

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de León

Curso 2013/2014

LA PRISIÓN PROVISIONAL.
RÉGIMEN JURÍDICO Y TRATAMIENTO
JURISPRUDENCIAL

REMAND IN CUSTODY

LEGAL RULES AND JURISPRUDENTIAL TREATMENT

Realizado por la alumna Dña. Virginia Álvarez Fernández

Tutorizado por el profesor D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán.

Índice de contenidos

<i>ABREVIATURAS</i>	4
<i>RESUMEN</i>	5
<i>OBJETO DEL TRABAJO</i>	7
<i>DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA</i>	9

BLOQUE PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

<i>1. Concepto y naturaleza de las medidas cautelares en el proceso penal español</i>	12
1.1 Análisis de los caracteres que configuran el proceso cautelar.....	12
1.1.1. Legalidad	13
1.1.2. Jurisdiccionalidad	15
1.1.3. Instrumentalidad	16
1.1.4. Provisionalidad	17
1.1.5. Proporcionalidad.....	18
1.2 Fundamento.	20
1.3 Regulación a partir de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional.	21
<i>2. Presupuestos configuradores</i>	23
2.1 <i>Fumus boni iuris</i> (“apariencia de buen derecho”).....	23
2.2 <i>Periculum in mora</i> o peligro en la mora procesal.	25
2.3 Caución.....	26
2.4 Resolución judicial	27
<i>3. Clases de medidas cautelares</i>	28
3.1 Medidas cautelares personales.....	29
3.2 Medidas cautelares reales.....	32

BLOQUE SEGUNDO

LA PRISIÓN PROVISIONAL

<i>4. Análisis de la Prisión Provisional</i>	35
4.1 Tratamiento de la medida cautelar de privación de libertad.....	35
4.1.1 La libertad en la Constitución Española. El artículo 17 de la Constitución Española.	36

4.1.2 Contenido esencial del derecho a la libertad personal y su reconocimiento específico en los Tratados internacionales.	37
4.2 Estudio de las especialidades que la prisión provisional presenta en los presupuestos con respecto al régimen general.....	39
4.2.1 Fumus boni iuris	40
4.2.2 Periculum in mora	44
a) Presupuesto general: límite penológico.....	46
b) Medida personal: riesgo de fuga y aseguramiento de la presencia del imputado.....	52
c) Medida procesal: evitar la destrucción probatoria.....	55
d) Prevención especial: evitar la reiteración delictiva.....	57
e) Otras circunstancias ilegítimas que no son constitutivas de mora procesal...	59
4.2.3 Presupuestos del mantenimiento de la medida.	60
4.3 Supuestos en los que no procede.	61
4.4 Modalidades	63
4.4.1 Comunicada u ordinaria	63
4.4.2 Incomunicada.....	65
4.4.3 La nueva prisión atenuada domiciliaria.....	68
4.5 Procedimiento.....	71
4.5.1 Competencia y compatibilidad.....	71
4.5.2 Tramitación.....	74
4.5.3 Comparecencia y auto de prisión.....	76
4.5.4 Nuevo régimen de recursos.	79
4.6 La duración de la prisión provisional: problemas de cómputo e incidencia en el Código Penal de 1995.....	80
4.6.1 Sistema legal de plazos.....	81
4.6.2 Cómputo	83
4.6.3 Dilaciones no computables.....	86
4.7 El abono de la prisión preventiva: jurisprudencia y reforma legal.....	87
4.7.1 Tiempo abonable	88
4.7.2 Causa susceptible de abono	88
4.7.3 Pena abonable	91
4.7.4 Aplicación del abono.....	93
4.8 Indemnización por prisión injusta. Análisis de la doctrina jurisprudencial al respecto.....	95
 <i>CONCLUSIONES</i>	 99
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	104

Abreviaturas

AN	> Audiencia Nacional
AP	> Audiencia Provincial
art.	> artículo
arts.	> artículos
ATC	> Auto del Tribunal Constitucional
Cap.	> Capítulo
CE	> Constitución Española
CEDH	> Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CGPJ	> Consejo General del Poder Judicial
Cit.	> obra o trabajo citado
CP	> Código Penal
DUDH	> Declaración Universal de los Derechos Humanos
ed.	> edición
EM	> Exposición de Motivos
F.	> Fundamento Jurídico
JUR	> Documento de jurisprudencia disponible en http://www.westlaw.es
LEC	> Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	> Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	> Ley Orgánica
LOPJ	> Ley Orgánica del Poder Judicial
MF	> Ministerio Fiscal
núm.	> número
núms.	> números
p.	> página
PICDP	> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
pp.	> páginas
RD	> Real Decreto
ss.	> siguientes
SS	> Sentencias
STC	> Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	> Sentencia del Tribunal Supremo
TC	> Tribunal Constitucional
TEDH	> Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	> Tribunal Supremo
vgr.	> por ejemplo
vol.	> volumen

Resumen

La prisión provisional es una institución que incide sobremanera sobre el derecho fundamental a la libertad y a la presunción de inocencia del sometido a ella, lo cual hace que la doctrina y la jurisprudencia la consideren como una figura problemática y controvertida, habida cuenta de la proclamación que hace nuestra Constitución en el comienzo mismo de su Preámbulo a valores como la justicia, la libertad y la seguridad.

Siendo esta medida la resolución más gravosa que puede adoptar un órgano jurisdiccional respecto de un individuo en el seno de un proceso penal, resulta conveniente analizar pormenorizadamente los presupuestos configuradores de la misma en aras de determinar su aceptabilidad.

Tras la aprobación de la LO 13/2003, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, muchos autores hablaron de “*perversión del sistema*” y de no plasmación en el texto de la ley de los principios que debían regir la adopción de una medida de este calibre.

En esta situación, el papel de los tribunales españoles del orden penal ha sido determinante en su labor de sentar doctrina jurisprudencial en los aspectos más controvertidos y problemáticos estableciendo un marco de actuación seguro para los órganos jurisdiccionales en la aplicación de esta medida y, naturalmente, para los sometidos a esta gravosa medida.

Palabras clave

Privación de libertad, prisión provisional, libertad personal, derecho fundamental, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, presupuestos, medida cautelar, doctrina jurisprudencial.

Abstract

Remand in custody is an institution that greatly affects the fundamental right to liberty and the presumption of innocence of the subjected to it, which makes the doctrine and jurisprudence to consider it as a problematic and controversial, in view of the proclamation that makes our Constitution at the beginning of its preamble to values like justice, freedom and security.

This measure being the more expensive resolution that can take a court with respect an individual in the midst of a criminal process, it is convenient to analyze detail the budgets settings in order to determine its acceptability.

Following the adoption of the LO 13/2003, reform of the law of Criminal Procedure in matters of remand in custody, many authors spoke of "*perversion of the system*" and not translating the text of the law on the principles that should govern the adoption of a measure of this caliber.

In this situation, the role of the Spanish criminal courts has been decisive in his work lay jurisprudential doctrine in the most controversial aspects and problematic by establishing a secure framework for the courts in the application of this measure and, of course, for those subject to this burdensome measure.

Key words

Deprivation of liberty, remand in custody, personal freedom, fundamental right, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, specifications, preventive measure, jurisprudential doctrine.

Objeto del trabajo

La situación de prisión provisional es la excepción a la regla general de situación de libertad de los individuos, tutelada como derecho fundamental en el texto principal de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Española.

El presente trabajo no es sino la continuación de una línea de investigación que trae causa del Proyecto de colaboración elaborado por la que suscribe para avalar la Beca de Colaboración que le fue concedida en el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de León durante el curso 2013-2014 por resolución de 28 de junio de 2013.

La primera parte de este estudio trata de ofrecer una visión general de las medidas cautelares en el orden penal español, habida cuenta de que en la ley procesal penal se contemplan, además de la prisión provisional o preventiva, otras muchas medidas que se pueden adoptar en el curso de un proceso cautelar, tanto de carácter personal, por un lado, como real o patrimonial, por otro.

Por su parte, el segundo bloque del mismo se centra en el estudio pormenorizado de la prisión provisional y su incidencia fundamental en el derecho fundamental a la libertad tomando como base la regulación dada por la LO 13/2003 a esta figura en la LECrim y otros antecedentes como el planteamiento por el Tribunal Constitucional de la autocuestión de inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 de la ley procesal, así como la aparición de modernas tendencias de configuración de un proceso penal orientado a la protección de la víctima.

A lo largo de este trabajo se ha prestado especial interés a la doctrina jurisprudencial, de las cuestiones o incidencias, que mayores dudas han generado en los últimos años, tanto en lo que respecta a la afectación del derecho a libertad por las medidas cautelares en general, como en el supuesto en particular, de la prisión preventiva.

Se presenta, en definitiva, el fruto del estudio de la reforma proyectada sobre la base de los postulados establecidos por el Tribunal Constitucional, así como la

conclusión alcanzada y que pone de relieve que el presupuesto de la legalidad debe regir toda restricción de derechos fundamentales en el proceso penal.

Metodología

La metodología de la investigación utilizada para la realización de este estudio puede estructurarse en los siguientes puntos:

En primer lugar, se ha procedido a la selección del tema, dentro de los previstos en la programación del Grado en Derecho, concretamente “*La prisión provisional. Régimen jurídico y tratamiento jurisprudencial*”, dentro de la asignatura “Derecho Procesal Penal”.

En segundo lugar y en aras de una mejor comprensión, se ha procedido a la división del tema objeto de estudio en dos partes. La primera de ellas está dirigida a ofrecer al lector una idea generalizada de los principios rectores que han de regir la adopción de las medidas cautelares, así como un relato sistematizado de los distintos tipos de estas medidas que ha introducido el legislador. Por el contrario, la segunda parte del estudio se centra en el análisis de la prisión provisional y su tratamiento en la LECrim tras la reforma operada en el año 2003.

En tercer lugar, se ha hecho uso de diversas fuentes normativas que, de un modo u otro, se encuentran relacionados o tienen incidencia en los aspectos que aquí se tratan, fundamentalmente y como no podía ser de otra manera, de la LO 13/2003, de 24 de octubre de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional y de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, la cual ha servido para introducir los diversos cambios sufridos en esta institución.

En cuarto lugar, otro elemento fundamental en la elaboración de este trabajo ha sido la búsqueda y recogida de información de manuales teóricos, monografías, artículos publicados en revistas especializadas en materia procesal, así como publicaciones realizadas en páginas web de organismos oficiales, como el Ministerio de Justicia. Todo este tipo de fuentes son las que nos sirven para generalizar, analizar, sintetizar, interpretar o evaluar la información contenida en las leyes y normativas, pudiendo obtener de ellas, la casuística que pudiera darse en cada supuesto objeto de análisis.

A modo de apoyo, han sido tomados en consideración numerosos autos y resoluciones de juzgados y tribunales integrantes del orden jurisdiccional penal, así como de instancias europeas, las cuales se consideran necesarias para el entendimiento del funcionamiento de esta institución si se tiene en cuenta que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución española, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Por lo que respecta a la valoración personal del estudio, está basada en la teoría analizada, teniendo en cuenta las potenciales o posibles cuestiones que cualquier estudiante o profesional del mundo de derecho podría plantearse y, que tienen cabida en alguna de las notas a pie de página contenidas en el trabajo.

No se puede olvidar que este estudio ha sido supervisado en todo su contenido por un tutor especializado en Derecho Procesal.

BLOQUE PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Concepto y naturaleza de las medidas cautelares en el proceso penal español.

1.1 Análisis de los caracteres que configuran el proceso cautelar.

Las medidas cautelares tienen por finalidad evitar el peligro que para una futura ejecución, representa la existencia y prolongación en el tiempo de un proceso. Es decir, tienden a garantizar tanto la efectividad del propio proceso en curso como la ejecución de la sentencia que en su día pueda dictarse.¹

Aunque estas medidas se concreten en restricciones de derechos fundamentales, lo cierto es que no pueden ser confundidas, ni en su naturaleza, ni en su fundamento, ni en su finalidad, con la pena.²

Se trata de medidas que, siendo parte configuradora de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado,³ tienen por finalidad asegurar que durante la fase de instrucción e investigación de los hechos delictivos por los que se procede y, posteriormente, durante la fase de enjuiciamiento de los mismos se mantenga un *statu quo* tanto sobre las personas como en las cosas.⁴ Pues bien, una vez determinado qué se

¹ Esta postura ha sido sostenida, en cierto modo, ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “*El juez y la prisión provisional*”. Intercenter, 1996, p. 19, quien afirma que prisión provisional y pena tienen “tienen una clara comunidad de naturaleza”, señalando que la única diferenciación entre ambas hay que buscarla en su función formal –procesal.

En el mismo sentido, se pronuncian GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, “*Derecho procesal penal*”, 10ª ed., Madrid, 1984, p. 206.

² RODRIGUEZ RAMOS, L. “La prisión preventiva: ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?”. Diario La LEY, núm. 2, 1984, pp. 1056 y 1057.

³ El reconocimiento de esta potestad jurisdiccional se encuentra recogido, fundamentalmente, en el artículo 24CE, cuando el texto constitucional reconoce y proclama el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido se manifiesta la STC 148/1993, de 29 de abril (RJ 148/1993), al afirmar que “la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualquier derecho es inherente a la posibilidad de acordar las medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso”

⁴ Dicha definición es seguida, entre otros, por VALLS GOMBAU, J y RIFÁ SOLER, J.M en “*El proceso penal práctico*”, 4ª ed. La Ley, Madrid, 2003.

entiende por medidas cautelares, resulta preciso examinar cuáles son las notas caracterizadoras que presidan su aplicación.

Conviene poner de relieve que rara vez se hallan todas y cada una de estas características enunciadas de modo idéntico por la doctrina científica y jurisprudencial. Igualmente, habida cuenta de la estrecha relación que se produce entre ellas, es común encontrarlas expuestas de modo colectivo y sin dotar de autonomía y mención propia a cada una de ellas.⁵

De este modo, el Tribunal Constitucional ha precisado en numerosas ocasiones que las medidas cautelares deben ser concebidas como “una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines que, constitucionalmente, lo delimitan”.

En este sentido y, puesto que la adopción de estas medidas incide directamente sobre el derecho a la libertad personal, proclamado en el artículo 17 de la Constitución, se hace necesaria la configuración de una serie de principios o requisitos que rijan su aplicación y que son comunes a la afección de cualquier derecho fundamental. Así:

1.1.1. Legalidad

Puesto que, como ya hemos apuntado, estas medidas inciden directamente sobre el derecho a la libertad de la persona, su aplicación habrá de estar informada por los principios que rigen este derecho.

A) Fundamentalmente y, en primer lugar, hemos de hacer referencia al principio de legalidad, en virtud del cual “es necesaria la previsión y habilitación legal de la medida limitativa de derechos fundamentales”, como condición de legitimidad.

⁵ Esta configuración aparece recogida en la STC 128/1995, de 26 de julio: la naturaleza de este derecho «pueda ser mecánicamente conducida a la categoría de los derechos de configuración legal» y determina que tan ilegítima puede ser la prisión decretada «cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley como contra lo que la Ley dispone». Más allá, pues, del expreso principio de legalidad (artículo 17.1 y 17.4 CE), debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos; además, se establece en otras muchas sentencias como en las SSTC 47/2000, de 17 de febrero; 305/2000, de 11 de diciembre.

El significado de dicho principio no puede entenderse si no es con la complementación del también principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad.

B) En segundo lugar, la formulación del **artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos** también acoge este principio. En este sentido, se establece en el texto europeo que “toda persona tiene derecho a la libertad”, añadiendo que “nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”.

En nuestra Constitución, se encuentra recogido en el artículo 17, cuya estructura inicial sigue la del antedicho precepto del Convenio Europeo.

C) Como consecuencia de todo lo dicho, cabe precisar que el principio de legalidad vincula tanto al legislador como al juez.

En lo que respecta al legislador, este precepto prescribe el cauce que ha de emplearse para la regulación normativa de ciertas materias. En virtud de ello y, teniendo en cuenta que lo que aquí se está afectando es un derecho fundamental, habrá que atender a la *reserva de ley*, que ha de ser ley orgánica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81.1CE,⁶ y, además, en todo caso, habrá de respetar, en todo caso, el

⁶ STC 140/86, de 11 de noviembre (RJ 1986/140). En la misma se establece que la formulación del principio de legalidad respecto de las normas sancionadoras penales contenido en el art. 25.1 de la C. E., supone la exigencia del rango de Ley formal para este tipo de normas; pero no implica, por sí solo, la necesidad de que asuman los caracteres de las Leyes Orgánicas previstas en el art. 81.1 del Texto constitucional.

El art. 81.1 mencionado prevé que son Leyes Orgánicas “las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”. Y no cabe duda de que las normas penales (como ha admitido la gran mayoría de nuestra doctrina penalista) suponen un desarrollo del derecho a la libertad (aparte de otros derechos fundamentales que no son ahora relevantes). El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 de la C.E., es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social. Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad, que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo «en los casos y en la forma previstos en la Ley»: En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la C. E., por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas.

contenido esencial del derecho fundamental (art.53.1).⁷ Y, por otra parte, vincula al juez, que queda sujeto a la ley en el ejercicio de su función jurisdiccional.⁸

1.1.2. Jurisdiccionalidad

En el ámbito de las medidas cautelares, la jurisdiccionalidad hace referencia al hecho de que su adopción compete a los Jueces y Tribunales, y solo a ellos, en el ejercicio de la función jurisdiccional.⁹

A pesar de que la Constitución no imponga expresamente la judicialidad¹⁰ de esta medida, debe entenderse incluida como una manifestación de la función jurisdiccional y de la exclusiva competencia para su adopción del Poder Judicial, más aún cuando el propio Tribunal Constitucional ha afirmado la referida inclusión de la tutela cautelar desde la perspectiva de que “toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada”.¹¹

En concreto, la necesaria intervención judicial en la adopción o mantenimiento de estas medidas encuentran su justificación en el carácter especialmente gravoso y, por ende, excepcional de éstas.¹²

En este sentido y, tal y como dispone taxativamente el artículo 25.3 de la Constitución Española, “*La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*”.

