

PRISIÓN PROVISIONAL

María del Carmen Virseda Fernández
Comandante auditor del Cuerpo Jurídico Militar
Jefe de la Asesoría Jurídica de la Armada en Canarias
Doctora en Derecho

SUMARIO

1.- Jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los presupuestos de la prisión provisional. 1.1 Introducción. 1.2. Presupuestos. 1.3. Conclusiones. 2.- La prisión provisional eludible bajo fianza. 2.1. Introducción. 2.2. Cuantía de la fianza según doctrina del TC. 2.3. Cuantía de la fianza según doctrina del TEDH. 3.- Jurisprudencia del TC y TEDH acerca de las exigencias de motivación del auto de prisión provisional a los efectos de no vulnerar la presunción de inocencia.

1. JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

1.1 INTRODUCCIÓN

A partir de la Constitución de 1978, la prisión provisional, que fundamentalmente había permanecido con la redacción originaria de la LECrim de 1882, se modificó varias veces en un corto período de tiempo, bien de modo directo en virtud del art. 17.4 de la Constitución, o indirecto, en relación a la

remisión efectuada por el art. 10 de la Constitución a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Acuerdos y Tratados Internacionales ratificados por España, así como por la Ley 16/1980 de 22 de abril, que amplió el ámbito de aplicación de la prisión provisional; la Ley Orgánica 7/1983 de 23 de abril, que estableció los límites temporales a la prisión provisional; la Ley Orgánica 10/1984 de 26 de Diciembre, que amplió la discrecionalidad del juez para su adopción, y, finalmente, la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que modifica la forma de dictar la prisión provisional, sin que pueda adoptarse sin petición de alguna de las partes, introduciendo, por tanto, de manera preceptiva, los principios acusatorio y de contradicción.

La L.O. 13/2003, de 24 de octubre, es la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. La exposición de motivos de la citada ley, señala que la necesidad de la reforma era urgente, ya que pese a las anteriores y sucesivas reformas de la prisión provisional, esta no se adaptaba a la Constitución española y a la jurisprudencia que sobre dicha institución había venido sosteniendo nuestro Tribunal Constitucional¹, de acuerdo con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos suscritos por España, en especial la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 8-11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9-10) y el Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 5).

La prisión provisional se contempla como un mal necesario en la mayoría de los ordenamientos procesales penales contemporáneos². De tal manera que se configura esta medida cautelar para asegurar, de un lado, la presencia del imputado ante la autoridad judicial, pues, como se sabe, no es posible celebrar el juicio oral sin imputado presente en las actuaciones de la vista; y de otro, para asegurar el cumplimiento de la ulterior y eventual sentencia de condena.³

Hace ya mucho tiempo que el Tribunal Constitucional español, basándose en gran parte en diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido construyendo un amplio cuerpo de doctrina sobre los presupuestos, circunstancias y requisitos necesarios para que la prisión provisional se ajuste a los principios de necesidad y proporcionalidad exigibles para justificar afecciones a cualquier derecho fundamental, máxime si este es el de la libertad individual de los ciudadanos.

¹ Gimeno Sendra V. «La necesaria reforma de la prisión provisional», La Ley, nº 5411, noviembre, 2001, págs. 1-10

² Arts. 273-275 del CPP italiano; en el CPP francés; en los arts. 248º a 253º del CCP portugués; y en los 112 y ss. del StPO alemán.

³ Sala Segunda, Sentencia 27/2008, de 11 de febrero de 2008 (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 2008).

1.2. PRESUPUESTOS

La legitimidad de esta medida cautelar se construye en base a los siguientes presupuestos extraídos de multitud de resoluciones tanto del TC como del TEDH:⁴

- 1) Existencia de «indicios racionales sobre la comisión de un hecho delictivo» y de su presunto autor.
- 2) Que «estos hechos se encuentren castigados con una determinada pena». Una pena que, a pesar de ser un elemento trascendente, no debe ser el único que el juez estime para decretar la prisión provisional. Habrá de considerarse también la proporcionalidad de esta medida y las circunstancias particulares del hecho y su presunto autor, para mantener el adecuado equilibrio entre el derecho fundamental a la libertad y los intereses que con aquella se tratan de proteger, puesto que ha de compaginarse el deber estatal de perseguir eficazmente los delitos y la protección de las libertades ciudadanas.
- 3) La prisión provisional es una «medida excepcional y subsidiaria» que solo habrá de adoptarse habiendo necesidad justificada, y solo cuando las circunstancias no permitan o aconsejen otras medidas cautelares de similar utilidad, pero menos traumáticas. Asimismo, no debe verse como medida rígida y condicionada por las circunstancias iniciales que la determinan, sino flexible y variable en razón a posibles alteraciones en aquellas, que aconsejen su sustitución.
- 4) La «resolución» acordando prisión preventiva deberá ser «siempre motivada» y los argumentos que le sirvan de base deberán girar acerca de su razonabilidad y suficiencia.
- 5) Esta medida cautelar está orientada a la consecución de unos «fines» que son los previstos en la ley.

