

LIBERTAD PERSONAL VERSUS PRISIÓN PROVISIONAL: UN DERECHO MINUSVALORADO POR RAZONES ANACRÓNICAS

PERSONAL LIBERTY VERSUS PRE-TRIAL DETENTION: AN UNDERVALUED RIGHT FOR ANACHRONISTIC REASONS

Sara TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS
Investigadora Postdoctoral
Universidad de Alcalá de Henares
<https://orcid.org/0000-0002-3814-8954>

Fecha de recepción del artículo: mayo 2021

Fecha de aceptación y versión final: julio 2021

RESUMEN

En la primera parte del artículo, se analizan las razones por las que urge llevar a cabo una reforma del régimen de la prisión provisional en España para adecuarlo a las exigencias constitucionales. En la segunda, se examinan una serie de ideas para reducir el uso excesivo que se hace de esta medida en nuestro país. Algunas de estas ideas ya están previstas en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Otras medidas se han extraído de las reformas iniciadas recientemente en diversos Estados miembros del Consejo de Europa para reducir el número de presos preventivos. La mayoría de estos cambios se abordaron para dar cumplimiento a varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: prisión provisional, presos preventivos, Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 17 de la Constitución española, Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The first part of the article analyses a number of reasons why pre-trial detention regime needs to be reformed in order to adapt to the constitutional requirements in Spain. The second part examines a series of ideas to reduce

the use of pre-trial detention in Spain. Some of these ideas are already provided for the 2020 Draft law to reform Criminal Procedure Code. Other measures have been taken from other member States of the Council of Europe which need to reduce the number of their pre-trial prisoners. Most of these reforms were addressed to comply with several judgements of the European Court of Human Rights.

Keywords: pre-trial detention, pre-trial prisoners, Draft law to reform Criminal Procedure Code, article 17 of the Spanish Constitution, Constitutional Court, European Court of Human Rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRISIÓN PROVISIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. III. RAZONES PARA LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA. 1. *No es una medida eficaz para la reinserción de los encausados.* 2. *Es una de las principales causas de la sobrepoblación carcelaria en Europa.* 3. *No es la mejor opción en tiempos de pandemia.* 4. *No es rentable en términos económicos.* IV. IDEAS PARA LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: EL ANTEPROYECTO DE LA LECRIM Y UNA MIRADA DESDE EUROPA. 1. *Limitar el tipo de delitos que pueden conllevar su adopción.* 2. *Definir de forma más clara sus fines.* 3. *Ampliar el abanico de medidas alternativas.* 4. *Fomentar la aplicación de medidas alternativas.* 5. *Crear un juez especial que decida sobre su conveniencia.* 6. *Acortar los plazos de la instrucción.* 7. *Reducir su duración.* 8. *Revisar periódicamente la decisión por la que se impone.* 9. *Introducir un recurso contra la decisión que la impone.* 10. *Introducir nuevas reglas sobre la forma de descontar el tiempo que el preso ha pasado en prisión provisional.* V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la primera parte del artículo, se analizan una serie de razones por las que urge llevar a cabo una reforma del régimen de la prisión provisional en España. La prisión provisional es admitida en todos los ordenamientos jurídicos como un mal necesario. Sin embargo, para evitar que esta medida vulnere el derecho a la libertad personal de los encausados¹, establecido en el artículo 17 de la Constitución española (a partir de ahora CE), el Tribunal Constitucional viene exigiendo que la decisión de la prisión provisional respete una serie de principios. Así, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la prisión provisional debe ser una medida excepcional, subsidiaria, provisional y proporcional. El problema es que, tal y como se analizará en este artículo, estos principios no se respetan en la realidad de las cosas, a pesar de que sí se encuentran reconocidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en mayor o menor medida.

Además, es importante señalar que el abuso de la prisión provisional conlleva innumerables consecuencias negativas. La prisión provisional no parece ser una medida eficaz a la hora de cumplir con el principio de reeducación y reinserción social establecido en el artículo 25.2 de la CE. Por otro lado, los presos preventivos no pueden acceder a ningún tipo de tratamiento resocializador ni gozan de ningún tipo de beneficio penitenciario, como, por ejemplo, permisos o salidas de fin de semana.

La prisión provisional conlleva muchas otras desventajas. El excesivo número de presos preventivos es una de las principales causas de la sobrepoblación carcelaria en Europa. Es cierto que el hacinamiento en las prisiones no es algo nuevo para muchos sistemas penitenciarios europeos. Sin embargo, la crisis sanitaria de la covid-19 ha hecho más evidente que nunca la necesidad de reducir el número de presos, y de presos preventivos, en particular.

¹ En este artículo se usa el término *encausado*, que es el vocablo que se usa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) en sustitución del anterior término *imputado* conforme establece el número 2 del apartado veintiuno del artículo único de la Ley Orgánica (LO) 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica («BOE» de 6 de octubre).

Por último, aunque no por ello menos importante, la prisión provisional supone un gran desembolso para las arcas del Estado. No solo por el tiempo que el encausado pasa en prisión, sino también por la posible indemnización que tendrá derecho a obtener en el caso de que se demuestre su inocencia. En este sentido, cabe destacar que la «factura» que debe pagar el Estado en estos casos se ha visto incrementada considerablemente tras la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 85/2019, de 19 de junio, que ha facilitado la obtención de una indemnización por prisión preventiva indebida seguida de una absolución.

En la segunda parte del artículo, se examinan una serie de ideas para reducir el uso excesivo que se hace de esta medida en nuestro país. Algunas de estas ideas ya están previstas en el Anteproyecto de reforma de la Ley del Enjuiciamiento Criminal de 2020. En esta nueva norma se apuesta por regular la prisión provisional desde una perspectiva más garantista de los derechos fundamentales en juego, al tiempo que se aprovechan las posibilidades que hoy ofrece el uso de medios tecnológicos. Otras medidas se han extraído de las reformas iniciadas recientemente en varios países europeos para reducir el número de presos preventivos. La mayoría de estos cambios se abordaron para dar cumplimiento a varias sentencias del Tribunal de Estrasburgo. En concreto, las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles han impulsado decididamente la modernización de las normas que regulan esta medida cautelar en varios Estados miembros del Consejo de Europa.

II. LA PRISIÓN PROVISIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

La prisión provisional representa la injerencia más grave que puede ejercer el poder estatal en la libertad individual, garantizada por el artículo 17 de la CE, contra un ciudadano que aún goza de la presunción de inocencia (Sanguiné, 2003: 23). No en vano, Concepción Arenal afirmaba que «si se escribiese la historia de las víctimas de la prisión preventiva se leería en ella una de las más terribles acusaciones contra la sociedad». La misma autora también afirmaba en sus escritos que la prisión provisional era «anacrónica» y «el mayor

obstáculo, tanto en la teoría como en la práctica, para la reforma de las prisiones» (Arenal, 1877: 6).

Como puede observarse, a pesar de que ya han pasado más de cien años desde la muerte de Arenal, su pensamiento sigue siendo absolutamente actual. Hoy en día la prisión provisional sigue siendo una de las instituciones más polémicas del sistema penal, y no es de extrañar, pues esta medida se inscribe en el campo de tensión entre el deber estatal de perseguir el delito y el deber estatal superior de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos (Moreno Catena, 2003: 15). No en vano Beccaria (1764: 46) afirmaba que «la estrechez de la cárcel no puede ser más que la necesaria, o para impedir la fuga, o para que no se oculten las pruebas de los delitos».

Teniendo en cuenta lo anterior, sorprende que la Constitución tan solo mencione la prisión provisional en un breve inciso del artículo 17.4 en el que se establece que «[...] por ley se regulará el plazo máximo de la prisión provisional». El Tribunal Constitucional, ya desde sus inicios, se vio obligado a compensar esta falta de regulación con una jurisprudencia bastante extensa y detallada. De hecho, desde su creación en el año 1980 hasta la actualidad, el Alto Tribunal ha dictado más de cien sentencias con incidencia en la prisión provisional, configurando con ellas un importante cuerpo de doctrina jurisprudencial en la materia (Alonso Fernández, 2019: 247).

