenga por conveniente ofrecer, es decir, como un medio de defensa del imputado, con carácter previo a decidir si le deja fuera de la investigación y del procedimiento o le imputa judicialmente y, en este caso, si adopta contra él alguna medida limitativa o privativa de la libertad.

2. La detención

La detención preventiva supone una corta privación de la libertad ambulatoria del sujeto a quien se imputa la participación en un hecho delictivo, antes incluso de haberse incoado un proceso penal, o cuando se considera que ha eludido la acción de la justicia; por lo tanto, su exclusiva finalidad es la de entregar al detenido a la autoridad judicial, si hubiera méritos para ello, con el fin de que el juez ordene su libertad o su encarcelamiento.

Se caracteriza efectivamente la detención porque, a diferencia de otras medidas cautelares, puede ser practicada por la policía, e incluso por cualquier persona, como reacción ante la comisión de un delito; por lo tanto, normalmente no parte la orden de detención de la autoridad judicial, sino que su intervención suele producirse *a posteriori*, cuando quien practicó la detención lo pone a disposición del juez.

Como toda medida cautelar, debe cumplir la detención con los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, que presentan en este caso alguna particularidad digna de mención.

En lo que hace a la apariencia de buen derecho, *a la detención ha de preceder siempre la imputación*, es decir, quien practique la detención ha de tener conocimiento de la existencia de un hecho delictivo y de la posible responsabilidad criminal de la persona a quien detiene. De esta formulación legal se extraen dos consecuencias de gran importancia: en primer lugar, que *no se puede detener para ver "si ha pasado algo"*, como un medio de investigación, sino que la detención sólo puede practicarse si se entiende que efectivamente se ha producido un delito, pues es una medida cautelar. En segundo lugar, que la detención sólo resulta procedente para *garantizar la responsabilidad penal por delito*; por consiguiente, es claro que *no se puede detener a un presunto responsable civil*, porque el sacrificio del derecho a la libertad que se impone con la detención excede con creces de su ámbito de responsabilidad.

Esta limitación implica también que *no se puede detener por simples faltas*, como se dispone en el artículo 387 LECRIM 1872, 647, Compilación 1879 y artículo 495 LECRIM 1882, porque entonces se quebrantaría también el principio de proporcionalidad, dado que la pena máxima que cabría imponer en la sentencia de condena dictada en el juicio de faltas, por estas infracciones menores, no acarrearía la privación de libertad del condenado, quien entonces se vería paradójicamente sometido, para asegurar su responsabilidad penal, a una medida más gravosa que la que al final se le pudiera llegar a exigir con la más rigurosa de las sentencias por su actuación.

Además de la existencia de una imputación previa, para que la detención resulte válidamente practicada se exige que haya algún *peligro para el proceso penal* si no se adopta. En efecto, esto significa que la detención es procedente sólo cuando se haya evidenciado la voluntad del detenido en eludir la justicia (porque se haya fugado), o cuando se actúe para impedir un delito que se vaya a cometer, o inmediatamente después de su comisión, o cuando quepa presumir que el imputado no comparecerá a la presencia judicial cuando sea llamado. Por otro lado, también significa que si se pueden ordenar medidas menos gravosas o restrictivas de derechos, como citaciones a comparecencia o la prestación de garantías, deben preferirse a la privación de libertad que la detención supone, aunque sea de muy corta duración.

Los supuestos en que procede practicar una detención se establecen con contenido prácticamente idéntico en los tres cuerpos legales a los que se viene aludiendo.

De acuerdo con sus previsiones, cualquier persona puede detener tanto al que intente cometer un delito en el momento de ir a cometerlo, como al delincuente *infraganti*, como al procesado o condenado que estuviere en rebelía, como al que se fugue, sea de un establecimiento penitenciario donde esté cumpliendo condena, o desde el que estuviere esperando ser trasladado para cumplir condena, o al ser conducido al lugar de cumplimiento, o cuando se fugare estando detenido o preso por causa pendiente (artículo 382 LECRIM 1872, artículo 642 Compilación 1879 y artículo 490 LECRIM 1882). En estos casos, el particular que hubiera practicado la detención deberá justificar, si el detenido lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente bastantes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos legalmente previstos.

Asimismo, la autoridad o agente de policía judicial tendrá obligación de detener a cualquiera que se hallare en los supuestos anteriores y al procesado por delito castigado con pena superior a la de confinamiento (en la LECRIM vigente, a la de prisión correccional, que equivaldría a la pena de más de tres años de prisión); también habrán de detener al procesado por delito castigado con pena inferior si sus antecedentes o las circunstancias del caso hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial, salvo que en este caso preste fianza bastante; por último, en estos mismos supuestos, la autoridad o agente de policía judicial habrá de detener a la persona que, aun no estando procesada, haya motivos para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y para creer que la persona que se intente detener tuvo participación en él²² (artículo 383 LECRIM 1872, artículo 644 Compilación 1879 y artículo 492 LECRIM vigente).

Frente a esta uniforme regulación en los tres textos legales sobre los supuestos en los que procede la detención, se advierte una importante di-

²² Como se dice en las SSTS del 27 de enero y 5 de febrero de 1885, “la legitimidad de una detención no depende de la realidad jurídica de un delito que en la ocasión de cometerse no puede juzgarse por falta de elementos y de competencia, sino de los caracteres del hecho, de los cuales racionalmente pueda inferir tal calificación el funcionario a quien la ley deja en aquel momento su apreciación para el efecto urgente de suspender la libertad del ciudadano”. Véase Medina y Marañón, *Leyes penales de España*, Madrid, 1891, p. 99.

ferencia entre ellos en lo que se refiere a la garantía de la duración de la detención. Como es sabido, al detenido había que tomarle declaración dentro de las veinticuatro horas, de acuerdo con el artículo 6 del Reglamento provisional de 1835. Pues bien, la Ley provisional de 1872 exige al particular, autoridad o agente de policía judicial que detuviere a una persona que la entregue al juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención inmediatamente (artículo 388), pero sin establecer un plazo. Con mejor criterio, la Compilación de 1879 dispone que quien detuviere a una persona deberá ponerla en libertad o entregarla al juez más próximo dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma (artículo 648), con lo que, de un lado, se abre la posibilidad de poner al detenido en libertad de inmediato sin necesidad de su entrega al juez y, de otro, se establece el plazo máximo de veinticuatro horas. Esta norma pasó sin modificación alguna a la LECRIM de 1882 (artículo 496).

