

**JOSÉ ANTONIO ALONSO FERNÁNDEZ**

# Tribunal Constitucional y fines de la prisión provisional

EVOLUCIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA

**JTB**  
BOSCH PROCESAL

Una vez alcanzada la democracia en España y después de la Constitución de 1978, nuestra legislación procesal se ha demorado veinticinco años en adecuarse, con mayor o menor fortuna, a los fines que constitucionalmente justifican la adopción de la medida cautelar de prisión provisional.

La obra que se presenta pretende la consecución de tres objetivos:

1. El primero es el llevar a cabo un análisis histórico del tratamiento que se le ha otorgado a la medida cautelar a lo largo de los tiempos en España.

A este primer bloque pertenecen los capítulos I a V, en los que se efectúa un recorrido del empleo dado a la institución durante la protohistoria, la Edad Antigua, la Edad Moderna y la Edad Contemporánea.

2. El segundo objetivo es determinar qué importancia ha tenido el Tribunal Constitucional en la configuración de una prisión provisional legítima; por qué ha tardado nuestro país más de dos décadas en acomodar la institución en análisis, de una forma mínimamente aceptable, a la norma fundamental, a pesar de encontrarse durante ese tiempo bajo un régimen político democrático, y qué influencia ha tenido en ello el Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la normativa internacional.

A lo expuesto se refiere especialmente el capítulo VI.

3. El último objetivo está relacionado con la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, promulgada tras el anuncio por parte del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 47/2000, de la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 de la LECrim.

Se ha intentado determinar qué aportaciones ha efectuado dicha norma para la consecución de un modelo de prisión provisional ajustado a cánones de legitimidad y qué mejoras legales serían factibles en un futuro para el mayor logro efectivo de ello.

Lo dicho junto con las propuestas que se sugieren para limitar el uso de la prisión provisional a su mínima expresión se desarrolla en los capítulos VII y VIII.

Finalmente el trabajo-tesis doctoral del mismo autor que bajo el título «Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España», defendió en la Universitat Internacional de Catalunya en septiembre de 2017, contiene una actualización de la jurisprudencia allí reseñada, dictada hasta diciembre de 2018 por el Tribunal Constitucional en materia de prisión provisional.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
Y FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL**

Evolución de la prisión provisional en España



José Antonio Alonso Fernández

# **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL**

Evolución de la prisión provisional en España

Barcelona  
2019

  
BOSCH EDITOR

© MARZO 2019 JOSÉ ANTONIO ALONSO FERNÁNDEZ

© MARZO 2019



**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-949922-9-2

ISBN digital: 978-84-120019-0-7

D.L.: B7223-2019

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà ([cspaya@sbeditorialdesign.com](mailto:cspaya@sbeditorialdesign.com))

*Printed in Spain* – Impreso en España

INTRODUCCIÓN .....	17
<b>CAPÍTULO I</b>	
LOS FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL HASTA LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL. La protohistoria, la Edad Antigua, la Edad Media y la Edad Moderna (Hasta 1808) .....	23
1. La protohistoria. Los primeros colonizadores de la península ibérica: íberos; tartesios; celtas; fenicios; griegos y cartagineses (años 2400 a. de C. a 237 a. de C.) .....	24
2. La Edad Antigua (años 237 a. de C. a 711 d. de C.).....	26
2.1. Hispania cartaginesa (años 237 a. de C. a 218 a. de C.).....	27
2.2. Hispania romana (años 218 a. de C. a 476 d. de C.) .....	27
2.2.1. Roma en la península ibérica. Breve referencia histórica .....	27
2.2.2. La prisión provisional en la Hispania romana .....	29
2.3. Hispania visigoda (años 476 a 711).....	34
2.3.1. La progresiva entrada visigoda en Hispania. Aproximación histórica .....	34
2.3.2. El derecho visigodo.....	35
2.3.3. El poder de la Iglesia católica y su participación en el ámbito legislativo y judicial .....	37
2.3.4. La prisión provisional en la Hispania visigoda.....	39
3. La Edad Media (años 711 a 1492).....	45
3.1. Reseña histórica .....	45
3.2. El derecho y la regulación de la prisión provisional en la Edad Media.....	46

3.2.1. El derecho y la prisión provisional en la Alta Edad Media .....	47
3.2.2. El derecho y la prisión provisional en la Baja Edad Media .....	51
4. La Edad Moderna (años 1492 a 1808) .....	55
5. Conclusiones .....	60

**CAPÍTULO II**

LOS FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA (I). Desde la codificación del derecho procesal penal hasta el franquismo (1808 a 1939) .....	63
1. Introducción .....	64
2. Normas reguladoras de la prisión provisional hasta la codificación del derecho procesal penal .....	65
2.1. La Constitución de 1812 .....	65
2.2. El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria, aprobado por Real Decreto de 26 de septiembre de 1835 .....	66
2.3. El Real Decreto de 8 de junio de 1850, aprobando reformas y adiciones introducidas al Código Penal de 1848 y a su Ley Provisional de aplicación .....	70
2.4. El Real Decreto de 30 de junio de 1850 por el que se aprueba el Código Penal de España, edición oficial reformada y la Ley Provisional reformada, prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del Código Penal .....	74
2.5. El Real Decreto de 30 de septiembre de 1853, reformando la Ley Provisional para la aplicación del Código, en la parte referente a los autos de prisión que se decretaren por los Jueces y Tribunales .....	76
3. La Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 .....	77
4. La Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal, aprobada por Real Decreto de 16 de octubre de 1879 .....	84
5. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 .....	86