En una primera etapa, el Tribunal Constitucional simplemente se planteaba si el supuesto por el que se dictaba el auto de prisión provisional cumplía con los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. En una segunda etapa, el Alto Tribunal ya exigía que la prisión provisional se adecuara al cumplimiento de determinados fines no solo legales sino también constitucionales por cuanto, por definición, esta medida comporta una limitación del derecho consagrado en el artículo 17 CE (Hernández Gómez, 2011: 51).

Por último, cabe señalar que el Tribunal Constitucional, en la importante STC 47/2000, de 17 de febrero, recopila toda su doctrina y resuelve una cuestión de inconstitucionalidad contra los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (a partir de ahora, LECrim), en los que se regula la prisión provisional, por no resultar conformes con el derecho fundamental a la libertad personal. Esta sentencia impulsó la última gran reforma de la LECrim en materia

de prisión provisional a través de la LO 13/2013, de 24 de octubre, que aún sigue vigente.

En la exposición de motivos de la mencionada Ley, se explica que la reforma obedece fundamentalmente a la necesidad de adecuar la prisión provisional a las exigencias constitucionales de excepcionalidad y proporcionalidad (Morillas Cueva, 2016: 25). La excepcionalidad implica que el internamiento preventivo de la persona sospechosa de haber cometido un delito no será la norma, sino la excepción (SSTC 62/1996, 67/1997 y 156/1997, entre otras²).

Además, la prisión provisional tiene que ser estrictamente necesaria para asegurar el buen fin del proceso. Por lo tanto, esta medida no puede tener carácter retributivo, ni puede servir para impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones (SSTC 128/1995, 67/1997 y 156/1997, entre otras³). Por último, cabe señalar que, cuando la situación de privación de libertad se prolonga en el tiempo, solo puede encontrar justificación en datos personales del imputado y del caso concreto (SSTC 128/1995 y 66/1997, entre otras⁴).

Tras la reforma, el principio de excepcionalidad quedó plasmado en el artículo 502.2 LECrim, que establece que la prisión provisional solo se adoptará cuando sea objetivamente necesaria. Además, en el artículo 503 LECrim se establece que la prisión provisional tan solo será legítima cuando con ella se busque evitar el peligro de fuga, la alteración o destrucción de pruebas, proteger los bienes jurídicos de la víctima o evitar el riesgo de reiteración delictiva.

Asimismo, en la ya citada exposición de motivos de la Ley 13/2003, se establece que la prisión provisional debe cumplir con el principio de proporcionalidad. Este principio implica que la limitación de los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia que comporta la prisión provisional debe ser proporcional a los fines que con ella se pretenden alcanzar. En concreto, la prisión provisional, al igual que el resto de normas legales restrictivas de derechos fundamentales, debe respetar los siguientes presupuestos para cumplir

² SSTC 62/1996, de 23 de abril (FJ 5); 67/1997, de 13 de mayo (FJ 2), y 156/1997, de 30 de octubre (FJ 4).

³ SSTC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3); 67/1997, de 13 mayo (FJ 2), y 156/1997, de 30 de octubre (FJ 2).

⁴ SSTC 128/1995, de 26 de julio (FJ 4), y 66/1997, de 13 de mayo (FJ 1).

con el mencionado principio: a) idoneidad o adecuación; b) necesidad, y c) proporcionalidad en sentido estricto (Ull Salcedo, 2005: 427).

La aplicación del principio de proporcionalidad a la prisión provisional conlleva la exigencia de que los fines que la justifiquen sean estrictamente cautelares y no punitivos (Hernández Gómez, 2011: 62). De ahí que con la reforma de 2003 se eliminara la alarma social como fin legítimo para decretar la prisión provisional (STS 156/1997, STC 14/2000, STS 8/2002 y STS 191/2004, entre otras⁵). Sin embargo, el riesgo de reiteración delictiva se mantuvo como supuesto habilitante de la prisión provisional, a pesar de que parte de la doctrina pone en tela de juicio que este criterio sea válido desde un prisma constitucional (Fernández Alonso, 2019: 249).

Tras la reforma, el principio de proporcionalidad quedó plasmado en el artículo 502.2 LECrim, en el que se establece que la prisión provisional solo se adoptará cuando sea objetivamente necesaria y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad personal. En el siguiente apartado (art. 502.3 LECrim), se establece que el juez o tribunal tendrá en cuenta, para adoptar la prisión provisional, la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta.

Sin embargo, este principio de proporcionalidad parece contradecirse justo en el artículo siguiente. En el artículo 503 LECrim se establece que la prisión provisional podrá decretarse cuando los hechos perseguidos presenten caracteres de delito sancionado con pena igual o superior a dos años de prisión (o de duración inferior si el encausado tuviera antecedentes penales no cancelados). Es decir, se puede decretar –y de hecho se decreta– prisión provisional para delitos que no son realmente graves. Los datos hablan por sí solos: a diciembre de 2019 los presos preventivos sumaban el 16% de la población reclusa en España (Simón Castellano, 2021: 182). Los supuestos más frecuentes de prisión provisional se dictan en delitos contra el patrimonio, reiteración delictiva y tráfico de drogas, donde la condición nacional del imputado opera con cierto tinte discriminatorio (Gudín Rodríguez-Magariños, 2009: 254).

⁵ STS 156/1997, de 30 de octubre (FJ 5); STC 14/2000, de 18 de febrero (FJ 6); STS 8/2002, de 8 de febrero (FJ 6), y STS 191/2004, de 2 de diciembre (FJ 4).

Por desgracia, la excepcionalidad de la prisión provisional en España sigue siendo un espejismo y a esto hay que añadirle otros problemas. El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que la prisión provisional, además de ser excepcional y proporcional, también debe cumplir con los requisitos de subsidiariedad y provisionalidad (SSTC 128/1995 y 37/1996, entre otras⁶). Sin embargo, estos dos últimos principios no se tuvieron suficientemente en cuenta en la reforma del 2003.

El principio de subsidiariedad formalmente quedó plasmado en el artículo 502.2 LECrim, en el que se establece que solo se podrá acordar la prisión provisional cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad personal a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con esta medida. Sin embargo, tal y como se analizará más adelante, esta norma ha quedado vacía de contenido en la práctica. El problema es que, en la actual Ley de Enjuiciamiento, no se establece un abanico suficientemente amplio de medidas alternativas que puedan aplicarse con preferencia a la prisión provisional.

En cuanto al principio de provisionalidad, quedó plasmado en el artículo 504.1 LECrim, en el que se establece que la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo 503 y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción. En ese mismo artículo, se establece que la duración de la prisión provisional no podrá exceder de: a) un año para delitos señalados con una pena privativa de libertad igual o inferior a tres años; y b) dos años si la pena privativa señalada para el delito es superior a tres años. En el primer supuesto, se puede acordar una prórroga excepcional de seis meses; en el segundo, una prórroga excepcional de hasta dos años.

La duración de la prisión provisional es una cuestión de la máxima importancia, pues muchas veces su excesiva duración se debe a dilaciones indebidas en la instrucción. Unas dilaciones que no responden a la complejidad de los hechos o de los delitos, sino a la falta de recursos personales o materiales en los juzgados. La jurisprudencia constitucional es muy prolija a este respecto. El Tribunal

⁶ SSTC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3), y 37/1996, de 28 de marzo (FJ4).

Constitucional ha establecido, entre otras cuestiones, que la prisión provisional vulnerará el derecho a la libertad personal si se mantiene una vez que se ha conseguido el objetivo que la justificó, y aunque no se haya agotado el plazo máximo (STC 40/1987⁷). Todo ello redundará en que la medida de prisión provisional no puede en ningún caso ser mantenida cuando ya no sea necesaria, es decir, cuando desaparece la causa por la que se impone la medida, esta debe ser levantada, y ello porque la prisión provisional solo puede ser acordada como medida cautelar y no como medida punitiva (Dotú i Guri, 2013: 211).

El Alto Tribunal también ha establecido que, si se vulnera el plazo máximo de la prisión provisional, hay vulneración del derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE (STC 32/1987⁸). En cuanto a lo que ha de entenderse por «plazo razonable» (STC 2/1994⁹), el Tribunal Constitucional ha incorporado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora, Tribunal Europeo)¹⁰ (Cuenca Miranda, 2004: 65). En cualquier caso, la corta duración de la prisión provisional no es condición suficiente para considerar aquella como razonable (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [STEDH] Shishkov contra Bulgaria, de 9 de enero de 2003).