Es evidente que el detenido debe recuperar la libertad sin demora, en el mismo instante en que quien practicó la detención advierta que el sujeto es ajeno a los hechos que la aconsejaron; sin embargo, cuando en aplicación de las dos últimas disposiciones referidas, se pone en libertad al detenido por parte de quien practicó la detención, sin intervención de la autoridad judicial, se corre el riesgo de amparar privaciones de libertad sin control judicial, lo que se corrige con la norma de la LECRIM de 1872, que exigía en todo caso la entrega del detenido al juez más próximo.

Por otra parte, la fijación del plazo de veinticuatro horas como plazo máximo de duración de la detención implicó acoger en España, como ya se había hecho en 1835, la previsión del *Code d'Instruction criminelle* francés de 1808, que había establecido dicho plazo calculando el tiempo máximo necesario para trasladar a un detenido ante el juez de instrucción desde el lugar más remoto de la circunscripción teniendo en cuenta los medios de transporte de la época. Es verdad que este plazo se había fijado en un momento en que no existía policía de investigación criminal y, por lo tanto, la única actuación con el detenido, cualquiera que fuera quien la practicara, no podía ser otra que la entrega a la autoridad judicial, pues no se atribuía ni se reconocía competencia de investigación de ninguna clase a la policía.²³

²³ Eso explica que en la Constitución española de 1978 se haya fijado un plazo máximo absoluto para la detención preventiva, que se fija en *setenta y dos horas* (artículo

Cuando el detenido es entregado a la autoridad judicial, el juez dispone de setenta y dos horas para elevar la detención a prisión, o dejarla sin efecto, si se trata de una detención imputativa; cuando la detención se hubiera producido por causa de una condena penal, frustrando la fuga del condenado, o capturándolo, el juez deberá disponer de inmediato su traslado al lugar donde deba cumplir la condena (artículo 393 LECRIM 1872, 653 Compilación 1879 y artículo 500 LECRIM 1882).

3. *La prisión provisional*

La prisión provisional consiste en una privación de libertad de un imputado, de más larga duración que la detención, y en los textos legales del siglo XIX viene prevista como una medida de carácter prácticamente automático cuando concurren las circunstancias establecidas en la ley. Esta medida cautelar se debe acordar por la autoridad judicial encargada de la investigación de los hechos delictivos, es decir, se produce durante la tramitación de un proceso penal ya abierto, cuando no ha recaído aún una sentencia condenatoria.

De acuerdo con las previsiones legales de la LECRIM de 1872, la Compilación de 1879 y la LECRIM de 1882, parece que la intervención de un tercero independiente e imparcial, el juez de instrucción, permite que se prive de libertad al imputado durante todo el curso del procedimiento, sin atender a otro criterio que no sea la propia imputación que el juez hubiera realizado.

17.2) y se trata de un límite total infranqueable, con independencia de las circunstancias en que la detención se produzca y los hechos que dieron lugar a la misma. De otro lado, y siempre dentro de ese plazo, se fija un tiempo máximo de duración, que viene marcado también por la norma constitucional y por la LECRIM (artículo 520.1), que será el “*tiempo estrictamente necesario* para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”; es decir, un tiempo inconcreto que se ha de determinar en razón de las circunstancias de cada caso, de forma que en cuanto hayan concluido esas diligencias de investigación, cualquiera que sea la hora, se ha de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, pues a partir de ese momento la detención deja de ser legítima. Como es natural no existe un límite mínimo durante el cual se deba mantener la detención; esta medida ha de durar lo menos posible: inmediatamente que el particular que la practicó pueda entregar al detenido a la autoridad judicial ha de hacerlo, sin que esta actuación admita demora, como tampoco la admite el mantenimiento de la detención policial una vez que hubieran concluido las averiguaciones preliminares.

Es verdad que los “motivos bastantes” sobre la responsabilidad del imputado que el juez ha de tener para poder acordar la prisión han de ser más sólidos que los “indicios racionales de criminalidad” exigidos para dictar el auto de procesamiento; pero, de todos modos, la institución de la prisión provisional se instala en un campo de supuesta colisión de intereses entre el ciudadano y la sociedad, entre la libertad y la seguridad, y en ese momento se considera que el conflicto debe resolverse con el sacrificio de una de las dos partes, con lo cual el interés individual tendría que ceder frente al interés social de la investigación y la persecución de los delitos. Estamos ante la idea de la defensa social, en pugna con la presunción de inocencia del imputado, que es un derecho fundamental que de un modo incipiente se va abriendo paso en el panorama del proceso penal decimonónico.²⁴

En realidad hasta el siglo XX no se empiezan a incorporar a los sistemas penales más avanzados unos criterios de restricción de los supuestos en que procede la prisión provisional. Sin embargo, bastantes años antes, y con anterioridad a la LECRIM, ya se habían alzado voces contra la prisión provisional, y ya clamaba Carrara contra la intrínseca “inmoralidad” y la sustancial “injusticia” que la medida representaba.²⁵ Se trata, según se afirmaba, de un “mal necesario e irremplazable”.²⁶

