

Prisión provisional: una reforma, para qué

Alberto JORGE BARREIRO

I. LAS PARADOJAS DE LA PRISION PROVISIONAL

Parece evidente que la prisión provisional es una institución muy cuestionada, y tampoco se descubre nada nuevo si se afirma que la conflictividad de ese instituto procesal es intrínseca a su propia naturaleza contradictoria.

En efecto, a pesar de que el adjetivo *provisional* pretende aligerar la carga represiva e inquisitiva que contiene el sustantivo *prisión*, es difícil que con un mero vocablo se lenifique la grave contradicción que supone el hecho de que una persona esté en prisión sin haber sido juzgada. Pues, a fin de cuentas, el imputado que se halla privado de libertad lo está debido a la existencia de meros indicios y no de auténticas pruebas, y su caso no ha sido sometido a un juicio oral contradictorio en el que haya podido ejercitar con todas las garantías su derecho de defensa ni obtenido una resolución definitiva.

En ese contexto se hace sumamente difícil justificar una medida que, si bien se la adorna con los calificativos de *cautelar* y *provisional*, constituye, eufemismos aparte, una auténtica pena de efectos irreversibles, toda vez que la privación de libertad que conlleva ya no resultaría solventable en la hipótesis de que el inculcado fuera absuelto.

Así las cosas, no puede extrañar que los procesalistas hayan insistido en el cercenamiento esencial que la prisión provisional irroga al derecho fundamental a la presunción de inocencia, que, ante una medida cautelar de esa índole, desaparece como garantía nuclear del proceso penal al resultar, *de facto*, desplazada por la presunción de culpabilidad.

Es cierto que la propia dinámica del proceso penal requiere en algunos supuestos la adopción de una medida cautelar de tanta gravedad, y así lo vienen a corroborar la propia Constitución (art. 17) y la Ley Procesal Penal (arts. 503 y 504). Sin embargo, no siempre se opera con ella como una medida de naturaleza procesal encaminada sustancialmente a garantizar el resultado del proceso. De forma que, a los motivos de índole propiamente procesal, como pudieran ser la posible fuga del imputado y la ocultación de pruebas, se le suman otros de carácter sustantivo penal, centrados en concepciones preventivas y de defensa social, para lo cual se acude al concepto de *peligrosidad*. En este sentido, el propio texto procesal da pie a una evolución contra natura de la prisión provisional al utilizar los criterios de la alarma social y de la frecuencia delictiva para apoyar la medida cautelar (art. 503.2º de Ley Enj. Crim.).

Toda esta compleja problemática del instituto ha

vuelto a salir a colación, con más intensidad si cabe, en los últimos tiempos con ocasión de los macroprocesos que invaden los medios de comunicación (casos «GAL», «Conde», «De la Rosa», «Roldán», etc). A ello ha de sumarse el debate en las Cortes del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Jurodo, cuya disposición final segunda incorpora un nuevo artículo 504 bis.2 en la Ley Procesal Penal.

Es precisamente la introducción de esta norma en nuestro ordenamiento procesal penal la que nos sugiere algunas reflexiones que, dada la relevancia de la reforma, nos parece oportuno plasmar por escrito.

Para ello, es imprescindible comenzar por la exposición literal del propio precepto, que dice así:

«Desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste convocará a audiencia, dentro de las 72 horas siguientes, al Ministerio Fiscal, partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de Letrado por él elegido o designado de oficio. El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su Letrado, tendrán obligación de comparecer.

En dicha audiencia podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las 24 horas siguientes, sin rebasar en ningún caso las 72 horas indicadas.

Si en la audiencia alguna parte lo interesase, oídas las alegaciones de todas las que concurrieren, el Juez resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisionales. Si ninguna de las partes lo instase, el Juez necesariamente acordará la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado.

Si por cualquier razón la comparecencia no pudiera celebrarse, el Juez acordará la prisión o libertad provisional, si concurrieren los presupuestos y estimase riesgo de fuga; pero deberá convocarla nuevamente dentro de las siguientes 72 horas, adoptando las medidas disciplinarias a que hubiere lugar en relación con la causa de no celebración de la comparecencia.