En cuanto a la posible prórroga, el Tribunal Constitucional ha establecido que se debe decretar antes de que transcurra el plazo máximo (STC 98/1998¹¹); que la prórroga decretada con posterioridad al transcurso del plazo máximo no subsana la violación del derecho fundamental (STC 234/1998, STC 304/2000, STC 22/20004, STC 122/2009¹²), y que el derecho a la libertad personal se lesiona cuando se mantiene la prisión provisional una vez expirado el plazo (STC 28/2001¹³).

⁷ STC 40/1987, de 3 de abril (FJ 2).

⁸ STC 32/1987, de 24 de marzo (FJ 3).

⁹ STC 2/1994, de 17 de febrero (FJ 3).

¹⁰ STEDH Wemhoff contra Alemania, de 27 de junio de 1968; Neumeister contra Alemania, de 27 de junio de 1968; Stögmüller contra Austria, de 10 de noviembre de 1969; Matznetter contra Austria, de 10 de noviembre de 1969; B contra Austria, de 28 de marzo de 1990; Tomasi contra Francia, de 17 de agosto de 1992; W contra Suiza, de 26 de enero de 1993; Van der Tang contra España, de 13 de julio de 1995; Scott contra España, de 18 de diciembre de 1996.

¹¹ STC 98/1998, de 9 de junio (FJ 4).

¹² STC 234/1998, de 30 de diciembre (FJ 2); STC 304/2000, de 16 de enero (FJ 2); STC 22/20004, de 26 de marzo (FJ 2), y STC 122/2009, de 20 de junio (FJ 2).

¹³ STC 28/2001, de 1 de marzo (FJ 4).

Debe ponerse el acento en que ya han pasado casi veinte años desde la última gran reforma de la prisión provisional en España. Veinte años en los que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Europeo han seguido estableciendo nuevas garantías, para evitar que la prisión provisional conlleve la vulneración de los derechos fundamentales de los encausados. Todo ello, junto a otras razones que se expondrán en las siguientes páginas, justifica la necesidad de revisar esta institución para adecuarla a las exigencias del siglo XXI.

III. RAZONES PARA LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA

Gudín Rodríguez-Magariños (2009: 237) afirma que «la prisión provisional reúne todos los inconvenientes de la pena y ninguna de sus supuestas ventajas». Esta afirmación es muy acertada, pues, a pesar de que la prisión provisional es una medida cautelar, lleva asociada los mismos efectos nocivos, perniciosos y estigmatizantes que la pena de prisión. A continuación, se enumeran algunas de las razones por las que parece necesario reformar esta institución:

1. No es una medida eficaz para la reinserción de los encausados

La prisión provisional no parece ser una medida eficaz a la hora de conseguir la reeducación y reinserción social de los encausados. Los presos preventivos no pueden acceder a ningún tipo de tratamiento resocializador ni gozan de ningún tipo de beneficio penitenciario. Esto, en teoría, no debería suponer un problema: la prisión provisional es una medida cautelar de carácter excepcional y, en principio, no tiene por qué cumplir las finalidades adscritas a la pena. El problema surge a raíz de la excesiva duración de esta medida en algunos casos.

La mayoría de los reclusos entran en la cárcel contando con pocos recursos económicos y se empobrecen aún más durante su estancia en la misma. Las oportunidades laborales también se reducen una vez que salen al exterior. Ya en el siglo XVIII Manuel de Lardizábal (1782: 84 y 85) escribía que:

La enmienda del delincuente es un objeto tan importante, que jamás debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas. [Sin embargo] La experiencia nos enseña, que la

mayor parte de los que son condenados a los presidios y arsenales, vuelven siempre con más vicios que fueron, y tal vez, si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos.

Entre el 50 y el 80 % de los reclusos tiene algún problema psíquico y entre el 40 y el 80 % sufre de algún tipo de adicción (Atabay, 2013: 11). La salud mental y la drogodependencia de algunos de estos presos empeoran dentro de la prisión en gran medida por la falta de tratamientos médicos adecuados. Cabe preguntarse seriamente si la prisión es un lugar adecuado para ellos.

El fomento de las medidas alternativas a la pena de prisión es una de las tendencias actuales de la política penitenciaria europea (Zyl Smit y Snacken, 2013: 123). Según varias recomendaciones¹⁴ del Comité de Ministros del Consejo de Europa, una de las principales finalidades de las medidas alternativas es la de facilitar la reinserción del penado. A través de estas medidas se consigue desarrollar el sentido de responsabilidad del individuo con respecto a la comunidad, lo que a largo plazo puede redundar en la protección de la sociedad.

En la Recomendación Rec(2006)13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la utilización de la prisión preventiva, se establece que se deberá fomentar el uso de medidas alternativas siempre que sea posible. En esta recomendación también se incluye una larga lista de posibles medidas alternativas a la prisión preventiva que pueden conllevar ciertas obligaciones para el encausado.

2. Es una de las principales causas de la sobrepoblación carcelaria en Europa

Hace ciento cincuenta años, Concepción Arenal (1877: 36) ya tenía claro lo que más tarde se demostraría: existe un claro nexo entre el abuso de la prisión preventiva y el hacinamiento carcelario y/o las malas condiciones de reclusión. A este respecto la pensadora

¹⁴ Recommendation Rec(2003)22 of the Committee of Ministers to member states on conditional release (parole) on 24 September 2003; Recommendation CM/Rec(2014)4 of the Committee of Ministers to member States on electronic monitoring on 19 February 2014, y Recommendation CM/Rec(2017)4 of the Committee of Ministers to member States on youth work (Adopted by the Committee of Ministers on 31 May 2017 at the 1287th meeting of the Ministers' Deputies).

gallega escribía: «[...] el abuso de la prisión preventiva, [...] da, entre otros resultados, el de un gran número de presos, hace insoluble el problema de tenerlos en las condiciones debidas ni en las cárceles ni en los depósitos».

España plantea, en materia de población penitenciaria, una paradoja: a pesar de tener una tasa de encarcelamiento superior a la media europea, no tiene un problema de sobrepoblación carcelaria. Esta paradoja se explica, al menos en parte, por la llamada *burbuja inmobiliaria* (Nieto Martín *et al.*, 2017: 2). En España, en la primera década del 2000, se crearon grandes infraestructuras públicas, como autopistas, líneas de ferrocarril o aeropuertos, que hoy en día han sido abandonadas por falta de uso. Con los centros penitenciarios ha pasado algo parecido.

En la primera década del siglo XXI la población penitenciaria aumentó en 16 000 reclusos. Sin embargo, esta espectacular subida en el número de presos vino acompañada de un aumento aún más espectacular en el número de plazas (32 000). Por lo tanto, a pesar de que hay un elevado número de presos (tasa de encarcelamiento), no hay un problema de sobrepoblación carcelaria o densidad carcelaria. Sin embargo, estos datos no dejan de ser preocupantes, pues, a diferencia de lo que ocurre con carreteras o aeropuertos, cada vez que se crean nuevas plazas penitenciarias, tienden a ocuparse.

En algunos países de Europa, la situación es bastante más alarmante. Siguiendo las últimas estadísticas SPACE¹⁵, al menos quince países del Consejo de Europa sufren graves problemas de sobrepoblación carcelaria (Aebi y Tiago, 2020a: 9). La situación es tan grave que el Tribunal Europeo ya ha dictado siete sentencias piloto para tratar de poner fin a este problema.

El Tribunal Europeo creó en 2004 el procedimiento de las sentencias piloto para hacer frente a problemas sistémicos o estructurales. A través de este procedimiento, el Tribunal selecciona una

¹⁵ Las estadísticas SPACE (Statistiques Pénales Annuelles du Conseil de l'Europe) incluyen dos proyectos relacionados en los que colabora la Universidad de Lausana. SPACE I proporciona datos sobre el encarcelamiento y las instituciones penitenciarias de los Estados miembros del Consejo de Europa. SPACE II proporciona información sobre las penas y las medidas alternativas a la pena de prisión. Los datos se recopilan mediante dos cuestionarios enviados cada año a las Administraciones penitenciarias de los Estados miembros: <http://wp.unil.ch/space/space-i/annual-reports/>

única demanda de entre varias demandas repetitivas para que esta sirva como modelo para la resolución de un gran número de casos idénticos (Abrisketa Uriarte, 2013: 80). A través del procedimiento de las sentencias piloto, el Tribunal Europeo selecciona un caso o un grupo de casos, con el fin de que la solución pueda extenderse más allá del caso o casos estudiados, de modo que abarque todos los asuntos repetitivos que tienen su origen en el mismo problema estructural (Queralt Jiménez, 2018: 406).