Además de la Real Orden Circular del 20 de marzo de 1916, donde se disponía la conveniencia de que, de acuerdo con el verdadero propósito de la Ley, los jueces deberían restringir la prisión provisional a aquellos casos que fuera absolutamente indispensable, y procurar la más extraordinaria rapidez en la tramitación y despacho de las causas con preso, en una Orden del 10 de octubre de 1933 se decía que:

²⁴ Como decía Londoño Jiménez, *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, 1984, p. 117, “Es incuestionable que la sociedad ofendida por la consumación de un delito, se torna intransigente con la situación del presunto culpable. Querrá para éste la mayor severidad en la aplicación de las medidas cautelares. Pero es indudable que el infractor debe ser respetado al máximo en su libertad, esto es, no restringírsela sino en casos realmente necesarios. Este enfrentamiento entre los dos intereses, el público y el privado, el individual y el colectivo, ha sido siempre motivo de controversia en el pensamiento jurídico de los legisladores”.

²⁵ “Inmoralità del carcere preventivo”, *Opuscoli di diritto criminale*, 2a. ed., vol. IV, 1881, pp. 299 y ss.

²⁶ Aguilera de Paz, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1913, t. IV, p. 188.

...El derecho a la libertad personal, considerado de antiguo como uno de los immanentes en la personalidad humana, está hoy consagrado como uno de los fundamentales en las constituciones de los pueblos modernos.

Sólo cede este derecho y puede someterse a restricciones en cuanto pugna con los intereses generales de la sociedad, que viene obligado a salvaguardar el Estado. Y cuando antes de impuesta en definitiva una pena por razón de delito, cubiertos todos los trámites procesales, se acude como medida provisional a la privación o restricción de la libertad personal, no hay razón justificativa de los preceptos de las leyes de procedimiento que la regulan, sino la evitación de que el delincuente presunto se sustraiga a la ejecución, en su día, de la pena que, en definitiva, le sea impuesta para realización de la justicia y sanción del derecho vulnerado...

Y más adelante, en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1955 se puede leer que:

Los instructores, al decretar la prisión preventiva y usar de estas discrecionales facultades que suponen la detención y prisión provisionales, deben tener presente que no son determinaciones que deben adoptarse por ejemplaridad, ni mucho menos medidas impuestas con el solo fin de dar satisfacción a vagos sentimientos de justicia de la comunidad, sino que responde exclusivamente a exigencias de aseguramiento sólo justificadas cuando las circunstancias concurrentes hagan presumir con fundamento que el reo tratará de sustraerse a la acción de la justicia.

Los presupuestos para que se pueda acordar la prisión provisional deberían ser, como en las demás medidas cautelares, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

La apariencia de buen derecho se manifiesta y consiste en la imputación judicial, que opera *a posteriori* y con independencia del auto de procesamiento,²⁷ y consta de dos elementos, el elemento subjetivo y el objetivo, que se deben desprender de las actuaciones para decretar esta medida.

²⁷ De acuerdo con la opinión de Reus, sostenía Aguilera de Paz, *ibidem*, pp. 200 y 201, que la prisión debe tener como precedente el procesamiento. Aunque sea ya en 1946, recordaba la memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de ese año que “en vista de los artículos 384 y 503 de la LECRIM, fuera del caso excepcional del artículo 499, no se puede acordar la prisión sin procesamiento”. Sin embargo, en contra se pronuncia en la época franquista Soto Nieto, “La prisión y libertad provisionales vistas por un juez”, *Revista de Derecho Procesal*, 1955, pp. 591 y ss.

Como elemento subjetivo de este presupuesto, es necesario 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 (artículo 396.3a. LECRIM 1872, artículo 655.3a. Compilación 1879 y artículo 503.3a. LECRIM 1882).

En lo que respecta al elemento objetivo del *fumus boni iuris*, es necesario que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de *delito* (artículo 396.1a. LECRIM 1872, artículo 655.1a. Compilación 1879 y artículo 503.1a. LECRIM 1882). Por consiguiente, no procede acordar esta medida cuando los hechos que dan lugar al procedimiento penal sean constitutivos de falta, es decir, de una infracción penal leve, como tampoco era procedente la detención, de modo que en estos casos se debe ordenar la puesta en libertad del sometido a prisión provisional desde que se considere falta el hecho por el que se procede.

Pero no sólo es precisa la constancia de haberse cometido un delito, y que éste lleve aparejada una pena privativa de libertad, sino que además la pena ha de ser de cierta gravedad, pues en atención al principio de proporcionalidad y en la referida contraposición Estado-ciudadano, no podrá decretarse una medida tan grave si el hecho delictivo carece de reproche suficiente y la sanción esperada es menor. Las leyes del último cuarto del siglo XIX establecieron como criterio general que el delito imputado esté castigado con *pena superior a la de prisión mayor* (artículo 396.2a. LECRIM 1872 y 655.2a. Compilación 1879), o *superior a la de prisión correccional* (artículo 503.2a. LECRIM 1882).²⁸

Esta regla general conoce en ese momento histórico dos excepciones relevantes, que permiten al juez ordenar la prisión provisional aunque el delito tenga señalada pena inferior a las referidas.