6. La Ley de 17 de enero de 1901 concediendo el beneficio del abono de tiempo de prisión sufrida a los reos condenados a penas de privación de libertad y Real Orden de 29 de enero de 1901 fijando el sentido de la Ley anterior, cuyos preceptos diversos son objeto de otras tantas explicaciones para evitar toda duda al aplicarlos.....	91
7. La Ley de 31 de diciembre de 1908, disponiendo que los menores de quince años contra quienes se dicte auto de procesamiento no sufrirán la prisión preventiva en las condiciones establecidas para los demás procesados.....	91
8. El Real Decreto Ley de 17 de noviembre de 1928, de reforma de los artículos 503, 504 y 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	92
9. La Ley de 10 de septiembre de 1931, disponiendo que los artículos 472 y 473 del Código de Justicia Militar, queden incorporados a la Ley de Enjuiciamiento criminal y civil, con las redacciones que se indican: la prisión provisional atenuada.....	97
10. Conclusiones.....	112

**CAPÍTULO III**

LOS FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA (II). La época franquista (1939 a 1975).....	115
1. El Decreto Ley de 22 de marzo de 1957, por el que se añade un nuevo párrafo al artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	116
2. El Decreto Ley de 23 de noviembre de 1957, por el que se añade un nuevo párrafo al artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	123
3. Normas represivas emanadas en el periodo de la dictadura franquista, previas a la creación del Tribunal de Orden Público	125
3.1. Ley de 9 de febrero de 1939 de Responsabilidades Políticas.....	126
3.2. Ley de 10 de febrero de 1939 fijando normas para la depuración de los funcionarios públicos.....	127
3.3. Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y del comunismo.....	127

3.4. Ley de 2 de marzo de 1943 por la que se modifican los artículos del Código de Justicia Militar y del Penal de la Marina de Guerra, referentes al delito de rebelión .....	128
3.5 Ley de 2 de marzo de 1943 por la que se equiparan al delito de rebelión militar las transgresiones del orden jurídico que tengan una manifiesta repercusión en la vida pública .	129
3.6. Decreto Ley de 18 de abril de 1947 sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo.....	129
3.7. Decreto de 24 de enero de 1958 por el que se nombra al Coronel de Infantería don Enrique Eymar Fernández, Juez militar especial, con jurisdicción en todo el territorio nacional, para la tramitación de los procedimientos judiciales derivados de las actuaciones extremistas, recientemente descubiertas.....	130
3.8. Decreto 1794/1960 de 21 de septiembre, revisando y unificando la Ley de 2 de marzo de 1943 y el Decreto Ley de 18 de abril de 1947 .....	131
4. La Ley 154/1963 de 2 de diciembre, por la que se crea el Juzgado y Tribunal de Orden Público y la prisión provisional en los delitos de su competencia .....	132
5. Conclusiones .....	139

**CAPÍTULO IV**

LOS FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA (III). Desde la finalización de la dictadura franquista hasta la promulgación de la Constitución de 1978 (1975 a 1978) .....	141
---	-----

1. El final de la prisión provisional como medio de represión política: La supresión del Tribunal de Orden Público y la Ley 10/1978 de 20 de febrero .....	142
1.1. El declive del régimen dictatorial.....	142
1.1.1. La Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal, relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo .....	142

1.1.2. El Real Decreto 3011/1976, de 23 de diciembre, sobre la objeción de conciencia de carácter religioso al servicio militar.....	144
1.1.3. La Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política.....	145
1.1.4. La Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos.....	145
1.2. La exclusión de la prisión provisional para determinados delitos políticos y de opinión.....	145
1.2.1. El Real Decreto Ley 2/1977, de 4 de enero, por el que se suprimen el Tribunal y Juzgados de Orden Público y se crean en Madrid dos nuevos Juzgados de Instrucción.....	146
1.2.2. La Ley 10/1978 de 20 de febrero, por la que se deroga la circunstancia 4 <sup>a</sup> del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adicionada por los Decretos-Leyes de 22 de marzo y 23 de noviembre de 1957.....	148
2. La Ley 53/1978, de 4 de diciembre, por la que se modifican los artículos 23, 37, 53, 118, 302, 311, 333, 520 y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se deroga el artículo 316 de la misma.....	149
2.1. El artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	149
2.2. El artículo 522 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	151
3. Conclusiones.....	151

**CAPITULO V**

LOS FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA (IV). Desde la Constitución de 1978 hasta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 de la LeCrim por el Tribunal Constitucional: Su Sentencia 47/2000 (1978 a 2000).....	153
--	-----

1. Leyes dictadas desde la Constitución de 1978 hasta la Sentencia del TC 47/2000 que no tienen incidencia directa en los fines de la prisión provisional.....	154
1.1. La Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Sentencia núm.	

