

Prisión provisional «a la carta»

Jesús FERNANDEZ ENTRALGO

1. UNA LEY CON DOBLE FONDO

El «Boletín Oficial del Estado» de 23 de mayo de 1995, publicó la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

Su disposición final quinta dispone:

«La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», con excepción de lo prevenido en su capítulo II y en su disposición transitoria tercera, que entrará en vigor a los dos meses de dicha publicación.»

El grueso del contenido de la Ley Orgánica debe entrar, pues, en vigor, el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

El análisis del proceso de elaboración, discusión y aprobación de la Ley Orgánica 5/1995 produce una difícilmente evitable sensación de trabajo precipitado y un poco chapucero; de ansia de aprovechar un tiempo que se acaba y de no perder una oportunidad histórica, acaso irrepitable en un futuro inmediato, de dar la respuesta largos años demorada al «inequívoco emplazamiento constitucional» (por usar las mismas palabras de la *Exposición de Motivos* de aquella Ley) contenido en el artículo 125 de nuestra vigente Ley Fundamental de 1978, cuyo desarrollo —de nuevo, el preámbulo legislativo— «... no es, ... tan sólo un imperativo constitucional, sino que es una urgente necesidad en cuanto que pieza decisiva de una reforma en profundidad del conjunto de la Administración de Justicia, que es sentida como necesidad inaplazable por buena parte de los ciudadanos.»

Esa sensación de chapuza precipitada (ceder, incluso desinteresadamente, a los «halagos de la fortuna» no suele favorecer la calidad del trabajo) se acentuó en la etapa final del camino parlamentario del Proyecto de Ley que había publicado el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 20 de mayo de 1994, cuando, por falta de número suficiente de diputados, no fue posible la ratificación, por el Congreso de los Diputados, de las enmiendas aprobadas por el Senado y que corregían ciertas deficiencias (entre ellas, una, muy sonada, en materia de prisión provisional) apreciadas en el Proyecto en tramitación. Una proposición de Ley habrá de encargarse de introducir —en angustiada lucha contra el tiempo— las frustradas modificaciones senatoriales. La *Exposición de Motivos* de esta proposición de Ley, 122/000112, publicada en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados» del 9 de junio de 1995 (624/000013, en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado», de 28 de septiembre de 1995) en el cubre, por cierto, con estas piadosas palabras —y sin el menor asomo de au-

to crítica— la amarga realidad del absentismo parlamentario: «... En la sesión celebrada el 11 de mayo de 1995 por el Pleno del Congreso de los Diputados se aprobó la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, si bien no se incorporan a su texto las enmiendas aprobadas por el Senado, dado el resultado obtenido por la votación de conjunto, que significó el rechazo de aquellas enmiendas, a pesar de que previamente habían sido muy favorablemente valoradas y casi unánimemente aceptadas por el Pleno del Congreso...».

La Ley Orgánica 5/1995 regula, en su capítulo III, un específico procedimiento para las causas ante el tribunal del Jurado. Sin embargo, incluye, además, disposiciones que afectan al procedimiento penal en general.

Así, su disposición final segunda, bajo el epígrafe «*Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*» se contienen tres apartados relacionados con el hasta ahora vigente régimen de la prisión provisional.

El apartado 5 es del siguiente tenor:

«... Se incorpora un nuevo artículo 504 bis 2 con la siguiente redacción:

«Artículo 504 bis 2.

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 setenta y dos horas siguientes, al Ministerio Fiscal, demás 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 podrá proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes, sin rebasar en ningún caso las setenta y dos horas antes indicadas.

Si en tal audiencia alguna de las partes 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 setenta y dos 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.»

El apartado 6 deja sin contenido el actual artículo 516 (aplicable únicamente al modelo de procedimiento ordinario por delito, como se desprende de la lectura del artículo 785.8º, a, a propósito del abreviado) que dispone que «... [el] auto [de prisión] se ratificará en todo caso o se repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de la prisión.»

El actual artículo 539 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal establece:

«Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables de oficio o a instancia de parte durante todo el curso de la causa.

»En su consecuencia, el procesado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser aumentada y disminuida en cuanto resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio.»

El apartado 7 de la Ley Orgánica 5/1995 lo redacta nuevamente de la siguiente forma:

«Artículo 539.