Contra las resoluciones que se dicten sobre la procedencia o no de la libertad provisional cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial».

La novedad que aporta el nuevo texto se cifra, pues, en convocar para una audiencia judicial al detenido, nada más ser puesto a disposición del juez, citándose también al ministerio fiscal y a las demás partes personadas. En esta audiencia podrán hacer las alegaciones que estimen pertinentes con respecto a la prisión y a la libertad provisional del imputado, así como proponer para su práctica los medios de prueba realizables en un tiempo que no puede rebasar las 72 horas. Ejecutado este trámite, el juez decidirá sobre la prisión o libertad provisional del im-

putado. Pero —y aquí está la mayor innovación del nuevo precepto— el juez o tribunal no podrán decretar la prisión provisional ni tampoco la libertad provisional si ninguna de las partes lo instase.

Por consiguiente, si no media instancia de parte el juez o tribunal sólo podrá acordar la libertad sin fianza, sin obligación apud acta de comparecencia ante el juzgado o tribunal que entienda de la causa y sin ninguna otra medida restrictiva o privativa de derechos relacionada con la libertad del imputado.

La nueva norma distingue así las tres situaciones de prisión provisional, libertad provisional y libertad sin restricción alguna, y limita la aplicación de las dos primeras a la solicitud de las partes acusadoras.

La reforma se complementa con la modificación del artículo 539, que queda redactado en los siguientes términos:

«Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa.

En su consecuencia, el imputado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio.

Para acordar la prisión o libertad provisional de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el art. 504 bis.2.

No obstante, si a juicio del Juez o Tribunal concurriere riesgo de fuga, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el imputado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las 72 horas siguientes, a la indicada comparecencia.

Siempre que el Juez o Tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte».

II. LOS MOTIVOS DE LA REFORMA

La exposición de motivos de la ley fundamenta su innovación en el principio acusatorio y agrega que, de esta forma, «la limitación de la iniciativa judicial se equilibra con la instauración de los beneficios del contradictorio».

Los redactores del proyecto de ley —que, por cierto, sólo está ya pendiente de su aprobación por el Senado— reconocen, pues, que se limitan las facultades del juez instructor y lo justifican en virtud de la acentuación o potenciación del principio acusatorio. Ello nos obliga a efectuar un breve excursus acerca del principio acusatorio en la fase de investigación judicial y la imparcialidad del juez instructor.

Como es sabido, la doctrina procesal concibe el proceso como una relación triangular entre tres sujetos: la acusación, la defensa y el juez. Las dos primeras que actúan como partes contrarias y el tercero que dirime como árbitro las pretensiones acusatoria y exculpatoria de aquéllas. También es de conocimiento común en el ámbito procesal que esta estructura triádica constituye la esencia del sistema

acusatorio, al que se ajusta el ordenamiento procesal español en la fase de juicio oral.

Ahora bien, en el conocido como proceso mixto, a cuyo ámbito pertenece el nuestro, la fase de instrucción se lleva a cabo por un juez instructor de acuerdo con los principios de legalidad y de investigación de oficio, con aplicación del principio inquisitivo, si bien notoriamente atemperado por las últimas reformas posconstitucionales. De modo que es un juez el que inquiriere e investiga los hechos y va preparando el material que ha de fundamentar la inculpación del imputado, ya sea por el propio juez (sumario ordinario) ya por las acusaciones (procedimiento abreviado).

En este contexto de investigación procesal, se pone en entredicho la pertinencia de una instrucción de naturaleza judicial, especialmente por dos motivos.

En primer lugar, se cuestiona la adopción de medidas cautelares limitadoras de derechos fundamentales por el propio juez investigador debido a una posible falta de imparcialidad. En efecto, se afirma, no sin razón, que el juez que inquiriere en busca de una hipótesis inculpatoria se haya notoriamente precondicionado por su propia función investigadora, lo que le hace perder imparcialidad para adoptar medidas cautelares de graves consecuencias para los derechos del imputado. Por ello se considera —utilizando un lenguaje ecologista— que aparece *contaminado* por la propia instrucción, que aminora su objetividad. Esto puede llevarle a desnaturalizar las medidas cautelares aplicándolas abusivamente, de modo que, orillando el principio de proporcionalidad, acabe otorgando una excesiva prioridad a los fines del resultado sin ponderar el coste de los medios de que se vale.