71/1994 del Pleno del Tribunal Constitucional, por la que se declara la inconstitucionalidad del art. 504 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por dicha Ley, al estimarlo contrario al art. 17 CE .....	154
1.2. La Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado y su posterior modificación operada por Ley Orgánica 8/1995 de 16 de noviembre.....	155
1.2.1. La Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado .....	155
1.2.2. La Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado .....	158
2. Leyes promulgadas a partir de la Constitución de 1978 y hasta la Sentencia del TC 47/2000, que afectan a los fines de la prisión provisional.....	158
2.1. Introducción.....	158
2.2. La Ley 16/1980 de 22 de abril, sobre modificación de los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. Sus rasgos definitorios .....	162
2.3. La Ley Orgánica 7/1983 de 23 de abril, de reforma de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («Reforma Ledesma»). Objetivos de la misma.....	184
2.4. La Ley Orgánica 10/1984 de 26 de diciembre, por la que se modifican los artículos 503, 504 y primer párrafo del 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («Contrarreforma Ledesma» o «Reforma de la reforma»).....	188
3. Conclusiones .....	197

**CAPITULO VI**

LA PRISIÓN PROVISIONAL DISEÑADA POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	199
1. La divergencia de los fines de la prisión provisional entre las leyes promulgadas a partir de la Constitución de 1978 y las sentencias dictadas sobre la materia por el Tribunal Constitucional .....	199

2. Las dos modalidades de prisión provisional de la España constitucional: legítima e ilegítima .....	202
2.1. El fenómeno de la coexistencia de ambas modalidades durante dos décadas .....	202
2.2. La prisión provisional ilegítima: catálogo de los supuestos declarados por el Tribunal Constitucional .....	204
3. El tratamiento de los fines legítimos de la prisión provisional en las sentencias del Tribunal Constitucional.....	208
3.1. Introducción.....	208
3.2. Fuentes empleadas por el Tribunal Constitucional .....	208
3.2.1. Textos legales internacionales.....	209
3.2.2. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	215
3.2.3. Resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa.....	218
3.3. Requisitos generales que deben inspirar su aplicación: excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad .....	220
3.4. Presupuesto de la prisión provisional: indicios racionales de criminalidad.....	223
3.5. Fines de la prisión provisional: conjuración de «ciertos riesgos relevantes» para el normal desarrollo del proceso, la ejecución del fallo o para la sociedad.....	226
3.5.1. Introducción.....	226
3.5.2. Riesgo de fuga o sustracción de la acción de la justicia .	227
3.5.3. Riesgo de obstrucción del normal desarrollo del proceso.....	228
3.5.4. Riesgo de reiteración delictiva .....	229
4. Conclusiones .....	233
 <b>CAPITULO VII</b>	
<b>EL RESULTADO FINAL: LA LEY ORGÁNICA 13/2003, DE 24 DE OCTUBRE..</b>	<b>235</b>
1. La Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provi-	

sional. Su adecuación a los fines declarados en la jurisprudencia constitucional para justificar la adopción de la medida cautelar	235
1.1. Introducción y valoración de la misma.....	235
1.2. Requisitos generales, presupuesto esencial y fines de la prisión provisional contemplados en la Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre.....	239
1.2.1. Requisitos generales.....	239
1.2.2. Presupuesto de la prisión provisional.....	240
1.2.3. Fines.....	241
2. Conclusiones.....	244
<b>CAPITULO VIII</b>	
CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS.....	247
1. Justificaciones de la medida cautelar a lo largo de la historia.....	247
2. La utopía de la abolición de la prisión preventiva en la actualidad y las mejoras necesarias en la misma.....	249
2.1. La necesidad de la prisión provisional en nuestra realidad actual.....	249
2.2. Propuesta de mejoras en su actual regulación.....	252
2.2.1. Adecuación completa del principio de proporcionalidad a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2006) 13, de 27 de septiembre de 2006.....	252
2.2.2. Perfeccionamiento de los criterios de valoración para estimar concurrente el riesgo de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba relevantes..	253
2.2.3. Reformulación del riesgo de reiteración delictiva.....	254
2.2.4. Ampliación y potenciación de las medidas alternativas a la prisión provisional.....	255
3. Diseño de un completo catálogo de medidas alternativas.....	257
<b>CAPITULO IX</b>	
BIBLIOGRAFÍA.....	261

**ANEXOS**

1. Listado de sentencias del Tribunal Constitucional referentes a la prisión provisional, dictadas desde el año 1980 hasta diciembre de 2018 .....	289
2. Reseña de sentencias dictadas en materia de prisión provisional por el Tribunal Constitucional, desde el año 1980 hasta diciembre de 2018, relacionadas con motivos formales, clasificados por tipos .....	321
3. Reseña de sentencias dictadas en materia de prisión provisional por el Tribunal Constitucional, desde el año 1980 hasta diciembre de 2018, relacionadas con los fines de la prisión provisional, clasificados por tipos .....	353
4. Listado de circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado con incidencia en la prisión provisional, desde 1883 hasta la actualidad .....	369
5. Listado de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictadas en materia de prisión provisional, con influencia en la jurisprudencia constitucional .....	379
6. Texto de la Recomendación (2006) 13, de 27 de septiembre de 2006, del Comité de Ministros del Consejo de Europa «Uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos» .....	381





## INTRODUCCIÓN

Una vez alcanzada la democracia en España y después de la Constitución de 1978, nuestra legislación procesal se ha demorado veinticinco años en adecuarse, con mayor o menor fortuna, a los fines que constitucionalmente justifican la adopción de la medida cautelar de prisión provisional.

Ello se ha conseguido, si bien no de una forma totalmente completa sí en gran parte, por medio de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, nacida especialmente gracias a la ininterrumpida labor del Tribunal Constitucional a través de sus sentencias, que a lo largo de más de dos décadas han conseguido formar un valioso cuerpo de doctrina jurisprudencial, que ha ido concienciando lentamente a los diferentes operadores jurídicos acerca del carácter excepcional con el que se ha de recurrir a la prisión preventiva, y de que sólo puede ser empleada para excluir durante el desarrollo de un procedimiento penal ciertos riesgos, muy tasados, que de producirse podrían truncar su correcto final.