En primer lugar, cabe adoptar la medida de privación de libertad cuando el juez la considere necesaria, atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado, hasta que preste la fianza que se le señale (artículo 396.2a. LECRIM 1872 y 655.2a. Compilación 1879, y artículo 503.2a. LECRIM 1882). Eso significa que la prisión sólo podrá mantenerse en tanto no se haya prestado la fianza, y supone también que, una

²⁸ La LECRIM se limita en este punto a recoger lo dispuesto en la Base 2a. de la Ley del 11 de febrero de 1881, de Bases de la de enjuiciamiento criminal. Esta pena se extendía de seis meses y un día a seis años de privación de libertad.

vez cumplimentada la garantía, carecerá de toda justificación y sustento legal la privación de libertad.²⁹

En segundo lugar, la otra excepción a los tres requisitos generales se produce en los casos de incomparecencia del procesado. Esta circunstancia se contempla de un modo bien distinto en los tres cuerpos legales del siglo XIX: tanto en la LECRIM de 1872 como en la Compilación de 1879 (artículos 397 y 656, respectivamente), se considera procedente la prisión provisional por la ausencia del procesado “cuando concurren la primera y la segunda circunstancia del artículo anterior”, es decir, que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que la pena señalada sea superior a la de prisión mayor; por lo tanto, el único requisito de los generales que no se exige es el de aparecer motivos bastantes para creer responsable del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión; en una interpretación estricta, la norma significaría que se podría ordenar la prisión de un procesado aunque falten motivos bastantes, simplemente por el hecho de que el sujeto sea llamado a la presencia judicial por el juez o tribunal que esté conociendo de la causa y no acuda.

Con mejor criterio, la LECRIM de 1882 (artículo 504.I) modifica esta redacción, y en lugar de referirse a la primera y segunda circunstancias del artículo anterior, alude a la primera y tercera circunstancias. De acuerdo con esta regla, procederá la prisión provisional cuando exista un hecho que presente los caracteres de delito y haya motivos bastantes para creer responsable del mismo al procesado; basta con estas dos circunstancias para acordar la medida, con entera independencia de la pena señalada al delito, cuando el procesado no haya comparecido a presencia judicial, de modo que la ausencia del procesado (se añade en la LECRIM de 1882, “sin motivo legítimo”) determina la prisión provisional aunque la pena sea de prisión correccional o inferior.³⁰ Se trata de un dato objeti-

²⁹ La fianza de libertad provisional se regulaba de un modo extremadamente minucioso tanto en la LECRIM de 1872 como en la Compilación de 1879 dentro del Título correspondiente a la detención, prisión y libertad provisionales de los procesados y de las fianzas de estar a juicio”. Sin embargo, en la LECRIM de 1882 las fianzas, con mucha menor extensión se han regulado en el título correspondiente a la libertad provisional.

³⁰ Otra cosa era que en la aplicación de la LECRIM no se tuviera en cuenta la proporcionalidad debida, de modo que se llegara a decretar la prisión en caso de delitos castigados con penas no privativas de libertad, fueran penas privativas de derechos o incluso penas de multa.

vo, que evidencia el intento de ocultación o fuga del procesado, o el intento de obstaculizar la marcha del procedimiento.

La incomparecencia “al primer llamamiento judicial del juez o tribunal que conociere de la causa” no significa que esta excepción proceda solamente si se ha realizado una previa citación para ser oído del artículo 486 de la LECRIM de 1882, o cualquier otra forma específica de llamamiento, ni ha de ser necesariamente la incomparecencia a la primera de las citaciones judiciales, de modo que la incomparecencia a llamadas judiciales posteriores no determinarían la prisión; se trata de una desobediencia al instructor o, desde otro punto de vista, la falta de sujeción del procesado al procedimiento penal, de modo que la ausencia determinaría el auto de prisión. Por otra parte, el llamamiento ha de provenir del órgano judicial que esté conociendo de la causa, sea o no el competente para ello, por lo que las modificaciones en la competencia no determinarían la nulidad de los autos de prisión provisional que se hubieran acordado; de acuerdo con ello, el artículo 395 LECRIM 1872 disponía que “mientras que la causa se hallare en estado de sumario, sólo podrán decretar la prisión provisional el juez de instrucción o el que formare las primeras diligencias”, añadiendo el artículo 502 LECRIM 1882 también al “que en virtud de comisión o interinamente ejerza las funciones de aquél”.

Pero así como se autorizaban las dos excepciones para que ante delitos no muy graves se pudiera ordenar la prisión provisional, la LECRIM de 1882, apartándose de sus precedentes, autoriza al juez a acordar la libertad incluso en supuestos de delitos graves. En efecto, el párrafo segundo del artículo 504 disponía que:

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión correccional, cuando el procesado tenga buenos antecedentes o se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia, y cuando además el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometan con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia, podrá el Juez o Tribunal acordar, mediante fianza, la libertad de inculgado.

Se trata de requisitos acumulativos, que debe ponderar el juez caso a caso, de modo que deben concurrir todos ellos a un tiempo: buenos antecedentes del procesado o creencia en su sujeción al proceso, falta de alarma por el delito y que no sea de los cometidos con frecuencia.

El otro presupuesto de la prisión provisional es el *periculum in mora*, el riesgo que se crea para el desarrollo del proceso penal, si la medida no se llega a adoptar. Clarificadamente el párrafo segundo del artículo 520 LECRIM 1882 dispone que la libertad del inculpado “no debe restringirse sino en límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa”.

Así pues, explicita la Ley de forma clara cuáles son los dos fines a que tiende la prisión provisional, e indica el parámetro que se ha de utilizar para restringir válidamente la libertad del inculpado: el aseguramiento de su persona y el objetivo de impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción, serán los dos elementos a tener en cuenta para ordenar la prisión, siempre, no lo olvidemos, dentro de los “límites absolutamente indispensables”; dicho en otros términos, evitar la fuga (o lograr la presencia) del inculpado y evitar la pérdida del material probatorio.