El mal estado de las cárceles es uno de los problemas estructurales sobre los que más sentencias piloto se han dictado hasta el momento (Turturro Pérez de los Cobos, 2020: 130-137). Ya son siete las sentencias piloto sobre este tema: Ananyev y otros contra Rusia, de 10 de enero de 2012; Torreggiani y otros contra Italia, de 8 de enero de 2013; Neshkov y otros contra Bulgaria, de 27 de enero de 2015; Varga y otros contra Hungría, de 10 de marzo de 2015; W.D. contra Bélgica, de 6 de septiembre de 2016; Rezmives *y otros contra Rumania*, de 25 de abril de 2017, y Sukachov contra Ucrania, de 30 de enero de 2020.

En todas las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles, el Tribunal Europeo impone algunas medidas generales para tratar de poner fin al problema estructural de la sobrepoblación carcelaria¹⁶. Dos de las medidas que el Tribunal siempre impone en este tipo de sentencias consisten en reducir el número de presos (especialmente de los presos preventivos) y en ampliar el uso de las medidas alternativas a la pena de prisión. Más adelante, se analizarán algunas de las medidas que los países condenados han adoptado para reducir el uso de la prisión preventiva.

3. *No es la mejor opción en tiempos de pandemia*

La necesidad de reducir el número de presos, y en especial de presos preventivos, en Europa se ha hecho más evidente que nunca con la crisis sanitaria de la covid-19. El hacinamiento carcelario no es algo nuevo, pues muchos sistemas penitenciarios europeos han sufrido este problema desde sus inicios. Sin embargo, la pandemia ha conse-

¹⁶ En todas estas sentencias el problema principal es el hacinamiento carcelario y las malas condiciones de reclusión, salvo en el caso W.D. contra Bélgica, donde el problema principal es la falta de tratamientos médicos adecuados para los presos con trastornos mentales.

guido en muy poco tiempo lo que las organizaciones internacionales y europeas y las ONG llevan décadas reclamando: que los Estados adopten ciertas medidas para reducir su población penitenciaria de forma inmediata. La pandemia ha tenido un curioso efecto acelerador de las soluciones.

Las cárceles pueden ser un foco de contagio por varias razones: en ellas es difícil respetar las distancias mínimas de seguridad (con mayor razón si están sobrepobladas) y se produce un continuo flujo de entradas y salidas. Por si esto fuera poco, los presos suelen sufrir, en proporción, más patologías previas y problemas psiquiátricos y de drogodependencia que la población libre. A esto se añade la desinformación, los bulos que corren por las cárceles y el miedo de los internos a quedar, si cabe, todavía más aislados del resto de la sociedad.

En este contexto tan alarmante, varios países europeos han adoptado una serie de medidas encaminadas a reducir su población penitenciaria durante la pandemia. Estas medidas han consistido, principalmente, en decretar arresto domiciliario para aquellos presos a los que ya les quedara poco tiempo en la cárcel. Tal y como muestran los últimos informes de SPACE (Aebi y Tiago, 2020b; Aebi y Tiago, 2020c)¹⁷, en los que se estudia el impacto de la pandemia en la población penitenciaria de los países del Consejo de Europa, el efecto de estas medidas ha sido muy claro.

En España (García, 2020), entre marzo y abril de 2020, unos 3000 presos en tercer grado pasaron a cumplir sus penas en su casa. Entre marzo y abril de 2020, la población penitenciaria en Francia pasó de ser de más de 70 000 presos a unos 61 000. En ese mismo período, la población penitenciaria en Italia pasó de 61 000 presos a 53 000. Según el informe, otros países que han reducido su población penitenciaria para prevenir la propagación del virus han sido Chipre (que ha liberado sobre el 23 % de su población penitenciaria), Portugal (17 %), Eslovenia (16 %) y Noruega (15 %).

Ahora bien, en el ámbito del Consejo de Europa, el caso de Turquía es seguramente el más llamativo. En este país, decenas de miles de reclusos fueron excarcelados al inicio de la pandemia.

¹⁷ Los informes SPACE sobre el impacto de la pandemia en la población penitenciaria pueden consultarse en la siguiente página web: <https://wp.unil.ch/space/publications/2199-2/>

Sin embargo, los presos preventivos y los presos condenados por terrorismo, entre los que se incluye a presos políticos, periodistas y activistas de derechos humanos, no se beneficiaron de la medida (Comisión Europea, 2020). Se calcula que la espectacular excarcelación ha afectado a un tercio de los presos turcos, es decir, a alrededor de 100 000 internos.

Debido a la urgencia de la situación, las medidas aplicadas por todos estos países han consistido sobre todo (si no exclusivamente) en la excarcelación de presos condenados. Sin embargo, a corto y medio plazo, estos mismos países deberían plantearse la posibilidad de reducir el uso de la prisión provisional. Esta medida es más beneficiosa desde el punto de vista de los derechos fundamentales (no olvidemos que los presos preventivos son presuntamente inocentes), es más económica y evita muchos de los efectos perniciosos que conlleva para el encausado la entrada en prisión.

4. No es rentable en términos económicos

Un excesivo uso de la prisión provisional supone un gran desembolso para las arcas del Estado. No solo por el tiempo que el encausado pasa en prisión, sino también por la posible indemnización que tendrá derecho a obtener en el caso de que se demuestre su inocencia. Según datos del Ministerio de Justicia, entre el 2000 y el 2019 el Estado indemnizó con más de dos millones de euros a personas que estuvieron en prisión preventiva y que fueron finalmente absueltas¹⁸. Esta «factura» podría incrementarse considerablemente tras la STC 85/2019, de 19 de junio, que ha facilitado enormemente la obtención de una indemnización en estos casos. Antes de tratar el contenido de esta sentencia, analizaré brevemente cuál ha sido la evolución de esta cuestión a lo largo del tiempo en España.

La responsabilidad directa del Estado por los daños causados por los servicios públicos se reguló por primera vez en el artículo 106 CE. Además, en nuestra Norma Suprema se reserva un artículo específico para regular la responsabilidad directa del Estado por los

¹⁸ Datos facilitados por el Ministerio de Justicia a Maldito Dato tras una solicitud de información pública al amparo de la Ley de Transparencia: https://es.scribd.com/document/478271692/Indemnizaciones-prision-preventiva-2000-2019#from_embed

daños causados por la actuación de los órganos integrantes de la Administración de Justicia (artículo 121 CE). En este precepto se establece que: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». El mandato constitucional se especifica en los artículos 292 y 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (a partir de ahora LOPJ).

En estos artículos, además del error judicial y del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, también se regula otro supuesto específico, que es el que aquí nos interesa: la prisión preventiva seguida de absolución. Ahora bien, antes de examinar el contenido de dicho precepto vale la pena hacer un pequeño inciso. Comparto la tesis de Saz Cordero (2014: 68) cuando señala que, desde un punto de vista constitucional, sorprende que la indemnización por prisión preventiva indebida seguida de absolución constituya un supuesto específico de error judicial. La privación de libertad indebida supone para el encausado una vulneración del contenido esencial del artículo 17 CE, aunque con ella se preserve el interés colectivo. En este caso, la limitación del derecho a la libertad personal es especialmente intensa y no conlleva un beneficio para el particular, sino para la colectividad. Por lo tanto, es la colectividad la que debería soportar el daño, al igual que ocurre con el derecho de propiedad y el pago del justiprecio reconocido por el artículo 33 CE. De hecho, la protección otorgada al derecho a la libertad personal debe ser más intensa que la otorgada al derecho a la propiedad, ya que el primero, a diferencia del segundo, forma parte del núcleo duro de nuestra Norma Suprema.