El estudio que se presenta trata de la institución de la prisión provisional, y pretende la consecución de tres objetivos:

1. El primero es el llevar a cabo un análisis histórico del tratamiento que se le ha otorgado a la medida cautelar a lo largo de los tiempos, siempre centrado en España; qué costumbres primero y normas legales después son las que la han ido configurando, así como qué fines han justificado su uso en cada época en particular, desde los tiempos más antiguos a los que hemos conseguido remontarnos, aunque sea con datos mínimos en éstos (la protohistoria), hasta la Edad Contemporánea, para finalmente identificar y extraer conclusiones sobre las metas que se pretendían obtener privando de libertad cautelarmente a un sujeto, bajo cada sistema político y social concreto de todos los que conformaron el amplio periodo estudiado.

A este primer bloque pertenecen los capítulos I a V, en los que se efectúa un recorrido del empleo dado a la institución durante la protohistoria, la Edad Antigua, la Edad Moderna (capítulo I) y la Edad Contemporánea.

El dilatado espacio temporal que abarca esta última –desde 1808 hasta la actualidad– ha aconsejado también su distribución en cuatro capítulos, de acuerdo con sus etapas políticas e históricas más significativas, que se corresponden con las siguientes:

- Capítulo II: Desde la codificación del derecho procesal penal hasta el franquismo (1808 a 1939).
  - Capítulo III: La época franquista (1939 a 1975).
  - Capítulo IV: Desde la finalización de la dictadura franquista hasta la promulgación de la Constitución de 1978.
  - Capítulo V: Desde la Constitución de 1978 hasta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 de la LeCrim, por medio de la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000.
2. El segundo objetivo es determinar qué importancia ha tenido el Tribunal Constitucional en la configuración de una prisión provisional legítima; por qué ha tardado nuestro país más de dos décadas en acomodar la institución en análisis, de una forma mínimamente aceptable, a la norma fundamental, a pesar de encontrarse durante ese tiempo bajo un régimen político democrático, y qué influencia ha tenido en ello el Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la normativa internacional.

A lo expuesto se refiere especialmente el capítulo VI, en el que se afronta el fenómeno de la coexistencia en nuestra práctica forense de dos modalidades de prisión provisional, en el periodo que comprende desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 hasta la promulgación de la Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre (por un lado la aplicada por una gran mayoría de órganos judiciales y de otra parte la que va configurando el Tribunal Constitucional por medio de sus resoluciones); así como la evolución seguida por cada una de ellas, hasta conseguir alcanzar primacía la propugnada por el Alto Tribunal sobre la que se basaba para su adopción en criterios preconstitucionales.

3. El último objetivo está relacionado con la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, surgida tras el anuncio por parte del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 47/2000, de la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 de la LeCrim.

La misma significó la desaparición de los dos modelos de prisión provisional antes citados, que discurrieron paralelos desde el año 1978 hasta el año 2003, y su fusión en uno solo.

Se ha intentado determinar qué aportaciones ha efectuado dicha norma para la consecución de ese modelo de prisión provisional ajustada a cánones de legitimidad y qué mejoras legales serían factibles en un futuro para el mayor logro efectivo de ello.

Lo dicho junto con las propuestas que se sugieren para limitar el uso de la prisión provisional a su mínima expresión se desarrolla en los capítulos VII y VIII.

Se ha acotado conscientemente la investigación sobre la medida cautelar exclusivamente a España, entendiendo oportuna la posibilidad de abordar en un trabajo independiente al presente el tratamiento de la prisión provisional en el derecho comparado. Ello por diversas razones: por el peligro que habría supuesto de no poder acometer con éxito una obra de tan vasta extensión, en la que además de tratar sobre la prisión provisional a lo largo de toda su historia en nuestro país, se habría tenido que llevar a cabo un análisis en profundidad, no sólo de la regulación de la prisión provisional en otros Estados o sistemas jurídicos, sino también de las circunstancias políticas y sociales en base a las cuales se habría ido configurando con unos perfiles concretos en cada lugar específico; también porque nos habría apartado de uno de nuestros objetivos primordiales, que se circunscribe al análisis del devenir de la institución a lo largo de las diferentes épocas históricas, pero exclusivamente en nuestra península, enlazando el entorno social y político concreto de cada momento con el diseño dado a la prisión preventiva en cada uno de ellos.<sup>1</sup>

---

1 En relación con la prisión provisional en el derecho comparado, es de destacar la siguiente bibliografía:

- AGUSTINA SANLLEHÍ, JOSÉ RAMÓN y ADELA MARTÍNEZ JARIOD: «La aplicación judicial de la medida de prisión provisional: un enfoque criminológico», Cuadernos de política criminal, núm. 107, año 2012, Madrid: Editorial Dykison, pp. 271 a 303.
- CADENA CORTINA, CRISTINA: «La prisión provisional en el Derecho comparado y la experiencia Europea Continental», en *Detención y prisión provisional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, pp. 104 a 147.
- CUENCA MIRANDA, ALFONSO: «La prisión provisional en el derecho comparado y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en

Los dos motivos dichos se complementan con el dato consistente en que las influencias foráneas que realmente se observan en la regulación de nuestra prisión provisional, se circunscriben a los criterios contenidos sobre la institución en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en las resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa y en tres textos legales supranacionales (la Declaración Universal de Derechos Humanos; el

---

*Régimen Jurídico de la Prisión Provisional*. Coord. Dorrego de Carlos, Alberto, Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2004, pp. 33 a 68.