⁴ Doctrina extraída de multitud de resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Del Tribunal Constitucional: SS 41/1982 de 2 de julio; 56/1987 de 14 de mayo; 3/1992 de 13 de enero; 52/1995 de 23 de febrero; 128/1995 de 26 de julio; 37/1996 de 11 de marzo; 62/1996 de 16 de abril; 158/1996 de 15 de octubre; 44/1997 de 10 de marzo; 66/1997 de 7 de abril; 98/1997 de 20 de mayo; 156/1997 de 29 de abril; 49/1999 de 5 de abril; 47/2000 de 17 de febrero.

Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: SS 27 de junio de 1968 –Caso Neumeister v. Austria; 10 de noviembre de 1969 –Caso Matznetter; 27 de agosto de 1992 –Caso Tomasi v. Francia; 26 de enero de 1993 –Caso W y Suiza.

En nuestro ámbito interno, «los requisitos de la prisión provisional» se regulan en el art. 503 redactado por el artículo primero de la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional y son:

1) Gravedad de la pena y del hecho enjuiciado (503.1)

«Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito sancionado con “pena igual o superior a dos años de prisión”, o inferior siempre que el imputado tenga antecedentes penales no cancelados ni cancelables, por delito doloso».

Este es un elemento que inicialmente hace referencia a la seriedad del delito presuntamente cometido. 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 solo puede decretarse, concurriendo el resto de las circunstancias, cuando se trate de una pena privativa de libertad de, al menos, dos años de prisión.

Se encuentran, en primer lugar, las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza, y, en segundo lugar, las circunstancias concretas y las personales del imputado. Ahora bien, este último criterio puede no ser exigible en un primer momento, por no disponer el órgano judicial de tales datos. Por ello se ha afirmado que, si bien en ese primer momento la medida de la prisión provisional puede justificarse atendiendo a criterios objetivos, como la gravedad de la pena o el tipo de delito, en un momento posterior el paso del tiempo obliga a ponderar, no solo si se han modificado estas circunstancias, sino también las circunstancias personales conocidas en ese momento.⁵

2) 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 (503.2)

Se sigue dejando al arbitrio judicial la consideración de cuando aparecen en la causa los «motivos bastantes», que junto a la comisión de uno o

⁵ SSTC 37/1996 de 11 de marzo, 62/1996 de 16 de abril.

más delitos y la persecución de alguno de los fines, habilita al juez o tribunal para adoptar la medida cautelar.

Un mínimo de rigor sistemático impone que dicha expresión se considere análoga a los «indicios racionales de criminalidad», previstos en los arts. 384 y 637.1 de la LECrim, entendidos como sospecha fundada de que se ha cometido el delito, así como la autoría o participación en el mismo, pero no entendidos como mera sospecha o simples indicios, puesto que estos no deberían generar prisión preventiva.

La presunción de inocencia hace que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, es decir, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues de lo contrario vendría a garantizarse, nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse.

Los estándares constitucionales actuales ubican la valoración desde una vulneración autónoma de la libertad como derecho fundamental, desvinculándolo de las referencias a la presunción de inocencia. Si con la invocación de este derecho fundamental, lo que se cuestiona es la existencia del presupuesto habilitante de la medida adoptada, la existencia de indicios racionales de criminalidad, la queja ha de reconducirse a las relativas al derecho a la libertad.⁶

3) Que se logren con la prisión provisional algunos de los siguientes fines⁷ (503.3)

a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un «riesgo de fuga».

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de este, así como a la in-

⁶ STC 128/1995, de 26 de julio); SSTC 66/1997, de 7 de abril; 47/2000, de 17 de febrero y 65/2008 de 29 de mayo.

⁷ La STC 62/2005, de 14 de marzo, después de recordar los fines especificados en el artículo 503 LECrim, tras la aprobación en la L.O. 13/2003, dice: «Como puede fácilmente comprobarse, a los fines anteriormente señalados por la jurisprudencia constitucional se añade el evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, circunstancia que hacen especialmente presente en el caso de que la acusación verse sobre un delito de violencias habituales en el ámbito doméstico» (FJ 4) y como fundamento la ponderación de las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de la medida; SSTC 62/1996, de 16 de abril, FJ 5; 44/1997, de 10 de abril, FJ 5; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3, y 14/2000, de 17 de enero, FJ 4.

minencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en que es procedente la incoación del procedimiento rápido para el enjuiciamiento de determinados delitos, regulado en los arts. 795 a 803 de la LECrim.