⁷ A este respecto, podría faltar tanto por “acción” como por “omisión” del legislador.

⁸ GUTIERREZ DE CABIEDES, P “*La prisión provisional*”, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 62. El órgano jurisdiccional que decreta la medida habrá de respetar la Ley, no solo en su letra, sino también en su teleología y espíritu, sin que quepa acordarla en virtud de motivos distintos a los previstos en la Ley.

⁹ Esta característica ha sido afirmada por el TC al determinar que “la prisión provisional es una medida cautelar que solo puede ser acordada por los órganos jurisdiccionales, advirtiendo que, aún cuando la CE no imponga expresamente esta característica, ese tribunal la ha afirmado en reiteradas ocasiones desde la perspectiva de que toda medida que implique una afectación de derechos fundamentales, requiere una decisión judicial motivada”.

¹⁰ GIMENO SENDRA y ALMAGRO NOSETE, “*Derecho procesal*”, T. II, reimpresión de la 3ª ed, Valencia, 1990, p. 351.

¹¹ Así lo pone de manifiesto la STC 147/2000, de 29 de mayo, F.3: “esta motivación ha de ser suficiente y razonable, ”entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional”.

¹² STC 41/1982, de 2 de julio (RJ 1982/41). Todos los textos -internos e internacionales- valoran como esenciales los principios de libertad y seguridad, y en lógica coherencia con el mandato constitucional español reseñado, al consistir la prisión provisional en una privación de libertad, debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar y adoptada mediante resolución judicial motivada.

Excepcionalmente, determinadas medidas cautelares “provisionalísimas”, tal y como acontece con la detención, podrán ser dispuestas por la Policía.¹³ Sin embargo, incluso en este supuesto, tal potestad no deriva de potestad administrativa alguna, sino que se trata de un acto que realiza la autoridad gubernativa, en su calidad de “policía judicial”, “a prevención” y siempre supeditado a la existencia de un procedimiento penal en marcha.

Por consiguiente y, al fin de prevenir ulteriores infracciones al *non bis in idem*, la Autoridad Gubernativa que haya incoado un procedimiento disciplinario, si hubiera un procedimiento penal sobre el mismo objeto que ya estuviera iniciado, habrá de suspender las medidas provisionales adoptadas en el correspondiente procedimiento administrativo sancionador y recabar del juez las oportunas medidas cautelares.

El monopolio de la jurisdicción penal, en el ámbito de las medidas cautelares alcanza a otras manifestaciones de la jurisdicción, como es la “prohibición de la prisión por deudas”, de conformidad con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁴

1.1.3. Instrumentalidad

Como ya expusiera magistralmente CALAMANDREI¹⁵, las medidas cautelares deben de ser concebidas como “instrumento del instrumento”. Quiere ello decir que éstas no se configuran como un fin en sí mismas; al contrario, la instrumentalidad¹⁶ supone una vinculación directa de la medida cautelar a la pendencia de un proceso principal; por lo tanto, una vez que éste concluye, ya sea por sentencia o mediante auto

¹³ DE HOYOS SANCHO, M., “*La detención por Delito*”. Ed. Aranzadi S.A, Pamplona, 1998. Se trata de una determinada función dentro de las de Policía general que desempeña el personal profesional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, basada en los criterios de la Policía científica, consistente en el auxilio a los Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, con la finalidad de ponerlos a disposición de la Autoridad Judicial junto con los resultados de sus averiguaciones.

¹⁴ STC 178/1985, de 19 de diciembre (RJ 1985/178). Pudiendo hacer reputar como inconstitucional el “arresto del quebrado” si dicha limitación a la libertad no está preordenada al futuro procedimiento penal por alzamiento o insolvencia punibles.

¹⁵ CALAMANDREI, P., “*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*”, Ed. El foro, 1996, cit., p.45.

¹⁶ MONTÓN REDONDO, A, GÓMEZ COLOMER, J.L, ORTELLS RAMOS, M y MONTERO AROCA, J. “*Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*”, Bosch, Zaragoza, 1996, p. 438.

definitivo, se produce la extinción de la medida cautelar, que no puede mantenerse en adelante.¹⁷

Además de su vinculación al proceso principal, estas medidas se encuentran íntimamente ligadas o, si lo preferimos, vinculadas tanto con el objeto como con los hechos del proceso.

Por este motivo, las medidas cautelares deberán de ser adecuadas con los fines que se persigan, pudiendo generar situaciones en las que la coincidencia entre el contenido de la medida adoptada y la condena que se llegue a imponer posteriormente, sea idéntico.

1.1.4. Provisionalidad

En cuarto lugar, puesto que la finalidad de la medida cautelar está destinada a asegurar la eficacia de la sentencia que se dicte, debe contar necesariamente con una vigencia limitada en el tiempo. La subordinación al proceso principal y a la resolución final del mismo, determinan que éstas deban necesariamente desaparecer, terminado aquél y dictada ésta.

Es precisamente la vinculación a las causas que la justificaron,¹⁸ la que conduce al carácter revocable de la medida cautelar, en modo tal que producido el cambio o modificación de la situación de hecho que la generó, ésta debe extinguirse, bien procediendo a su alzamiento o a su sustitución por otra que se adapte al cambio de circunstancias.

¹⁷ STC 32/1987, de 10 de marzo (RJ 1987/32) F.3. El carácter fundamental del derecho a la libertad personal que el apartado 1 del art. 17 reconoce a toda persona y el apartado 4 singulariza en lo que concierne a quienes se hayan visto privados provisionalmente de aquélla por decisión judicial, este Tribunal ha afirmado asimismo en la Sentencia 41/1982, de 2 de julio de 1982, que la institución de la prisión provisional, «situada entre el derecho estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro», y habida cuenta de que aquélla consiste sustancialmente «en una privación de libertad», ha de regirse «por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar».

¹⁸ DE LLERA SUAREZ- BÁRCENA, E. “*Derecho procesal penal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 321.

Por otra parte, es preciso poner de relieve la diferenciación existente entre la nota de provisionalidad, por un lado y la de *temporalidad*, por otro, habida cuenta de la frecuencia con que tales conceptos son confundidos.¹⁹

Tal y como afirma CALAMANDREI, la provisionalidad hemos de referirla a un evento respecto del cual se ignora cuándo acaecerá; por el contrario, la temporalidad se vincula con un momento cierto, que no depende de ningún evento. Con ésta última se hace alusión a una serie de plazos concretos y taxativos cuyo mero transcurso determina el alzamiento de la medida cautelar que la Ley procesal penal fija, al margen de la dependencia o no de un proceso principal.

Si bien se mira, la diferenciación entre una y otra se hace latente también en lo que respecta a su fundamento²⁰. Así, la provisionalidad tiene su origen en el carácter instrumental de las medidas cautelares, esto es, en su dependencia respecto del proceso principal. De otra parte, la temporalidad encuentra su fundamento en la gravedad de los efectos de la adopción y mantenimiento de esa medida, constituyendo un límite objetivo.

1.1.5. Proporcionalidad

La proporcionalidad constituye un canon de legitimidad de las restricciones de cualquier derecho fundamental siendo, en este caso concreto, el derecho a la libertad.²¹

Para situar el sentido de este principio, conviene poner de relieve la naturaleza relacional del criterio de proporcionalidad, puesto que éste se predica, por definición, de una relación entre dos extremos o elementos (bienes o intereses jurídicos en conflicto).

¹⁹ Tal y como ponen de relieve algunos autores, ambas características aluden a lo percedero de la medida cautelar. Sin embargo, el término o *dies ad quem* de ambas es diverso; en este sentido, la provisionalidad depende de un evento que se ignora cuándo acaecerá, mientras que en la temporalidad viene determinado por un momento cierto, independiente de aquel evento.

²⁰ De la provisionalidad es predicable la nota del *certus an, incertus quando*; la temporalidad, por su parte, se encuentra claramente marcada por un *certus quando*.

²¹ En relación con la proporcionalidad de la medida cautelar, la STC 199/87, de 12 de diciembre, F.12, declara la inconstitucionalidad del artículo 21 de la LO 9/1984, en relación con el cierre provisional de un medio de difusión en los supuestos delictivos de bandas armadas y establece que “es a todas luces desproporcionado que el mero hecho de la admisión de una querrela criminal pueda comportar su cierre, no pudiendo encontrar amparo en el límite establecido en el artículo 20.4 CE. No permite una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, libertad de expresión e información y mantenimiento de la seguridad pública, pues una finalidad meramente preventiva no puede justificar constitucionalmente una restricción tal radical de estas libertades”

En virtud de éste, habrá de operarse un *juicio de ponderación*²² entre los derechos fundamentales afectados y los bienes que con dicha afección se trata de proteger, a fin de establecer entre ellos un equilibrio justo.

Es posible hallar numerosas *manifestaciones* o implicaciones del principio de proporcionalidad en la regulación de las medidas cautelares y, más concretamente, en relación con la prisión provisional.²³ En este sentido, el apartado 6 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27/6/80 establece que: “la prisión provisional no debe decretarse si la privación de libertad es desproporcionada con relación a la naturaleza de la infracción alegada y a la pena prevista para la misma”.

Al igual de lo que sucede con otras notas características de las medidas cautelares y, fundamentalmente, de la prisión provisional, el requisito de la proporcionalidad encuentra su fundamento en el respeto a los derechos fundamentales de libertad y de presunción de inocencia.²⁴

Por último y como *elementos propios* del contenido de este principio, se encuentran los **requisitos** de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*²⁵.

²² La jurisprudencia lo ha denominado en otras ocasiones (STC 12/1984, de 26 de noviembre) “juicio de razonabilidad”. En el mismo sentido se ha pronunciado BARONA VILAR, “*El principio de proporcionalidad: presupuesto esencial de la prisión provisional*”. La LEY, 1987-4, pp.846-853.

²³ Igualmente, podemos encontrar manifestaciones en otros ordenamientos procesales, como el alemán, el cual dispone que “la prisión provisional no podrá ordenarse cuando fuera desproporcionada respecto a la importancia del asunto y la pena o medida de seguridad o de corrección esperadas.”

²⁴ ROMERO ARIAS, E, “*La presunción de inocencia*”, Aranzadi, S.A, Pamplona, 1985, p.23, señala que, a pesar de que la lectura de la EM de la LECrim pone de manifiesto que, en ningún momento se cita en ella la expresión “presunción de inocencia”, sí es posible afirmar que aparece en dicho texto legal en tanto que algunos autores como ALAMILLO CANILLAS, F, “*La presunción de inocencia y el recurso de casación penal*”, La LEY, núm, 614, p.1, establecen que ya se encontraba implícita en el viejo aforismo penalista “*in dubio pro reo*”.

Por su parte, GIMENO SENDRA, “Prólogo” a la obra de ASENCIO MELLADO, J.M “*La prisión provisional*”, Civitas, Madrid, 1987, p.21. establece que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2CE previene que un individuo no podrá ser privado de libertad si no es en virtud de una resolución firme de condena. Habida cuenta de que en el transcurso de un proceso cautelar, aún no ha recaído una sentencia condenatoria, al encausado se le presume inocente.

En el mismo sentido, se manifiesta DE LUCA, F. “*Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*”, Cedam, Padova, p.1953

²⁵ Vid. SSTC 66/1995, de 8 de mayo y 55/1996, de 28 de marzo, las cuales establecen, casi en idénticos términos, que “el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Es decir, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada”.

a) En relación con el primero de los requisitos, la idoneidad, ésta ha de entenderse como aquella relación de aptitud entre la causalidad medio-fin, es decir, la medida adoptada debe de ser adecuada para la consecución de los fines perseguidos.

b) En segundo lugar, la adopción de la medida debe cumplir con el requisito de necesidad, por el cual su adopción se hace imprescindible para la consecución de dicho fin, restringiendo su aplicación a aquellos supuestos en que no sea posible acordar otras medidas menos gravosas.²⁶

c) Y, por último, la prisión preventiva debe cumplir con el requisito que la jurisprudencia ha denominado “proporcionalidad en sentido estricto”, es decir, el perjuicio que supone para los derechos fundamentales del individuo debe corresponderse, razonablemente, con la naturaleza y relevancia de la función que cumple.²⁷

1.2 Fundamento.

De acuerdo con el artículo 24 de la Constitución española de 1978, *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva²⁸ de los jueces y tribunales en el*

²⁶ Se efectúa así un “juicio de necesidad”, de imperatividad, tal y como afirma el TC en su Sentencia 55/1996, de 28 de marzo (RJ 1996/55). Que la realización del juicio de necesidad compete al legislador es una afirmación que ya hemos reiterado y justificado, al igual que la del amplio margen de libertad del que goza y que deriva, no sólo de la abstracción del principio de proporcionalidad y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como «representante en cada momento histórico de la soberanía popular». En rigor, el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza, de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento. Cuando se trata de analizar la actividad del legislador en materia penal desde la perspectiva del criterio de necesidad de la medida, el control constitucional debe partir de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles.

²⁷ Es precisamente esta nota la que constituye el juicio de proporcionalidad. Se refiere a que la prisión sea el resultado de la ponderación de entre los bienes o interés en conflicto.

²⁸ CHAMORRO BERNAL, F. “*La tutela judicial efectiva*”, Bosch, Barcelona, 1994, p.276, señala que la efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela judicial puesto que, como ha reiterado el TC, una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. El derecho a la efectividad forma parte de ese conjunto de garantías y derechos que integran la compleja institución jurídica de la tutela judicial. Tal y como señala APARICIO PÉREZ, M. A “*El derecho a la organización de la tutela judicial*”, en ADPEP, núm. 1, Granada, 1988, la efectividad de la tutela judicial debe ser también promovida por el ejecutivo, poniendo los medios estructurales para que la administración de justicia pueda ser eficaz.

ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

De este modo, el fundamento de las medidas cautelares no es otro que garantizar la efectividad de la función jurisdiccional propiamente dicha que, tal y como establece el artículo 117 de la norma fundamental, consiste en ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado.

Si bien el fundamento de las medidas cautelares en el proceso penal consiste en garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria, lo cierto es que existen supuestos, denominados también cautelares, que buscan la consecución de fines distintos. Entre éstos podemos encontrar la prevención de futuros delitos cometidos por el inculpado (prevención especial) así como medidas destinadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida (medidas preventivas personales).

Debe, sin embargo, diferenciarse correctamente entre la función coercitiva cautelar y la función coercitiva no cautelar, pues no toda coerción supone función cautelar en el proceso penal.²⁹

1.3 Regulación a partir de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional.

Si tenemos en cuenta que las medidas cautelares son instrumentales al proceso y, además, han de ser provisionales y proporcionales, la adopción de éstas deberá venir legitimada por la concurrencia de varios presupuestos, a saber: a) una apariencia de buen derecho; b) un riesgo para la efectividad del proceso si no se adopta y una resolución judicial que lo acuerde.

Gran parte de la doctrina considera que los tiempos anteriores a la promulgación³⁰, de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de

²⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P “*La prisión provisional*”, p.69, señala que debe, por ello distinguirse entre la medida coercitiva como género y las clases como especie. Las primeras son instrumentos jurídicos que pueden producir una afectación de derechos. Por el contrario, las medidas como especie son aquellas que no tienen la condición de cautelares pero a las que se atribuye el régimen jurídico de éstas. Así, podemos hablar de medidas precautelares, cautelares, preventivas e interdictivas.

Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional³¹, fundamentalmente para adaptar la prisión provisional a la doctrina jurisprudencial y constitucional emitida al respecto, en base a los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y respecto a la presunción de inocencia) fueron determinantes en la regulación dada a esta materia, llegando a configurar a ésta como *instrumento de política criminal*,³² principalmente en relación con la violencia doméstica y la delincuencia organizada y habitual.³³

Así, el Pleno del TC llegó a establecer que “la comparación entre los requerimientos dimanantes del artículo 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha determinado nuestra doctrina, pone de manifiesto, *prima facie*, que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda”.

A esa necesidad y urgencia responde la Ley Orgánica 13/2003, como viene a poner de manifiesto expresamente su exposición de motivos.

Si bien es cierto que la EM de la citada ley establece que la reforma de la antigua regulación de la prisión provisional era fundamental habida cuenta de las importantes modificaciones que el Tribunal Constitucional ha ido estableciendo, fundamentalmente mediante la instauración de nuevos requisitos para la adopción de la prisión provisional y, de ese modo, cumplir y respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad consagrado en el artículo 17CE, lo cierto es que la doctrina habla más bien de “*nueva pirueta propagandística*” del Gobierno del Partido Popular- en la presidencia del Gobierno por aquel entonces- previa a las elecciones generales de marzo de 2004.