En segundo término, se afirma también que las instrucciones realizadas por un juez contribuyen a enfatizar en demasía la trascendencia procesal del sumario y a devaluar el contenido probatorio del juicio oral, que en muchos casos se reduce a una mera ratificación de las declaraciones judiciales del sumario.

Sobre estas objeciones atribuibles a la instrucción judicial es preciso efectuar alguna matización. La primera, en el sentido de que la dilación de la fase instructora obedece en no pocos supuestos a la petición de diligencias por las partes, especialmente las defensas, que hacen todo lo posible para evitar una inculpación o la apertura del juicio oral contra el encausado. Ello tiene su lógica si se piensa que, debido a la presencia de los medios de comunicación, la celebración del propio juicio implica una pena aflictiva para el acusado de no mayor entidad, en algunos casos, que la pena propiamente dicha.

De otra parte, es importante subrayar que las instrucciones judiciales en la actualidad, sobre todo cuando el hecho delictivo tiene cierta complejidad, se practican a presencia de diferentes partes personadas. Así, no resulta nada extraño que en las diligencias ejecutadas ante el instructor estén presentes varios letrados, configurándose una escena procesal más propia de un juicio oral que de una instrucción, y que desde luego tiene poco que ver con una investigación inquisitiva.

En lo que se refiere al valor de las declaraciones

sumariales, el Tribunal Constitucional ha venido configurando una doctrina, ya muy asentada, en el sentido de que las declaraciones sumariales sólo podrán ser ponderadas en sentencia si han sido debidamente contrastadas en la vista del juicio oral.

Por último, no puede olvidarse que la naturaleza de la fase de instrucción, dada su naturaleza y los fines que pretende (art. 299 de la Ley procesal Penal), siempre ha de estar configurada con algunos tintes inquisitivos, intrínsecos a la propia función de averiguación del delito y de su autor, por lo que la contradicción, la publicidad y la oralidad nunca alcanzarán la cota establecida para la fase de plenario.

III. UNA SOLUCION INADECUADA

Para solventar las objeciones que se atribuyen al modelo de investigación judicial se acude al derecho comparado —en concreto al derecho angloamericano— y se busca como salida el convertir al ministerio fiscal en instructor. De esa forma, se dice, el fiscal llevaría la carga de la instrucción y el juez adoptaría las medidas cautelares que afectaran a derechos fundamentales, resolviéndose así los problemas anteriormente indicados.

Sin embargo, el optimismo desaparece cuando se repara en que la parte a la que se confiere la iniciativa en el procedimiento investigador carece de independencia, pues la cúspide del ministerio fiscal se nombra a propuesta del Gobierno y el instituto se rige en su funcionamiento interno por el principio de dependencia jerárquica.

Así las cosas, en los procedimientos en que aparecen implicados miembros del aparato del Estado —situación nada extraordinaria en los estados modernos de economía intervencionista, con elevados presupuestos y un número importante de funcionarios— la parte acusadora depende de la acusada. Se transforma, pues, la estructura triádica propia del procedimiento acusatorio en una de naturaleza diádica, y al proyectado triángulo procesal se le cae uno de sus lados.

Puede decirse, entonces, que la solución que se nos ofrecía como una potenciación del principio acusatorio aparece, en cierto modo, trucada, al menos en lo que atañe a los procesos de corrupción, en los que está en juego el Estado de derecho y el equilibrio de poderes constitucionales. Lo que se nos presenta como acusatorio y triádico no lo es realmente.

La decepción que ello nos produce es similar a la que padecemos cuando nos mitificaron el proceso penal norteamericano como proceso paradigmático de efectos miríficos, y después, cuando llegaron a nuestras manos algunas estadísticas sobre el nuevo paradigma, pudimos enterarnos de que, en realidad, en el país del *supramodelo* un noventa por ciento de los casos no llegaban a juicio oral, sino que se resolvían por *consenso*, operando como *partitura* para el acto unas diligencias policiales. Es decir, que el nuevo proceso paradigmático consistía, por un juego consensuado de magia jurídica, en lograr la exclusión del auténtico proceso.