El TC ha dedicado gran cantidad de sentencias, siendo una de las más representativas, la STC 128/1995, de 26 de julio. En ella se hace referencia a que para valorar adecuadamente el riesgo de fuga, debe tomarse en consideración no solo la gravedad del delito y la pena (que pueden provocar ese intento de fuga), sino que además, hay que conjugar a la vez la importancia que tienen las circunstancias personales del imputado en cuanto suponen una disminución o incluso anulación de ese riesgo de fuga. Dice⁸: «En primer lugar, que al constatar la existencia de ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. En efecto, la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de la Justicia resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a la mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia. Sin embargo, ese dato objetivo inicial y fundamental, no puede operar como único criterio de aplicación objetiva y puramente mecánica a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características personales del inculpado como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc.». Nuestro Tribunal Constitucional en sentencias SSTC de 3 marzo 1993; 26 julio 1995; 15 abril 1996 y 20 mayo 1997, refleja también la doctrina expuesta.

De modo similar se pronuncian las sentencias del TEDH de 27 de junio de 1968, caso Neumeister; de 10 de noviembre de 1969, caso Matznetter; de 10 de noviembre de 1969, caso Stögmüller; de 26 de junio de 1991, caso Letellier; de 27 de agosto de 1992, caso Tomasi; de 26 de enero de 1993, caso W. contra Suiza; de 28 marzo de 1990; 12 diciembre de 1991 y 26 enero de 1993.

Especialmente importante es la enumeración de elementos para la valoración del riesgo de huida que realiza la sentencia del TEDH 27 de junio de 1968 (caso Neumeister). Tras declarar que la apreciación de este criterio

⁸ STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4.

no puede basarse exclusivamente en el temor a la gravedad de una eventual condena, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que «hay otras circunstancias, referentes especialmente al carácter del interesado, a su moralidad, a su domicilio, profesión, recursos, lazos familiares y de cualquier naturaleza con el país en que está procesado, que pueden confirmar el peligro de fuga o bien que no se justifica la detención provisional».

Otros aspectos que el TEDH tiene en cuenta para la estimación del elemento analizado son los siguientes:

- a) El grado de oposición del imputado a la detención (caso Stogmuller).
- b) La falta de arraigo, vínculos o integración social en el país en que se está en situación de prisión provisional (casos Stogmuller, B contra Austria, y Vand der Tang contra España).
- c) Las circunstancias de la detención (caso Matznetter).
- d) Los viajes al extranjero y los contactos con este (casos Matznetter y B contra Austria).

En el supuesto de que no exista el más mínimo indicio de que en el caso de que el imputado sea puesto en libertad, este vaya a aprovechar esa circunstancia para sustraerse a la acción de la justicia, sobre todo si tenemos en cuenta que ya ha existido tiempo transcurrido y sufrido de prisión, y que el imputado tenga arraigo suficiente, se puede solicitar y conseguir el cambio de la medida de prisión por la de libertad provisional.

b) «Evitar que el imputado oculte, altere o destruya elementos probatorios», en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

En este sentido se considera como motivo suficiente de la prisión preventiva el aseguramiento de la instrucción respecto a la consecución o no destrucción de pruebas, pero lógicamente ha de durar el tiempo imprescindible a estos efectos.⁹

Se reconoce también en ese artículo, que no procederá adoptar la prisión provisional por tal causa cuando pretenda inferirse del ejercicio legítimo del derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado que, como sabemos, no está obligado a confesarse culpable ni a declarar contra sí mismo, ni a facilitar la búsqueda de pruebas de cargo contra él.

Esta finalidad se incorpora por primera vez en la regulación positiva de la prisión provisional y es ajena a nuestra tradición procesal.¹⁰

⁹ STEDH de 16/7/1971, caso Ringeigen.

¹⁰ Se incorpora en la actual regulación por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la obstrucción de la instrucción penal como uno de los riesgos relevantes que pueda originar la adopción de la medida cautelar de prisión, al igual que sucede en otras

Esta finalidad ha sido reconocida tanto por el TEDH como por el TC.¹¹

Lo que está claro es que no parece que pueda anticiparse el cumplimiento de una pena simplemente para hacer más cómoda la investigación penal, porque ello viola la transparencia constitucional que debe presidir la instrucción penal, y a la que la ley ahora ha dado carta de naturaleza.¹²

c) «Evitar» que el «imputado» pueda actuar «contra bienes jurídicos de la víctima», especialmente cuando esta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal,¹³ en cuyo caso no será aplicable el límite de duración de la pena privativa de libertad, que el propio artículo establece en dos años.