La finalidad de asegurar la persona del inculpado ha de examinarse tanto dentro del proceso como tras la firmeza de la sentencia de condena. A primera vista puede parecer que el legislador se refiere sólo al aseguramiento de las resultas del proceso y, más concretamente, del cumplimiento de la pena privativa de libertad a que el inculpado podrá ser condenado en la sentencia definitiva. Sin embargo, no se puede olvidar también que la ausencia del inculpado tanto impide el cumplimiento de la pena, como imposibilita el desarrollo del procedimiento y la apertura del juicio; porque, como regla general, la LECRIM de 1882 establece que la declaración de rebeldía produce la continuación de las diligencias sumariales hasta su terminación, si el procedimiento estuviese en la fase de instrucción, “suspendiéndose después su curso y archivándose los autos” (artículo 840), de modo que “si al ser declarado en rebeldía el procesado se hallare pendiente el juicio oral, se suspenderá éste y se archivarán los autos” (artículo 841). Por lo tanto, la prisión provisional persigue asegurar la disponibilidad del inculpado para el proceso y así resulta garantizado tanto su desarrollo como la ejecución de su resultado.

La finalidad de impedir con la prisión provisional las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa hace referencia a las actividades que el propio inculpado u otras personas pueden poner en marcha para hacer desaparecer los rastros del delito o lograr la ocultación o destrucción de las pruebas de cargo; en consecuencia, se refiere el pre-

cepto a la salvaguarda del material probatorio, que se vería amenazado por sujetos extraños al procedimiento a instancias del sujeto inculcado o por él mismo y cronológicamente esta finalidad sólo puede perseguirse en un momento previo al juicio oral.

Con independencia de las modificaciones legales que se han operado en la LECRIM, no siempre respetuosas con el derecho a la libertad, a finales del siglo XIX no era posible hacer cumplir a la prisión provisional con otras finalidades. No cabe con ella *anticipar la pena*, ni desde el prisma sancionatorio, ni desde la perspectiva intimidatoria o ejemplar; ni es posible mediante esta medida *calmar la alarma social* que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable; tampoco puede servir de *instrumento de la investigación penal*, de modo que el juez estuviera facultado para ordenar el ingreso o la salida del establecimiento penitenciario en función de la actitud que adopte el imputado en el proceso, o de su disposición al esclarecimiento de los hechos.

De todos modos, no han faltado quienes consideran que la prisión provisional no puede ser justificada por la exigencia de disponer del inculcado para los fines del proceso, porque el sufrimiento que inevitablemente acompaña a la privación de libertad supone un sacrificio absolutamente desproporcionado en relación con el fin que se pretende alcanzar. La existencia de “motivos bastantes para creer responsable” de un delito a una persona puede ser una razón válida para poner al inculcado “a disposición” de la autoridad judicial, pero no para una constante privación del ejercicio de su libertad personal. Por su parte, el fin de asegurar la ejecución de la pena, evitando que el condenado pueda eludir la sanción, debe considerarse como un expediente práctico en un sistema que no da garantías de pronta solución, pero no puede otorgar al instituto de la prisión provisional un fundamento racional ni una verdadera y propia significación jurídica. Por último, se considera injustificada la prisión provisional para impedir la ocultación o pérdida del material probatorio, ya que este fin peca de ingenuidad y de despreocupación; de ingenuidad porque el recluir al inculcado no sirve para aislarlo del mundo exterior de una manera eficaz, cuando es obvio que el propio interesado antes de su internamiento, o bien otras personas en su lugar una vez recluido, pueden fácilmente conseguir la temida ocultación o pérdida; de despreocupación porque, sacado el inculcado de su ambiente familiar y social, la priva-

ción de libertad puede impedirle un eficaz ejercicio de sus derechos de defensa.³¹

4. *La vigente regulación de la prisión provisional*

Esta falta de previsión normativa sobre las finalidades de la prisión provisional ha merecido el reproche por el Tribunal Constitucional español en varias ocasiones y ha obligado a una reforma de su régimen jurídico en 2003. En la actualidad, los presupuestos para que se pueda decretar la prisión provisional se establecen en la actualidad en un complejo artículo 503 LECRIM, con numerosas reglas y excepciones que cabe exponer partiendo de los tres presupuestos conocidos de las medidas cautelares: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y resolución judicial, con lo que se explicitan los fines que debe cumplir la prisión provisional, pues el Tribunal Constitucional ha señalado como presupuesto imprescindible para la adopción de la prisión preventiva no sólo la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, sino también, como presupuesto objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (sentencias TC 56/1997, 14/2000, 47/2000, 207/2000 y 217/2001).

a) La apariencia de buen derecho, que en las medidas cautelares personales se manifiesta en la imputación, consta de un primer elemento objetivo: es necesario que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten los caracteres de *delito* (artículo 503.1.1.º.), y no de una infracción menor. El tipo de pena señalada al delito adquiere una enorme relevancia tanto para permitir la prisión provisional (en razón del principio de proporcionalidad), como para establecer sus límites, pues sólo puede decretarse, concurriendo el resto de las presupuestos, cuando el hecho esté sancionado con una *pena privativa de libertad* (con todo, es difícil pensar en un *periculum in mora* cuando la pena fuera de diferente naturaleza). Por tanto, no cabría ordenar la prisión provisional en los procesos por delitos castigados con pena privativa de derechos, como inhabilitaciones, suspensiones, etcétera (artículo 39 CP), por resultar una medida inadecuada y desproporcionada, y también se vulneraría la proporcionalidad si se decretara la prisión cuando la pena señalada sea la de multa, aunque se pueda sustituir en caso de impago por privación de libertad, o por localización

³¹ Cfr. Pisapia, *Compendio di procedura penale*, Padua, 1975, pp. 234 y ss.

permanente o por trabajos en beneficio de la comunidad, y lo propio hay que decir cuando la pena sea de estos últimos tipos.