La asignación de la función instructora al ministe-

rio fiscal encontró numerosos críticos en nuestro país, pues se vio en ello la posibilidad de que el principio de oportunidad, insito en el ámbito político, se trasladara a la instrucción penal al hacerse cargo de ella un instituto que no es independiente del poder ejecutivo. Y como es sabido, una buena instrucción es requisito imprescindible para el desarrollo del proceso penal, hasta el punto de que sin ella no resulta factible, al menos en los delitos de cierta complejidad, obtener una inculpación o una acusación que permita acceder a la fase del juicio oral.

Ante las reticencias encontradas, se abandonó provisionalmente el nuevo modelo. Pese a lo cual, no se renunció a ir introduciendo en la ley procesal algunos matices *acusatorios* a la espera de una futura reforma más profunda. Y así, con motivo de la instauración del procedimiento abreviado (año 1988), se abrió una vía para que el fiscal practicara diligencias extrajudiciales de investigación.

En esta misma dirección de control de la instrucción por el ministerio fiscal han de entenderse los nuevos artículos 25 y 26 del proyecto de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado, que cercenan la iniciativa del juez instructor en la investigación de oficio al someterla a instancia previa de parte. Es decir, a la solicitud del fiscal, que es la única parte que está presente en la incoación del procedimiento, toda vez que es poco frecuente la intervención de acusaciones particulares o populares al inicio mismo de la causa. Con lo cual es factible la paralización de la investigación en los primeros momentos del procedimiento, generándose unas secuelas irreparables para el éxito de la instrucción en el caso de que se reabriera posteriormente a instancia de otra parte ajena a la acusación pública.

Se condiciona, de este modo, la investigación de oficio de un órgano que se rige realmente por el principio de estricta legalidad a la previa solicitud de otro cuya vinculación al mismo principio no es tan clara ni tan estricta, al menos en la práctica, dado que no goza de independencia con respecto a otro de los poderes del Estado.

Los argumentos que se aportan para esa limitación resultan, además, muy poco convincentes. En efecto, no parece muy sólido el argumento consistente en la necesidad de preservar la imparcialidad del órgano que va a acordar, en el nuevo procedimiento, la apertura del juicio oral fijando específicamente los hechos enjuiciables. Y entendemos que carece de enjundia porque, en primer lugar, la imparcialidad del juez instructor no se ve menoscabada primordialmente por el hecho de que el procedimiento se desarrolle sobre un hecho específico que se le haya denunciado o sobre otros que hayan ido apareciendo en el curso de la investigación. La imparcialidad sufre realmente por la práctica misma de las diligencias sumariales y el contacto directo con los avatares de la propia investigación, independientemente de que el hecho central investigado siga siendo el mismo o aparezcan otros nuevos. De hecho, muchos procedimientos se incoan en virtud de una querrela con hechos muy pormenorizados, que se mantienen sustancialmente en el curso del proceso, y, pese a ello, la *contaminación* que afecta al instructor después de practicar múltiples diligencias es exactamente igual que en otros supuestos en el

que los hechos aparecen más dispersos o confusos.

No se puede hablar tampoco de una incoación inquisitiva del procedimiento cuando el juez la inicia previa denuncia o querrela, como es lo habitual. Por lo tanto, carece de fundamento el celebrar una comparecencia para formalizar técnicamente una imputación por un fiscal o un letrado cuando la imputación ya ha sido formulada por un tercero, policía o particular, en un escrito de denuncia.

Por lo demás, el que sea el juez instructor el que dicte un auto de apertura del juicio oral en el enjuiciamiento por jurado carece de la relevancia que se le pretende dar. Y ello porque, a fin de cuentas, para que pueda acordar la apertura del juicio oral se precisa una acusación en toda regla del ministerio fiscal o de otras partes personadas en la causa. Por consiguiente, no tiene la iniciativa en este trámite el juez instructor, sino que la detentan las partes acusadoras, que son las que pueden dar pie o no a que el juez abra el juicio oral. No se comprende, entonces, la tortuosa preocupación del prelegislador y del legislador en un supuesto donde se cumplimentan con exquisitez el principio acusatorio.