Efectivamente, la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un problema grave en nuestra sociedad, y en este sentido el legislador español ha emprendido una serie de medidas legales destinada a combatir y a disuadir la comisión de estos delitos de violencia doméstica.

La ley solo se exige que, mediante la prisión provisional, se persiga el fin de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente si se trata de las personas del art. 173 del C. Penal, sin que sea de aplicación, en estos casos, el límite punitivo de los dos años.¹⁴

d) «Evitar que el imputado cometa otros hechos delictivos»

También podrá acordarse la prisión provisional, para «evitar» el riesgo de que el «imputado cometa otros hechos delictivos».

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Solo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda

legislaciones europeas (parágrafo 112 StPO alemán; art. 274 Códice de Prodecura Pénale italiano, art. 204 Código de Proceso Penal portugués).

¹¹ STEDH Asunto Contrada contra Italia de 24 de agosto de 1998 y SSTC 98/1997; 33/1999; 14/2000; 47/2000 y 8/2002).

¹² Ramos Mendez F. «Enjuiciamiento criminal», cit., pág. 258. En sentido favorable a la introducción de este precepto que, al decir de la jurisprudencia constitucional colma una laguna legal se manifiestan Gimeno Sendra V. «La necesaria reforma de la prisión provisional», cit, pág. 8, sobre todo en las instrucciones de delitos contra la criminalidad organizada; también Díaz Martínez M. «Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos», cit., pág. 3.

¹³ Tipificador de los malos tratos en el ámbito doméstico.

¹⁴ Díaz Martínez M. «Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos», cit., pág. 4. Sin embargo, Asencio Mellado J. M. «Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía de la libertad», cit., pág. 7.

racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

Esta última finalidad atribuida por la ley a la prisión provisional ha sido la más criticada por la doctrina.¹⁵

Pese a que el art. 503 permite adoptar esta excepcional medida en los dos últimos supuestos estudiados (peligro de ataque contra bienes jurídicos de la víctima y riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos), su adopción supone una finalidad claramente preventiva, con fines ajenos al hecho enjuiciado, y con una función preventiva y no la cautelar afín a la naturaleza jurídica de la prisión provisional, y ello con independencia de que el propio Tribunal Constitucional indique que en estos supuestos también estaríamos ante fines constitucionalmente legítimos.¹⁶

El «riesgo de reiteración delictiva» de esta nueva normativa es un concepto conexo con aquellos y cumple igualmente con el fin de prevención general inherente a la condena penal, más que con el fin cautelar típico de una medida previa a la destrucción de la presunción de inocencia.

Aunque pudiera parecer que otro importante motivo para poder decretar la prisión provisional podría ser la «alarma social», lo cierto es que el Tribunal Constitucional se ha expresado específicamente en contra. Así, por ejemplo, en la STC 191/2004, dice: «La alarma social no es un criterio válido a los efectos de apreciar la necesidad de la prisión provisional» (FJ 4).

1.3. CONCLUSIONES

En conclusión, la prisión provisional se caracteriza por las siguientes notas:

- Desde la STC 128/1995, de 26 de junio, el TC afirma que se trata de una medida cautelar cuya legitimidad constitucional, en tanto que

¹⁵ Mir Puig C. «Prisión provisional. Los aspectos más polémicos de la reforma», *Revista Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho*, nº 77, 2003, pág. 29. Faraldo Cabana P. «El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en Materia de Prisión Provisional», cit., págs. 650- 651. Landrove Díaz G.G. «La reforma de la prisión provisional», cit., pág. 4. Díaz Martínez M «Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos», cit., pág. 4. Barrera Hernández N. «La reforma de la prisión provisional. Luces y sombras», cit., pág. 5. Asencio Mellado J. M^a, «Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad», op. cit., pág. 6. No lo cree así, sin embargo, el profesor Gimeno Sendra V. «La necesaria reforma de la prisión provisional», op. cit., pág. 9.

¹⁶ SSTC 44/1997; 47/2000; 165/2000 y 8/2002.

limitativa del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) de quien aún goza del derecho a la presunción de inocencia, exige: como presupuesto la existencia de «indicios racionales» de la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo; como objetivo, la consecución de «fines» constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (riesgo de fuga, de obstrucción del normal desarrollo del proceso o de reiteración delictiva).¹⁷

- Es una «medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada» a la consecución de dichos fines.¹⁸
- La «presunción de inocencia» opera en el seno del proceso como una regla de juicio; pero, constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo. La presunción de inocencia exige que la prisión provisional solo recaiga en supuestos donde la pretensión acusatoria se fundamente razonablemente, sobre la base de indicios racionales de criminalidad.¹⁹

Asimismo, debemos tener en cuenta el principio de presunción de inocencia que rige nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que una persona en prisión preventiva, y cuya responsabilidad penal no ha sido establecida por una resolución judicial firme, disfruta de la presunción de inocencia.²⁰

- Nos encontramos ante situaciones complejas que no pocas veces plantean dudas al juez en el momento de decidir si decreta o no la prisión provisional, sin fianza, lo que supone el ingreso en prisión, o si suaviza la situación estableciendo una fianza mediante la cual, el imputado, pueda eludir la prisión.