³⁰ El TC se llegó a autoplantear en la STC 47/2000 de 17 de febrero (RJ 2000/47) una **cuestión de inconstitucionalidad** de los artículos 503 y 504 LECrim. En este sentido, la sentencia plantea que “la determinación de si el cumplimiento de los requisitos legales basta para entender constitucionalmente legítima la prisión, precisa una toma en consideración del texto de los artículos de la LECrim aquí aplicados, esto es, del artículo 503 y de los dos primeros párrafos del artículo 504.

³¹ BARONA VILAR, S. “*Prisión provisional y medidas alternativas*”. Bosch, Barcelona, 1988.

³² “Ministerio de Justicia, “*La prisión provisional será otro instrumento eficaz en la lucha contra la delincuencia*”, <http://www.mju.es>, 25/06/2014. En éste y, a través de una nota explicativa del proyecto de reforma sobre la prisión provisional, se pone de manifiesto que la medida supone, para quien se dedica habitualmente a la delincuencia menor o callejera, ingrese inmediatamente en prisión.

³³ Entre el “conjunto de iniciativas destinadas a mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos, frente a los ataques de la delincuencia, se publicaron además otras normas como la Ley 38/2002 y 8/2002 de juicios rápidos, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal.

En este sentido y, tal y como apunta GUTIÉRREZ DE CABIEDES³⁴, mientras la mayoría de la doctrina procesalista denuncia la desvirtuación del marcado carácter cautelar que conlleva la atribución de algunos fines preventivos que pretenden otorgarse a la prisión provisional, el Tribunal Constitucional los considera auténticos fines legítimos de la misma.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. Presupuestos configuradores.

Como ha quedado apuntado, para poder adoptar una medida cautelar, que es instrumental de un proceso principal y ha de ser provisional y proporcional, deben concurrir los tres presupuestos referenciados en el apartado anterior.

No obstante y puesto que los mismos serán objeto de un exhaustivo análisis en el grueso de este estudio acerca de la prisión provisional, nos limitaremos en este momento a dejar apuntadas las notas más básicas de cada uno y que son predicables, con carácter general, respecto de todas las medidas cautelares que prevé nuestro ordenamiento procesal penal.

2.1 *Fumus boni iuris* (“apariencia de buen derecho”)

El término latín “*fumus bonis iuris*”, traducido de manera literal, quiere decir “humo de buen Derecho”, o en inglés “smoke of a good right”. El *fumus bonis iuris*, o *apariencia del buen Derecho*, consiste en la presunción de que existe suficiente base o fundamento legal para estimar procedente alguna medida decretada por los órganos jurisdiccionales y, en este caso concreto, en relación con la adopción de alguna de las medidas cautelares enunciadas anteriormente.

Es decir, el presupuesto exige que aparezcan en el proceso elementos que, al menos, indiciariamente, justifiquen una resolución final condenatoria, en la medida en que estas medidas representan limitaciones o prohibiciones del ejercicio de derechos por

³⁴ La carga de problematicidad y el signo de contradicción consustanciales a la prisión provisional pueden apreciarse en su tratamiento con claridad, así como en los debates parlamentarios.

parte del imputado y, sin una sentencia que imponga una condena, deberán estar justificadas suficientemente.³⁵

Tal y como considera JUAN SANJOSÉ, R.,³⁶ en su estudio “*Las medidas cautelares*”, respecto al presupuesto que estamos estudiando, hemos de precisar que la constatación de la concurrencia de dicha exigencia se efectúa en base a un mero examen indiciario acerca de que la pretensión contenida en la demanda no está condenada al fracaso, sino que puede prosperar.

Pero esta valoración se hace sin prejuicio alguno y en un temprano momento del proceso, pues ni se ha practicado la prueba en el juicio principal ni, obviamente, se ha procedido a su valoración por el juzgador.

Es por ello que la apariencia de buen derecho deberá referirse a una situación concreta, no siendo admisible aquellas pretensiones genéricas, debiendo ponerse en relación al tipo de pretensión que se ejercita en el pleito principal.

Así, en el proceso penal, este presupuesto este presupuesto está representado por la imputación motivada y verosímil, esto es, por la atribución de responsabilidad criminal por la comisión de unos concretos hechos delictivos, siempre dirigido a una concreta y determinada persona.³⁷

³⁵ A este respecto es de destacar lo dicho por el Tribunal Supremo en el Auto 1537/2008, de 26 de Junio (RJ 1537/2006), F. 2 el cual expuso que “...en el caso, la dificultad más grave se presenta en relación con la apariencia de buen derecho, siempre dificultada por la existencia de una sentencia, que a su vez se remite a otra anterior, en la que considera que se ha decidido ya la cuestión, que por esta causa no puede ser replanteada. De este modo, no queda justificada en la medida legal exigible la apariencia de buen derecho (artículos 728.2 y 735.2 LEC), cuyo requisito supone que se presenten por el solicitante datos, argumentos y justificaciones documentales, o por otros medios, que permitan fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. Aún cuando ciertamente la apreciación no debe equipararse a un prejuicio del asunto, como explícitamente señala el artículo 728.2 LEC, si es preciso que se obtenga un juicio de probabilidad cualificada, lo que en el caso resulta profundamente debilitado por el resultado desfavorable de la sentencia recurrida, hallándonos ante un recurso, como es el de casación, de ámbito limitado respecto de la “cognitio” del Tribunal...”

³⁶ Lo expuesto no hace referencia sino al presupuesto de “apariencia de buen derecho”, en el sentido de exigir éste que existan indicios de criminalidad en el sujeto y que el hecho delictivo pueda ser objetivamente imputado al mismo.

³⁷ Por lo tanto, el presupuesto “*fumus boni iuris*” aparece configurado mediante la combinación de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. Ha de sostenerse, en este sentido, que se han producido unos hechos delictivos (elemento objetivo) y que la persona contra la que se dirige la medida cautelar

2.2 *Periculum in mora* o peligro en la mora procesal.

El segundo de los presupuestos de las medidas cautelares es la necesidad de conjurar el riesgo derivado de una resolución tardía, que pudiera provocar la ineficacia de la resolución definitiva.

El mismo se concreta en varias circunstancias, a saber: en la *posible desaparición del imputado*, en tanto que si no se encuentra a disposición del proceso no se podría celebrar el juicio ni tampoco, obviamente, devenir eficaz la sentencia que eventualmente pudiera dictarse; asimismo, podrá también especificarse en la *posible ocultación o desaparición de los bienes*, impidiendo, por tanto, que puedan ser satisfechas las posibles responsabilidades pecuniarias derivadas del proceso.³⁸

Al margen de las citadas, pueden aparecer otras circunstancias que sea necesario conjurar mediante la adopción de la prisión provisional, por cuanto puedan poner en peligro la eficacia del propio proceso. Nos estamos refiriendo al peligro de *destrucción probatoria* y al riesgo de *reiteración delictiva* que, como ya veremos más adelante, puede aparecer referido tanto a las víctimas, en cuyo caso recibirá la denominación de reiteración delictiva subjetiva o, por el contrario, aparecer vinculado a la comisión de otros hechos delictivos, debiendo ser designada entonces como reiteración delictiva objetiva.

Todo lo dicho no es óbice para poder acordar otra serie de medidas de protección de los perjudicados o víctimas de los hechos delictivos.³⁹

Hemos de precisar que unas y otras, medidas cautelares y medidas de protección, respectivamente, persiguen finalidades diferentes, aún cuando ambas

(elemento subjetivo) es responsable criminalmente de los hechos, puesto que si, únicamente lo fuera en concepto de responsable civil, no sería legítima la adopción de una medida tan gravosa.

³⁸ Como ya sabemos, cuando en el proceso penal no se renuncia por el perjudicado a la pretensión civil y tampoco es reservada ésta para su ejercicio en un posterior proceso civil, habrá de plantearse juntamente con la penal. La responsabilidad civil por hechos delictivos comprende, por ende, la restitución, la reparación y la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales derivados del mismo, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 del Código Penal.

³⁹ Con esta finalidad se prevén la ley procesal penal las *medidas de protección*, mediante las cuales se persigue amparar a las víctimas mientras que se sustancia el proceso penal y se dicta la sentencia que se establezca con carácter definitivo. Así, en el artículo 13LECrim se arbitran como primeras diligencias que han de practicarse en el proceso la de proteger a los perjudicados por el hecho delictivo o sus familiares.

deberán adoptarse en el curso de un proceso penal abierto. Comparten, por el contrario, que ambas suponen una limitación o prohibición al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos constitucionalmente, de ahí que los presupuestos para su adopción deban ser idénticos.

Por último, también cabe adoptar medidas especialmente previstas para proteger a la sociedad. En efecto, además de las ya mencionadas medidas de protección de las víctimas, es posible que el órgano jurisdiccional que esté conociendo del proceso ordene la retirada del permiso de conducir vehículos de motor, así como el cierre de establecimientos o la suspensión de cargos públicos, que operan como una especie de tutela anticipada.⁴⁰

2.3 Caución.

Por regla general, el imputado sometido a la libertad provisional se limita a asumir *apud acta* la obligación de comparecer en el Juzgado los días que se señalen en la resolución que acuerde la libertad provisional y, además, cuantas veces sea llamado ante el juez o tribunal.

Además, se prevé en la LECrim que la medida cautelar de *prisión provisional* se decreta exigiendo la prestación de *garantía* o sin ella. De este modo, si el órgano judicial hubiera establecido que para salir en libertad, el sometido a esta medida deba prestar fianza, ésta se constituye como auténtico presupuesto para la concesión de la libertad provisional al inculpado, en modo tal que si no la presta, se decretará automáticamente la prisión provisional (art.540).⁴¹

La fianza o caución puede ser dineraria, en efectos públicos, pignoraticia, hipotecaria o simple caución personal de un tercero. Por lo que hace a su naturaleza y

⁴⁰ Es obvio que estas medidas no puedan afectar a derechos fundamentales de la persona ni, mucho menos, a la libertad del individuo, de modo que resultará ilegítima cualquier privación de libertad que se ampare en una finalidad de defensa de la sociedad, fundamentalmente, en una pretendida acción de sofoco de la alarma social que se hubiera podido originar.

⁴¹ MORENO CATENA, V. “*Derecho procesal penal*”, 5ªed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. En la práctica cabe apreciar una doble situación: la libertad provisional con fianza y la prisión provisional eludible con fianza. No obstante, ambas pueden ser reconducidas a lo mismo y es que el imputado o un tercero garantizan la presencia de aquel con la suma de dinero que el juez ha señalado, aún cuando en la práctica operen de distinta manera.

Mediante la libertad provisional con fianza se pretende que el imputado continúe en libertad o pasará a esta situación en tanto que no consigne la cantidad fijada en concepto de caución. Por el contrario, la prisión con fianza alude al hecho de que el imputado puede eludir la privación de libertad si presta la garantía.

manera de ser, se regirá por las reglas establecidas en la LECrim para las fianzas y embargos (arts. 533, 591 y ss.) y para determinar su cantidad y calidad se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Justicia, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 531 de la citada ley.⁴²

Si el imputado no compareciese al llamamiento del órgano judicial, se requerirá al fiador personal o dueño de los bienes para que haga concurrir al inculpado en el plazo que a tal efecto se señale en la orden de puesta a disposición; en caso de no hacerlo, la fianza será adjudicada al Estado, con deducción de las costas causadas (arts.532 y 535).

Por el contrario, la fianza será cancelada cuando el fiador lo pida presentando al imputado, cuando se ordene el ingreso en prisión del inculpado o cuando el proceso termine, ya sea por auto de sobreseimiento, o mediante sentencia firme absolutoria o, conteniendo ésta un pronunciamiento condenatorio, se presente al reo a cumplir la pena, además de, naturalmente, por la muerte del sometido a esta medida cautelar.

2.4 Resolución judicial

El tercer presupuesto para acordar válidamente cualquier medida cautelar en el proceso penal es una resolución judicial motivada que la ordene. En virtud de ello, las medidas cautelares solo podrán ser adoptadas por el Juez de Instrucción que esté llevando a cabo el conocimiento de la causa y deberán estar circunscritas en el marco de un proceso penal abierto.⁴³

⁴² En todo caso, la única finalidad de la *caución* no es responder de la comparecencia del imputado cuantas veces fuese requerido por la autoridad judicial.

⁴³ No obstante, sí es posible adoptar de modo provisional una medida cautelar que esté preordenada a un proceso penal posterior, siempre y cuando concurra una imputación, cumpliendo así con el presupuesto de *fumus boni iuris*, y el riesgo por la tramitación del proceso. Así ocurre con la detención preventiva que autoriza la Constitución en su artículo 17.2 y puede practicar la policía.

La necesidad de *motivación* ⁴⁴ de las resoluciones judiciales está sujeta a un canon constitucional de mayor exigencia y resulta especialmente rigurosa en los supuestos de afectación a los derechos fundamentales, como ocurre con las decisiones atinentes a la libertad personal, pudiendo incluso producirse un supuesto de motivación suficiente a los efectos del *derecho a obtener la tutela judicial efectiva*, pero que sin embargo resulte lesiva del derecho fundamental afectado, lo que ocurre cuando se consignan las razones de hecho y de derecho, pero sin expresar de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas (Sentencias del Tribunal Constitucional 87/2000 de 27 de marzo y 251/05 de 10 de octubre).

Así ocurre en los supuestos en los que se advierte una primera resolución decidiendo la prisión preventiva del imputado que resulta de carácter meramente genérico, en cuanto se manifiesta que existen motivos bastantes para entender que el detenido es responsable del delito imputado, pero sin concretar cuáles son tales indicios.

En este sentido, la resolución judicial que acuerde la prisión provisional, en cualquiera de las modalidades previstas en la LECrim, de un imputado, deberá contener el motivo o motivos en que el órgano jurisdiccional se base para que dicha medida limitativa de derechos fundamentales sea legítima. ⁴⁵

3. Clases de medidas cautelares.

El proceso cautelar responde a la necesidad de conjurar los peligros que puedan poner frustrar la eficacia del propio proceso y de la sentencia que en él se pueda dictar; para ello, se prevén una serie de medidas que inciden directamente en la esfera jurídica de los derechos del imputado, muy especialmente, en su derecho fundamental a la

⁴⁴ STC 147/2000, de 29 de mayo (RJ 2000/147), con remisión a muchas otras relacionadas. “La prisión provisional es una medida cautelar que sólo puede ser acordada por los órganos judiciales. Aunque la Constitución no imponga expresamente la judicialidad de esta medida, es lo cierto que la doctrina de este Tribunal la ha afirmado reiteradamente desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada”.

⁴⁵ STC 165/2000, de 12 de junio (RJ 2000/165) F.4. “Desde el prisma de la exteriorización del razonamiento judicial que permite adoptar tan drástica medida, hemos exigido en las resoluciones y fundamentos antes mencionados, que la resolución acordando la prisión provisional, o decidiendo su mantenimiento, ha de reflejar no solamente la concurrencia de motivos bastantes para creer responsable del delito a la persona afectada, sino la concurrencia de algún fin justificativo, de modo que la ponderación de las circunstancias concretas del caso ha de reflejarse en la decisión del órgano judicial y, además, no ha de ser arbitraria, es decir, debe ser acorde con las reglas del razonamiento lógico”

libertad. Tradicionalmente se han distinguido entre medidas cautelares personales y medidas cautelares reales. Las primeras afectan a la persona del imputado, al ejercicio de sus derechos, que se ve limitado o suspendido; las segundas afectan al patrimonio.

3.1 Medidas cautelares personales.

Las medidas cautelares personales son, fuera de toda duda, las más trascendentes, habida cuenta de los bienes jurídicos a los que afecta y, en el sentido de limitar o prohibir el ejercicio de libertades individuales.

El hecho de que supongan intromisiones de muy diversa entidad y en la medida en que afectan a derechos fundamentales, hemos de acudir, en primer lugar, a la Constitución para encontrar la legitimidad necesaria para ponerlas en práctica.

Así, la norma suprema comienza propugnando en el artículo 1.1 del su texto que la libertad, junto con la justicia, la igualdad y el pluralismo político, son valores superiores del ordenamiento jurídico, llegando incluso a reconocerla (en el artículo 17.1) como derecho fundamental.

En este marco constitucional y siempre en el curso de un proceso penal, podrán acordar la adopción de una medida cautelar de este tipo, observando lo expresamente señalado en el texto constitucional y en los casos y formas previstos en la ley.⁴⁶

⁴⁶ Para la Constitución, la protección de la libertad ambulatoria de los individuos es de tal importancia que lo tutela, por un lado y, como hemos visto, mediante su reconocimiento constitucional y, por otro, mediante la instauración de un mecanismo específico de protección de los ciudadanos contra su legal privación: el es denominado procedimiento de “Habeas Corpus”. Así, el artículo 17.4CE establece que “la ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”, mandato constitucional que compromete a todos los poderes públicos ante los ciudadanos y que se ha plasmado en la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de habeas corpus.

DE DIEGO DíEZ, L “*Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*”, Bosch, Madrid, 1997, p. 234. El Habeas Corpus se configura como una comparecencia del detenido ante el juez que permite al ciudadano privado de libertad, exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la misma, al objeto de que el juez resuelva, en definitiva, sobre la conformidad a derecho de la detención. En este sentido, el TC lo ha calificado como un proceso especial de *cognición limitada*, entendido como un *instrumento de control judicial* que versa no sobre todos los aspectos o modalidades de la detención, sino sólo sobre su regularidad o legalidad en el sentido de lo regulado en la Constitución y las leyes.