Ante la endeble solidez de los argumentos que se exponen en la nueva ley para cercenar la investigación de oficio por el juez instructor ha de pensarse en otros motivos. Pues no se entiende muy bien que el aparato policial goce de unas amplísimas facultades de investigación, y que, en cambio, a un juez que se rige por el principio de estricta legalidad y que tiene un estatuto que le otorga independencia —aquí puede estar el quid de la cuestión— se le coarten, una vez que se le presenta una denuncia o una querrela, sus posibilidades de instrucción.

Escudriñando entre los posibles motivos de fondo que pudieran haber generado la medida de control, y puesto que cada vez que en nuestro país se instruyen delitos con relevancia política o socioeconómica se anuncian cambios legislativos para *mejorar* el ordenamiento jurídico, me vienen a la mente dos asuntos de esa índole en los que se trató el tema de la iniciativa en la instrucción y la actuación de oficio del juez instructor.

El primero de ellos es el caso *Filesa*. En él recayeron dos resoluciones del Tribunal Supremo —autos de 21-IX-1992 y 18-XI-1992— en los que se trataron las quejas de los imputados sobre la dispersión de la investigación, que afectaba a las finanzas del partido político en el Gobierno. Parece ser que la instrucción no se ceñía a unos hechos concretos sino que se dispersaba en exceso. En ello pudieron influir diferentes factores, como la complejidad del tema y las disfunciones que generan los procedimientos para aforados, al atribuir la instrucción a un órgano judicial colegiado que carece de infraestructura para desarrollar esa labor.

El segundo proceso de relevancia en que se trató el tema de las instrucciones que podemos llamar *difusas* es el caso *Juan Guerra*, en el que el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 32/1994. Se trata en ella de los peligros de las inquisiciones generales y de la delimitación de la investigación, si bien deja claro que el principio acusatorio no rige al inicio de la instrucción.

Ciertamente, es factible que un juez se exceda en el ámbito de la instrucción, pero, ante un abuso de

esa índole, siempre cabe la posibilidad de un recurso, y, desde luego, no concurre una alarma social sobre este punto debido a excesos judiciales que fundamente una medida que afecta notablemente al contenido y eficacia de la instrucción judicial.

No parece, pues, justificado que casos como los expuestos desencadenen una reforma de tan importante calado sobre las facultades del instructor, máxime cuando en el segundo supuesto referido el imputado acabó siendo enjuiciado en seis procesos diferentes y por distintos delitos, señal inequívoca de que la dispersión estaba más en la conducta investigada que en la instrucción de los jueces.

Todo deja entrever, por lo expuesto, que el fundamento de la reforma no está en el principio de imparcialidad del juez instructor, sino en la limitación de su labor investigadora en un fase decisiva para la instrucción y cuando tiene delante la denuncia de un ciudadano, momento en el que se le encorseta con un trámite procesal de difícil justificación.

Por lo demás, el fijar los hechos por las partes acusadoras al inicio de una investigación resulta una empresa difícil y complicada, y el limitar la instrucción a los hechos estrictamente imputados bloquea y obstaculiza en exceso las facultades del instructor y condiciona el resultado de su labor. Estamos, pues, ante una formalización del principio acusatorio al comienzo de la instrucción que casa muy poco con la flexibilidad de esta fase procesal y con la naturaleza de la misma. Y que, desde luego, genera justificadas suspicacias al imponerse solamente en los procedimientos ante jurado, en cuyo ámbito quedan comprendidos precisamente los delitos relativos a la corrupción.

Pues bien, desde la misma perspectiva ha de verse la reforma de la prisión provisional establecida en la disposición final segunda del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Jurado, cuyos inconvenientes examinamos a continuación.

IV. OBJECIONES A LA NUEVA REGULACION

El nuevo sistema de prisión provisional a instancia de parte distorsiona la propia configuración de la prisión provisional como medida cautelar, lo que no puede extrañar, dado que se impone su previa solicitud por quien no conduce la investigación.