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 no 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 artículo 504 bis 2.

No obstante, si a juicio del juez o tribunal concurriera 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 setenta y dos 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.»

2. CAMBIO DE RUMBO

La reforma más llamativa que la Ley Orgánica 5/1995 introduce en el régimen de la prisión provisional consiste en su conversión en medida cautelar que necesariamente ha de interesar una parte procedimental legitimada como acusadora, y, tópicamente, el Ministerio Fiscal.

La *Exposición de Motivos* de la Ley Orgánica 5/1995 explica que en ella se «... incorpora una necesaria audiencia del Ministerio Fiscal, las partes y

el imputado asistido de letrado, inspirada en el principio acusatorio, y suprime la exigencia de ratificación del auto de prisión. De esta forma, la limitación de los beneficios del contradictorio, sin perjuicio del carácter reformable de las medidas adoptadas durante todo el curso de la causa...».

La novedad provocó reacciones de rechazo debidas, fundamentalmente, a suspicacias sobre el uso que la acusación pública podría hacer de ese poder de iniciativa que se ponía en sus manos.

Estos recelos desplazan al estudioso de la reforma al terreno de lo político institucional, y reaviva la polémica en torno a la necesidad de garantizar la independencia y neutralidad del Ministerio Fiscal, singularmente frente al Poder Ejecutivo, porque a éste corresponde proponer al rey el nombramiento de aquél, después de oír al Consejo General del Poder Judicial, tal como dispone el artículo 124.4 de la vigente Constitución Española.

Inquieta el hecho de que pese sobre un Ministerio Fiscal que puede ser (aunque no necesariamente haya de serlo) «hechura del poder»¹, la iniciativa de interesar la aplicación de una medida tan coactiva como la prisión provisional, singularmente en los casos por delitos supuestamente cometidos «desde el poder» y sus aledaños, y muy en especial en aquellos denominados «delitos sin víctima (individualizable)», en que no habrá posibilidad de una acusación particular que supla la omisión de la pública, y cabe que, por las más diversas razones, tampoco se haya constituido en el procedimiento acusador popular alguno.

Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente procesal, todo cambia.

Importa, para empezar, que quede claro que el proceso es la traducción jurídica del método de resolución de un conflicto de intereses, que, en el caso del penal, enfrenta una pretensión punitiva (a la que, eventualmente, puede agregarse otra, resarcitoria) con una oposición de aquella persona frente a la que aquélla se propone.

El debate (esto es, el juicio oral, el proceso propiamente dicho, el «juicio verdadero», en la jugosa, expresiva dicción de la *Exposición de Motivos* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) es el enfrentamiento que sigue a una vela de armas, que, en la jerga procedimental, se llama instrucción, que no es sino el conjunto de «... actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos...», tal como se lee en la descripción del contenido —o, si se prefiere, definición— del sumario (arquetipo de actividad instructora), recogida en el artículo 299 de aquella Ley procesal.

Instruye —o lo que es igual, se informa, acopia materiales (acumula armas, organiza su estrategia)— la parte procedimental (todavía no procesal)

¹ Es preciso arbitrar mecanismos objetivos que garanticen la neutralidad partidista del Fiscal General del Estado, y del Ministerio Fiscal del que es cabeza, en lugar de confiar en la honradez y la independencia personales de quien, en cada caso, ostente aquel cargo. El magistrado Plácido Fernández Viagas re-

cordaba, con gran sentido de la realidad que, en las sociedades no democráticas, se desconfía de todas las personas, menos de las que detentan el poder; en las democracias se desconfía sobre todo de quienes lo ejercen: por eso se arbitran controles sobre ellos.

legitimada para acusar o defenderse. La parte acusadora mueve sus piezas, y, en su momento, se decide a interesar, del órgano jurisdiccional que es fiel de la balanza entre su pretensión y el contrapuesto interés del imputado, la adopción de una medida cautelar que implica una privación temporal o una restricción de algún derecho fundamental de éste. El juez responde ejerciendo una función de primer orden (recuérdese el inciso final del apartado 4 del artículo 117 de la vigente Constitución Española): legitimando la ingerencia en el derecho fundamental afectado por aquella medida cautelar.