Pues bien, las medidas cautelares de carácter personal y, que el órgano jurisdiccional puede acordar en el curso de un procedimiento penal, son fundamentalmente tres: a) la detención; b) la prisión provisional o también denominada prisión preventiva y, por último, la libertad provisional.

Puesto que del estudio y análisis pormenorizado de la prisión provisional nos ocuparemos a lo largo de este estudio, debemos hacer, por cuanto aquí hace, unas breves indicaciones acerca de la características principales de las otras dos grandes medidas cautelares personales.

Así pues, la *detención* consiste en una privación de libertad personal de corta duración, la cual aparece prevista en la CE para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos delictivos que se hubieran producido, descubriendo así su carácter cautelar, que tiene por finalidad hacer posible el enjuiciamiento penal y el cumplimiento de la sentencia condenatoria que se dictare.⁴⁷

Como toda medida cautelar y excluyendo la resolución judicial,⁴⁸ debe cumplir la detención con los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora procesal, que presentan alguna particularidad que remarcaremos muy sucintamente:

Respecto del “*fumus boni iuris*”, hemos de advertir lo siguiente:

A la detención ha de preceder la *imputación*, esto es, deben existir indicios que permitan presumir que la persona que es objeto de detención puede ser responsable criminalmente de la comisión de un hecho delictivo. Ello supone que:

- ✓ No se puede detener para ver si ha pasado algo, es decir, como un medio de investigación.
- ✓ Solo resulta procedente para garantizar la responsabilidad penal por delito, por lo tanto, no es legítimo detener a un presunto responsable civil.
- ✓ Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 495 LECrim, no es posible detener por “simples faltas”, porque en ese caso se quebrantaría el principio de proporcionalidad.

⁴⁷ HERCE QUEMADA, “*Derecho Procesal penal*”, T. II, reimpresión de la 3ªed, Valencia, 1990, p. 365.

⁴⁸ ESCUSOL BARRA, E. “*Manual de derecho procesal-penal*”, Colex, Madrid, 1993, p. 401. El objeto propio de la detención es la libertad deambulatoria y que es requisito o condición indispensable que el instituto de la detención esté siempre presidido por el control judicial.

Además, se exige que exista algún peligro para el proceso penal si no se adopta la medida cautelar de detención preventiva. De tal modo, solo cuando se pueda presumir la voluntad del inculpaado de situarse fuera del alcance de la justicia (peligro de huida) o cuando se actúe para impedir la comisión de más delitos o se presuma que el imputado no comparecerá al llamamiento judicial, podrá adoptarse la detención de una persona.

Por último no podemos sino hacer una sucinta mención a la medida cautelar de *libertad provisional*, como parte integrante de las medidas que componen y configuran el proceso cautelar en el ordenamiento español.

En este sentido, la libertad provisional se encuentra regulada en los artículos 528 a 544 ter de la LECrim e implica la restricción del derecho fundamental a la libertad personal reconocido en el artículo 17CE.⁴⁹

Los presupuestos de la prisión provisional vienen configurados de manera complementaria a los de la prisión provisional, por lo que, de algún modo, el artículo 529 viene a establecer que, en aquellos supuestos en los que, concurriendo el *fumus boni iuris*, no se hubiera acordado la medida de prisión provisional, se decrete la libertad provisional del inculpaado.

Por otra parte, el riesgo que se pretende conjurar mediante la adopción de esta medida es precisamente el de la posible afectación del normal desarrollo de la investigación, así como el peligro de fuga del imputado, si bien es cierto con menos intensidad que en la prisión provisional.⁵⁰

⁴⁹ Según la STC 85/1989, de 10 de mayo (RJ 1989/85), “la libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que quedará así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente. Viene determinada en la ley por la falta de presupuestos necesarios para la prisión provisional, que puede acordarse con o sin fianza, debiendo el obligado prestar obligación de comparecer *apud actad* de comparecer en los días que le fueren señalados por la resolución correspondiente.

⁵⁰ Una interpretación integradora de los artículos 539 y 502.2 debe llevar a la afirmación de que la regla general debe ser la libertad provisional y la excepcionalidad, la prisión provisional, en cuanto, como ya hemos apuntado en numerosas ocasiones, si es posible adoptar medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de los cuales puedan alcanzarse los mismos fines, una aplicación del principio de proporcionalidad debe conducir, ineludiblemente a ello.

3.2 Medidas cautelares reales.

Con la denominación de medidas cautelares reales abarcamos todas aquellas que tengan como objeto bienes muebles o inmuebles y cuya finalidad sea preservar los bienes en atención a los intereses del proceso penal que se están ventilando.⁵¹

Básicamente podemos agrupar estas medidas en: a) medidas tendentes a la conservación de las cosas relacionadas con el delito; b) medidas que tiene como fin asegurar las responsabilidades pecuniarias que puedan declararse en el proceso penal.

Por lo que respecta al contenido, la LECrim, en su artículo 100 y el Código Penal, en el 101 determinan la responsabilidad civil⁵² y la acción para exigirla comprende, tanto la restitución de la cosa, como la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causado por el hecho punible por el que se procede.⁵³

Partiendo de esta clasificación inicial, es posible encuadrar dentro de cada uno de esos subtipos medidas de diversa naturaleza previstas para atender finalidades distintas, toda vez que, tal y como hemos puesto de manifiesto, cada una de las subclasificaciones cumple con una función en el proceso por los hechos delictivos por los que se procede.

Sin extendernos en demasía –por no ser éste el tema de estudio principal de este trabajo- podemos distinguir:

a) Medidas tendentes a la *conservación de las cosas relacionadas con el delito*:

- **Aprehensión de cosas y bienes.**

Esta aprehensión es el modo de hacer posible el posterior depósito de las cosas que hay que asegurar.⁵⁴ En definitiva, posibilita la selección de aquellas que podrán tener, relación con el delito, tras un análisis más exhaustivo.⁵⁵

⁵¹ CONIGLIO, A. “*Il sequestro giudiziario e conservativo*”, 3ªed, Milano, 1949, pp. 96-97 señala que, al igual que ocurre con las medidas cautelares personales, las reales también ha de estar presididas por la existencia de dos presupuestos, a saber: “*fumus boni iuris*” y “*periculum in mora*”.

⁵² ALCALÁ ZAMORA, N y LEVENE, R. “Derecho procesal penal, Tomo II”, Buenos Aires, 1945, p. 62

⁵³ PEDRAZ PENALVA, E., “*Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*”, Primera edición, Ed. Trivium, Madrid 1985.

⁵⁴ BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL: “*El pago o cumplimiento en la fianza, aspectos procesales*”, Revista de derecho procesal, 2007, págs. 111-208.

- **Depósito**

Solo los bienes o cosas que el juez instructor estime de importancia probatoria deberán ser sometidos al depósito judicial; por lo tanto, las demás cosas u objetos que hubieran sido objeto de aprehensión habrán de ser devueltas a sus legítimos propietarios.

Quizá lo más destacado en relación con esta medida sea que el depósito no es obstáculo para que se lleve a cabo la destrucción de parte de las cosas anteriormente aprehendidas y que cuyo depósito conlleve peligro, siempre y cuando, claro está se dejen muestras suficientes.⁵⁶

b) Medidas para *asegurar las responsabilidades pecuniarias que puedan decretarse en el proceso penal.*

- **Fianza**

De conformidad con lo establecido en el artículo 589 LECrim, “*cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en*

⁵⁵ Vid. STS de 11 de marzo de 1999 (RJ 1999/2100). Ni la acusación particular, ni las defensas de los acusados, en sus conclusiones definitivas formularon petición alguna sobre la devolución de cantidades o de cupones. La sentencia impugnada, no declara la responsabilidad civil «ex delicto», sino que realiza pronunciamientos y consideraciones, respecto a los efectos del delito que se investigaba y se imputaba a los acusados, y a medidas cautelares propuestas por el denunciante y adoptadas por el Juzgado en torno a los mismos. Las medidas de aprehensión y secuestro de cosas determinadas, instrumentos y efectos del delito y otros objetos que sirven para su comprobación, contemplados en diversos preceptos de la Ley Procesal, tienen una finalidad cautelar, y además un carácter coercitivo con la finalidad de ponerlas a disposición del proceso para su utilización en la actividad probatoria. La Sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 1982 (RJ 1982/633), dice que el artículo 334 de la Ley citada, engloba en un concepto amplio, el cuerpo, los instrumentos del delito y las piezas de convicción. El proceso termina por sentencia absolutoria. Por tanto, sería de aplicación el régimen previsto en el artículo 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De acuerdo con el mismo, se reputa dueño al que estuviere poseyendo la cosa al tiempo de incautarse de ella el Juez de Instrucción.

⁵⁶ A este respecto, el artículo 367 ter LECrim establece que “podrá decretarse la destrucción de los efectos judiciales, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende”.

*definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza”.*⁵⁷

- **El embargo**

El embargo es una medida subsidiaria de la fianza, de manera que solamente cuando no se haya procedido a prestar fianza en el término de 24 horas, se procederá al embargo de los bienes del responsable. Tal y como establecen los artículo 589 y ss. de la ley penal procesal, el embargo que se acuerde deberá regirse por las disposiciones de la LEC.

- **La pensión provisional (art.765.1)**

La pensión provisional esta prevista en la LECrim para los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor. En estos casos, el Juez o Tribunal podrá señalar y ordenar el pago de la pensión provisional que considere necesaria en cuantía y duración para atender a la víctima y a las personas que estuvieren a su cargo.

A este respecto, el pago de la pensión se hará anticipadamente en las fechas que discrecionalmente señale el Juez o Tribunal, a cargo del asegurador, si existiere, y hasta el límite del seguro obligatorio, o bien con cargo a la fianza o al Consorcio de Compensación de Seguros, en los supuestos de responsabilidad civil del mismo, conforme a las disposiciones que le son propias. Igual medida podrá acordarse cuando la responsabilidad civil derivada del hecho esté garantizada con cualquier seguro obligatorio.

Por último, la ley expresamente prevé que todo lo relacionado con esta medida se actuará en pieza separada y que la interposición de recursos no suspenderá la obligación de pago de la pensión.

⁵⁷ PEDRAZ PENALVA, E. “*Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*”, Trivium, Madrid, 1985, pp.150, señala que esta fianza es una medida cautelar diferente, en todo caso, a la fianza como obligación a cumplir en el régimen de libertad provisional. Además de la función que ambas cumplen de asegurar conceptos diferentes, las consecuencias de la no prestación de fianza en ambos casos provoca consecuencias diversas: en el caso de la libertad provisional, da lugar a su conversión en prisión provisional, mientras que en la fianza aseguratoria de responsabilidades pecuniarias, se convierte en embargo.

BLOQUE SEGUNDO

LA PRISIÓN PROVISIONAL

4 . Análisis de la Prisión Provisional.

4.1 Tratamiento de la medida cautelar de privación de libertad

La prisión provisional es una medida cautelar de privación de libertad, adoptada durante el curso de un proceso penal, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan y que, en definitiva, se traducen en asegurar la ejecución de la sentencia que se dicte.

Así pues, resulta que los únicos fines constitucionalmente legítimos que puede satisfacer la prisión provisional son los de evitar la fuga del imputado e impedir que pueda obstaculizar la investigación, bien mediante la ocultación o destrucción de pruebas útiles y fundamentales para dictar sentencia.

En consecuencia, es evidente que la adopción de esta medida solamente podrá estar justificada en la medida en que resulte absolutamente imprescindible para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales y en la medida en que no haya otros mecanismos menos radicales para conseguirla. Si esto es así, la prisión provisional se ve inmersa en un “campo de tensión” entre el deber del Estado de perseguir el delito eficazmente y el deber de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (GOSSEL).⁵⁸

De igual modo, conviene resaltar que la prisión provisional no tiene finalidad de anticipación de la pena. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que el imputado que se hallare en espera de juicio no se encuentra sometido a ningún tipo de medida cautelar.⁵⁹

⁵⁸ Dicho deber no solo viene delimitado por el artículo 17CE, sino también por el artículo 1.1CE, el cual, consagrando el Estado Social y Democrático de Derecho, propugna como valores superiores del ordenamiento la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político.

⁵⁹ Cifr. STC 19/1999, de 22 de febrero (RJ 1999/19): “la prisión provisional tiene como fin primordial asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria que, en su caso, se llegue a dictar en su contra, impidiendo que se sustraiga a la acción de la justicia...”

4.1.1 La libertad en la Constitución Española. El artículo 17 de la Constitución Española.

Abordar el análisis de la prisión provisional, obliga indefectiblemente a partir de la delimitación del derecho a la libertad personal.⁶⁰ En palabras del Tribunal Constitucional: “el derecho fundamental a la libertad, de carácter preeminente en nuestro Texto constitucional, no se concibe en el mismo como un derecho absoluto. Ello porque el artículo 17 señala su limitación en función de otros intereses fundamentales”.

⁶¹(STC 128/1995, de 26 de julio, caso Sotos, F. 4).

Sin embargo, la restricción a la libertad ha de ser excepcional, no automática, condicionada siempre a las circunstancias del caso, proporcional a la finalidad que se persigue, y, sin que pueda constituir en ningún caso un cumplimiento anticipado de la pena, ya que ello pugnaría con la naturaleza cautelar de la medida (de ahí que deban respetarse escrupulosamente los límites legales que se establecen, y que explicaremos a continuación, en relación con la privación de la libertad acordada cautelarmente).

Los distintos apartados del artículo 17 de la Constitución funcionan como **límites expresos** a la actividad cautelar.⁶² En primer lugar, se reconoce el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, sin que nadie pueda ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma prevista en la Ley.

Por otra parte, la necesaria conexión entre los artículos 17.1 y 10.2 de la Constitución impone acudir a los tratados y acuerdos internacionales en la materia y, en particular, al *Convenio de Roma*, para interpretar el sentido y límites del precepto constitucional. En este sentido, la redacción del artículo 5 del CEDH, inspirada en la

⁶⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “*Diccionario de la lengua española*”, 22ªed, Espasa-Calpe, Madrid, 2001, p.1372. De acuerdo con la Real Academia Española, la libertad es “aquel estado o condición del que no es esclavo”.

SÁNCHEZ AGESTA, L. “*Sistema político de la Constitución Española de 1978*”, Desván del Libro, Madrid, 1980, pp. 117 y ss. Este autor señala que este derecho se inserta en el ámbito de los derechos civiles individuales y, más concretamente, a los derechos del ámbito personal, más no a los de la esfera puramente privada, en su distinción respecto de otros derechos y libertades públicas de contenido social, político, económico o cultural.

⁶¹ En tanto que es inherente al propio acto humano y su voluntad, aparece configurado también como libre albedrío, en el sentido de, carecer de cualquier tipo de coacción o determinación externa o interna que no sea puesta por el hombre mismo.

⁶² GARCÍA MORILLO, J. “*El derecho a la libertad personal*”, Universitat de Valencia, 1995, p. 103. El derecho fundamental a la libertad no solo tiene por contenido la garantía reactiva- instrumental- frente a tales injerencias, privaciones o restricciones, sino, antes, expresa un principio positivo de actuación legítima, no obstante su ausencia de regulación.

tradición jurídica anglosajona, es muy detallada, conteniendo no solo una lista exhaustiva de motivos que autoricen al Estado a privar a un individuo de su libertad, sino que incluye un procedimiento encaminado a establecer una serie de garantías dirigidas a asegurar la legalidad de la privación de libertad.

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, consagra el derecho a la libertad principalmente en sus artículos 1 y 3, estableciendo que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”- en íntima conexión con ello, el artículo 8 proscribela esclavitud, la cual declara prohibida en todas sus formas- y que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, respectivamente.⁶³

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (PIDCP), aprobado mediante Resolución 2200 de la Asamblea General el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, proclama el derecho a la libertad también el artículo 9, el cual establece que: “*todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*”.⁶⁴

4.1.2 Contenido esencial del derecho a la libertad personal y su reconocimiento específico en los Tratados internacionales.

La determinación del alcance de la libertad personal solo puede llevarse a cabo a través del análisis de los límites de la misma, esto es, desde una perspectiva negativa.

⁶³ Por cuanto hace a las medidas privativas de libertad, el artículo 9 dispone que “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”, por lo tanto, las únicas actuaciones legítimas de limitación de los derechos proclamados en este importante texto son las que tienen por fin asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral”.

⁶⁴ STC 32/1987, de 10 de marzo (RJ 1987/32). La doctrina de este Tribunal según la cual el art. 17.4 de la Constitución reconoce y consagra el derecho fundamental de toda persona a no ser privada preventivamente de su libertad más allá del plazo máximo señalado por la ley, o dicho en términos positivos, a ser puesta en libertad una vez transcurrido dicho plazo; reconocimiento que especifica lo dispuesto por el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 según el cual «la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general», y asimismo por el art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950

⁶⁵Si ello es así, la intromisión en el derecho a la libertad personal solo podrá operar en virtud de intereses públicos constitucionales con la suficiente relevancia como para permitir y justificar la restricción de ese derecho.⁶⁶

A este respecto, son varias las sentencias del Tribunal Constitucional las que ponen de relieve que para que este fin opere como limitador de derechos fundamentales debe ser considerado como prioritario por la propia Constitución. Así, y en relación con la prisión provisional como medida restrictiva de libertad, el tribunal ha dejado sentado que “ *más allá, pues, del expreso principio de legalidad (artículo 17.1 y 17.4 CE), debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos*”.⁶⁷

Siguiendo la argumentación desarrollada anteriormente, debe exigirse para su adopción legítima, no solo el cumplimiento de los presupuestos constitucionales, sino también otros dos requisitos como son los de necesidad y proporcionalidad, insistiendo el Tribunal Constitucional en utilizar este último como elemento de valoración de la admisibilidad de los supuestos de limitación del derecho a la libertad personal.