Pero no sólo es precisa la constancia de haberse cometido un delito castigado con pena privativa de libertad, sino que además la pena ha de ser de cierta gravedad, estableciendo la Ley como criterio general que el delito imputado ha de estar castigado con *pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión* (artículo 503.1.1). Esta regla general conoce tres excepciones, permitiendo adoptar la medida aunque el delito tenga señalada pena menor, pero *siempre que se trate de pena privativa de libertad*, y la prisión provisional objetivamente sea necesaria, teniendo en cuenta la repercusión en el imputado y la entidad de la pena que se pudiera imponer (artículo 502.2 y 3), en tres circunstancias:

- Cuando el imputado tuviere *antecedentes penales* por delito doloso, no cancelados ni susceptibles de cancelación (artículo 503.1.1o.), debiendo de todos modos concurrir también el presupuesto del *periculum in mora*.
- Cuando se hubieran dictado al menos *dos requisitorias en los dos años anteriores* (artículo 503.1.3o.a), con lo que se cumpliría el presupuesto de la legítima finalidad procesal de evitar la fuga del imputado.
- Cuando se trate de delito doloso y de los antecedentes del imputado y de los datos que aporte la Policía o resulten de las actuaciones puede inferirse que viene actuando *dentro de una organización criminal* o realiza sus actividades delictivas con *habitualidad*, para evitar el riesgo de reiteración delictiva (artículo 503.2).

En realidad se conjuga la apariencia de buen derecho para decretar la prisión provisional con otros factores que la justificarían a base de un pretendido *periculum in mora* que no siempre puede considerarse constitucionalmente fundado. En efecto, la mera existencia de antecedentes penales, aunque lo sean por delito doloso, no cumple con el presupuesto del *fumus* suficiente si la pena asignada al delito es insignificante, pues, como se dirá, la ley autoriza a que la duración de la prisión provisional, en delitos menos graves, tenga una duración igual o superior a la pena de prisión que se imponga en la sentencia. Pero no en todo caso puede considerarse que llenan por sí mismos el presupuesto del *periculum in mora*.

Como elemento subjetivo del *fumus*, es necesario 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 (artículo 503.1.2), por lo tanto, aunque pueda constar acreditado el hecho y la participación del imputado, si el delito se cometió concurriendo una causa de justificación, la prisión provisional sería improcedente (artículo 502.4).

Ambos presupuestos integran el *fumus boni iuris* de esta medida cautelar. Se trata, pues, de una imputación judicial que opera con independencia del auto de procesamiento incluso en el proceso común, a pesar de la similitud de la expresión “motivos bastantes para creer responsable criminalmente” a una persona, que se emplea en este precepto, y la utilizada para la procedencia del auto de procesamiento: “indicios racionales de criminalidad contra una determinada persona” (artículo 384).

Estas “razonables sospechas” operan, en criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como condición necesaria para adoptar y mantener la medida (SS. 10 noviembre 1969 [caso Stögmüller]; 28 marzo 1990 [caso B. contra Austria]; 26 junio 1991 [caso Letellier]; 27 noviembre 1991 [caso Kemmache]; 12 diciembre 1991 [caso Toth]; 12 diciembre 1991 [caso Clooth]; 27 agosto 1992 [caso Tomasi], y 26 enero 1993 [caso W. contra Suiza]).

b) A través del *periculum in mora* se establecen precisamente los fines que puede cumplir la prisión provisional, y representa la medida de su propia constitucionalidad, de modo que pues si los fines que se persiguen con ella no se adecuan a las previsiones constitucionales, la medida cautelar resultará ilegítima.

La Constitución Española, a diferencia de lo que sucede con la detención cautelar, para la que alude a la “realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos” (artículo 17.2), se limita a disponer que “por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional” (artículo 17.4). Pareciera pues que para la Constitución resulta indiferente la finalidad que desempeñe la prisión provisional, con tal que la ley la regule y establezca un plazo máximo de duración y que, por tanto, cualquier finalidad sería constitucionalmente legítima; sin embargo, como se ha cuidado de subrayar el Tribunal Constitucional, no se puede pretender que la prisión provisional se exceda de lo que autoriza el respeto a un tiempo del derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, que puede ceder en ciertos casos en favor de la eficaz persecución de los delitos.

Pues bien, desde ningún punto de vista puede atribuirse a la prisión provisional la función de *anticipar la pena*, ni desde el prisma sancionatorio, ni desde la perspectiva intimidatoria o ejemplar: sólo partiendo de la presunción de culpabilidad —de que el imputado sea, sin más, culpable— se puede justificar su reclusión con fines de intimidación o de ejemplo, quebrantando la presunción de inocencia en cuanto regla de tratamiento. El hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión provisional, y eso quiere decir que ésta ni puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida (STC 128/1995).

Tampoco es defendible que la prisión provisional deba cumplir la función de *calmar la alarma social* que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse la privación de libertad en un establecimiento penitenciario, el encarcelamiento del imputado, como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito. Una idea de esta naturaleza resulta insostenible en un sistema constitucional como el español, que acoge un riguroso respeto por los derechos de los ciudadanos y proclama la presunción de inocencia. La vía legítima para calmar la alarma social —esa especie de “sed de venganza” colectiva que algunos parecen alentar y por desgracia en ciertos casos aflora— no puede ser la prisión provisional, encarcelando sin más y al mayor número posible de los que *prima facie* aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una rápida sentencia sobre el fondo, condenando o absolviendo, porque sólo la resolución judicial dictada en un proceso puede determinar la culpabilidad y la sanción penal.

Su naturaleza de medida cautelar impide también atribuir a la prisión provisional el papel de *instrumento de la investigación penal*, de modo que el juez estuviera facultado para ordenar el ingreso o salida del establecimiento penitenciario en función de la actitud que adopte el imputado en el proceso, o de su disposición al esclarecimiento de los hechos; sin duda alguna, esa utilización de la prisión provisional como impulsora del descubrimiento del delito, para obtener pruebas o declaraciones, ha de rechazarse de plano, pues una concepción de este tipo excede los límites constitucionales (véase STC 128/1995), y colocaría a la investigación penal así practicada en un lugar muy próximo a la tortura indagatoria. Por eso dice la Ley que no se justificaría la prisión provisional por el

ejercicio del derecho de defensa o la falta de colaboración en la investigación, que pueden considerarse como constitutivos de un peligro de ocultación o destrucción de pruebas (artículo 503.1.3o.b).