El propio Tribunal Constitucional determina la relevancia y fundamentalidad de tomar en consideración tanto la gravedad del delito como las cir-

¹⁷ SSTC 128/1995, de 26 de julio, FFJJ 3 y 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; o más recientemente STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2; Sentencia 65/2008, de 29 de mayo de 2008.

¹⁸ SSTC 128/1995, de 26 de julio, FFJJ 3 y 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; o más recientemente STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2; Sentencia 65/2008, de 29 de mayo de 2008.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 109/86.

²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección 4ª), caso Iwanczuk contra Polonia, sentencia de 15 noviembre 2001.

cunstancias personales, pero reconoce la dificultad que supone para el juez acceder a este tipo de datos. El Alto Tribunal considera que para el juez, «en un primer momento», no es fácil conocer las circunstancias personales del imputado, por lo que debe acudir a «criterios objetivos» para decretar o no la prisión provisional.

En un «momento posterior», cuando ya haya podido conocer de esas circunstancias «personales», será cuando pueda ponderarlas y valorar si procede o no dejar sin efecto la prisión.²¹

- La prisión provisional, según reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, al incidir en la libertad personal, «requiere de causas específicas claras» (peligro de fuga, posibilidad de obstrucción a la investigación y reiteración delictiva) «que deben ser explicadas, explicitadas y justificadas» adecuadamente para acreditar la legitimidad de la medida.

A este respecto, la STC 164/2000, de 12 de junio, hace referencia a una consolidada doctrina que se mantiene hasta nuestros días y que se apoya en una treintena de sentencias iniciadas con la STC 26/1981, de 17 de julio.

Dice esta STC 146/2000: «En las sentencias citadas hemos dicho y reiterado que cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica prevista por la ley y que el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos que lo legitiman. En concreto, al analizar el contenido del art. 17 CE en relación con la prisión provisional hemos destacado la inexcusabilidad de concebirla tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente la justifican y pues se trata de una medida justificada en esencia por la necesidad de asegurar el proceso y ese fundamento justificativo traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad y condiciona, a la vez, su régimen jurídico»²².

- Ahora bien, ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, sino que, de conformidad con lo

²¹ La STC 94/2001, de 2 de abril.

²² STC 128/1995 de 26 de julio, FJ 3; TC 62/2005, de 14 de marzo.

previsto en el «art. 539» de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), «Los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa». Dicho precepto faculta, indiscutiblemente, a los órganos judiciales a modificar una situación anterior (de prisión o de libertad) «cuantas veces sea procedente» y a modificar la cuantía de la fianza «en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio». La STC 66/1997, de 7 de abril, FJ 1, la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional «obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente».²³

- Es a la «jurisdicción ordinaria» a la que «compete» en exclusiva determinar en cada caso la concurrencia y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la «medida cautelar», única que goza de la intermediación necesaria para ello. Al TC, en su tarea de protección del derecho fundamental a la libertad, le corresponde controlar que dicha justificación, articulada a través de la motivación de las resoluciones judiciales, se lleve a cabo ponderando adecuadamente los derechos e intereses en conflicto y resolviendo de forma acorde con los fines legítimos que permiten justificar la limitación cautelar de la libertad personal.²⁴

2. LA PRISIÓN PROVISIONAL ELUDIBLE BAJO FIANZA

2.1. INTRODUCCIÓN

La medida de prisión provisional está pensada para los supuestos en que no sea posible, de otro modo, garantizar la sujeción del imputado al proceso penal; de tal forma que si tal sujeción es posible adoptando la medida de libertad provisional (con o sin fianza), no es necesario adoptar la prisión provisional.

²³ Sala Primera. Sentencia 65/2008, de 29 de mayo de 2008 (BOE núm. 154, de 26 de junio de 2008).

²⁴ SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7; 179/2005, de 4 de julio, FJ 4; y 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2; Sala Primera. Sentencia 65/2008, de 29 de mayo de 2008.

La libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que quedará así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente.