El distorsionamiento se genera, lógicamente, al introducir un matiz acusatorio en manos de las partes que no dirigen de oficio la investigación. Ello no ocurriría, por supuesto, si la condujera de oficio el ministerio público. Pero al no haberse implantado ese modelo debido a las razones antes expuestas y limitarse a recoger sólo un elemento del mismo se produce una evidente disfunción.

En efecto, el juez instructor sigue dirigiendo de oficio la investigación, marca las líneas de la misma y los pasos que ha de seguir para alcanzar una base fáctica inculpatoria. Por lo tanto, es quien tiene en mente el boceto de toda la investigación y conoce las consecuencias de la fuga de un imputado y las posibilidades de que suceda, así como los efectos que puede producir una ocultación o alteración de pruebas y las expectativas de que tenga lugar. Pues bien, a pesar de ello, no es él quien puede acordar

la prisión provisional de oficio ni tampoco quien la solicita, sino que ha de ser una de las partes que no dirigen la investigación la que, con su solicitud, dé pie para que el juez la acuerde.

En la práctica esto supondrá que el instructor, a pesar de ser juez *inter partes*, se dirija al fiscal postulando que solicite la prisión provisional para que él pueda acordarla por estimarla imprescindible para el éxito de la instrucción. Y en caso de que el ministerio público no la instare, tendría que acudir al convencimiento de las restantes acusaciones, si las hubiere, para que éstas interesaran la prisión de un imputado. Se crea de esta forma la figura del juez *postulante*.

En otro orden de cosas, de la lectura del nuevo artículo 504 bis.2 parece desprenderse que la audiencia del fiscal y de las partes es obligada incluso en los supuestos en que el juez entendiera que procedía la libertad provisional con una mera obligación de comparecencia ante el juzgado. Si así fuera, cabría la posibilidad de que el imputado estuviera privado de libertad por un período de hasta 72 horas cuando, en realidad, procedía su libertad. Ello resultaría inconstitucional al oponerse al artículo 17 de la ley suprema, según el criterio sentado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 71/1994, que argumenta en el sentido de que la situación de libertad o pérdida de la misma se encuentra en manos del juez, a disposición, por tanto, de una autoridad judicial. Por lo cual, concluye declarando la inconstitucionalidad del artículo 504 bis de la Ley Procesal Penal, toda vez que permitía que una orden de libertad decretada judicialmente no fuera inmediatamente ejecutable.

Es cierto que el último párrafo del nuevo artículo 539 dispone que siempre que el juez o tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte. Sin embargo, este precepto se está refiriendo siempre al acuerdo de la libertad sin restricciones o a la transformación de una libertad provisional concreta en otra de índole más favorable, pero no al acuerdo que convierte una detención en una libertad restringida.

Una interpretación sistemática y teleológica de ambas normas pudiera solventar el problema y proporcionar una lectura constitucional del artículo 504 bis.2, pero es obvio que la nueva norma en ese punto no resulta suficientemente clara y precisa.

Otro interrogante que suscita la lectura de los nuevos preceptos es el relativo a qué sucedería si el fiscal, después de que el juez hubiera acordado la prisión por habérselo instado, rectificara su postura y presentara un escrito solicitando la libertad. Y la misma cuestión puede plantearse con respecto a la acusación particular cuando la prisión haya sido decretada sólo a instancia de esa parte.

A la vista de la redacción de ambos preceptos, parece claro que en esos casos el juez debería decretar de inmediato la libertad, aunque estimara que no procede.

La solución, sin embargo, puede originar en esos supuestos algunas situaciones procesales poco edificantes, pues al quedar *de facto* en poder de las par-

tes el conseguir la libertad provisional cabe la posibilidad de que afloren casos de cierto *mercadeo* procesal. Sin ir más lejos, en algunos delitos económicos en que la prisión se fundamentara únicamente en la petición de los perjudicados, la acusación particular tendría en su mano un instrumento de prisión importantísimo contra el imputado que, probablemente, derivaría en pactos extrajudiciales que podrían comprometer el resultado del proceso, convirtiendo algunas defraudaciones en delitos meramente privados.