⁶⁵ Al respecto véase AGUIAR DE LUQUE, L. “*Los límites de los Derechos Fundamentales*”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº14, 1993, p.26.

⁶⁶ STC 32/1987, de 10 de marzo (RJ 1987/32) F.3. El art. 17.4 de la Constitución reconoce y consagra el derecho fundamental de toda persona a no ser privada preventivamente de su libertad más allá del plazo máximo señalado por la ley, o dicho en términos positivos, a ser puesta en libertad una vez transcurrido dicho plazo; reconocimiento que especifica lo dispuesto por el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, según el cual «la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general», y asimismo por el art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950

⁶⁷ STC 128/1995, de 26 de julio, F.3. La prisión provisional responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la (acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva. Por el contrario, lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena (STC 41/1982), o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los imputados. Todos estos criterios ilustran, en fin, la excepcionalidad de la prisión provisional que tantas veces ha subrayado este Tribunal.

Esta postura se reitera, entre otras muchas sentencias, en el muy conocido caso sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana⁶⁸, cuyo artículo 20 generó una gran polémica sobre la base de que la misma pudiera ser contraria al principio de proporcionalidad. No obstante, el tribunal afirmó que el art. 20.2 LOPSC no es contrario a la Constitución por haber previsto este caso de privación de libertad pues, como ya se dijo en la STC 178/1985 (fundamento jurídico 3º), el art.17.1 CE no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no desprovisto de restricciones.

4.2 Estudio de las especialidades que la prisión provisional presenta en los presupuestos con respecto al régimen general.

Hasta la reforma de 2003 la regulación de los presupuestos para la adopción de la prisión provisional se encontraba en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual fue considerada como censurable tanto por la doctrina como por el propio Tribunal Constitucional, los cuales fueron capaces de apreciar deficiencias graves tanto en su forma como en su contenido, las cuales incluso llegaban a permitir la imposición de la medida cautelar sobre la base de una razón puramente objetiva, como es la gravedad de la pena.

Esta indeseable situación cambió con la aprobación de la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, en la que se otorga una nueva redacción a dichos preceptos.

Así, y en lo que respecta a la disciplina legal de los presupuestos de la prisión provisional, aparece contenida ahora, con mayor acierto, en el artículo 503 LECrim:

⁶⁸ STC 341/1993, de 18 de noviembre, F.5. El precepto no deja en lo incierto cuáles sean las personas a las que la medida pueda afectar y tampoco puede tacharse de introductor de una privación de libertad desproporcionada con arreglo tanto a las circunstancias que la Ley impone apreciar como a los fines a los que la medida queda vinculada. El art. 20.2 no es contrario a la Constitución por haber previsto este caso de privación de libertad pues, como ya se dijo en la STC 178/1985 (fundamento jurídico 3º), “el art.17.1 CE no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no desprovisto de restricciones”. Y no es incompatible, tampoco, con lo dispuesto en el art. 5.1 del Convenio de Roma. Este precepto admite, en su apartado “b”, que se lleguen a disponer privaciones de libertad «para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley» y si bien la exigencia de identificarse ante el requerimiento de los agentes (art. 20.1 de la LOPSC) nunca podría llevar, por sí sola, a la aplicación de lo dispuesto en el art. 20.2 no es menos cierto que tal deber constituye una «obligación» legal en el sentido dicho, que permite, dadas las circunstancias previstas en este último precepto, asegurar la identificación de las personas afectadas, cuando no haya otro medio para ello, incluso mediante su privación de libertad.

1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes *requisitos*:

1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: [...]⁶⁹

Por otro lado, como supuestos en los que no procede la adopción de la medida cautelar, dispone el apartado 4 del artículo 502 de la LECrim que “*no se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación*”.

4.2.1 Fumus boni iuris

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho es el primero de los presupuestos para la adopción de cualquier medida cautelar.

En virtud de éste, para poder adoptar la medida en cuestión será necesario llevar a cabo un juicio de probabilidad⁷⁰ sobre cuál puede ser el contenido de la futura

⁶⁹ Tal y como reza la exposición de motivos de la LO 13/2003: que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia; que el imputado oculte, altere o destruya pruebas; o que el imputado cometa nuevos hechos delictivos.

⁷⁰ CARNELUTTI, F, “*Lecciones sobre el proceso penal*”, vol. II, Madrid, p. 181. La diferencia entre probabilidad y posibilidad es puramente estadística. Existe posibilidad cuando las razones favorables o contrarias a la hipótesis son equivalentes. La probabilidad, en cambio, como advierte BONET

resolución principal. Además, ese juicio de probabilidad debe conducir a que la resolución definitiva o principal resulte favorable a aquel que ha pedido la medida.⁷¹

Se ha tener presente que el juicio de razonabilidad debe atender a las circunstancias y fines constitucionalmente legítimos del momento. Por este motivo, nada obsta que en un primer momento pueda estar motivada la adopción de esta medida, para que ésta pueda ser modificada si hacen lo propio las circunstancias concurrentes.

Por tanto, resulta claro que la apariencia de buen derecho consta de dos elementos, el **objetivo** y el **subjetivo**, los cuales deberán desprenderse de las actuaciones para poder adoptar la medida cautelar.

Como ya quedó apuntado anteriormente, la configuración legal de este presupuesto se halla contenida en la ley procesal penal, en el artículo 503.1.1º y 2º, en la redacción dada a este precepto en la Ley 13/2003. De la misma se desprende que para poder adoptar la medida de prisión provisional será necesario que en la causa conste fehacientemente la existencia de uno o varios hechos que presenten los caracteres de delito y, por otra parte, que existan indicios racionales para creer responsable del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

Constancia de un hecho delictivo.

Así lo dispone el artículo 503.1.1º LECrim, de acuerdo con el cual la prisión provisional solo podrá ser decretada cuando conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de **delito**". Por consiguiente, no procederá acordar esta medida cuando aquellos hechos que dan lugar al procedimiento en cuestión sean constitutivos solamente de falta.⁷²

NAVARRO, A "Posibilidad, probabilidad y certeza en el proceso penal", Zaragoza, 1981, p.385, denota el predominio de unas razones sobre otras.

⁷¹ CALAMANDREI, P., *Introducción...*cit., pp. 77 y ss, sobre la instrumentalidad de las medidas cautelares.

⁷² En este punto, debemos mencionar a quién ha mantenido una posición favorable a la adopción de la prisión provisional en caso de faltas: MATTES, H., *La prisión preventiva en España*, Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo (CEU), Madrid, 1975, pp. 33-34.

Aún con todo, en la tramitación parlamentaria, el CPCiU propuso que se instaurara la adopción de la prisión provisional para las faltas en los casos de violencia doméstica. Vid. Enmienda núm.58, BOCG, Congreso de los Diputados, 28 de abril de 2003.

Por este motivo, el tipo de pena señalada al delito adquiere una enorme relevancia tanto para permitir la prisión provisional como para establecer sus límites, pues solo podrá decretarse la prisión provisional como medida cautelar cuando el hecho en cuestión esté sancionado con una pena privativa de libertad. Es por ello que no se permite la adopción de esta medida cuando el delito estuviera castigado con una pena privativa de derechos, como suspensiones, inhabilitaciones, etc., por tratarse de una medida totalmente desproporcionada.⁷³ Si fuera así, podría darse el caso de que se impusiese una medida cautelar provisional de mayor gravedad que la propia pena que pudiere imponerse.

Sin embargo, no solamente es precisa la constancia de haberse cometido un delito, sino que, además, la pena ha de ser de **cierta gravedad**. La Ley, en su artículo 503.1.1º establece, como criterio general, establece que el delito en cuestión ha de estar castigado en el Código Penal con “*una pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión*”.

La regla expuesta conoce, no obstante, tres excepciones, permitiendo acordar la medida aunque el delito tenga señalada una pena de duración menor a la indicada, siempre y cuando se trate de *pena privativa de libertad*, y la prisión provisional sea necesaria objetivamente:

a) De acuerdo con lo dispuesto en el art. 503.1.1º, cuando el imputado tuviere *antecedentes penales* por delito doloso, no cancelados ni susceptibles de cancelación. En todo caso, será necesario que concurra el presupuesto del *periculum in mora*.

b) Cuando se hubieran dictado al menos, *dos requisitorias en los dos años anteriores* (art.503.1.3º a.). El fundamento de esta excepción se encuentra en la finalidad legítima de evitar la fuga del imputado.

c) Por último, el apartado segundo del mismo artículo 503 establece que también podrá acordarse cuando se trate de delito doloso y de los antecedentes del imputado y de los datos que aporte la Policía pueda inferirse que vengán actuando dentro de una

⁷³ Partiendo de ese razonamiento, es evidente que tampoco estaría legitimada la adopción de esta medida cautelar cuando la pena impuesta al delito en cuestión fuese la de multa, ni siquiera en el caso de que sea sustituida por privación de libertad, en caso de impago. De lo contrario, se vulneraría el principio de proporcionalidad, predicable de todas estas medidas.

organización criminal o realiza sus actividades delictivas con *habitualidad*, para evitar el riesgo de reiteración delictiva.

Existencia de motivos bastantes para creer responsable criminal al inculpado.

El segundo elemento constitutivo del *fumus boni iuris* se concreta en el hecho de que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer *responsable criminalmente* del delito a la persona contra la que haya de dictarse el auto de prisión. Así lo establece el artículo 503.1.2º de la LECrim.

La utilización por la ley de la expresión “responsable criminalmente” implica que, aunque pueda constar acreditado el hecho y la participación del imputado, si en el mismo concurriese cualquier tipo de causa de justificación, no procedería la aplicación de la prisión provisional, tal y como establece el apartado cuarto del artículo 502 (“*No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación*”).

Por ello, el respeto a los derechos fundamentales de libertad y de presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos en que se dé la atribución al imputado de la comisión del hecho y de la consiguiente responsabilidad penal derivada del mismo.⁷⁴

Como ya se ha apuntado anteriormente, para que pueda adoptarse la prisión provisional será necesario hacer un juicio de probabilidad o, también denominado por la doctrina como de *verosimilitud*, acerca de la responsabilidad criminal del encausado. A este respecto y con idéntica argumentación se ha pronunciado el TEDH, al afirmar que “la constatación de sospechas razonables acerca de la responsabilidad criminal es *conditio sine qua non* de la adopción y mantenimiento de esta medida”.⁷⁵

Por otra parte, en la existencia y devenir de este presupuesto desempeña una función importantísima el hecho de que se dicte una **sentencia en la instancia**. Piénsese

⁷⁴ SSTC 128/1995, de 16 de julio, F.3; 156/1997, de 29 de septiembre, F.2, entre otras.

⁷⁵ Estas razonables sospechas operan, en criterio del TEDH como condición necesaria para adoptar y mantener la medida. Vid. SSTEDH, de 10 de noviembre de 1969, caso Stogmuller, ap. 4; de 28 de marzo de 1990, caso B. contra Austria, ap. 42.

que la sentencia recurrida, en apelación o casación, sea absolutoria; en este caso, se produciría un decaimiento de aquellos motivos o indicios razonables que servían como base para considerar responsable al imputado, lo cual conduciría indefectiblemente al alzamiento o, en su caso, sustitución de la medida acordada.

4.2.2 Periculum in mora

El segundo presupuesto que debe concurrir para que pueda adoptarse la prisión provisional es el denominado periculum in mora o, lo que es lo mismo, el peligro en el retraso o en la demora procesal.⁷⁶

Íntimamente relacionado con lo anterior, se debe apuntar que cuál pueda ser ese riesgo o peligro habilitante para decretar una medida cautelar de este tipo vendrá dado por las finalidades constitucionales legítimas de la prisión provisional.

De acuerdo con la doctrina del TC y, tras la modificación operada por la LO 13/2003, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la medida cautelar de prisión provisional solo podrá ser adoptada cuando se persiga alguno de los fines que, a continuación, se fijan:

a) Que se pretenda *asegurar la presencia del imputado*, evitando que se sustraiga a la acción de la justicia, tal y como establece el artículo 503.1.3º.a.

Para valorar la existencia de este peligro se deberá atender conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse, a la situación familiar, laboral y económica del imputado, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral.

b) Evitar que el imputado *manipule, oculte o destruya las fuentes de prueba*, para lo cual, deberá atenderse a la capacidad del sujeto para acceder a éstas por sí o a través de terceros (art.503.1.3º.b)

⁷⁶ Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “Cuestiones prejudiciales. La controvertida aplicación del sistema de devolutividad de las cuestiones extrapenales”. Tribunales de Justicia 1, 2000, pp. 110-115.

Por el contrario, no procederá acordar la prisión provisional por esta causa, cuando dicho peligro se infiera únicamente de una falta de colaboración por parte del imputado en el proceso.

c) Evitar la *reiteración delictiva*, en virtud del artículo 503.1.3º.c. Para valorar la existencia de este riesgo, se atenderá a la circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.⁷⁷ En este sentido, también tenemos que traer a colación la ineludible necesidad de recordar que nos encontramos ante una medida cautelar estricta, y no de una pena anticipada, sin que por tanto pueda servir ésta a fines de prevención general.⁷⁸

Una vez dicho esto y, antes de proceder al análisis de las distintas situaciones o circunstancias acreditativas de su adopción, hemos de realizar algunas **consideraciones previas**:

a) En primer lugar, no es posible entender la prisión provisional como un mecanismo de anticipación de la pena ni, claro está, como una medida sancionatoria. Tal y como establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si el imputado no puede ser considerado como culpable, tampoco es posible castigarle por medio de la prisión provisional.⁷⁹

Dicho en otras palabras, el contenido de privación de libertad obliga a concebirla, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida

⁷⁷ Según criterio del TC (Vid. SSTC 40/1987, 217/2001), y del TEDH. No obstante, no es posible mostrar conformidad con el criterio apuntado en la medida en que supone partir de una especie de “presunción de culpabilidad”, que implicaría hacer cumplir la prisión provisional con un fin de prevención especial.

⁷⁸ Ello también lo recoge la citada STC 47/2000, de 17 de febrero, cuando dice: “Destacábamos a continuación que es esa finalidad cautelar y no represiva lo que permite acordarla sin vulnerar la presunción de inocencia, subrayando después que la falta de expresión de ese fundamento justificativo afecta a la misma existencia del presupuesto habilitante de la privación de libertad y, por lo tanto, al derecho fundamental proclamado en el art. 17 CE”.

⁷⁹ Véase STC 128/1995, de 16 de julio, F. J. 3: “...la prisión provisional no puede tener el carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida”. Así, lo que en ningún caso puede conseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena o fines de impulso de la instrucción sumarial. Todos estos criterios ilustran la excepcionalidad de la prisión provisional.

estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la legitiman.⁸⁰

b) Por otro lado, tampoco puede admitirse una postura que defienda la prisión provisional como mecanismo para calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién es el responsable.⁸¹ Al contrario, la vía legítima para paliar esta preocupación social es precisamente una resolución judicial dictada en un proceso, pues solo así puede determinarse la culpabilidad de un sujeto y atribuirle una sanción penal.

a) Presupuesto general: límite penológico

La gravedad de la pena impuesta al hecho delictivo imputado se configura como un presupuesto de carácter general de la medida de prisión provisional que, por otro lado, es consecuencia del principio de proporcionalidad en sus múltiples manifestaciones.

La propia LO 13/2003 contempla este presupuesto en el artículo 503.1.1º, al establecer que solo podrá decretarse la medida cautelar de prisión provisional cuando “*conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten los caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión*”.⁸²

Así pues, el **umbral cuantitativo de pena** queda situado en los dos años⁸³ y, en previsión de que sean varios los hechos delictivos imputados, se deberá estar a las reglas especiales para la aplicación de las penas conforme a lo establecido en la sección 2 del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

⁸⁰ Momento esencial de ese régimen es la consideración de la presunción de inocencia que opera en el proceso como regla de juicio. En cuanto a ésta exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuesto donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable. Vid. STC 109/1986.

⁸¹ Una idea de esta naturaleza resulta inviable en un sistema constitucional como el nuestro, donde se proclama el respeto a los derechos de todos los ciudadanos, así como al principio de presunción de inocencia.

⁸² La forma de operar de este límite penológico ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo, oscilando desde la prisión mayor de la LECrim de 1872, pasando por la prisión correccional de la LECrim de 1882 hasta la de prisión menor vigente a partir de la reforma de 1983.

⁸³ FARALDO CABANA, P. “*El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*”, Actualidad Penal, núm.2 p.637.

En relación con ello, es posible encontrar un *fundamento material* a esa concreta determinación sobre la duración de la pena del hecho delictivo. Así, la justificación de este límite penológico podría apoyarse en razones de congruencia con las disposiciones del legislador penal, pues es esa la extensión de pena prevista por el mismo para poder suspender la ejecución de penas.

Dicho en otras palabras, por debajo de los dos años la sociedad está dispuesta a renunciar a la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por lo que, en este caso, no habría cumplimiento de pena que garantizar. Por el contrario, por encima de ese límite de duración, sí deberá cumplirse la pena acordada, cumpliendo la prisión provisional el fin de garantizar el mismo.