En cualquier caso, dejando atrás este inciso, cabe señalar que, en la redacción original del artículo 294 de la LOPJ, se establecía que: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se hayan irrogado perjuicios». Como puede observarse, el precepto no cubría todos los casos de prisión preventiva seguida de absolución. Tan solo tenían derecho a indemnización quienes hubieran recibido una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre que reconociera la inexistencia del hecho. Ahora bien, es importante

señalar que el Tribunal Supremo, desde muy temprano, declaró que la inexistencia del hecho tenía una doble vertiente: tanto la inexistencia objetiva –el hecho delictivo no se produjo– como la inexistencia subjetiva –el sujeto no participó en el hecho, y pudo demostrarlo, por ejemplo, porque tenía una coartada–.

Esta línea jurisprudencial comenzó con la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de enero de 1989 y se mantuvo inalterada durante más de veinte años. Sin embargo, en el año 2010 se produjo un cambio jurisprudencial debido, principalmente, a dos condenas contra España por parte del Tribunal Europeo (Puig Panella contra España, de 25 de abril de 2006, y Tendam contra España, de 13 de julio de 2010¹⁹). En ambos casos, los encausados habían solicitado una indemnización por prisión preventiva seguida de una absolución por falta de pruebas. Sin embargo, los tribunales nacionales, siguiendo la jurisprudencia ya consolidada del Tribunal Supremo, denegaron sendas indemnizaciones por no tratarse de ninguno de los dos supuestos aceptados: inexistencia objetiva o subjetiva de los hechos.

Finalmente, los demandantes acudieron a Estrasburgo, donde alegaron que las decisiones de los tribunales nacionales habían violado su presunción de inocencia, reconocida en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora, CEDH). El Tribunal Europeo estimó la demanda y señaló que, aunque ninguna cláusula del Convenio da derecho a una indemnización por prisión preventiva en caso de absolución, en virtud del artículo 6.2 CEDH la expresión de sospechas sobre la inocencia de un imputado no es admisible tras una absolución firme. En otras palabras, en virtud de la presunción de inocencia no caben absueltos «de primera o de segunda» clase dependiendo de los motivos de la absolución. A partir de estas condenas, el Tribunal Supremo cambió su jurisprudencia y limitó los supuestos en los que cabía derecho a indemnización. En concreto, a partir de dos sentencias de 23 de noviembre de 2010²⁰, el Tribunal Supremo pasó a ceñirse a la literalidad del artículo 294 LOPJ y estableció que solo cabría derecho a indemnización en los casos de inexistencia objetiva del hecho.

¹⁹ Y, más adelante, en la sentencia Vliceland Boddy y Marcelo Lanni contra España, de 16 de febrero de 2016.

²⁰ STS 1908/2006 y STS 4299/2006, de 23 de noviembre de 2010.

Este giro jurisprudencial del Tribunal Supremo fue sorprendente por varias razones. En primer lugar, porque el Tribunal Europeo en sus sentencias se refiere a la presunción de inocencia y no al derecho a recibir una indemnización por prisión preventiva. También llama la atención que el Tribunal Supremo solo cambiara su jurisprudencia a partir del año 2010, aunque la primera condena de Estrasburgo fuera del año 2006. La nueva jurisprudencia hizo casi imposible la obtención de una indemnización en la práctica, pues los supuestos de inexistencia objetiva del hecho son realmente escasos. Tal y como señala Tapia Fernández (2014: 145), tal vez la decisión de eliminar el derecho a la indemnización de los supuestos de inexistencia subjetiva del hecho (los más frecuentes) tuviera algo que ver con los recortes sufridos en aquella época.

Esta nueva jurisprudencia volvió a sufrir un giro de ciento ochenta grados tras la STC 85/2019, de 19 de junio. La sentencia tiene origen en una cuestión interna de constitucionalidad planteada por el Pleno del Tribunal a partir de un recurso de amparo. La recurrente alegaba que eliminar el derecho a la indemnización en los casos de inexistencia subjetiva del hecho infringía los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14, 17 y 24.1 y 2 CE, así como los artículos 5.5, 6.2 y 14 CEDH. El Tribunal Constitucional, siguiendo su propia doctrina establecida en sentencias anteriores (SSTC 8 y 10/2017), señala que llevar a cabo una interpretación tan restrictiva del artículo 294 LOPJ establece una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto de los absueltos por no ser autores del hecho, al tiempo que menoscaba el derecho a la presunción de inocencia de los absueltos por falta de prueba.

Por lo tanto, el Alto Tribunal decide excluir de la redacción del artículo 294.1 LOPJ, por inconstitucionales, los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa», quedando el precepto redactado de la siguiente manera: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios». Esta nueva redacción abriría la puerta a la obtención de la indemnización por prisión preventiva seguida de absolución en casos «extremos» que antes no se contemplaban. Por ejemplo, cuando la absolución se haya debido a

la prescripción de la acción o cuando la falta de pruebas se deba a que las mismas fueron declaradas nulas durante el proceso judicial por vulneración de derechos fundamentales (Cobrerros Mendazona, 2019: 38 y ss.).

Este es un tema muy complejo, y delimitar los supuestos en los que debe proceder indemnización por prisión preventiva seguida de absolución escapa del objeto de este artículo. En cualquier caso, llama la atención que las soluciones a este problema se hayan abarcado desde posiciones tan polarizadas. Se ha pasado de una regulación en la que era casi imposible que el demandante obtuviera una indemnización a obtenerla de forma cuasi automática. El problema es que no parecen existir zonas grises ni matizaciones: o hay indemnización o no hay indemnización, y quizás no se haya reflexionado suficientemente sobre el auténtico problema (el excesivo uso de la prisión provisional) ni su posible solución (una mayor aplicación de medidas alternativas). Especialmente, si se tiene en cuenta que la obtención de una indemnización tampoco es un gran consuelo para quien es encarcelado injustamente: los daños patrimoniales se cuantifican entre 17 y 52 euros diarios (Herrera, 2019). Los daños morales quizás sean incuantificables y este es el verdadero problema.

IV. IDEAS PARA LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: EL ANTEPROYECTO DE LA LECRIM Y UNA MIRADA DESDE EUROPA

En noviembre de 2020, se publicó el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²¹. Uno de los objetivos del Anteproyecto es reformar el régimen de la prisión provisional en España con el objetivo de adaptar la legislación española a la doctrina del Tribunal Europeo. Igualmente, se busca incluir las últimas novedades jurisprudenciales del Tribunal Constitucional (entre las que se incluye la STC 85/2019, de 19 de junio, con relación a la indemnización por prisión preventiva indebida a la que me he referido antes). A continuación, se analizarán algunas de las propuestas que se formulan en el nuevo texto.

²¹ Este documento puede consultarse en la página web del Ministerio de Justicia: www.mjusticia.gob.es

Ahora bien, España no es el único país que necesita actualizar su regulación sobre la prisión provisional para adecuarla a los estándares europeos. Tal y como se ha señalado antes, el Tribunal Europeo ha dictado varias sentencias piloto para tratar de poner fin a la sobrepoblación carcelaria que sufren muchos países europeos. Un problema que, en la mayoría de casos, está estrechamente relacionado con el excesivo número de presos preventivos. En las siguientes páginas se compararán las reformas sobre la prisión provisional previstas en el Anteproyecto de la LECrim con las reformas ya emprendidas por los países condenados por una sentencia piloto. Esta comparación es útil para determinar si la reforma de la prisión provisional prevista en España es suficientemente ambiciosa o si, por el contrario, aún hay margen para la adopción de nuevas medidas.

A continuación, se exponen algunas ideas para la reforma del régimen de la prisión provisional en España:

1. Limitar el tipo de delitos que pueden conllevar su adopción

Una de las reformas que se podrían plantear en España consiste en limitar el tipo de delitos que pueden llevar aparejada la prisión provisional. Tal y como se ha señalado antes, actualmente el límite que se establece en el artículo 503 LECrim es muy bajo, lo que va en contra del principio de excepcionalidad establecido en la jurisprudencia constitucional. Este tipo de reforma ya se ha llevado a cabo en otros países europeos. Por ejemplo, en Italia, tras la sentencia piloto Torreggiani, se limitó la posibilidad de imponer prisión preventiva en los casos de personas acusadas de haber cometido un delito con una pena máxima de cinco años (antes, cuatro años), con algunas excepciones²².