Artículo 529. «Cuando no se hubiere acordado la prisión provisional del imputado, el juez o tribunal decretará, con arreglo a lo previsto en el artículo 505, si el imputado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional.

En el mismo auto, si el juez o tribunal decretare la fianza, fijará la calidad y cantidad de la que hubiere de prestar...».

Artículo 531. «Para determinar la “calidad y cantidad de la fianza” se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de este para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial».

La libertad provisional, con o sin fianza, en cuanto medida cautelar de naturaleza personal que implica una restricción de la libertad personal, debe ser contrastada con el criterio general que deriva del derecho fundamental a la libertad.²⁵

2.2. CUANTÍA DE LA FIANZA SEGÚN DOCTRINA DEL TC

De la referida doctrina se infiere lo siguiente:

- 1) La legitimidad constitucional de las resoluciones judiciales que acuerdan la imposición de una fianza, cuando sustituye la prisión provisional o permite eludir la, no depende de su adecuación al derecho a la libre disposición de los bienes, sino a la libertad personal, dado que la no prestación de fianza habilita para el ingreso en prisión o para su mantenimiento, en tal sentido se pronuncia el TC en las sentencias: STC 108/1984, de 26 de noviembre, FFJJ 4 y 6; 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3, en relación con el denominado arresto del quebrado; 66/1989, de 17 de abril, FJ 5; 85/1989, de 10 de mayo; explícitamente en las SSTC 127/1984, de 28 de diciembre, FJ 5; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7; AATC 336/1995, de 11 de diciembre; 158/2000, de 15 de junio, FJ 2; 169/2001, 16 julio, FJ 4.b).

²⁵ SSTC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7; y ATC 312/2003, de 29 de septiembre, FJ 4.

- 2) La fianza, no es una pena cuya concreción deba depender del mayor o menor grado de responsabilidad del imputado, sino que, de hecho, su «calidad y cantidad se determinan tomando en cuenta los elementos prescritos en el art. 531 de la LECrim», entre los que figuran 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 este para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial. En este sentido se pronuncia el TC en sentencias: STC 66/1989, de 17 de abril, FJ 6; ATC 730/1985, de 23 de octubre; Auto TC núm. 312/2002 (Sala Segunda, sección 3), de 29 de septiembre; Auto 312/2003, de 29 de septiembre de 2003.
- 3) En la cuantificación de la misma se ha de tener en cuenta el «riesgo de fuga», tal como se indica en el Auto TC 730/1985, de 23 de octubre. En la medida en que la fianza tiene por objeto primordial garantizar que quien ha sido procesado no intentará sustraerse a la acción de la justicia, parece lógico que se cuantifique en atención al mayor o menor número de probabilidades de que tal evento se produzca, como prevé el citado art. 531, en este sentido está el Auto 312/2003, de 29 de septiembre de 2003.

2.3. CUANTÍA DE LA FIANZA SEGÚN DOCTRINA DEL TEDH

El art 5.3 del CEDH «Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1. c., del presente artículo (...) tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio».

A tenor de lo anterior, el TEDH sienta la siguiente doctrina:

- 1) El «objeto de la garantía» prevista en el artículo 5.3 del Convenio es asegurar, no la reparación del perjuicio, sino la «presencia del encausado en el juicio». Por tanto, su «cuantía» debe apreciarse principalmente «en relación al “interesado, sus ingresos y su relación con las personas que pueden prestar la caución”», y en definitiva, en relación con el grado de confianza que se puede tener en que la pérdida de la fianza o su ejecución en caso de no comparecer en juicio, actuará como un freno suficiente para «descartar toda idea de fuga».²⁶

²⁶ Sentencia Neumeister TEDH 1968\2.

- 2) «Solo se puede exigir una fianza mientras persistan las razones que justifican la privación de libertad» del interesado.²⁷ Si el riesgo de fuga puede evitarse con la imposición de una fianza u otra garantía, el acusado debe ser liberado, sabiendo que si se puede anticipar una pena más leve se reduce el riesgo de fuga, y debe tomarse en consideración.²⁸ Las autoridades deben dedicar tanta atención al determinar la fianza adecuada como al decidir si el mantenimiento en prisión de un acusado sigue siendo o no indispensable.²⁹
- 3) Asimismo, la cuantía de la «fianza» debe estar debidamente «justificada» en la decisión que la determina³⁰ y ha de tener en cuenta los «ingresos del interesado».³¹ A este respecto, la no evaluación por los jueces internos de la capacidad real del detenido para depositar la fianza requerida ha sido un elemento para constatar la violación.³²
- 4) Aunque la «cuantía de la fianza debe apreciarse principalmente en relación al interesado y sus ingresos», sin embargo «no parece irrazonable», en ciertas circunstancias, tomar igualmente en consideración la magnitud del «perjuicio» que se imputa,³³ el tribunal señaló que el juez interno había determinado la cuantía de la fianza teniendo en cuenta la magnitud de los daños, la gravedad de los delitos y sobre todo, el riesgo de fuga. Reconoció que el «riesgo de fuga» había sido «uno de los elementos esenciales que el Tribunal Regional tuvo en cuenta para fijar la cuantía de la fianza».
- 5) A partir de la Sentencia Neumeister, siempre ha considerado que «los lazos del interesado con las personas que pueden prestar la caución» figuran entre los criterios a utilizar para apreciar la cuantía de la garantía.³⁴