- DEMANET, GEORGES : «Le pouvoir des procureurs», en *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Seminario Internacional Toledo, 2 a 5 de Octubre de 1996. Sección Española de Intercenter*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, pp. 95 a 113.
- FARALDO-CABANA, PATRICIA: «La prisión provisional en España, Alemania e Italia: un estudio de derecho comparado», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 7, año 2002, Navarra: Editorial Aranzadi, pp. 13 a 66.
- HARREMOES, ERIK: «La détention provisoire – Des questions à débattre», en *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Seminario Internacional Toledo, 2 a 5 de Octubre de 1996. Sección Española de Intercenter*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, pp. 161 a 167.
- JANSSENS, EDOUARD: «Détention provisoire et mesures alternatives», en *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Seminario Internacional Toledo, 2 a 5 de Octubre de 1996. Sección Española de Intercenter*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, pp. 175 a 184.
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JESÚS: «La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado», México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, 1ª ed., pp. 13 a 32.
- THAMAN, STHEPEN C: «Detención y prisión provisional en los Estados Unidos», en *Detención y prisión provisional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, pp. 193 a 226.
- THOMAS, DIDIER: «Détention provisoire, présomption d'innocence. Durée raisonnable de la détention», en *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Seminario Internacional Toledo, 2 a 5 de Octubre de 1996. Sección Española de Intercenter*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, pp. 247 a 253.
- ZANGHI, CLAUDIO: «Détention provisoire et droits de l'homme», en *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Seminario Internacional Toledo, 2 a 5 de Octubre de 1996. Sección Española de Intercenter*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, pp. 255 a 260.

Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), todas las cuales son objeto de examen en el capítulo VI, como fuentes empleadas por el Tribunal Constitucional para la configuración de una prisión preventiva cimentada en fines legítimos.

La presente obra –tesis doctoral del mismo autor que bajo el título «Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España», defendió en la Universitat Internacional de Catalunya en septiembre de 2017– contiene una actualización de la jurisprudencia allí reseñada, dictada hasta diciembre de 2018 por el Tribunal Constitucional en materia de prisión provisional.



# LOS FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL HASTA LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL

## La protohistoria, la Edad Antigua, la Edad Media y la Edad Moderna (Hasta 1808)

**SUMARIO:** **1.** La protohistoria. Los primeros colonizadores de la península ibérica: íberos; tartesios; celtas; fenicios; griegos y cartagineses (años 2400 a. de C. a 237 a. de C.). **2.** La Edad Antigua (años 237 a. de C. a 711 d. de C.). **2.1.** Hispania cartaginesa (años 237 a. de C. a 218 a. de C.). **2.2.** Hispania romana (años 218 a. de C. a 476 d. de C.). **2.2.1.** Roma en la península ibérica. Breve referencia histórica. **2.2.2.** La prisión provisional en la Hispania romana. **2.3.** Hispania visigoda (años 476 a 711). **2.3.1.** La progresiva entrada visigoda en Hispania. Aproximación histórica. **2.3.2.** El derecho visigodo. **2.3.3.** El poder de la Iglesia católica y su participación en el ámbito legislativo y judicial. **2.3.4.** La prisión provisional en la Hispania visigoda. **3.** La Edad Media (años 711 a 1492). **3.1.** Reseña histórica. **3.2.** El derecho y la regulación de la prisión provisional en la Edad Media. **3.2.1.** El derecho y la prisión provisional en la Alta Edad Media. **3.2.2.** El derecho y la prisión provisional en la Baja Edad Media. **4.** La Edad Moderna (años 1492 a 1808). **5.** Conclusiones.

## 1. LA PROTOHISTORIA. LOS PRIMEROS COLONIZADORES DE LA PENÍNSULA IBÉRICA: ÍBEROS; TARTESIOS; CELTAS; FENICIOS; GRIEGOS Y CARTAGINESES (años 2400 a. de C. a 237 a. de C.)

La protohistoria representa el fin de la época prehistórica en la península ibérica, fijándose su inicio en el año 2400 a. de C. y su finalización con la invasión cartaginesa de Iberia en el año 237 a. de C., que es cuando da comienzo la Edad Antigua.

Es una fase de tránsito entre la prehistoria y la Edad Antigua. GRACIA ALONSO y MUNILLA CABRILLANA<sup>2</sup> señalan que por protohistoria en la península ibérica hay que entender «el período del primer milenio a. de C. desde los movimientos migratorios de los grupos de la cultura de los Campos de Urnas hasta la romanización, englobando a las comunidades prerromanas, la sociedad tartesia y el problema de los contactos comerciales y coloniales con las estructuras sociales fenicias, etruscas, griegas y púnicas».

Característica de esta etapa es que España no existía como nación, sino que estuvo ocupada paulatinamente por diferentes pueblos que fueron asentándose y colonizando zonas geográficas concretas de la península (íberos, tartesios, fenicios, celtas y celtíberos, griegos y cartagineses). A su vez los íberos, los celtas y los celtíberos<sup>3</sup> estaban repartidos entre numerosas tribus o pueblos totalmente

---

2 GRACIA ALONSO, FRANCISCO y GLORIA MUNILLA CABRILLANA, «Protohistoria: Pueblos y culturas en el Mediterráneo entre los siglos XIV y II a. C.», Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, 2004.