2. Definir de forma más clara sus fines

En el artículo 503 LECrim se establece cuáles son los fines que debe perseguir la prisión provisional. A saber: evitar el riesgo de fuga del encausado; la ocultación, alteración o destrucción de prueba, o que

²² Con el Decreto-ley n.º 78/2013, que más tarde se convirtió en la Ley n.º 94 de 9 de agosto de 2013 (artículo 280 del Código Procesal Penal). Plan de acción del Gobierno italiano con relación al caso Torreggiani y otros contra Italia, de 27 de noviembre de 2013, p. 3.

el encausado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima. Finalmente, también se establece que se podrá decretar la prisión provisional para evitar el riesgo de que el encausado cometa otros hechos delictivos. Según buena parte de la doctrina, estos fines han sido redactados de una forma demasiado ambigua (Alonso Fernández, 2019: 248; Carnero Fernández, 2019: 57).

Así, por poner un ejemplo, no queda claro qué delitos o qué situaciones concretas puedan suponer un mayor riesgo de ocultación, alteración o destrucción de pruebas por su propia naturaleza. Asimismo, el riesgo de reiteración delictiva es demasiado amplio e inespecífico. En el Anteproyecto de la LECrim se mantienen los mismos criterios, pero se simplifica la regulación sobre la materia (artículo 247). Además, se añade un nuevo precepto (artículo 248) en el que se establece cuáles son los criterios que se tienen que valorar para determinar si concurre alguno de los fines que justifican la adopción de esta medida.

3. Ampliar el abanico de medidas alternativas

En España las medidas alternativas a la prisión provisional pueden consistir en: la obligación de comparecer ante el juez (art. 530 LECrim); la libertad bajo fianza (art. 529 LECrim); la prisión preventiva realizada en el domicilio o en centro de desintoxicación (art. 508.1 LECrim); la prohibición de acercarse a las víctimas y prohibición de residencia (art. 544 bis LECrim), o la expulsión judicial de los extranjeros inculcados o procesados²³. Tal y como se ha señalado antes, el Tribunal Constitucional ha establecido que la prisión provisional debe cumplir el principio de subsidiariedad. Este principio implica que solo puede acordarse la prisión provisional cuando no existan otras medidas menos gravosas a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines.

Sin embargo, las medidas alternativas actuales parecen claramente insuficientes, por lo que esta norma ha quedado vacía de contenido en la práctica. Llama la atención que no existan medidas específicas para evitar la destrucción de pruebas o la obstaculización

²³ Prevista en los artículos 57.5 a 11 y 58 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

del proceso. Sobre todo, en la legislación actual se desconoce en gran medida los adelantos tecnológicos que evitarían la aplicación de esta institución tan arcaica (Gudín Rodríguez-Magariños, 2009: 254).

Con el nuevo Anteproyecto LECrim, se pretende incluir en la legislación española varias de las medidas alternativas que ya estaban previstas en la Recomendación (2006)¹³ del Comité de Ministros sobre prisión preventiva. Se trata de medidas encaminadas al cumplimiento de determinadas obligaciones, como son estar localizable mediante dispositivos electrónicos, comunicar inmediatamente los cambios de residencia o de lugar de trabajo, seguir tratamiento médico externo o participar en determinados programas. También se prevén nuevas medidas alternativas encaminadas a establecer ciertas prohibiciones, como son las de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella; acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos; residir en un lugar concreto, o desempeñar ciertas actividades. Asimismo, también está prevista la suspensión de cargo, profesión u oficio público o la posibilidad de que el encausado pueda prestar caución suficiente para evitar la prisión provisional (artículo 217 del Anteproyecto). Finalmente, se incluyen medidas específicamente orientadas a ofrecer una protección eficaz a los bienes jurídicos de las víctimas o de terceras personas.

4. Fomentar la aplicación de medidas alternativas

En Hungría, tras la sentencia piloto Varga se llevó a cabo una reforma legislativa para fomentar el uso del arresto domiciliario como alternativa a la prisión provisional. En Italia, tras la sentencia piloto Torreggiani, también se fomentó la aplicación de medidas alternativas a la prisión provisional sin la necesidad de que los encausados hubieran pasado previamente un período en la cárcel²⁴. Por ejemplo, se amplió la posibilidad de aplicar directamente el arresto domiciliario –en vez de la prisión provisional– para los presos más vulnerables, como mayores de 70 años, embarazadas, no reincidentes, etcétera²⁵.

²⁴ Con el Decreto-ley n.º 146/2013, convertido en la Ley n.º 10 de 21 de febrero de 2014. Plan de acción del Gobierno italiano con relación al caso Torreggiani y otros contra Italia, de 9 de noviembre de 2015, p. 5.

²⁵ Plan de acción del Gobierno italiano con relación al caso Torreggiani y otros contra Italia, de 27 de noviembre de 2013, p. 2.

Actualmente, en España la prisión provisional en el domicilio solo está prevista en casos realmente excepcionales: en concreto cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe un grave peligro para la salud del imputado. Sin embargo, en el Anteproyecto de la LECrim se amplía esta posibilidad para el caso de mujeres embarazadas o en período de lactancia, personas gravemente enfermas, así como cuando la persona encausada deba necesariamente ser sometida a un tratamiento curativo o de rehabilitación. Este nuevo régimen ha sido denominado *prisión provisional atenuada* (artículos 255 y ss. del Anteproyecto).

Ahora bien, llama la atención que ni en la legislación actual ni en el Anteproyecto de la LECrim se contemple de forma expresa la posibilidad de aplicar este régimen atenuado para aquellos infractores que tengan la responsabilidad principal de niños a su cargo (Alonso Fernández, 2019: 247 y ss.). Especialmente, teniendo en cuenta que esta situación sí está prevista en la Recomendación 2006 del Comité de Ministros sobre prisión preventiva. Este vacío en la norma española es grave, pues la pérdida de recursos económicos y de salidas profesionales que se produce con la entrada en la cárcel no solo repercute en el preso, sino en toda su familia, incluidos sus hijos. A este respecto, cabe mencionar que en la actualidad hay un elevado número de familias monoparentales y que más de dos millones de niños europeos tienen a sus padres en prisión²⁶.

5. *Crear un juez especial que decida sobre su conveniencia*

Dos de las novedades más destacables del Anteproyecto de la LECrim consisten en traspasar la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal y en transformar los jueces de instrucción en jueces de garantías. Si la reforma sale finalmente adelante, una de las principales funciones del juez de garantías será la de ejercer como garante de los derechos fundamentales del investigado durante el proceso. Asimismo, será el encargado de autorizar, a petición del fiscal, la adopción de medidas cautelares como la prisión provisional.

²⁶ Así se señala en la Recommendation CM/Rec(2018)5 of the Committee of Ministers to member States concerning children with imprisoned parents on 4 April 2018.

Durante la fase de ejecución de la sentencia piloto Ananyev, el Comité de Ministros recomendó a Rusia introducir ciertos cambios en la práctica judicial para añadir un juez especial. En la recomendación, se citaron como ejemplo las reformas emprendidas por Francia y Letonia para añadir a su legislación un nuevo juez especial que decidiera sobre la aplicación, duración y ejecución de ciertas medidas como la prisión provisional. Además, el nuevo juez sería el encargado de velar por el respeto de los derechos fundamentales durante los procesos penales.

6. Acortar los plazos de la instrucción

Otro modo de luchar contra el abuso de la prisión provisional pasa por acortar los plazos de la instrucción, lo que, a su vez, reducirá la estancia en la cárcel de los presos preventivos. Por ejemplo, en Rusia, tras la sentencia piloto Ananyev, se trató de reducir al máximo la fase de instrucción en los procedimientos penales a través de la reforma de algunos artículos del Código Penal y del Código Procesal Penal²⁷. Con la Ley Federal número 543-FZ, de 27 de diciembre de 2018, se impuso a los instructores del caso la obligación de dar explicaciones sobre por qué la duración de la prisión provisional debía extenderse en un determinado caso. Asimismo, se obligó a los jueces a imponer una fecha concreta en la que poner fin a la prisión provisional.