Una vez que hemos analizado la regla, debemos detenernos a estudiar ahora las distintas **excepciones** establecidas a la misma.⁸⁴ Dichas excepciones se fijan en la Ley, tanto en el artículo 503.1.1º, como en el 503.1.3º (apartados a y c) y, por último, en el artículo 503.2 LECrim.

➤ **Antecedentes penales**

La primera de las excepciones, dispuesta en el propio art.503.1.1º trae causa de la concurrencia en el imputado de antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso. Así pues, aún cuando el hecho delictivo imputado llevara aparejada una pena de prisión inferior a los dos años, podrá acordarse la adopción de la medida cautelar, siempre y cuando:

a) El imputado tenga *antecedentes penales*, debiendo entender éstos en el sentido técnico-jurídico de esta institución.

b) Siempre que los antecedentes referidos *no* estuviesen *cancelados* o fueran susceptibles de cancelación, de acuerdo con las exigencias del artículo 136CP.⁸⁵

⁸⁴ El fundamento genérico de tales excepciones se halla en que el legislador entiende que el establecimiento de un límite mínimo de pena, en estos casos, no es adecuado o no sirve para dar cumplimiento efectivo a los fines buscados con la medida

⁸⁵ A este respecto, el artículo 136 de la ley penal establece que los condenados que hubieran extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del juez o tribunal sentenciador. Vid. también RD 2012/1983, de 28 de julio, sobre cancelación de antecedentes penales.

c) Deben derivarse de la condena por un *delito doloso*.

Pues bien, así expresado, hay que entender que, la existencia de antecedentes penales es considerado un elemento que incrementa el grado de peligro de realización de actuaciones del imputado, las cuales son precisamente las que se pretenden evitar.⁸⁶

Siendo esta la más genérica de las excepciones y de la que se pueden derivar más efectos perjudiciales, no será posible su adopción genérica; al contrario, la misma solo podrá ser adoptada cuando de los antecedentes penales pueda, de modo claro, racional y motivado, la existencia de alguno de los riesgos habilitadores de esta medida y que forman parte del denominado *periculum in mora*.⁸⁷

De este modo, nada impide que aunque el delito tenga señalada pena superior a la de dos años pueda decretarse la libertad provisional cuando el inculpado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia.

Como última nota en relación con esta primera excepción, hemos de apuntar que la reincidencia a la que hace referencia el precepto no es sino una reincidencia genérica, puesto que no se exige que deba venir referida a condenas por delitos comprendidos en el mismo título y de las misma naturaleza. Ciertamente, esta previsión legal, nos aproxima al tan denostado Derecho penal de autor, que implica una presunción *iuris et de iure* de que siempre que concurren antecedentes penales, existe una mayor peligrosidad. No obstante, en la ley no aparece configurada como una presunción de ese tipo, puesto que dicha circunstancia no opera automáticamente.⁸⁸

⁸⁶ Sin embargo y, compartiendo la opinión de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO, “*La prisión provisional*”, p. 136, el alcance de esta excepción no es el más adecuado, habiendo sido más correcto que la influencia de esta circunstancia se hubiera reflejado mediante la previsión de que la pena a tener en cuenta sea la derivada de la aplicación de la agravante de reincidencia.

⁸⁷ La exigencia de motivación aparece reflejada, entre otras, en las SSTC 44/1997, F. J.4 y 14/2000, F.J.3, las cuales establecen que “el canon de la motivación de las decisiones judiciales que habilitan la restricción de derechos fundamentales es más estricto que el inherente a la tutela judicial efectiva, puesto que la primera requiere que se respete el contenido constitucionalmente garantizado del derecho fundamental afectado”

⁸⁸ Esta tendencia ha sido apreciada por diversos autores como LANDROVE DÍAZ, GERARDO., “*La reforma de la prisión provisional*”, La Ley, 5926, p.3.

➤ **Dos requisitorias**

El umbral punitivo previsto en la Ley encuentra otra excepción en aquellos casos en los que se hubieran dictado, en relación al imputado, dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años inmediatamente anteriores.

En este sentido, es evidente que el fundamento de esta previsión se encuentra en el peligro que supone la materialización del riesgo o peligro de huida para la Administración de Justicia, puesto que ello supondría el descrédito de la misma, así como del procedimiento que la sirve de instrumento.

No obstante, es lógico que para que esta previsión goce de virtualidad, es necesario el establecimiento de algún tipo de mecanismo de registro que permitiera al juzgador conocer la posible existencia y número de tales requisitorias.

Finalmente y, en virtud del artículo 292.II del Código Penal, modificado por la LO 15/2003, establece que serán los agentes de policía los que, al redactar sus atestados, emitan un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento.

➤ **Protección de la víctima. Especial atención a la violencia doméstica.**

Tal y como establece el apartado c) del artículo 503.3 LEC, la adopción de la medida cautelar estará justificada cuando, con ella, se intente evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

De este modo, la LO 13/2003, excepciona de nuevo el umbral de los dos años de prisión en dos supuestos: uno genérico y otro más concreto.⁸⁹

Así, aún cuando la pena señalada para el delito que se le imputa al individuo no exceda de dos años, podrá acordarse la adopción de la medida cautelar a fin de dar

⁸⁹ SENÉS MOTILLA, CARMEN: “Las órdenes de alejamiento y de salida del domicilio adoptadas en los procesos sobre violencia de género (1)”, Actualidad Jurídica Aranzadi, año XVIII, nº 750, 24 de abril de 2008, págs. 1-8.

cumplimiento efectivo al fin de protección a la víctima⁹⁰ que, de no ser así, podría verse afectado.⁹¹

➤ **Delincuencia organizada o habitual.**

La última de las excepciones al umbral cuantitativo de dos años que aparecen recogidas en la Ley es la que hace referencia al riesgo de comisión de otros hechos delictivos.⁹²

Más concretamente, es el artículo 503.2.III el que pone de manifiesto que “*el límite previsto en el apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás actuaciones desarrolladas, pueda racionalmente inferirse que el sujeto viene actuando concertadamente con otra u otras personas de **forma organizada** para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con **habitualidad**”.*

En primer lugar, debemos determinar el alcance de los conceptos de organización y de habitualidad, por ser estas las circunstancias que legitiman su adopción en estos casos.

Por lo que respecta a la *habitualidad*, no debe ser entendida ésta en el sentido técnico-jurídico del término que aparece en el artículo 94 CP. En realidad, a lo que está haciendo referencia la Ley de Enjuiciamiento Civil es a la existencia de antecedentes policiales. Por este motivo, el ámbito o alcance subjetivo de esta previsión se circunscribe a aquellos sujetos con un amplio número de denuncias o procesos penales abiertos que, sin embargo, carecen de antecedentes penales.

⁹⁰ Por otro lado y, en relación con los supuestos de *violencia doméstica*, debe ponerse de manifiesto que, tras la aprobación de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social, las personas especialmente protegidas por el artículo 173 CP son el cónyuge o persona ligada al sujeto por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente o de los menores que con él convivan.

⁹¹ Deviene necesario, por tanto, que existan normas jurídicas que, sin eliminar el juicio de ponderación sobre las circunstancias que rodean la situación, permitan al juez no estar vinculado por un umbral absoluto de pena.

⁹² CASTRESANA FERNÁNDEZ, C, “*Corrupción, globalización y delincuencia organizada*”, AA VV, “*La corrupción en un mundo globalizado*” (coord.. RODRÍGUEZ GARCÍA, N y FABIÁN CAPARRÓS, E), Salamanca, 2004, pp. 231-226.

Aún cuando no exista una estricta correspondencia con el concepto penal ⁹³, las organizaciones criminales fueron tradicionalmente asimiladas a estructuras grupales duraderas, nota a la que la jurisprudencia añadió de forma inmediata como elementos definitorios: pluralidad de personas, el de estructura y predisposición hacia actuaciones típicas, ambas con vocación de permanencia, la división de tareas y, en ciertas ocasiones, el uso de armas. ⁹⁴

En cuanto a la organización, se le viene a exigir también esa connotación de estabilidad al definir el legislador a aquellas personas que participan en una organización delictiva en los términos siguientes: “viene actuando con otra u otras personas de forma organizada”.⁹⁵

Así, hoy en día, la delincuencia organizada tiene efectos transfronterizos y supone un reto para los conceptos tradicionales de soberanía y jurisdicción, lo cual conlleva la necesidad de prever mecanismos de persecución y prevención penal.⁹⁶

En cualquier caso y, tal y como ocurre en el resto de los supuestos analizados hasta ahora, ha de partirse de la excepcionalidad y subsidiariedad que el recurso a la medida cautelar de prisión provisional conlleva y siempre con referencia a una actuación concreta y grave, respecto de la cual se aprecien indicios fundados y razonables de un posible riesgo de fuga o de reiteración delictiva.

⁹³ Es un concepto que viene siendo objeto de análisis en diversas instancias como consecuencia de la preocupación que suscita a nivel internacional. En este sentido, podemos encontrar referencias al mismo tanto en la jurisprudencia como en la doctrina científica.

Así, numerosas sentencias hablan de “delitos propios de delincuencia organizada”. Vid. SSTC 17/2001, de 29 de enero (2001/17).

⁹⁴ Vid, entre otras, Auto AP Lleida, núm. 22/2009, de 23 de enero, (2009/142246) F. J 3, “en lo que respecta a los fines constitucionalmente legítimos, la excepcional medida de prisión provisional se ha asentado, en este caso, en el riesgo de fuga, siendo preciso preservar la presencia en juicio, pero también las fuentes de prueba- al tratarse de una trama delictiva con una importante organización [...]”.

⁹⁵ Dicho concepto no es ajeno a la doctrina científica; así, podemos encontrar numerosas manifestaciones, entre otras: ZARAGOZA AGUADO, “*Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho español*”, CGPJ, Madrid, 2000.

⁹⁶ Por este motivo, en la Organización de Naciones Unidas se han aprobado numerosos instrumentos jurídicos de cooperación en esta materia. En este sentido, cabe mencionar el Plan Global contra el Crimen Transnacional Organizado (Res.49/159, de 23 de diciembre de 1994).

Aportación sobre el tema de CANCIO MELIÁ, M. “*Derecho penal del enemigo*”, Civitas, Madrid, 2003

b) Medida personal: riesgo de fuga y aseguramiento de la presencia del imputado.

El riesgo de huida es el arquetipo del peligro que se intenta evitar con la adopción de la prisión provisional y conseguir así la finalidad esencial de garantizar la presencia o disponibilidad física del imputado⁹⁷ durante el curso de un proceso penal⁹⁸, a fin de asegurar la eficacia, tanto del mismo, como de la sentencia que en su caso se llegue a dictar.

La regulación de la cuestión ha de buscarse en el artículo 503.1.3º, apartado primero de la LECrim. De la lectura de lo dispuesto en el mismo se infiere que los hechos en que cabe apoyarse para acordar la prisión por esta causa, actúan como indicios que hacen referencia tanto a la conducta del imputado (antecedentes, gravedad de la pena, etc.) y a situaciones objetivas (situación familiar, social y laboral del que va a ser sometido a dicha medida).

Pues bien, a la vista de todo ello, merece la cuestión un análisis más pormenorizado de las diferentes situaciones descritas en la norma y que deben ser apreciadas por el órgano jurisdiccional de manera conjunta y no aislada, en el momento de acordar la privación de libertad:

a) La “*naturaleza del hecho*” es el primero de los parámetros que se mencionan en el citado artículo 503.1.3º. Con esta denominación se está refiriendo el legislador al tipo delictivo imputado y a las concretas circunstancias que circunscriben el hecho objeto del proceso.

La gravedad de los hechos revela el riesgo de fuga. La STC de 15 septiembre 1997 (RJ 1997/146) destaca que, efectivamente, la elevada penalidad asociada al delito investigado resulta relevante para la evaluación del riesgo de fuga, y este solo dato objetivo puede operar como único criterio al ponderar dicho riesgo en los momentos iniciales de la investigación, aunque, una vez avanzada, deben tomarse en

⁹⁷ FERRAJOLI, L. “*Derecho y razón*”, Trotta, Madrid, p.558. llega a afirmar que el peligro de fuga está provocado, más que por el temor a la pena, por el temor a la prisión provisional. El autor citado deduce de algunas afirmaciones de VOLTAIRE la conclusión de que el miedo que lo empuja a la fuga es precisamente su desconfianza en los jueces y, por tanto, en la ilegitimidad del procedimiento.

⁹⁸ A lo largo de sus actuaciones, tanto de la instrucción como del juicio oral. Así lo han puesto de manifiesto diversos autores; entre ellos, HERCE QUEMADA, V. “*Derecho procesal penal*”, 9ªed, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1981, p.208 y AA VV “*El sistema de medidas cautelares*” (coord. GUTIÉRREZ DE CABIEDES), Eunsa, Pamplona, 1974, p.168.

consideración, además, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. La relevancia de la gravedad del delito y de la pena (STC 128/1995) para la evaluación de los riesgos de fuga –y con ello, de frustración de la acción de la Administración de la Justicia– resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción, cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la justicia.⁹⁹

La gravedad del hecho y con él, la de la pena que tenga asignada en el Código Penal, quizá sea el criterio más trascendente a la hora de identificar la existencia o no de ese pretendido riesgo de fuga, toda vez que se considera que cuanto mayor es la pena eventualmente imponible al acusado, mayor cabe suponer que sea el beneficio de sustraerse al ejercicio de la Justicia, si bien es cierto que el mismo deberá ser puesto en relación, tal y como ocurre con la naturaleza del hecho, con otros datos relacionados con las características del inculpado.¹⁰⁰

b) Las “*circunstancias personales del imputado*”, aparecen expresamente previstas en la LECrim (art. 503.1.3º a) II, cuando la norma procesal alude a las situación familiar, laboral y económica del imputado.

En este sentido, podemos hablar de circunstancias tales como el arraigo, la facilidad de movimientos y los antecedentes del sujeto al que se pretende someter a esta medida cautelar.

> Por lo que respecta al *arraigo*, éste debe ser entendido en el sentido de establecimiento de una persona en un lugar dada su vinculación con determinadas personas o cosas. Por lo tanto, estando el arraigo referido a un determinado ámbito

⁹⁹ “No obstante, ha de advertirse que tipos delictivos como la violencia doméstica o los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual ni tampoco circunstancias modificativas como el ensañamiento o la alevosía generan o presuponen per se un mayor riesgo de fuga. De hecho, suelen ir acompañados de una nula inclinación a la huida, por el arraigo del agresor y la vinculación a la propia persona sobre la cual ejerce la violencia”, vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. “La prisión provisional”, p.147, Ed. Aranzadi, SA.

¹⁰⁰ Vid. STC 29/2001, de 29 de enero, F.4 establece que la motivación de la constatación del peligro de fuga no puede derivar sólo de la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le conmina, sino que debe tomar en consideración las circunstancias del caso y las personales del imputado, algo que no hizo el órgano judicial, a pesar de su alegación por parte del recurrente.

territorial, la labor esencial respecto al mismo es de averiguación de las situaciones que pueden servir para acreditarlo en el caso concreto.

A tal fin, la jurisprudencia destaca, como circunstancias que pueden determinar el arraigo, la posesión de un *domicilio conocido* o de *bienes propios* situados dentro del ámbito territorial del que estamos hablando, habida cuenta que, de acuerdo con Diccionario de la Lengua Española, el término arraigado se define como “ que posee bienes raíces”.

Por otro lado, también debe tenerse en cuenta el arraigo referido a la *situación laboral o profesional* del imputado, en el sentido de tener éste un trabajo dentro del ámbito de alcance de la justicia, lo cual desincentiva su huida.

Además, deberá valorarse el *arraigo familiar*, es decir, la existencia de lazos y vínculos familiares y sobre todo, si las personas que se encuentran dentro de este vínculo dependen del sujeto.¹⁰¹

> Entre las circunstancias personales del sujeto que pueden influir en la constatación del riesgo de fuga, se encuentra la de los *antecedentes del sujeto*.

Esta circunstancia aparece recogida en el párrafo tercero del artículo 503.1.3º a) de la LECrim cuando establece que procederá acordar la prisión provisional “cuando a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores”.¹⁰²

¹⁰¹ A pesar de que, en numerosas ocasiones, se alude a la nacionalidad como circunstancia determinantes del arraigo, su virtualidad autónoma es muy reducida, toda vez que puede quedar desmentida por las circunstancias puestas de manifiesto con anterioridad, puesto que el hecho de que el imputado sea extranjero no denota per se un riesgo de fuga. Cuestión distinta sería que éste careciera de domicilio conocido o de vínculos laborales, sociales o familiares, en cuyo caso sí podría tomarse en consideración la circunstancia de la nacionalidad. Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. “La prisión provisional”, p. 153, Ed. Aranzadi SA.

¹⁰² La requisitoria es un acto del Juez que ordena, en razón del deber de colaboración con la Administración de Justicia, la localización del imputado y la puesta a disposición del órgano judicial. Las requisitorias para la búsqueda del ausente se expiden en diversas circunstancias: a) cuando el imputado no fuere hallado en su domicilio por haberse ausentado de él o se ignore su paradero; b) cuando, abierto el juicio oral, los acusados se hallaran en ignorado paradero; c) cuando el detenido o preso se hubiera fugado del establecimiento en que se hallaba custodiado o cuando el que se hallare en libertad provisional dejare de concurrir al llamamiento judicial (arts.762.3º y 4º, 835 y 846 LECrim).