Es fácil comprender la nueva perspectiva que implica la Ley Orgánica 5/1955. Hasta ahora, el instructor llevaba la iniciativa de la investigación, y, sobre todo, podía —sin demasiado escándalo, porque se presumía su neutralidad— disponer medidas fuertemente restrictivas y aun privativas de derechos de la persona a la que se atribuía la perpetración de una infracción penal. Ahora, el juez encargado de la investigación se encuentra a merced de la iniciativa de una parte acusadora. La razón es fácilmente comprensible: al igual que en cualquier otro proceso, es lógico que la parte a la cual interese, proponga la medida cautelar más útil para la garantía del interés que defiende.

Hay todo un cambio —bienaventurado— de filosofía procesal penal, que condiciona a la proposición de la parte beneficiada la adopción de una medida cautelar tan drástica como la prisión provisional. El juez de Instrucción recupera su papel (que nunca debió perder) de árbitro de la contienda entre quien pretente y quien impugna la adopción de la medida cautelar.

Nada extraña este golpe de timón. Está en sintonía con los vientos que soplan, desde hace años, sobre la Europa continental (desde la reforma proce-

sal penal de la República Federal Alemana al nuevo Código procesal penal portugués), fascinada por la dialéctica instructora del Derecho angloamericano² intuida por el pronóstico que, de una instrucción acusatoria, hacía (entrevista, entonces, como horizonte utópico) la esperanzadoramente clarividente *Exposición de Motivos* de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. EL DIFÍCIL MANEJO DE LA HERRAMIENTA PROCESAL

La nueva regulación de la prisión provisional parte, implícitamente, de una situación de imputado sujeto a una medida de detención preventiva, y puesto a disposición del instructor para que resuelva sobre su situación personal.

El legislador español parece haberse dejado seducir por otros modelos extraños, olvidando algo trascendental: que no quiso —a diferencia de aquéllos— desplazar la instrucción de la causa a manos del Ministerio Fiscal, convertido, en la República Federal Alemana, desde la reforma llevada a cabo en 1974 en su Ley Procesal Penal, en «dueño de la instrucción»³, y que, en otros sistemas procedimentales, se encarga de presentar al detenido ante el Juez para que resuelva sobre su situación personal⁴.

Es inevitable el recuerdo del mecanismo anglosajón que articula la comparecencia inicial («*initial appearance*»), decisora de la situación personal del detenido⁵, y la audiencia preliminar («*preliminary hearing*»), para controlar la regularidad de lo hasta entonces actuado, y la razonabilidad de la continuación del procedimiento; y los que, sin duda a su ejemplo, introdujeron, primero, la reforma procesal penal alemana de 1974 y, posteriormente, los Códigos Procesales Penales italiano y portugués. El re-

² Resulta especialmente interesante el análisis continental de las normas anglosajonas sobre la prisión provisional, y las sucesivas audiencias preliminares encaminadas a censurar su racionalidad y proporcionalidad (véanse las aportaciones de Cherif Bassiouni y de George, cit. más arriba, así como, a título de ejemplo, Kittrie, N. N., «Criminal procedure», en Janosik, R. J. «Encyclopedia of the American Judicial System Studies of the principal institutions and processes of Law», Charles Scribner's Son, New York, 1967, págs. 1004 y ss.

³ La expresión —utilizada por autorizados especialistas alemanes (Peters, Roxin, Tiedemann, Eser...: cfr. Gómez Colomer, J. L., «El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas», Bosch, Barcelona, 1985, pág. 72, nota 20), hace fortuna: cfr. Oliveira, O. M., «As medidas de coacção no novo Código de Processo Penal», en «Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal», Centro de Estudos Judiciários, Alameda, Coimbra, 1991, pág. 170; Villagómez, M., «Estudio preliminar», en «Documentación Jurídica», XVI, 61, enero-marzo 1989, «El nuevo proceso penal italiano», pág. 25, nota 22.