7. Reducir su duración

Tal y como se ha señalado antes, el Tribunal Constitucional ha establecido que la prisión preventiva tiene que respetar el principio de provisionalidad. Actualmente, uno de los problemas de la prisión provisional es su excesiva duración en ciertos casos. Es por ello que en

²⁷ Con la Ley número 33012-6, de 18 de mayo de 2012, se han reformado los artículos 62 del Código Penal y 303 del Código Procesal Penal para garantizar que la fase de instrucción en el procedimiento penal solo pueda durar más de seis meses de forma excepcional y justificada. Con esta medida se pretende que la prisión preventiva no dure más de lo estrictamente necesario. Más tarde la Ley Federal número 23-FZ, de 4 de marzo de 2013, ha reducido el tiempo de investigación en ciertos supuestos como, por ejemplo, cuando el acusado se declare culpable, lo que a su vez permite reducir la duración de la prisión preventiva. Plan de acción del Gobierno ruso con relación al grupo de casos de Kalashnikov y Ananyev y otros contra Rusia, de 29 de abril de 2019, pp. 22 y ss.

el Anteproyecto de reforma de la LECrim se reduce la duración máxima de esta medida cautelar (artículo 504 LECrim). En concreto, en el artículo 249 del Anteproyecto, se establece que la prisión provisional no podrá exceder de: a) un año para delitos señalados con una pena privativa de libertad igual o inferior a cinco años; y b) dos años si la pena privativa señalada para el delito es superior a cinco años. Además, en el artículo 250 también se modifican las prórrogas previstas: en el primer supuesto se puede acordar una prórroga excepcional de seis meses, en el segundo; una prórroga excepcional de hasta un año.

8. Revisar periódicamente la decisión por la que se impone

Una de las novedades previstas en el Anteproyecto consiste en introducir un control periódico de la prisión provisional, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo (Reinprecht contra Austria, de 15 de noviembre de 2005; Jurjevs contra Letonia, de 15 de junio de 2006, y Abdulkhakov contra Rusia, de 2 de octubre de 2012, entre otras). En virtud de lo establecido por el artículo 270 del Anteproyecto de la LECrim, será el órgano judicial el que revisará con carácter trimestral las razones que justifican la privación de libertad, acordando su mantenimiento, modificación, sustitución o revocación.

9. Introducir un recurso contra la decisión que la impone

En el artículo 274 del Anteproyecto de la LECrim, se prevé la posibilidad de recurrir ante la sección correspondiente del Tribunal de Instancia la decisión por la que se adopte la prisión provisional. Este recurso de reforma tendrá un carácter preferente y se resolverá en el plazo máximo de diez días. De acuerdo con lo establecido por la STC 29/2019, de 28 de febrero (FJ 5), se establecen ciertos supuestos en que será necesaria la celebración de la vista con audiencia de la persona privada de libertad. De esta forma, se sigue, de nuevo, la doctrina elaborada al respecto por el Tribunal Europeo²⁸.

²⁸ El Tribunal Europeo ha señalado a través de su jurisprudencia que la presencia del individuo privado de libertad, en la revisión judicial de la adopción de una medida cautelar penal, puede ser necesaria en determinados casos. En concreto cuando: a) el interesado no fue escuchado en el trámite inicial de control judicial de la privación de libertad que es objeto de revisión (Farhad Aliyev contra Azerbaiyán, de 9 de noviembre de 2010); b) existe una gran distancia temporal entre el momento en que se adopta la decisión inicial de prisión

10. *Introducir nuevas reglas sobre la forma de descontar el tiempo que el preso ha pasado en prisión provisional*

En Rusia, tras la sentencia piloto Ananyev, se promulgó la Ley Federal número 186-FZ, de 3 de julio de 2018, para introducir nuevas reglas sobre la forma de descontar el tiempo que el preso ha pasado en prisión provisional del tiempo total que tiene que permanecer en prisión en el caso de que se confirme su condena. Las nuevas reglas establecen ratios diferentes dependiendo del tipo de centro en que ha permanecido recluido el preso. Por ejemplo, un día en los centros SIZO (para presos preventivos) equivale a un día y medio en una prisión normal. La Ley es aplicable de forma retroactiva y ya ha supuesto la reducción del tiempo de condena de 81 000 presos y la excarcelación de 10 000 internos.

Hasta el momento, los tribunales españoles han aplicado la regla según la cual cada día que un encausado pasa en prisión provisional debe compensarse descontando un día de la pena de prisión impuesta en la posterior sentencia acusatoria. Ragués i Vallès (2020: 112-136) ha planteado la posibilidad de que se lleve a cabo una revisión de esta regla a partir de una nueva interpretación de lo dispuesto por el artículo 58 del Código Penal. El argumento principal que este autor esgrime es que, a pesar de que los tribunales hayan subrayado en numerosas ocasiones que la prisión provisional no se trata de un castigo, sino de una medida cautelar, sus efectos son idénticos a los de la pena de prisión o incluso peores. Por lo tanto, un día de prisión provisional debería «valer» más que un día de pena de prisión. El problema es que, aunque formalmente la prisión provisional constituya una medida cautelar, a nivel social se vive como una auténtica condena. Cuando se decreta la prisión provisional, el encausado pasa a ser culpable a ojos de la opinión pública; y una vez que entra en la

(con comparecencia personal) y el trámite de apelación (Farhad Aliyev contra Azerbaiyán, de 9 de noviembre de 2010); c) las alegaciones del recurrente se refieran estrechamente a su personalidad o carácter (Korneykova contra Ucrania, de 19 de enero de 2012); d) si el recurrente discute *ex novo* las condiciones en las que se desarrolla la privación de libertad, y que en el momento de acordarse la medida cautelar aún no había llegado a experimentar (Mamedova contra Rusia, de 1 de junio de 2006), o e) si el órgano judicial que realiza la revisión modifica los motivos o fundamentos en los que esta se basa (Grauzinis contra Lituania, de 10 de octubre de 2000).

cárcel se interrumpen abruptamente sus obligaciones laborales y sus lazos familiares y sociales.

A través de esta reforma, quizás se consiga que algunos jueces valoren más detenidamente la adopción excepcional de la prisión provisional y su duración, teniendo en cuenta que una prisión provisional prolongada puede reducir considerablemente el tiempo que el preso condenado tenga que pasar finalmente en prisión. Por otro lado, esta reforma también ayudaría indirectamente a reducir la población carcelaria en España. Porque, si los días pasados en prisión provisional valen más que los días de pena de prisión, indirectamente se estaría reduciendo la duración de las penas. Lo que a su vez sería algo positivo, pues España se sitúa en el cuartil más alto entre los países europeos en lo que respecta a la duración del encarcelamiento (Cid, 2020: 25), llegando a triplicar la media europea algún año (Rodríguez Yagüe, 2018: 60).

V. CONCLUSIONES

Sobran los motivos para reducir el uso de la prisión provisional en vez de dar esta medida excepcional como habitual por inercias tradicionales. La prisión provisional se sigue adoptando con frecuencia como medida habitual sin ponderar adecuadamente la libertad personal como derecho fundamental cuyo objeto es preciado y cuya violación es prácticamente de imposible reparación. Se trata de una medida extrema, es cara, no favorece la reinserción de los encausados e incrementa el problema de la sobrepoblación carcelaria. Un asunto especialmente delicado en tiempos de pandemia. Hace más de veinte años que se llevó a cabo la última gran reforma de la prisión provisional en España y convendría actualizar su regulación. Ya que, en estos años, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo –especialmente a través de las sentencias piloto– han seguido avanzando en su jurisprudencia para tratar de garantizar que esta medida sea realmente excepcional en la práctica.

Buena parte de estos avances jurisprudenciales se incluyen en el Anteproyecto de reforma de la LECrim, con el que se pretende elevar esta medida procesal al universo de los derechos fundamentales en juego –libertad personal y presunción de inocencia– de manera real y

efectiva. En el nuevo texto se proponen varias reformas que, de salir adelante, serían muy positivas de cara a reducir el abuso de la prisión provisional en nuestro país. En primer lugar, se define de una forma más clara cuáles deben ser los fines de la prisión provisional. En concreto, se incluye un nuevo precepto (artículo 248) en el que se establece cuáles son los criterios que se tienen que valorar para determinar si concurre alguno de los fines que justifican la adopción de esta medida.