Autores como GUTIÉRREZ DE CABIEDES, abogan por la posibilidad de acreditar “prueba en contrario”, es decir, que el imputado pueda demostrar con otros datos o indicios, que no existe tal riesgo de fuga, a pesar de este específico antecedente, mostrando su disponibilidad respecto del órgano judicial.¹⁰³

>Por último y como circunstancia acreditativa del riesgo de fuga, la doctrina y la jurisprudencia se muestran unánimes al señalar la *facilidad de movimientos* (estado de salud y medios económicos, fundamentalmente).

Es evidente que es estado de salud del imputado influye en las posibilidades de huida de éste, motivo por el cual deberá ser tomada en cuenta a la hora de considerar probada la inexistencia del riesgo de fuga por parte del mismo. Así, la avanzada edad del acusado o el padecimiento de alguna enfermedad grave, limita las posibilidades preparar y ejecutar un plan de fuga, habida cuenta de que, de encontrarse en estas circunstancias, precisará de tratamientos o cuidados médicos.

En el mismo sentido, las conexiones con otros países, así como los medios económicos son, asimismo, motivos que pueden facilitar la fuga del imputado, en el sentido de permitir el establecimiento del mismo en otros países, particularmente en aquellos respecto de los que no exista cooperación con el estado español, pudiendo, de este modo, sustraerse al castigo de la justicia.

c) *Medida procesal: evitar la destrucción probatoria.*

La LECrim, en su artículo 503.1.3º b) dispone que la medida cautelar de prisión provisional podrá acordarse para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento, en los casos en los que exista un peligro fundado y concreto.

Tal y como apunta MONTÓN GARCÍA,¹⁰⁴ nos encontramos ante un supuesto que no es de fácil consideración judicial por una serie de razones:

¹⁰³ También en este sentido se pronuncia DÍAZ MARTÍNEZ, M., “*Prisión provisional e intereses*” p.3, para quien, lo contrario, supondría una vulneración del principio de excepcionalidad.

¹⁰⁴ Como hemos apuntado, es un supuesto de difícil consideración, habida cuenta de que una cosa es que se disponga de datos expresivos de riesgo de desaparición o manipulación en fuentes de prueba de las que se tenga plena constancia; y otra que se entre en el terreno de lo potestativo que por sí, y por definición, está excluyendo la certeza para desviarse hacia lo que puede ser, pero que no se sabe si realmente será.

a) Porque hay que tener un conocimiento muy definido de la existencia de fuentes de prueba y que éstas tienen carácter relevante para la configuración de los hechos delictivos.

b) Porque debe concurrir un riesgo de desaparición o alteración en la eficacia de esos elementos probatorios. Un riesgo que, además, ha de trascender de lo puramente potencial o presuntivo para entrar, sin margen de duda, en el terreno de la certeza incontestable porque, de no ser así, rozaría una discrecionalidad atentatoria de la proporcionalidad que debe ser base esencial de una medida como es la prisión preventiva.

El apartado b) del artículo 503.1.3º LECrim, apunta que para valorar ese riesgo habrá de tenerse en cuenta la capacidad del imputado para acceder, directa o indirectamente sobre esas *fuentes de prueba*.¹⁰⁵

Y también a la posible manipulación de fuentes de prueba personales, como son las declaraciones de otros imputados, testigos o peritos, identificándose no solo con aquellos de los que se tenga constancia inmediata en las actuaciones que hasta ese momento hubieran podido desarrollarse, sino con quienes posteriormente pudieran adquirir tal condición.¹⁰⁶

No obstante, se elimina la posibilidad de que el Juez pueda inducir la existencia de ese riesgo en la falta de colaboración del imputado para la investigación de los hechos o en actuaciones obstructivas propias del derecho de defensa.¹⁰⁷

¹⁰⁵ En la doctrina se suele distinguir, desde la formulación de SENTÍS MELENDO, entre fuentes de prueba y medios de prueba. En este sentido, las fuentes de prueba se configuran como elementos extraños y ajenos al proceso y que existen con independencia del mismo, consistiendo en objetos o personas que, en cuanto pueden proporcionar conocimientos para apreciar o para acreditar los hechos afirmados por una parte procesal pueden tener transcendencia en el proceso.

¹⁰⁶ PISAPIA, G.D, “*Compendio di procedura penale*”, 2ªed. Cedam, Padova, 1975, p.249.

¹⁰⁷ A pesar de lo dispuesto en la ley procesal penal, no son pocos los pronunciamientos de diversos tribunales y de la doctrina a favor de deducir la existencia de este riesgo tomando como base la conducta “obstruccionista” del sujeto. Así sucede, por ejemplo, en los supuestos en los que se toma como elemento fundamental la “comprobación de una falsedad en las declaraciones del imputado” y que, sin embargo, forma parte del elenco de posibilidades que tiene el imputado de articular su defensa. En este sentido también se manifiesta la legislación italiana, al excluir la posibilidad de deducir el riesgo para la prueba de la negativa a declarar o de admitir hechos (art.274.1 a) c.p.p)

Por lo tanto, el órgano jurisdiccional habrá de atender a las concretas *circunstancias del sujeto imputado*, así como a su *conducta*, de los cuales es posible derivar indicios para la apreciación de este concreto riesgo y que, por otra parte, denotan la capacidad de éste para materializar esta actuación ilegítima.

En sentido negativo, otra serie de circunstancias que rodeen a la causa no podrán ser consideradas en el sentido de deducir de ellas el riesgo de destrucción probatoria del que hablamos. Así, la complejidad de la causa no puede ser motivo de cargo suficiente para decretar la prisión provisional si no va acompañada de otros indicios más contundentes.¹⁰⁸

d) Prevención especial: evitar la reiteración delictiva

Por último y, como tercer posible riesgo configurador del denominado “*periculum in mora*” se encuentra el *peligro de reiteración delictiva*. La LO 13/2003, en sus artículos 503.1.3º c) y 503.2 determina respecto de qué sujetos y hechos ha de considerarse el riesgo de reiteración.¹⁰⁹

En este sentido, la primera de las normas citadas habla de lo que se denomina, riesgo de reiteración delictiva “*subjetiva*” cuando establece que podrá acordarse la medida cautelar de prisión provisional al fin de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.¹¹⁰

¹⁰⁸ Muestra de que, en ocasiones, la jurisprudencia alude a estas circunstancias para justificar la adopción de la prisión provisional por ese riesgo es la STC 98/1997, de 20 de mayo (RJ 1997/98), en cuyo fundamento jurídico noveno se recoge lo siguiente: “ la medida se acordó por razones imperiosas de un *mayor éxito de la investigación judicial emprendida*, máxime en materia de delitos económicos... existiendo el fundado temor de que, al inicio de la instrucción sumarial, la libertad del inculpado podría dificultar o desnaturalizar el normal desarrollo de la misma». Se constata así la presencia de otros motivos, distintos al basado en la alarma social, en orden a la adopción de la medida de prisión provisional, cual es singularmente el de evitar el riesgo de obstrucción de la instrucción penal. Como, además, la concurrencia del riesgo indicado vino suficiente y razonablemente apoyada en la propia *disposición del secreto de las actuaciones*, así como en datos fácticos relativos a la índole del ilícito investigado, a la complejidad de la instrucción y a la aparición de un documento aparentemente fraudulento, debemos concluir que tampoco en lo relativo a la fundamentación de la finalidad de la prisión provisional observamos, en este caso, tacha alguna desde la perspectiva de la incolumidad del derecho a la libertad”.

¹⁰⁹ MORENO CATENA, V. “*En torno a la prisión provisional*”, Madrid, 1989, p.645. Esta concepción se asienta en una presunción de culpabilidad del imputado.

¹¹⁰ Como ya sabemos, el citado artículo 173.2 CP se circunscribe en el marco de los delitos cometidos contra la integridad moral. Así pues, la Ley Penal castiga a quien “ habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por

El fundamento, por lo tanto, de este riesgo subjetivo, no puede ser otro que la probable prolongación en el ataque a la víctima o sus directos allegados de aquel que se imputa en el proceso por los hechos delictivos por los que se procede- tómesese como ejemplo la represalia por la denuncia del hecho formulada contra el atacante-.

Por su parte, el artículo 503.2 configura el riesgo de que el imputado cometa *otros hechos delictivos*, lo que se ha venido denominando por la doctrina como riesgo de “reiteración delictiva objetiva”.

Para este supuesto, precisa la Ley que sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1.º del apartado anterior- es decir, que el delito en cuestión esté sancionado con una pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión- no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad- se está haciendo referencia a los supuestos de delincuencia organizada-.¹¹¹

Conviene matizar que los antecedentes de los que puede derivarse ese riesgo no tiene porque ser necesariamente penales, sino que la ley permite indirectamente también los policiales al disponer que no será necesario que el delito o delitos anteriores hayan sido ya en alguna ocasión condenados en sentencia.

En cualquier caso, la existencia real y no hipotética de dicho riesgo, deberá ser valorada mediante un juicio de peligrosidad que el órgano judicial deberá llevar a cabo

una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

¹¹¹ Sin embargo, autores como GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P en su tratado “La prisión provisional”, abogan por exigir no solo que tal actuación delictiva sea dolosa sino también que sea de la misma naturaleza que el delito o los delitos anteriores, y grave, aún cuando la ley no lo establezca expresamente así.

que, en estos casos, se adopta de forma análoga al enjuiciamiento de la medida cautelar, el cual depende de la existencia de una serie de riesgos para el propio proceso.¹¹²

e) Otras circunstancias ilegítimas que no son constitutivas de periculum in mora

Una vez determinadas las circunstancias que pueden dar lugar a la adopción de la prisión provisional por representar el riesgo de demora que con esta específica medida cautelar se pretende conjurar, debemos hacer mención, de manera sucinta, a las que no deben ser consideradas como tales.

Como ya adelantábamos al explicar los presupuestos que deben concurrir para poder acordar cualquier medida cautelar y, en especial, la prisión provisional, la *alarma social* producida por el hecho delictivo no puede ser, en ningún caso, legitimadora de la misma ni constitutiva de *periculum in mora*.¹¹³

En la medida en que resulta afectado el derecho fundamental a la libertad del imputado, así como la operatividad del principio de presunción de inocencia, habrá que tener presente la idoneidad y el desequilibrio entre el fin pretendido y el medio empleado.¹¹⁴

Por otro lado, tampoco la circunstancia que consiste en el riesgo de que se produzcan *alteraciones del orden público o disturbios sociales* puede englobarse dentro del presupuesto de *periculum in mora*.

¹¹² El juicio de peligrosidad consiste en la actividad jurisdiccional por la cual el órgano judicial establece la existencia o inexistencia de la fundada probabilidad de que el imputado lleva a cabo en el futuro próximo una determinada actividad delictiva, es decir, que realice una actividad de la misma naturaleza que la anteriormente imputada o condenada, o sobre el mismo sujeto pasivo en sentido lato y que lo haga durante la tramitación del proceso. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. “La prisión provisional”, Ed. Aranzadi SA, 2004, p.170.

¹¹³ JORGE BARREIRO, A. “La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Diario LA LEY, núm.3, 1997, p. 1777. Señala que el propio texto constitucional da pie a una evolución contra natura de la prisión provisional al utilizar los criterios de alarma social y de la frecuencia delictiva para apoyar la medida cautelar.

¹¹⁴ Sobre el papel de la alarma social provocada por el delito de cara a la adopción de una medida de prisión provisional se pronuncia la STC 47/2000 (RJ 2000/47) cuando señala que “la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general- y (“so pena” de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuricidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa” .

Debemos manifestarnos en tal sentido por varias razones: en primer lugar, porque estaríamos imponiéndole al inculpado una medida gravosa para el derecho a su libertad por circunstancias ajenas al mismo y sobre las que no tiene poder de control; por otro lado, estaríamos actuando en contra del derecho a la dignidad de la persona por cuanto la misma impide que la persona sea utilizada como instrumento de consecución de fines sociales.¹¹⁵

4.2.3 Presupuestos del mantenimiento de la medida.

Como ya apuntábamos al comienzo de nuestro trabajo en el epígrafe que lleva por rúbrica “*caracteres principales*”, el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional exige que éste sea sometido a una estricta aplicación de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad, así como del de variabilidad de la misma: el denominado principio “*rebus sic stantibus*,”¹¹⁶ esto es, de la inmutabilidad de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. Esta observación ha de matizarse necesariamente. Con el paso del tiempo, si, como consecuencia de la investigación preliminar, de la instrucción de la causa, se han ido acumulando fuentes de prueba de cargo, que acrecientan la admisibilidad de la imputación, y, consiguientemente, el riesgo de una futura condena, el peligro de fuga no disminuye, sino que aumenta en igual proporción.

En este sentido se pronuncia también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (SAP 857/2012, de 21 de junio), al disponer que la legitimidad constitucional de

¹¹⁵ Es evidente que esta circunstancia no tiene una finalidad cautelar sino que, tal y como expone ORTELLS RAMOS, M., “*Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*”, pp. 460 y 464, ostenta un carácter administrativista de la función de conservación del orden público, que podrá ser en su caso fiscalizada por los Tribunales, para la tutela de los derechos e interés legítimos de los sujetos a un proceso.

¹¹⁶ La citada cláusula es de configuración doctrinal y jurisprudencial, no está recogida en nuestro ordenamiento jurídico, pero es reiterada la jurisprudencia que reconoce la teoría de la cláusula “*rebus sic stantibus*”. El Tribunal Constitucional Español, siguiendo los pasos del Europeo de Derechos Humanos, ha advertido, por otra parte, que la legitimidad del mantenimiento de la prisión provisional se rige por el criterio condensado en la fórmula latinizada “*rebus sic stantibus*”, esto es, de la inmutabilidad de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción; de modo que “... los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento.

Así, la SAP de Madrid de 21 de junio (RJ 2012/857) establece que “debe tenerse presente al respecto que el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso”.

la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos.

En cualquier caso e incluso a pesar de que subsistan las circunstancias mencionadas, el mantenimiento estará siempre subordinado a la observancia de los *plazos de duración* de la misma.

Sin embargo y, en la medida en que incidencia del paso del tiempo puede incidir sobre éstas modificándolas de forma sustancial, habrá que realizar el juicio de valoración y ponderación de la existencia de los fines que legitiman la adopción de la medida cautelar en dos diversos momentos:¹¹⁷

- a) Momento de adopción de la medida.
- b) Decisión sobre el mantenimiento de la medida.

Por este motivo, una eventual solicitud de libertad provisional no podrá ser denegada sobre la base de que subsisten los motivos que determinaron que se acordara la medida cautelar en un principio, puesto que la misma habrá de contener un juicio de valoración acerca de si, en el momento de la solicitud, la prisión provisional sigue cumpliendo los fines constitucionales que la legitiman.¹¹⁸

4.3 Supuestos en los que no procede.

Establece el artículo 502.4 de la LECrim lo siguiente: “No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación”.

¹¹⁷ Así lo ha señalado la jurisprudencia del TC a partir de la STC 128/1995 (RJ 1995/128). En ella se considera que “si bien las características del delito imputado y la gravedad de la pena quizá pudieran constituir, *en un primer momento* razón suficiente para afirmar el peligro de fuga, transcurridos más de ocho meses, este argumento asilado ya no resulta suficiente”.

¹¹⁸ Esta doctrina ha conducido a que el Tribunal Constitucional emita, en no pocas ocasiones, pronunciamientos estimatorios de amparo y consiguiente anulación de resoluciones impugnadas, por no motivar debidamente la decisión de mantenimiento de la medida de prisión provisional.

Se configura así por el legislador un supuesto de exclusión de la prisión provisional en dos supuestos específicos:

a) Cuando el hecho que hubiera sido objeto de investigación no sea constitutivo de delito.

Como consecuencia, excluye la prisión preventiva el conocimiento racional de que los hechos no son constitutivos de delito (aunque lo fueran de falta, para lo que no se permite la adopción de este tipo de medida cautelar).

b) O que aún siendo los hechos constitutivos de delito, se hubieran cometido concurriendo causa de justificación,¹¹⁹ con independencia de las consecuencias procesales que estas dos causas de exclusión tengan para el normal curso del procedimiento.

En este sentido, entrarían en juego los artículos de la LECrim que regulan el sobreseimiento libre y provisional¹²⁰, respectivamente (artículos 637 y 641), en la medida en que el segundo de los motivos por los que el órgano judicial puede acordar el sobreseimiento libre (y su consiguiente archivo definitivo) hace referencia precisamente a que el hecho no sea constitutivo de delito, en tanto que el apartado tercero del mismo artículo 637 alude a aquellos que estuvieran exentos de responsabilidad criminal como autores, cómplices o encubridores.

¹¹⁹ Las causas de justificación se configuran como aquellas circunstancias que impiden, no solo que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que convierten ese hecho en lícito, es decir, permitido por el ordenamiento penal. Estas situaciones que “hacen perder la antijuridicidad” a la acción típica tienen origen en un estado de necesidad, como es la Legítima defensa, o el Hurto Famélico o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, o cumplimiento de la ley o de un deber, tal y como nos dicen MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M en “*Derecho Penal (Parte General)*”, 5ªed, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p.313.

La concurrencia de estas causas impide que al autor del hecho justificado pueda imponérsele cualquier tipo de sanción y, lógicamente, que pueda ser objeto de prisión preventiva al excluir, por definición, su culpabilidad y ser ésta presupuesto indispensable, como se ha dicho, para la adopción de semejante medida cautelar.