3 Señala al respecto JOSÉ MARÍA ANTEQUERA en su obra «Historia de la legislación española desde los tiempos más remotos hasta nuestros días», Madrid: Imprenta de San Francisco de Sales, 1895, 4ª edición, pp. 14 y 15:

«Infiérese de lo dicho que en el período que reseñamos no llegó España à formar cuerpo de nación bajo tal ó cual forma de gobierno; y en efecto, cada territorio, cada región, y aún tal vez cada tribu obraba con independencia de las demás, sin que pretendamos decir con esto que entre esas tribus dejasen de formarse federaciones más ó menos permanentes, puesto que tanto en la Lusitania como entre los gallegos y astures había territorios con gran número de pueblos, y pudo haber entre ellos tales federaciones y alianzas, y las hubo en efecto, ya para el comercio, ya para la guerra. En este último caso, una asamblea federal, compuesta de representantes de los pueblos aliados, nombraba el



independientes entre sí, cada uno con sus propias normas políticas, sociales y religiosas.

En este periodo, por tanto, la península ibérica estaba configurada por una amalgama heterogénea de pueblos con distintas normas, esencialmente consuetudinarias cada uno de ellos, cuyo contenido exacto se desconoce, ya que esos derechos primitivos eran en gran medida no escritos y en muchos aspectos se basaban en costumbres populares, lo que ha conllevado una ausencia de fuentes directas que hubieran permitido su estudio.

Así las cosas nada se puede decir del uso y regulación de la prisión provisional en aquellas épocas, salvo por lo que –según algunos autores– se refiere al pueblo griego. De acuerdo con RODRIGUEZ y RODRIGUEZ<sup>4</sup> y también GUTIERREZ DE CABIEDES<sup>5</sup> los griegos descartaban la aplicación de la prisión preventiva, si bien tenemos que aclarar que ello se trata de una deducción, no existiendo desde nuestro punto de vista prueba irrefutable de que fuera así.

---

jefe del ejército y servía de centro para impulsar la acción común, determinando cuanto se relacionaba con las operaciones de la guerra ó la celebración de la paz.»

- 4 RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, JESÚS, «La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado», México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, 1ª edición, p. 18:

«La historia de la detención preventiva se remonta hasta aquellos viejos tiempos en que los anales del derecho han registrado alguna batalla librada en defensa o conquista de la libertad de la persona humana. Es por ello que en Grecia, donde desde el punto de vista jurídico se identificaba a la persona con el cuerpo, y la libertad era concebida esencialmente como la libertad corporal, la justicia penal, aunque administrada de manera arbitraria por los éforos, que fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces en todos los asuntos penales, nunca llegó a imponer la pena de prisión por considerar que afectaba a la libertad, sustituyendo aquella por penas pecuniarias. Por tanto, puede inferirse que en Grecia la detención preventiva no tuvo ninguna aplicación.»

(Como fuente de dicha afirmación cita el autor a ELLUL, JACQUES, «Historia de las instituciones de la antigüedad», trad. y notas por Francisco Tomás y Valiente, Madrid: Ed. Aguilar, 1970, pp. 85 y 109-110).

- 5 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO, «La prisión provisional (A partir de las Leyes 13/2003, de 24 de octubre y 15/2003, de 25 de noviembre)», Navarra: Aranzadi, 2004, colección monografías Aranzadi núm. 297:

«No existe clara constancia de que se acostumbrara a su aplicación en Grecia (todo parece señalar que Sócrates y otros célebres reos disfrutaron de libertad hasta la ejecución de su condena a muerte).»

Por su parte, RIAÑO RUFILANCHAS en su estudio «Cárcel y encarcelamiento en la Grecia clásica»<sup>6</sup> sostiene que de determinados discursos forenses escritos por autores especializados en el género,<sup>7</sup> así como de otras fuentes literarias,<sup>8</sup> se puede extraer la conclusión de que en Grecia y específicamente en la polis o Ciudad-Estado de Atenas, se usó el encarcelamiento para tres finalidades:

1. Como pena.
2. En su vertiente de medida cautelar, para internar a los reos en espera de juicio, o bien mientras esperaban sentencia, en los siguientes casos:
  - En procedimientos por acusaciones especialmente graves, como la traición, o ciertos delitos cometidos por funcionarios, en los que no se permitía el pago de fianzas.
  - Cuando el acusado era sorprendido infraganti en ciertos delitos.
  - Cuando el acusado no pagaba la fianza que se le hubiere impuesto.
3. Para obligar a los deudores a la satisfacción de sus deudas;<sup>9</sup> prisión ésta llamada coercitiva.

## 2. LA EDAD ANTIGUA (años 237 a. de C. a 711 d. de C.)

La Edad Antigua abarca desde el año 237 a. de C. hasta el 711 d. de C., diferenciándose en esa época tres períodos diferentes:

- La invasión y dominio por parte de los cartagineses de prácticamente todo el sudoeste de la península, ocupada en ese momento por otros pueblos: íberos, fenicios, griegos y turdetanos (años 237 a. de C. a 218 a. de C.)

---

6 RIAÑO RUFILANCHAS, JAVIER, «Cárcel y encarcelamiento en la Grecia clásica», en *Castigo y reclusión en el mundo antiguo* (obra colectiva), Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003. Colección: Manuales y anejos de «Emérita», núm. 45, pp. 73 a 94.