Además, en el Anteproyecto también se prevé ampliar el abanico de medidas alternativas a la prisión provisional aprovechando las posibilidades que hoy ofrece el uso de medios tecnológicos. Esta es la perspectiva más interesante. Con esta nueva batería de medidas alternativas se podría lograr que la prisión provisional realmente fuera una medida excepcional. Es decir, que tal solo se aplicara cuando no existiera otra medida menos gravosa para la libertad personal del encausado con la que se pudiera lograr el mismo resultado. En particular, en el Anteproyecto se incluyen varias de las medidas alternativas que ya estaban previstas en la Recomendación (2006)¹³ del Comité de Ministros sobre prisión preventiva. Se trata de medidas encaminadas al cumplimiento de determinadas obligaciones, a establecer ciertas prohibiciones y/o a ofrecer una protección eficaz a los bienes jurídicos de las víctimas o de terceras personas.

Asimismo, se introduce una prisión provisional en el domicilio para mujeres embarazadas o en período de lactancia, personas gravemente enfermas o que deban necesariamente ser sometidas a un tratamiento curativo o de rehabilitación. Este nuevo régimen se llama *prisión provisional atenuada* y está regulado en los artículos 255 y ss. del Anteproyecto. En Italia, ya se ha introducido una reforma similar para ampliar la posibilidad de aplicar directamente el arresto domiciliario en vez de la prisión provisional para los presos más vulnerables, como mayores de 70 años, embarazadas, no reincidentes, etcétera.

Una de las novedades más destacables del Anteproyecto de la LECrim consiste en traspasar la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal y en transformar los jueces de instrucción en jueces de garantías. Esta nueva figura judicial –que ya existe en otros países europeos como Francia o Letonia– deberá actuar como garante de los derechos fundamentales del investigado y también será la encargada de autorizar la adopción de ciertas medidas cautelares como es la

prisión provisional. Por último, en el Anteproyecto se introduce un control periódico de la prisión provisional (artículo 270 del Anteproyecto) y un recurso de reforma contra la decisión por la que se adopta esta medida (artículo 274 del Anteproyecto). Tal y como se ha examinado, ambas cuestiones venían siendo exigidas por la doctrina del Tribunal de Estrasburgo.

Todas las reformas analizadas hasta el momento parecen bastante útiles y beneficiosas de cara a limitar el uso desproporcionado que se hace de la prisión provisional en España. Sin embargo, sorprende que en el Anteproyecto se siga manteniendo la posibilidad de decretar esta medida tan restrictiva para perseguir delitos que llevan aparejada una pena igual o superior a dos años, o inferior si el encausado tuviere antecedentes penales. Habría que elevar este límite para reservar la prisión provisional exclusivamente para los casos más graves.

También llama la atención que ni en la legislación actual ni en el Anteproyecto de reforma de la LECrim se contemple de forma expresa la posibilidad de aplicar la prisión provisional atenuada para aquellos infractores que tengan la responsabilidad principal de menores a su cargo. Especialmente, teniendo en cuenta que en la actualidad hay un elevado número de familias monoparentales y que más de dos millones de niños europeos tienen a sus padres en prisión.

Por último, en este artículo se analiza una reforma que se ha llevado a cabo con éxito en Rusia y que sería interesante introducir en España. Consiste en establecer nuevas reglas sobre la forma de descontar el tiempo que el preso ha pasado en prisión provisional del tiempo total que tiene que permanecer en prisión en el caso de que se confirme su condena. Las nuevas reglas establecen que un día bajo el régimen de prisión provisional equivale a un día y medio en una prisión normal. Con esta reforma se ha conseguido reducir la duración de las penas de prisión y también la población carcelaria. De hecho, la aplicación de la nueva Ley en Rusia ya ha supuesto la reducción del tiempo de condena de 81 000 presos y la excarcelación de 10 000 internos. Además, otro posible efecto positivo de esta reforma es que quizás consiga que algunos jueces valoren más detenidamente la adopción de la prisión provisional (y su duración), teniendo en cuenta que una prisión provisional prolongada puede reducir considerablemente el tiempo que finalmente el preso pase en prisión.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRISKETA URIARTE, J. (2013). Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador. *Revista Española de Derecho Internacional*, 65 (1), pp. 73-99.
- AEBI, M. F. y TIAGO, M. M. (2020a). *Prisons and Prisoners in Europe 2019: Key Findings of the SPACE I report*. Consejo de Europa.
- AEBI, M. F. y TIAGO, M. M. (2020b). *Prisons and Prisoners in Europe in Pandemic Times: An evaluation of the shortterm impact of the COVID-19 on prison populations*. Consejo de Europa.
- AEBI, M. F. y TIAGO, M. M. (2020c). *Prisons and Prisoners in Europe in Pandemic Times: An evaluation of the medium-term impact of the COVID-19 on prison populations*. Consejo de Europa.
- ALONSO FERNÁNDEZ, J. A. (2019). *Tribunal Constitucional y fines de la prisión provisional. Evolución de la prisión provisional en España*. JM Bosch.
- ARENAL, C. (1877). *Estudios penitenciarios*. Biblioteca Virtual Universal.
- ATABAY, T. (2013). *Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)*. Naciones Unidas.
- BECCARIA, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*. Las frases y párrafos del libro de Beccaria reproducidos en este artículo proceden de la edición española de MARTÍNEZ NEIRA, M. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid.
- CARNERO FERNÁNDEZ, L. (2019). *Prisión provisional: ¿Excepción o regla?* (Trabajo de Fin de Grado). Universidad Autónoma de Barcelona.
- CID, J. (2020). El futuro de la prisión en España. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, pp. 1-32.
- COBREROS MENDAZONA, E. (2019). El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada. *Revista de Administración Pública*, 209, pp. 13-44.
- COMISIÓN EUROPEA. (2020). *EU ENLARGEMENT POLICY, Turkey 2020 Report*. Comisión Europea.
- CUENCA MIRANDA, A. (2004). La prisión provisional en el derecho comparado y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En A. DORREGO DE CARLOS (coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional* (pp.33-68). Sepin.
- DEL SAZ CORDERO, S. (2014). La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado. *Revista de Administración Pública*, 195, pp. 55-98.

- DOTÚ Y GURI, M. M. (2013). *Los derechos fundamentales: derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*. JM Bosch.
- GARCÍA, B. (27 de julio, 2020). La pandemia abre la puerta al futuro de las cárceles: Las alternativas a la prisión en España después de la covid-19: enviar a presos a casa y facilitar un regreso escalonado a la comunidad. *El País*. <https://elpais.com/espana/2020-07-26/la-pandemia-abre-la-puerta-al-futuro-de-las-carceles.html>
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2014). *Los reformadores. Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado*. Tirant lo Blanch.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2009). La paulatina erradicación de la prisión preventiva: un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 63 (2078), pp. 227-254.
- HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. (2011). Prisión provisional y garantías. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, 16/17, pp. 37-82.
- HERRERA, E. (29 de noviembre, 2019). Hasta 52 euros por cada día en prisión de un inocente: «insuficiente» para el daño «irreparable» que produce la cárcel. *elDiario.es*. https://www.eldiario.es/politica/reparacion-economica-prision-provisional-indebida_1_1236197.html
- LARDIZABAL Y URIBE, M. (1782). *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- MORENO CATENA, V. (2003). Prólogo. En O. SANGUINÉ, *Prisión provisional y derechos fundamentales* (pp. 13-18). Tirant lo Blanch.
- MORILLAS CUEVA, L. (2016). Reflexiones sobre la prisión preventiva. *Anales de Derecho*, 34 (1), pp. 1-38.
- NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2017). Alternativas a la prisión: Una evaluación sobre su impacto en la población penitenciaria española. *Revista General de Derecho Penal*, 28, pp. 1-100.
- QUERALT JIMÉNEZ, A. (2018). Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, pp. 395-424.
- RAGUÉS i VALLÈS, R. (2020). ¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? *InDret*, 3, pp. 112-136.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2018). Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-05, pp. 1-68.
- SANGUINÉ, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.

- SIMÓN CASTELLANO, P. (2021). El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España. *Revista Penal México*, 18, pp. 171-182.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I. (2014). La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia. *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 15, pp.129-148.
- TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, S. (2020). Las sentencias piloto del TEDH sobre los tratos inhumanos y degradantes en las cárceles europeas. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp.130-147.
- ULL SALCEDO, M. V. (2005). La prisión provisional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 26, pp. 419-452.
- ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S. (2013). *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea: penología y derechos humanos*. Tirant lo Blanch.