Tras la modificación de la LO 13/2003, la vigente LECRIM, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, dispone que la prisión provisional sólo puede ser decretada cuando se persiga alguno de los siguientes fines (artículo 503.1.3o.):

- *Asegurar la presencia del imputado*, conjurando un peligro de fuga (artículo 503.1.3o.a), y evitando que se sitúe fuera del alcance de la justicia, eludiendo su acción (como se había dicho en las sentencias TC 33/1999, 14/2000 y 169/2001). Como dice el artículo 503.1.3o.a), el juez habrá de atender conjuntamente a los diferentes factores que puedan generar el riesgo de fuga, entre los que enuncia la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, la situación familiar, laboral y económica de éste, así como la inminencia de la celebración del juicio oral. Como elemento a valorar para considerar el peligro de fuga señala la Ley los antecedentes que resulten de las actuaciones, cuando hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores.
- Evitar que imputado *oculte, manipule o destruya las fuentes de prueba* (artículo 503.1.3o.b), para lo que se atenderá a la capacidad para acceder por sí mismo o por terceros a las fuentes de prueba o para influir en otros imputados, testigos o peritos si continúa en libertad.
- Evitar la *reiteración delictiva* (artículo 503.2), según criterio del Tribunal Constitucional (sentencias 40/1987, 47/2000, 207/2000 y 217/2001), y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, no se puede estar de acuerdo con este criterio porque, cuando se toma en consideración, 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. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar esta idea —probable comisión de “otros” o “ulteriores” delitos— deja entrever que esta concepción se asienta en una presunción de cul-

pabilidad. La privación de libertad se entiende así como un remedio frente a la temida peligrosidad del imputado, si bien lo cierto es que la valoración de dicha peligrosidad sólo puede encontrar su normal fundamento en la hipótesis de que efectivamente sea culpable del delito que se le imputa.

En una interpretación a mi juicio exorbitada del artículo 5.1.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que autoriza la detención de una persona “cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle que cometa una infracción”, el Tribunal Europeo ha considerado justificada la prisión provisional cuando se considere que hay peligro de reiteración delictiva, aun cuando se trate de un fin espurio a esta medida cautelar —porque parte de la presunción de culpabilidad— (SS. 10 noviembre 1969 [caso Stögmüller]; 10 noviembre 1969 [caso Matzenetter]; 16 julio 1971 [caso Ringeisen]; 28 marzo 1990 [caso B. contra Austria], y 26 enero 1993 [caso W. contra Suiza]). No obstante, como bien apuntaba el juez Zekia en el voto particular a la sentencia del caso Matzenetter la norma es ajena a aquel supuesto y no va dirigida a la prisión provisional de personas que, por el único hecho de sus tendencias delictivas, pueden repetir o cometer una infracción, pues en otro caso habría que mantener indefinidamente en prisión a todas las personas con tendencias criminales.

c) El tercero de los presupuestos para la prisión provisional es que venga decretada por una resolución judicial motivada, en forma de auto (sentencias TC 231 y 71/2000, 19/1999, 14/1996 y 128/1995).

El auto de prisión ha de ser suficiente y razonablemente motivado, pues en otro caso no sólo se afectaría el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también el derecho a la libertad personal (sentencias TC 206/2000, 146, 107 y 98/1997, y 158, 62 y 37/1996); es decir, que en el auto se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifiquen 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 (sentencias TC 47, 207 y 217/2000, 128/1995, 3/1992, 56/1987 y 41/1982). Como ahora dispone la LECRIM, el auto expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción (artículo 506.1).

5. *La libertad provisional*

La libertad provisional es una medida cautelar que consiste en la limitación de la libertad ambulatoria del imputado, y se adopta por el juez encargado de la investigación cuando entiende que existen motivos bastantes para considerar a una persona responsable de la comisión de hechos delictivos y cuando, por las circunstancias del caso y en aras de las exigencias del procedimiento, entiende que es necesario restringir su libertad.

Con la resolución de libertad provisional se limita el derecho a la libertad ambulatoria y la libertad de circulación y residencia, quedando sometido el sujeto al proceso penal. Sin embargo, tanto las formas como la intensidad que puede adoptar esta restricción son muy diferentes, de donde cabe decir que se trata de una medida proteica, o distintas medidas, de entre las que el juez deberá elegir la más adecuada a las circunstancias concretas del caso.

Desde luego la libertad provisional supone una intromisión en la esfera de la libertad del individuo mucho menos radical que la prisión, que le priva enteramente de ella, y se adopta para asegurar la comparecencia del imputado en el procedimiento, el normal desarrollo de la investigación y el cumplimiento de la pena que eventualmente se imponga.

Cuando la pena señalada al delito fuera inferior a “presidio mayor” (según la LECRIM 1872 y Compilación 1879), o inferior a “prisión correccional” (LECRIM 1882), el juez o tribunal decretará si el procesado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional, por lo tanto, la situación del procesado cuando el delito no sea grave es la de libertad.

La libertad provisional requiere, desde luego, la imputación judicial de la conducta delictiva, el procesamiento en las leyes analizadas, lo que integra la apariencia de buen derecho para ordenar la medida. El *periculum in mora* opera, sin embargo, de manera diferente, pues se habrá de examinar en función de las circunstancias del caso, para considerar si está asegurada y en qué grado la comparecencia del imputado, el normal desarrollo de la investigación, y el cumplimiento de la pena que eventualmente se imponga. La ponderación de estas circunstancias exigirá graduar tanto la frecuencia de las comparecencias obligatorias, como el establecimiento de fianza y la cuantía de la misma.