7 Entre ellos cita al orador Antifonte de Atenas (480 a. de C. – 411 a. de C.); Demóstenes –orador y político– (380 a. de C. - 320 a. de C.); así como el también orador ateniense Lisias (458 a. de C. - 380 a. de C.)

8 De dichas fuentes literarias destaca a las Leyes de Platón.

9 Véase en este sentido a GARRIDO GUZMÁN, LUÍS, «Manual de Ciencia Penitenciaria», Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid – Edersa (Colección de Criminología y Derecho Penal), 1983.

- La conquista y ocupación de toda la Hispania por Roma (años 218 a. de C. a 250 d. de C.)
- La etapa de las invasiones de la Hispania romana por las tribus bárbaras del norte de Europa y la formación del reino hispano-visigodo (años 409 d. de C. hasta el 711 d. de C.)

### 2.1. Hispania cartaginesa (años 237 a. de C. a 218 a. de C.)

Después de la primera guerra púnica (años 264 a 241 a. de C.), se procedió por Cartago a la invasión de la parte sudoeste de la península, que estaba ocupada por íberos, griegos, fenicios y turdetanos –descendientes de los tartesios–; creándose durante el período de ocupación cartaginesa, que duró prácticamente veinte años, una situación de coexistencia de los conquistadores junto con el resto de tribus o pueblos que ya asentados en el norte y oeste de Iberia no fueron ocupados (celtas y celtíberos).

Por lo que hace a la zona cartaginesa de la península Ibérica, ninguna aportación se puede hacer tampoco del tratamiento que en la misma se dio a la prisión provisional y ello por cuanto los invasores no impusieron sus leyes e instituciones a los pueblos que sometieron, obteniendo a cambio de esa concesión que éstos reconocieran su supremacía y contribuyeran con hombres y dinero a sus planes de expansión hacia el resto de España.<sup>10</sup>

### 2.2. Hispania romana (años 218 a. de C. a 476 d. de C.)

#### 2.2.1. Roma en la península ibérica. Breve referencia histórica

Recelosa Roma por el avance cartaginés en la península ibérica entró en guerra con dicho pueblo, iniciando la invasión de España desde Empuries en el año 218 a. de C., que culminó con la expulsión de los cartagineses de nuestro país, aproximadamente en el año 206 a. de C.

A partir de ese momento, tras asentarse los romanos en la antigua zona peninsular cartaginense, comenzó un proceso sistemático de ocupación del resto de España, que fue lento, debido a la oposición presentada por los antiguos pueblos

10 ANTEQUERA, JOSÉ MARÍA, «Historia de la legislación española...», ob. cit., p. 21.

que la ocupaban; proceso que se inició en el año 206 a. de C. y que finalizó definitivamente en el año 29 a. de C., durando pues 177 años.

Desde el año 29 a. de C. la ocupación de Hispania por los romanos se alargó 505 años más (hasta el año 476 d. de C.)

La presencia de Roma en España ocupó pues un dilatado período de tiempo de aproximadamente 694 años y la civilización romana desde su nacimiento –alrededor del 700 a. de C.– hasta la caída del imperio romano de occidente (año 476 d. de C.) duró 1176 años, todo lo cual hace complicado sintetizar el tratamiento que tuvo la forma de administrar justicia en esa época, así como la regulación de la prisión provisional, por cuanto fueron dos aspectos cuya fisonomía no resultó estática a lo largo de todos esos años, sino cambiante.

A lo dicho hay que añadir que la aplicación del derecho romano en Hispania pasó por diferentes vicisitudes: en un primer momento, antes de que se otorgase a todos los súbditos del Imperio el derecho de ciudadanía cada ciudad se gobernaba por su derecho escrito o consuetudinario; posteriormente el derecho romano pasó a ser la legislación común de todas las provincias, si bien se mantuvieron las legislaciones e instituciones jurídicas regionales.

A su vez las ciudades tenían diferentes categorías siendo el derecho aplicable en ellas desigual; así, siguiendo a ANTEQUERA<sup>11</sup> se clasificaban en *colonias*, pobladas por ciudadanos romanos con todos los derechos de la metrópoli, a quienes se consideraba como vecinos de Roma ausentes; *municipios*, en las que los moradores se gobernaban por leyes propias, pero con carácter de ciudadanos romanos y con mayores o menores prerrogativas, según las que en su concesión se les habían dado; y ciudades *latinas*, que gozaban los derechos del Lacio, no siendo –tras un proceso paulatino– hasta la época del emperador Caracalla (años 211 a 217) cuando a todos los súbditos del Imperio se les declara ciudadanos romanos, aplicándoseles entonces sin distinción exclusivamente el derecho romano.