⁴ En la República Federal Alemana, a tenor del artículo 128 de su Ley Procesal Penal, en caso de que un detenido no haya sido ya puesto en libertad por la policía o por el Ministerio Fiscal, será conducido coactivamente ante el juez del *Amtsgericht*, en cuyo partido judicial hubiera sido detenido, de inmediato o lo más tarde al día siguiente de la detención. El juez interrogará al conducido y, si considerase injusta su detención, o que sus motivos han cesado, ordenará la puesta en libertad. En los demás casos promulgará la orden de prisión o de internamiento, a instancias de la fiscalía, o de oficio si no hubiere un fiscal disponible. A tenor del artículo 291 del Código italiano de procedimiento penal, la prisión provisional se acordará a instancia del Ministerio Público, quien presentará al juez una solicitud que contenga los

elementos en que aquélla se funde. Inmediatamente de ejecutada la medida, y en todo caso, dentro de los cinco días siguientes, se procederá al interrogatorio del preso, y el juez dispondrá lo que proceda, valorando si persisten las condiciones de aplicación y se cumplen los requisitos exigidos para el mantenimiento de la prisión provisional (artículo 294). Detenida una persona, si el Ministerio Fiscal considera que no procede su inmediata puesta en libertad, interesará del juez, dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención, la convalidación de la privación cautelar de libertad (art. 390), y el juez resolverá en una audiencia que tendrá lugar dentro de otras cuarenta y ocho horas, oyendo al Ministerio Público, al detenido y al defensor de éste. Si procede, a instancia de aquel Ministerio, dispondrá la prisión provisional del detenido. Transcurridas esas cuarenta y ocho horas sin decidir, la detención dejará de ser eficaz (art. 391).

En Portugal, a tenor del artículo 268 de su Código del Proceso Penal, las medidas coactivas, entre ellas, por supuesto, la prisión provisional, son acordadas por el juez a instancia del Ministerio Fiscal a quien se encomienda la dirección de la investigación preliminar (*inquérito*) (art. 263.1). El detenido, a menos que sea puesto en libertad con antelación, deberá ser puesto a disposición judicial dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, a fin de ser interrogado por el juez, con asistencia del Ministerio Fiscal y del defensor del detenido (arts. 140 y 141), y el juez decidirá, oyendo a ambos, sobre la situación personal del detenido (arts. 254 y 259).

⁵ En el sistema procedimental penal inglés, se resuelve en una de las dimensiones de los denominados «*committal proceedings*», ante los «*examining magistrates*»: Cross y Jones, ed. Card, R. «*Introduction to Criminal Law*», Butterworths, London, 1984, págs. 490 y ss.; Smith, P. F. y Bailey, S. H., «The moderns English Legal System», Sweet y Maxwell, London, 1984.

sultado invita a reflexionar el cuidado con que han de practicarse los trasplantes.

Usualmente, en España, la Policía Judicial presenta al detenido al juez de Instrucción. El Ministerio Fiscal (salvo contados casos de especial trascendencia pública) se ha venido manteniendo, con no menor frecuencia, en segundo plano durante la investigación, que se desenvuelve bajo dirección judicial.

El artículo 504 bis 2, tal como quedó redactado por la Ley Orgánica 5/1995, sacrifica —sin duda, inadvertidamente— el interés del detenido en su libertad a un abstracto ideal de contradicción.

Un análisis del precepto evidencia su irracionalidad.

El detenido pasa a disposición del Juez de Instrucción. En ese momento, *debe* —éste— estar asistido por un representante del Ministerio Fiscal y *ha de darse la oportunidad* de que intervenga un eventual acusador particular o un acusador popular (si cualquiera de ambos ya se ha personado como parte en el procedimiento).

Las setenta y dos horas de demora hasta la audiencia preliminar para resolver la situación preliminar del detenido, representan un sacrificio injustificado de éste, cuando el juez de Instrucción entiende injustificado el mantenimiento de la privación cautelar de su libertad.

El Ministerio Fiscal debería estar constituido personal y permanentemente con el juez de Instrucción, el cual debería resolver sobre la situación personal del detenido, tras recibirle declaración y celebrar una audiencia contradictoria inmediata sobre la concurrencia de los presupuestos justificativos del mantenimiento de la privación cautelar de libertad.

El artículo segundo de la proposición de Ley de modificación de la Orgánica 5/1995 trata de corregir esta deficiencia. Dispone, para ello, que «... [desde] que el detenido es puesto a disposición del juez de Instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decreta su libertad provisional sin fianza, convocará a audiencia, dentro de las 72 horas siguientes, al Ministerio Fiscal, demás 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.»