En todo caso, el criterio mantenido por nuestras leyes procesales, de establecer como principio fundamental la libertad del procesado mientras no se sospeche que dejará de comparecer cuando fuera llamado, es el que se sigue en los diferentes códigos de los países más avanzados en aquella época, como analiza Aguilera de Paz (Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Bélgica, Italia o Austria).³²

Por ese motivo dispone la LECRIM 1882, separándose de las anteriores disposiciones que “la prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado” (artículo 528, párrafo primero). Por lo tanto, dada la provisionalidad de la medida, si en cualquier estado de la causa desaparecen las razones que llevaron a decretarla y resulta la inocencia del sometido a ella, se deberá, incluso de oficio, dejar sin efecto y ordenar de inmediato su libertad (artículo 528.II), pero no la libertad provisional, sino la libertad incondicional, “sin cargos”, lo que no impide que pueda volverse a adoptar contra él la misma u otra medida durante la instrucción.

Al mismo tiempo, en razón de su instrumentalidad, si los fines que se persiguen con la libertad provisional están garantizadas de otro modo, o se modifican las circunstancias, será necesario adecuar su contenido a la nueva realidad, ampliando o restringiendo la injerencia en la esfera de libertad del imputado, puesto que el auto es reformable durante todo el curso de la causa y cabe modificar su contenido siempre que sea necesario (artículo 539), o incluso levantar las restricciones que se habían impuesto manteniendo la condición de imputado y hacer desaparecer la medida de libertad provisional.

Por regla general, aunque no existe una norma que determine el contenido específico de la medida cautelar, el imputado sometido a la libertad provisional se limita a asumir *apud acta* la obligación de comparecer en el juzgado —o ante otra autoridad— los días que se señalen en la resolución y cuantas veces fuera llamado ante el juez o tribunal (artículo 413 LECRIM 1872, artículo 674 Compilación 1879 y artículo 530 LECRIM 1882); por lo demás, no se le priva de moverse y circular a su antojo con tal que cumpla con aquella obligación de comparecer.

Por otra parte, la Ley, además, prevé que la libertad provisional se decrete exigiendo la prestación de fianza o sin ella, de modo que en el primer caso el procesado habrá de darla para estar en libertad, mientras en el se-

³² *Op. cit.*, nota 26, pp. 258 y ss.

gundo no se le exige prestar ninguna garantía de este tipo (artículo 405 LECRIM 1872, artículo 666 Compilación 1879 y artículo 529 LECRIM 1882).

En el auto se señalará la cantidad y calidad de la garantía, tomando en consideración “la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial” (artículo 406 LECRIM 1872, artículo 667 Compilación 1879 y artículo 531 LECRIM 1882).

Aunque no se prevea expresamente, si se decreta la libertad provisional con fianza y no se presta en el plazo que el juez señale, la medida de libertad se convertirá en prisión provisional.

La garantía de libertad provisional puede ser bien de naturaleza personal, bien de naturaleza real. En todo caso la única finalidad de la garantía es responder de la comparecencia del imputado cuantas veces fuera llamado por la autoridad judicial, de modo que si no compareciese ni justificase la imposibilidad de hacerlo, se concederá al fiador personal o al dueño de los bienes diez días para que presente al imputado, y si no lo presentase se hará efectiva la garantía y su importe se adjudicará al Estado (artículos 417 y 418 LECRIM 1872, artículos 678 y 679 Compilación 1879 y artículos 534 y 535 LECRIM 1882).

La garantía se cancelará cuando lo pida el fiador o el dueño de los bienes, presentando al imputado; asimismo, cuando éste fuera sometido a prisión; también cuando se dicte auto de sobreseimiento (libre o provisional) o sentencia firme absolutoria y, siendo condenatoria, cuando se presente el condenado para cumplirla; finalmente, cuando fallezca el procesado durante el procedimiento (artículo 424 LECRIM 1872, artículo 685 compilación 1879 y artículo 541 LECRIM 1882).

6. El tratamiento de los detenidos y presos

Como otra de las grandes novedades trascendentes de la LECRIM de 1882, se introduce un capítulo IV en el título correspondiente a la citación, detención y prisión provisional, que comprende los artículos 520 a 527, donde se regula el “tratamiento de los detenidos y presos”.

Se trata sin duda del reconocimiento de un status a favor del privado de libertad sin que exista una sentencia firme de condena que legitime su in-

greso en un establecimiento de reclusión, y que parte de la premisa proclamada en el primero de los preceptos: “la detención, lo mismo que la prisión provisional, deben efectuarse de la manera y en la forma que perjudique lo menos posible a la persona y a la reputación del inculpado”. Por lo tanto, continúa el artículo 520, la libertad del inculpado “no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa”.

El precepto procesal impide el empleo en la detención y en la prisión de la *fuerza innecesaria*, de modo que cuando el detenido o preso no ofrezca resistencia física será ilegítimo el uso de medidas de coacción contra él. También impide un *tratamiento vejatorio* si no resultara imprescindible, de modo que, por ejemplo, el empleo de grilletes con el detenido no viene permitido salvo que las circunstancias de los hechos o de la persona del detenido lo hicieran necesario o conveniente. Al propio tiempo, expresamente prohíbe la Ley que se adopte contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad, salvo en caso de violencia, desobediencia o rebelión o haya intentado o preparado su fuga, pero la medida extraordinaria de seguridad deberá ser temporal (artículo 525).

La LECRIM de 1882 prevé que los detenidos estén separados unos de otros y, en caso de imposibilidad, establece ciertas garantías en aras de la propia dignidad del detenido o preso; asimismo reconoce el derecho del privado de libertad de procurarse comodidades a sus expensas y podrá usar los medios de correspondencia y comunicación.