²⁷ Sentencias Musuc contra Moldavia (PROV 2007\324410), núm. 42440/2006, ap. 42, 6 noviembre 2007; y Aleksandr Makarov contra Rusia (PROV 2009\110370), núm. 15217/2007, ap. 139, 12 marzo 2009.

²⁸ Sentencia Vrenčev contra Serbia (PROV 2008\299028), núm. 2361/2005, ap. 76, 23 septiembre 2008.

²⁹ Sentencias Iwańczuk (TEDH 2001\756), previamente citada, ap. 66; Bojilov contra Bulgaria (PROV 2005\4560), núm. 45114/1998, ap. 60, 22 diciembre 2004; Skrobol contra Polonia (PROV 2005\206157), núm. 44165/1998, ap. 57, 13 septiembre 2005; Hristova contra Bulgaria (PROV 2006\283245), núm. 60859/2000, ap. 110, 7 diciembre 2006; Musuc (PROV 2007\324410), previamente citada; y Georgieva contra Bulgaria (PROV 2008\231765), núm. 16085/2002, ap. 30, 3 julio 2008.

³⁰ Sentencia TEDH Georgieva (PROV 2008\231765).

³¹ Sentencia Hristova (PROV 2006\283245).

³² Sentencia Toshev contra Bulgaria (PROV 2006\204917).

³³ Sentencia Moussa contra Francia, núm. 28897/1995, de 21 mayo 1997; Sentencia Kudła contra Polonia (TEDH 2000\163), de 26 octubre 2000.

³⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estrasburgo de 28 de septiembre 2010. Caso Prestige.

- 6) En ocasiones, para que la medida de la fianza siga siendo eficaz, se ha de tener en cuenta en su cuantificación el «entorno profesional» en el que se sitúa la actividad en cuestión.
- 7) Pese a que el tribunal debe velar por no prejuzgar el fondo del asunto, no le impide «emitir juicios que repercutan en el fondo cuando sean necesarios para apreciar el carácter razonable o no de la fianza solicitada».³⁵

3. JURISPRUDENCIA DEL TC Y TEDH ACERCA DE LAS EXIGENCIAS DE MOTIVACIÓN DEL AUTO DE PRISIÓN PROVISIONAL A LOS EFECTOS DE NO VULNERAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo 506.1 LECrim «Las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción».

Las decisiones relativas a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional han de expresarse a través de una «resolución judicial motivada».

La jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del TEDH, a través de sus sentencias marcan las pautas relativas a los elementos de motivación que han de contener los autos por los que se decreta la prisión provisional. Por tanto, la motivación del auto, a fin de no vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, ha de contener los siguientes elementos:

- 1) Ser «suficiente y razonable», entendiéndose por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado.³⁶

La prisión provisional, afecta al derecho fundamental a la libertad, en cuanto que la restringe, y solo debe decretarse cuando existan causas y razones realmente importantes y relevantes.

Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, entre otras en la STC 191/2004, de 2 de noviem-

³⁵ Sentencia del TIDM de 6 de agosto de 2007 recaída en el asunto Hoshinmaru.

³⁶ Sala Primera. Sentencia 65/2008, de 29 de mayo de 2008 (BOE núm. 154, de 26 de junio de 2008).

bre. Ha resaltado y reiterado la especial trascendencia que adquiere una motivación adecuada cuando se trata de restringir o limitar un derecho fundamental, STC 165/2000; STC 62/2005, de 14 de marzo.

- 2) La motivación es «preceptiva, obligatoria y fundamental», hasta el punto de que la falta de motivación suficiente es la razón más frecuente por la que se otorga amparo.

Todos los autos han de ser fundados, por lo que aquellos que resuelven sobre la prisión provisional no son una excepción, aunque en ellos la motivación adquiere una especial relevancia por dos razones: En primer lugar, porque al decretar la prisión provisional conlleva la restricción de un derecho fundamental, el de la libertad personal del individuo.