La nueva redacción propuesta da la poco agradable impresión de haberse resignado al absentismo del Ministerio Fiscal, habilitando al Juez de Instrucción (quien, a diferencia de aquél, está obligado —¿por qué sólo él?— a permanecer *a pie de obra*), para alzar la privación cautelar de libertad, a falta de pretensión asegurativa propuesta por aquel acusador público.

Esa misma nueva redacción no sugiere los motivos legitimadores de la prisión provisional o de la puesta del detenido en libertad cuando no comparece el Ministerio Fiscal. La laguna es importante, porque, en caso de imposibilidad de práctica de la comparecencia preliminar, el criterio decisorio de la prisión o libertad provisionales se concreta exclusivamente en el peligro de fuga (reiterado en la nueva redacción del artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Nada impediría aplicar, por analogía relativa de situaciones, ese criterio restrictivo. Sin embargo, podría argumentarse que, no habiéndose dispuesto una regla específica en este caso, deben entenderse aplicables los principios generales con-

tenidos en los artículos 503 y 504 de nuestra vigente Ley procesal penal.

Por lo demás, la decisión, del instructor, de no poner en libertad al detenido una vez puesto a su disposición constituirá, para aquél, un sombrío pronóstico de sus expectativas de ser liberado en caso de que alguna parte acusadora interese la adopción de la medida cautelar privativa de libertad.

La trascendencia de la ausencia de las diferentes partes es, por fuerza, muy desigual.

La legitimada como acusadora pública tiene siempre posibilidad de asistencia (los integrantes del Ministerio Fiscal son siempre sustituibles).

El detenido no tiene *obligación* de comparecer: una terminología semejante parece más propia de humor negro, teniendo en cuenta que puede ser conducido ante el instructor cuando éste lo disponga. La tiene, ciertamente, su Abogado, al igual que el del acusador particular, si estuviere personado en el procedimiento. Se echa de menos la previsión legal de una específica enérgica reacción disciplinaria en caso de incomparecencia injustificada al estilo del «*contempt of court*» anglosajón.

La audiencia convocada por el instructor carece de finalidad legalmente expresada, aunque se presupone que (de nuevo, una copia poco elaborada del sistema anglosajón y de los continentales que, a partir de la reforma alemana de 1974, siguieron su ejemplo) se trata de proponer alegaciones y, eventualmente, proponer y practicar prueba sobre la concurrencia de los presupuestos legitimadores de la prisión o libertad provisionales.

Por cierto, y puesto que el juez de instrucción ignora si se propondrá prueba, para que no se convierta en ilusoria la expectativa de la práctica de ésta, habrá de convocar la audiencia dentro de cuarenta y ocho horas, ya que las pruebas habrán de practicarse dentro de las veinticuatro siguientes.

Permanece en nebulosa el régimen procedimental a seguir en caso de rebeldía, y en el de sorprendimiento de persona cuya prisión ha sido, por lo mismo decretada. En el primer caso, la prisión provisional debería disponerse o descartarse con base en una audiencia a la que asistirían las direcciones técnicas de acusadores y acusados.

En caso de sorprendimiento de un rebelde en territorio jurisdiccional ajeno al del instructor. El juez de Instrucción ante quien sea presentado no podrá sino limitarse a oír a la persona detenida, y ponerlo a disposición del órgano que dictó la orden de prisión, el cual, conocidas, ahora, las alegaciones del preso, podría proceder nuevamente en la forma prevista como ordinaria, a saber, disponer la comparecencia de las partes, para ratificar o modificar la situación personal del imputado, si, a la vista de su descargo, y para evitar dilaciones indebidas, procediere su libertad provisional, con fianza o sin ella. Para la práctica de aquella audiencia deberá ser citado, o trasladado, dicho imputado. De todos es, sin embargo, conocida la demora que, por regla general, supone el desplazamiento de un preso de un centro penitenciario a otro. De no poderse llevar a cabo dentro de las setenta y dos horas (o cuarenta y ocho, en la práctica, por lo expuesto con anterioridad), sería preferible que la audiencia tuviera lugar, en interés del privado cautelarmente de libertad, con la sola asistencia de las partes personadas.

Van a ser necesarios serios esfuerzos para hacer comestible este plato del día. Le faltó un hervor.