Desde una perspectiva más pragmática, se advierte que la audiencia que imponen los nuevos preceptos puede crear no pocos problemas operativos para su celebración, especialmente en las grandes capitales. En efecto, en las ciudades donde existen juzgados de guardia que reciben un importante número de detenidos no es descartable que se presenten graves dificultades para legalizarlos con la celebración previa de una audiencia, especialmente si, como da a entender la ley, es preceptiva siempre que se acuerde la prisión o la libertad provisional.

Los problemas surgirán principalmente cuando las defensas, con el fin de evitar una situación de prisión, insten la práctica de pruebas que permite la ley. Por poner un ejemplo, que se solicite que comparezcan a declarar dentro de las 72 horas los testigos de cargo de un atraco, de una violación, de unas lesiones o de una estafa. Teniendo en cuenta que esos juzgados suelen permanecer cerrados durante las 24 horas siguientes a la guardia, podrían surgir, pues, insalvables dificultades para celebrar esas comparecencias probatorias.

También pueden surgir obstáculos que dificulten el trámite de legalización cuando el juzgado de guardia no sea el competente para conocer de la causa, hipótesis en la que la comparecencia habría de señalarla y celebrarla el juzgado al que corresponde instruir el procedimiento.

Por último, en los juzgados de las pequeñas localidades donde no reside un fiscal permanentemente, también es factible que las audiencias relativas a las legalizaciones de detenidos tengan problemas de infraestructura que dilaten su celebración.

V. LA REFORMA PENDIENTE

El prelegislador y el legislador fundamentan la implantación del requisito de la instancia de parte para acordar la prisión en la necesidad de potenciar el principio acusatorio, así como en la imparcialidad del instructor que va a dictar el auto de apertura del juicio oral y del juez o tribunal que va a enjuiciar el hecho.

Este criterio apareció ya recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional 106/1989. Se trataba de un recurso de amparo interpuesto contra un auto que inadmitió la recusación de un juez al que se achacaba falta de imparcialidad para enjuiciar, por haber dictado anteriormente la prisión provisional del encausado y por haberlo interrogado en la fase de instrucción. El TC sienta como doctrina que el acordar la prisión provisional no tiene por que erigirse necesariamente en causa de abstención o de recusación a los efectos de preservar la imparcialidad del

juzgador. Dicha pérdida de imparcialidad —sigue diciendo— tan sólo habrá que estimarla concurrente cuando el juez de instrucción adopte de oficio esta medida cautelar sin la previa instauración del contradictorio. Y como en el caso enjuiciado la prisión había sido acordada de oficio, sin que lo instara parte alguna, acuerda estimar el amparo.

Esta doctrina resulta poco convincente, habida cuenta que no garantiza la imparcialidad del juzgador, según se constata con una mera referencia a los datos empíricos de psicología judicial extraíbles de la práctica diaria. Y decimos esto porque cuando un juez tiene que dictar una sentencia contra un acusado que se halla en prisión por auto dictado por el juzgador, lo que le preconditiona sustancialmente es que el enjuiciado esté privado de libertad por una resolución previa del propio juez.

Se considera, pues, de escasa trascendencia que la prisión se dictara de oficio o a instancia de la acusación, lo importante es que la prisión la dicta uno como juez y ello es lo que genera responsabilidad y preconditiona. No descarga esencialmente de responsabilidad al juez el que la haya o no pedido una parte, como tampoco aligera el peso que conlleva el dictar un fallo condenatorio el hecho de que la acusación la formule el fiscal. Si un juez yerra juzgando no se siente liberado de su responsabilidad por la existencia de una acusación previa.

Así las cosas, si el legislador quiere implantar un proceso con todas las garantías que salvaguarde realmente el principio de imparcialidad ha de reformar el régimen de la prisión provisional en el sentido que no pueda acordarla el juez que sentencia. Todo lo demás son palabras huecas y juegos de lenguaje.