En segundo lugar porque, no se trata de una cuestión fácil, pues el juez debe analizar, junto a datos objetivos (a los que suele tener acceso directo), cuestiones subjetivas relativas a las circunstancias personales del sujeto (datos no siempre fácilmente accesibles o comprensibles para el juzgador).

No solo hay que motivar los autos sino que hay que explicitarlos, tal como apunta la STC 47/2000, de 17 de febrero. En este sentido si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados, SSTC 26/1981, de 17 Julio 1996.

La restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se ratificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho, SSTC 52/1995, de 23 Feb.

- 3) «Que pondere adecuadamente los intereses en juego», es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego:

La libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado.

La realización de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro.

La ponderación constituye una exigencia formal del principio de proporcionalidad, y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razona-

miento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional, en este sentido Sentencia 27/2008, de 11 de febrero de 2008; STC 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 3.

- 4) En relación con la «constatación del peligro de fuga», deberán tomarse en consideración «además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado», matizando que, si bien en un primer momento la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional pueden justificar que se adopte atendiendo solo a circunstancias objetivas como el tipo de delito y la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica el valor de este dato y obliga a ponderar las circunstancias personales del sujeto privado de libertad y los datos del caso concreto, tal como se refleja en las sentencias SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2.
- 5) En cuanto a los «elementos» que deben presidir tal fundamentación, el TC ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar.

El primero, exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado.

El segundo, introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que, si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, dado que de este dato puede inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga, por todas, STC 8/2002, de 14 de enero, FJ 4, el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores, entre otras, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4 b); 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6 a); 62/1996, de 16 de abril, FJ 5; 33/1999, de 8 de marzo³⁷.

³⁷ Sala Segunda. Sentencia 27/2008, de 11 de febrero de 2008 (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 2008).

- 6) Por otra parte, respecto a la «proximidad de la celebración del juicio oral» como dato a partir del cual sustentar los riesgos que se pretenden evitar, el TC ha sostenido que al tener este dato un sentido ambivalente o no concluyente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación, como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, el órgano judicial debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis, tal como apuntan SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2. En particular en la STC 66/1997, FJ 6, «el hecho de que la tramitación se halle avanzada y la vista próxima es en sí mismo considerado un dato ambivalente a los efectos de nuestro enjuiciamiento: es cierto que el paso del tiempo, con el avance de la instrucción y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a esta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga. Sin embargo, no es menos cierto que en otras circunstancias el transcurso del tiempo puede producir efectos contrarios a los que acabamos de indicar, no solo porque el devenir del procedimiento puede debilitar los indicios que apuntan a la culpabilidad del acusado, sino también porque, como se razonó en la STC 128/1995 con amplia cita de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el argumento del peligro de fuga “se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso” tal como se indica en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 1968, caso Wemhoff; de 27 de junio de 1968, caso Neumeister; de 10 de noviembre de 1969, caso Matznetter.

Esta ambivalencia es precisamente la que obliga a que, cuando se alude a lo avanzado de la tramitación y al aseguramiento de la celebración del juicio oral, dato puramente objetivo, se concreten las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado. “La simple referencia a lo avanzado de la tramitación carece como tal de fuerza argumentativa para afirmar la posibilidad de que el imputado huya”».

- 7) La «falta de motivación», de la resolución judicial «afecta» primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la «propia existencia del presupuesto habilitante para la privación

de la libertad» y, por lo tanto, al derecho a la misma consagrado en el art. 17 CE, como se refleja en las sentencias SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 29/2001, de 29 de enero, FJ 2; y 138/2002, de 3 de junio, FJ 3.

Conforme a reiterados pronunciamientos del TC, los problemas de motivación en las resoluciones que acuerdan medidas limitativas de derechos fundamentales conciernen directamente a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no, autónomamente, al derecho a la tutela judicial efectiva. Una decisión restrictiva de un derecho fundamental sustantivo, como es en este caso el derecho a la libertad, exige una resolución judicial cuya fundamentación no solo colme el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que, además, ha de extenderse a la justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión, SSTC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7; y 29/2001, de 29 de enero, FJ 2.

Por ello, el análisis de la insuficiencia de motivación desde el enfoque del deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales queda desplazado por un análisis desde la perspectiva del deber más estricto de fundamentación para la adopción de medidas restrictivas del derecho a la libertad.

- 8) La «falta de motivación incide en la estimación de amparo constitucional». Son reiteradas las sentencias del Tribunal Constitucional que otorgan amparo en supuestos de prisión provisional por falta de motivación de las resoluciones judiciales que decretan la prisión, SSTC 37/96, de 11 de marzo; 156/97, de 29 de septiembre; 8/2002, de 4 enero.