A pesar de tal panorama legislativo complejo existente en la Hispania romana y aun cuando algún autor considera que en el campo del derecho penal Romano no descolló,<sup>12</sup> lo cierto es que los romanos además de ser los padres del derecho civil, fueron los que sentaron las bases de muchos aspectos esenciales del derecho

11 ANTEQUERA, JOSÉ MARÍA, «Historia de la legislación española...», ob. cit., pp. 28 y 29.

12 PEÑA MATEOS, JAIME, «Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII», en *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica* (obra colectiva), Director: Carlos García Valdés, Madrid: Editorial Edisofer, 1997:

penal contemporáneo, tratando –además de la regulación de un amplio abanico de delitos– cuestiones tales como la peligrosidad; la imputabilidad; la emoción violenta; la fuerza irresistible; las agravantes y atenuantes; la legítima defensa; la consideración de que la víctima o el victimario sea ascendiente o descendiente; el principio de culpabilidad («*nullum crimen sine culpa*»); la reparación del daño («*el damnum*»); el dolo o el error, y también fueron los que diseñaron por primera vez una organización territorial judicial para impartir justicia, creándose al efecto los denominados conventos jurídicos o partidos jurídicos («*conventus iuridici*»), que eran zonas geográficas concretas que abarcaban una serie de ciudades y poblaciones dependientes de otra ciudad más importante, que hacía de capital y cabecera de comarca, administrándose en ella la justicia por parte de los gobernadores, los jueces o los recuperadores («*recuperator*»)).<sup>13</sup>

### 2.2.2. La prisión provisional en la Hispania romana

Por lo que hace a la institución de la prisión provisional también se puede establecer su origen formalmente en la época de la civilización romana, la cual con el paso del tiempo la dotó de unos rasgos que aún hoy son consustanciales a la aplicación de esa medida cautelar, como puede ser su justificación para evitar la fuga del imputado o su sustracción de la acción de la justicia a la espera del día del juicio, siendo al respecto famosa la afirmación del jurisconsulto Ulpiano (años 270 a 228) de que la cárcel debe servir «...para retener a las personas, no para castigarlas» y la declaración que consta en el Digesto de Justiniano:<sup>14</sup> «la cárcel no es para el castigo, sino para la custodia de los hombres», máximas a partir de las cuales forjó su teoría MOMMSEM, que sostiene que en la época romana la prisión no era usada para el cumplimiento de penas pues no existía la cárcel como pena privativa de libertad, sino que únicamente se concebía como medida preventiva para evitar la huida de los procesados, si bien hay que evidenciar que dicha doctrina a pesar de

---

«Todos sabemos la importancia histórica que arrastra el derecho romano, puramente en el ámbito civil, sin que en ningún momento constituyera un apartado importante el derecho penal.»

- 13 Los gobernadores eran quienes en las provincias romanas reunían en su persona el imperio y la potestad, es decir, el mando del ejército y la facultad de administrar justicia; los jueces eran los que ejercían funciones permanentes como tales y los recuperadores eran nombrados por los gobernadores para conocer de ciertos asuntos o procedimientos concretos.
- 14 Digesto del emperador Justiniano, Título III, Libro 48, Ley I.

ser la preponderante durante mucho tiempo, ha sido puesta en tela de juicio por diferentes autores en base a sólidos argumentos.<sup>15</sup>

Se empleara o no la prisión para el cumplimiento de penas, lo cierto es que los datos existentes al respecto permiten concluir que una de sus funciones sí fue la de contención y custodia provisional o temporal de personas en espera de juicio.

Partiendo del dato de que la civilización romana atravesó por tres grandes etapas –la Monarquía (años 753 a 509 a. de C.); la República (años 509 a 27 a. de C.); y el Imperio (años 27 a. de C. a 476 d. de C.)– se pueden realizar las siguientes consideraciones acerca de la prisión preventiva:

---

15 A pesar de que diversos autores estiman que la pena de prisión no se aplicó en el derecho romano, conviene precisar que sí existió la prisión por deudas y también al respecto incluso Mommsen señala que existió la pena de arresto. (MOMMSEN, CHRISTIAN MATTHIAS THEODOR, «Derecho penal romano», Bogotá: Editorial Temis, 1991, reimpresión).

En cuanto a dicho debate resultan significativas dos menciones que de la prisión como pena en la época romana efectúa JOSÉ MARÍA ANTEQUERA («Historia de la legislación española...», ob. cit., pp. 38 y 41). La primera se refiere a la clasificación que realiza de las penas existentes en el derecho romano, entre las que incluye a la prisión («multas, prisión, azotes, talión, ignominia, destierro y muerte»), y la segunda está relacionada con una Epístola dictada en el año 357 por el emperador Constantino el Grande, en la que dispuso que antes de poner en prisión a un reo, se inscribiera en los registros públicos su nombre y su delito.

Por su parte RODRÍGUEZ MARTÍN, JOSÉ DOMINGO, en su estudio «La pena de prisión bajo Justiniano: Ulpiano vs. Calístrato», en *Castigo y reclusión en el mundo antiguo* (obra colectiva), Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003. Colección: Manuales y anejos de «Emérita», núm. 45, pp. 175 a 192, señala abiertamente su disconformidad con la teoría de Mommsen, rebatiéndola en base al resultado de análisis de textos del jurista de la época romana Calístrato, de los que se desprende con claridad que la pena de cárcel, incluida la condena a perpetuidad, existía en Roma. Un segundo argumento que emplea para fundamentar que la cárcel era no sólo lugar de custodia, sino también de cumplimiento de penas, se refiere a la existencia contrastada y objetivada de edificios carcelarios en Roma, que inducen a pensar en su uso tanto para el cumplimiento de una pena como para retención provisional.

También de relevancia a favor de la conclusión dicha es el estudio de PILAR PAVÓN acerca de la forma como se llevaba a cabo la administración de las cárceles en el Imperio Romano, en «Las cárceles civiles en el Imperio Romano», en *Castigo y reclusión en el mundo antiguo* (obra colectiva), Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003. Colección: Manuales y anejos de «Emérita», núm. 45, pp. 101 a 113.