Hasta que ello sea una realidad los jueces seguirán sentenciando con la carga y la preterminación que supone el tener al acusado preso en los meses precedentes al juicio, y se seguirá operando con el resabio procesal de las penas adaptadas al período de prisión preventiva.

La preocupación expuesta aparece avalada por la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues, en sentencia de 24-V-1989 (caso HAUSCHILDT), apreció violación del artículo 6.1 del Convenio por falta de imparcialidad de uno de los miembros de un tribunal danés que había ratificado la prisión provisional del acusado.

Por consiguiente, ni los tribunales ni los jueces de lo penal deben acordar prisiones provisionales si lo que el legislador pretende es garantizar el principio de imparcialidad.

Y en lo que atañe a los jueces de instrucción, estimamos que carece de excesiva relevancia el hecho de que dicten un auto de apertura de juicio oral o de procesamiento contra el encausado en prisión provisional. Pues, a fin de cuentas, el control de la apertura del juicio oral corresponde a las partes mediante la formulación de la acusación, y, además, no dictan la sentencia ni dirimen la causa ni en primera ni en segunda instancia. A mayor abundamiento, es sumamente difícil que con respecto a un imputado que se halla en prisión provisional no concurren indicios para procesarlo o dictar en su contra un auto de apertura de juicio oral.

En cambio, estimamos mucho más preocupante el hecho mismo de que dicte la prisión provisional, dados los efectos irreversibles que ésta produce, el propio juez que se encuentra embebido en la investigación y preconditionado por ella, pues se corre el riesgo de que se desnaturalice e instrumentalice la medida, perdiendo así su carácter restrictivo y cautelar.

Ante ello, y mientras que la regulación estatutaria del ministerio fiscal no ofrezca garantías para que se le asigne la instrucción, sólo cabría desdoblarse las funciones actuales que competen al juez instructor, atribuyéndole la adopción de la medida cautelar a un órgano judicial diferente, y, como solución provisional, mejorar, desde luego, el sistema de recursos.

Sobre ese último extremo, resulta inadmisibles que un recurso de apelación o de queja contra un auto de prisión tarde un período de tres meses en resolverse. Se precisa con urgencia una reforma que agilice el trámite en concordancia con la importancia del control de la prisión provisional.

En este sentido, debiera generalizarse el recurso de apelación y acordarse en la misma providencia que lo admite a trámite deducir testimonio de lo actuado y remitirlo al tribunal competente, ante el que se emplazará a las partes. Y una vez que se reciban en la sala las actuaciones, señalar de inmediato la vista oral del recurso para que se celebre en los siete días siguientes. De esta forma, un recurso de apelación de esa índole no tendría por que dilatarse más de quince días. Esto no supone un objetivo inalcanzable, por cuanto hay audiencias provinciales que están resolviendo los recursos de apelación dentro del plazo de los diez días que señala la ley, y las impugnaciones contra autos de prisión requieren siempre prioridad.

Para finalizar, estimamos que debió aprovecharse la reforma para introducir como supuesto motivador de la prisión provisional el peligro de ocultación o de alteración de pruebas. De hecho, los jueces lo están aplicando en la práctica con no poca asiduidad, pese a que no aparece recogido específicamente en nuestra legislación procesal. Ello puede acarrear problemas y suscitar dudas, pues el principio de legalidad procesal es imperativo y conlleva una interpretación restrictiva de la norma cuando se trata de limitar derechos fundamentales. De tal forma que sólo cabe acordar la prisión provisional en los casos admitidos por el legislador.

Es cierto que de la regulación de la prisión incommunicada pudiera inferirse la admisión del riesgo de ocultación de pruebas como motivo de la prisión provisional, y también que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos deja entrever en alguna resolución la posibilidad de aplicarlo de acuerdo con el Convenio (STEDH de 16-VII-1971, caso RINGEISEN). Sin embargo, parecía imprescindible recoger ese supuesto en nuestra legislación, tal como se hace en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (Francia, Italia, Alemania, Portugal y Austria).

Ajeno a ello, el legislador regula como único supuesto en que cabe, excepcionalmente, acordar la prisión provisional de oficio el de riesgo de fuga, convocándose la comparecencia para las 72 horas siguientes.