¹²⁰ ROMERO PRADAS, I, “*El sobreseimiento*”, Tirant lo Blanch, Valencia 2002. El art.637 LECrim dispone los motivos por lo que procede el sobreseimiento libre. Se recogen en tres apartados, que como el TS ha declarado, hacen referencia, respectivamente, a la falta del elemento fáctico (ap.1º), del elemento jurídico (ap.2º) o del elemento personal (ap.3º). Por su parte, el sobreseimiento provisional “cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa”.

4.4 Modalidades

La medida cautelar de prisión provisional es susceptible de adoptar diversas modalidades o formas. Tradicionalmente se ha hablado de tres modalidades de cumplimiento: *comunicada*, *incomunicada* y *atenuada* y, aunque las tres son manifestaciones de la misma medida cautelar, las vicisitudes que presenta cada una de ellas son bien distintas. La LECrim regula la prisión provisional comunicada y, a partir de ella, establece los supuestos específicos en que puede acordarse la incomunicación o cabe autorizar la prisión atenuada.

4.4.1 Comunicada u ordinaria

Representa el modo habitual de acordar esta medida cautelar y su procedencia se delimita de un modo negativo, es decir, en caso de que no concurren las circunstancias que determinan y legitiman la adopción de la prisión provisional incomunicada o atenuada.

A grandes rasgos, consiste en el internamiento del imputado en un centro penitenciario y su cumplimiento se rige por los preceptos relativos de la LECrim (arts. 522 a 527) y de la Ley General Penitenciaria¹²¹, procurando la separación de los presos preventivos de aquellos que estén cumpliendo condena.

Hemos de hacer mención al hecho de que, consignándose como finalidad legítima del mantenimiento de la medida de prisión provisional la de asegurar el normal desarrollo de la investigación, la desaparición de éste, debe conducirnos inexcusablemente a la puesta en libertad provisional del imputado y no su mutación mediante la exigencia de una caución o fianza.¹²²

¹²¹ Aprobada mediante la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. En este sentido, el artículo 5 de la ley citada señala que el régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. Asimismo, el principio de presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos.

Por otro lado, se distingue en la ley entre establecimiento de cumplimiento y establecimientos de preventivos, disponiendo a tal fin que éstos últimos son centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos. Además, señala que también podrán cumplirse penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses, pudiendo existir en cada provincia más de un establecimiento de esta naturaleza.

¹²² En este sentido se ha pronunciado la STC 14/2000, de 17 de enero (RJ 2000/14) al afirmar que, en otro caso, si la fianza no llega a consignarse, la situación de privación de libertad que la prisión provisional comporta quedaría carente de la cobertura finalista que constitucionalmente la legitima.

En virtud de ésta, el preso que esté en régimen preventivo gozará de todos los derechos reconocidos con carácter general en la Ley (aunque en el artículo 17.3CE se relacionen con la detención, son de aplicación también a la prisión provisional):

a) El primero de los derechos que se le reconocen es el de recibir información, la cual ha de ser proporcionada inmediatamente, lo que excluye toda demora, cualquiera que sea la causa que la motive, salvo que el sujeto estuviera impedido físicamente para recibirla.

b) Por otro lado, la adquisición del status de imputado confiere al individuo una serie de derecho para que se pueda defender de la imputación y que tienen un reflejo constitucional en el *derecho a no declarar* y en la *asistencia de abogado*. La LECrim recoge, en primer lugar, el derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, o a manifestar que solo declarara ante el Juez (art. 520.2.a). En segundo lugar, el artículo 520.2.b) le reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.¹²³

Junto a ellos, el *derecho a la asistencia de abogado* en las diligencias policiales se erige como derecho de cabecera. De acuerdo con lo establecido en el artículo 17.3CE, comprende el derecho a designar abogado y solicitar su presencia para que asista a las diligencias de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto el defendido.¹²⁴

c) Además, la Ley reconoce otros derechos que guardan íntima relación con el modo de desarrollarse la medida cautelar:

Derecho a que se ponga en *conocimiento del familiar*, o de la persona que el preso desee, el hecho mismo de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento.

¹²³ De este modo, queda en sus manos prestar declaración si quiere, contestar a todo o solo a una parte del interrogatorio, etc., de modo que se le reconoce plena libertad para “gestionar” en la forma que mas crea que le convenga sus declaraciones.

¹²⁴ Entre otras, consiste la asistencia letrada en mantener una “entrevista” con el detenido que la Ley solo permite al término de la diligencia. Esta limitación se ha considerado por la doctrina como un obstáculo para que el interrogatorio se realice con todo el conocimiento de la causa y haciendo uso el detenido de su libertad. Por esta razón debería permitirse que la entrevista con el abogado se realice siempre antes de recibirle declaración al detenido.

En segundo lugar, tiene derecho a ser *asistido gratuitamente* por un intérprete cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable castellano.

En tercer lugar, el detenido tiene derecho a ser *reconocido por un médico*, sea el médico forense o su sustituto, sea el de la Institución en que se encuentre preso, con la finalidad de controlar su estado físico y el trato al que se le ha sometido.

Además de todo ello, el detenido podrá procurar a sus expensas las *comodidades u ocupaciones* que no sean incompatibles con el objeto de su detención y el régimen de lugar de custodia.

Finalmente, podrá *recibir visitas y correspondencia* y hacer uso de los medios de comunicación (arts.523 y 524 LECrim).

4.4.2 Incomunicada

Esta clase de prisión provisional, que representa un especial agravamiento de la situación del imputado, solamente podrá ser decretada en supuestos excepcionales y cuando exista una justificación suficiente, en tanto que además de producirse una privación del derecho a la libertad (art.17CE), se produce también una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, consagrado en el artículo 18.3CE.¹²⁵

La finalidad de la misma hemos de buscarla en el artículo 509.1 LECrim, el cual señala que “el Juez de Instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicadas¹²⁶ para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan

¹²⁵ El artículo 18.3 de la CE “garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. En el plano internacional, el art.12 de la DUDH declara que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia.” Tal y como recoge RIVES SEVA, A. en su obra “*La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*”, Bosch, S.A, 2010, p.292, sin embargo, este derecho no se encuentra reconocido de un modo absoluto, sino que la propia norma constitucional prevé su limitación cuando hubiere recaído una resolución judicial que permita levantarlo, desvelarlo o conocerlo. Asimismo, además del órgano jurisdiccional, el artículo 5.1 LOPJ prevé que los Directores de los establecimientos penitenciarios puedan suspender o motivar las comunicaciones escritas y orales dando cuenta a la Autoridad judicial.

¹²⁶ PRIETO- CASTRO, L. “*Derecho procesal penal*”, Aranzadi, Madrid, 2004 p. 262, destaca su carácter relativo, ya que, en ningún caso, puede suponer un aislamiento total.

pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos”; sin embargo, hay que insistir en su excepcionalidad y en su específica justificación.¹²⁷

De lo puesto de manifiesto se desprende claramente que esta modalidad agravada de prisión provisional sirve para conjurar el riesgo de que el preso preventivo que se encuentre en un establecimiento penitenciario pueda contactar con sujetos no sometidos a ella (testigos o incluso la propia víctima, respecto de los cuales pueda producir intimidación) poniendo en peligro la investigación penal de los hechos delictivos por los que se procede y la propia eficacia del proceso.

En este sentido, la prisión provisional incomunicada supone un total aislamiento del sometido a esta medida respecto del mundo exterior, de modo que ni puede recibir visitas ni realizar o recibir comunicaciones.

No obstante, el artículo 51 de la LOPJ distingue entre las comunicaciones que podemos denominar “generales”, esto es, las que mantiene el interno con determinada clase de personas, y las *comunicaciones “específicas”*, que aquél tenga con su abogado defensor. Mientras que las primeras podrán ser acordadas por el Director del establecimiento donde el inculcado se encuentre privado de libertad, las segundas solamente podrán ser acordadas por la autoridad judicial al fin de salvaguardar el éxito de la investigación penal.¹²⁸

Su régimen no difiere sustancialmente del establecido para los detenidos o presos; sin embargo, se produce una modificación relevante en los derechos reconocidos en el artículo 520:

¹²⁷ Con anterioridad a la modificación operada por la Ley 15/2003, la Ley hablaba en este sentido de evitar la “confabulación”, concepto éste que era utilizado por la jurisprudencia, tal y como se puede advertir en la STS de 7 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8925).

¹²⁸ Así, la STC 183/1994, de 20 de junio (RJ 1994/183) establece que esta diferenciación esencial que existe entre el art. 51.5 -régimen general- y el art. 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de “orden de la autoridad judicial” y “supuestos de terrorismo”, que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones.

a) En todo caso, se le designará de oficio el abogado que se encargue de su defensa, y no podrá entrevistarse reservadamente con él, ni tendrá derecho tampoco a que se ponga en conocimiento de un familiar el hecho de la privación de libertad.

b) Asimismo, el preso podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias en que la Ley le dé intervención cuando su presencia no desvirtúe el objeto de la incomunicación.

c) Finalmente, como garantía de todo el excepcional régimen de la incomunicación del sometido a prisión preventiva, se prevé el derecho del preso a ser reconocido por un segundo médico designado por el Juez o Tribunal competente para conocer de los hechos.

Una vez efectuado el análisis del régimen jurídico de los derechos del preso, hemos de estudiar otra cuestión de enorme relevancia, la atinente a la *notificación* del imputado sometido a esta medida cautelar la resolución en que se acuerda. Así pues el artículo 506.2 establece que *“si la causa hubiere sido declarado secreta, en el auto de prisión se expresarán los particulares del mismo que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse. En ningún caso se omitirá en la notificación una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el artículo 503 se pretende conseguir con la prisión. Cuando se alce el secreto del sumario, se notificará de inmediato el auto íntegro al imputado”*.

El problema fundamental de la prisión provisional incomunicada es su **duración**: en efecto, dados los derechos a los que afecta y que al imputado le asiste la presunción de inocencia, el plazo en todo caso ha de ser breve.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 509 de la LECrim, la incomunicación durará *el tiempo estrictamente necesario* para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros de los que hemos apuntado anteriormente.

A partir de esa previsión general, se acuerda que “la incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días”.¹²⁹

Por tanto y, teniendo en cuenta, tal y como se ha advertido, que caben determinadas prorrogas del plazo general para determinados supuestos de delincuencia organizada o terrorista, puede decirse que la incomunicación tiene un plazo máximo absoluto de cinco días y, para la delincuencia especialmente considerada como terrorista de trece (si sumamos los cinco primeros días del plazo general, los cinco siguientes que se admiten como prorroga y, por último, los tres días de plazo a mayores que el órgano jurisdiccional puede acordar si el preso tuviera meritos para ello).

4.4.3 La nueva prisión atenuada domiciliaria.

La modalidad de prisión provisional atenuada fue introducida en la LECrim por la Ley de 10 de septiembre de 1931, incorporando dos preceptos del antiguo Código de Justicia Criminal.¹³⁰

El arresto domiciliario ha sido tradicionalmente entendido como una medida cautelar personal penal alternativa a la prisión provisional¹³¹; sin embargo, debería conceptuarse como una modalidad excepcional de ejecución de la misma, lo cual implica que, en todo caso, deberá cumplir los requisitos configuradores de la prisión provisional.¹³²

Considera BELLIDO PENADÉS, que, desde la perspectiva constitucional, lo decisivo es determinar las diferencias existentes entre la prisión provisional atenuada con la situación de libertad. Desde dicha perspectiva, ha de concluirse que la prisión

¹²⁹ Sin embargo, se establecen excepciones a este breve plazo en procesos por delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, o cometidos concertadamente y de forma organizada. En tales casos se podrá prorrogar la incomunicación por otro plazo no superior a cinco días e incluso el juez podrá ordenar que el preso vuelva a quedar incomunicado cuando hubiera razones para ello, pero esta segunda incomunicación nunca podrá exceder de tres días (art. 509.2).

¹³⁰ La encontramos en la Sección 5ª del Cap. VIII del Título II, bajo la rúbrica “de la prisión atenuada”. Se emplea aquí una cláusula legitimadora flexible: cuando en el preso concurren circunstancias excepcionales que a juicio del órgano jurisdiccional lo aconseje. Se trata de una posibilidad más amplia respecto de la que opera en el proceso penal ordinario, especialmente fundada en las peculiaridades de los valores de honor y respeto a la palabra.

¹³¹ Se trata del concepto utilizado en el Informe de la Fiscalía General del Estado al Anteproyecto de LO de reforma de la LECrim, en materia de prisión preventiva.

¹³² El TC se refirió a la situación de prisión provisional atenuada como una “figura intermedia entre la libertad y la prisión ordinaria” (STC 14/1996, de 29 de enero)

atenuada no es una situación de restricción de libertad, sino una situación de privación de libertad en el sentido del artículo 17.1, inciso 2º y 4º CE.¹³³

En la actualidad, se establecen en la Ley procesal los dos supuestos en que procede la atenuación de la prisión provisional (art.508, apartados 1 y 2, respectivamente):

a) Se establece ahora que “el juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.¹³⁴

Cuando se hubiera decretado la prisión atenuada por razón de enfermedad, se cumple con el internamiento del imputado en su domicilio, con las medidas de vigilancias que resulten necesarias, del que se le permitirá salir para realizar el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.¹³⁵

b) Por otro lado, la LECrim prevé que cuando el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de sustancias estupefacientes y siempre que el tratamiento se hubiera iniciado después de haberse cometido el delito, se podrá atenuar la medida cautelar.

¹³³ Vid. STC 56/1997, de 17 de marzo (RJ 1997/56). Mientras en las medidas cautelares restrictivas de la libertad, esta libertad es la regla y la medida personal la excepción, en el régimen de la prisión atenuada que prescriben los arts. 226 y 227 LOPM la sustracción de la libertad personal es la regla y su atenuación, como ya su propio nombre indica, la excepción.

¹³⁴ No obstante, la citada ley de 1931 contenía un criterio más amplio permitiendo que los sujetos sometidos a esta clase de prisión provisional salieran de su domicilio durante las horas necesarias para el ejercicio de su profesión, también bajo vigilancia.

¹³⁵ Vid. AAN de 25 de enero de 2007 (JR 2007/37022) en la que se deniega la atenuación de la prisión provisional por estar prevista para otros supuestos distintos del que concurre en el caso; bien cuando aparece una enfermedad sobrevenida (por ejemplo, tumor terminal), bien cuando se produce una agravación general del estado de salud del interno (por ejemplo, toxicómanos con sida). Pero ninguno de tales supuestos es el del caso en que es el preso quien, precisamente, por su propia voluntad (estando informado en todo momento –y así se acordó en las diversas resoluciones citadas– de su situación y los posibles peligros que para su vida y/o integridad física se generan por su voluntaria actitud de continuar con la huelga de hambre), se ha puesto en tal situación de peligro; esto es, se trata de una autopuesta en peligro libre y voluntaria. Y ante tal actitud, siendo una decisión del interesado, único responsable de su puesta en peligro, planteándose un conflicto de intereses, debe decaer su voluntad ante la posición de garante de la Administración.

Por tanto, como requisitos que han de concurrir para que tenga cabida este régimen, se establecen los siguientes: a) estar ya recibiendo el tratamiento de desintoxicación a una adicción real; b) existir una influencia negativa de su eficacia por el ingreso en prisión; c) que los hechos imputados sean anteriores a la iniciación del tratamiento curativo de la adicción.

Por lo que respecta al lugar de cumplimiento, deberá ser un centro oficial o una organización legalmente reconocida para continuar el tratamiento, sin que pueda salir del centro sin autorización judicial.

Aunque no existe previsión legal, por aplicación de las disposiciones generales contenidas en los artículos 503 y ss. de la LECrim, los supuestos de quebrantamiento de la prisión atenuada o el incumplimiento de normas sobre salidas pueden motivar la sustitución de la medida por la de prisión provisional. El artículo 228 de la Ley Procesal Militar opta en estos supuestos por la revocación de la prisión atenuada.¹³⁶

No obstante, si la medida fue acordada conforme al tenor literal del artículo 508 de la ley procesal penal, esto es, por concurrencia de un riesgo real y grave para la salud del imputado directamente vinculado al ingreso en prisión, en el caso de que éste persistiera, el quebrantamiento habría de motivar el incremento de las medidas de vigilancia del arresto domiciliario.

Por otra parte, surge la cuestión de si sería necesaria, en el supuesto de que, efectivamente, se pretenda sustituir la prisión atenuada por prisión preventiva ordinaria, la petición de parte y la convocatoria de audiencia.¹³⁷

¹³⁶ DE LA ROSA CORTINA, J.M., “La nueva prisión atenuada domiciliaria, ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?”, LA LEY, nº 6148, 16 de diciembre de 2004, p.5.

¹³⁷ Mismo autor y mismo artículo. Aunque se trata de una cuestión muy discutible, del espíritu del párrafo 3º del artículo 539LECrim se desprende la necesidad de audiencia y petición de parte para poder acordar la transformación de la prisión provisional ordinaria, sin perjuicio de que en caso de riesgo de fuga pueda el juez por sí, acordar directamente la prisión y convocar con posterioridad la audiencia.

4.5 Procedimiento

4.5.1 Competencia y compatibilidad.

La posibilidad de acordar la prisión provisional se encuentra regida por el **principio acusatorio**,¹³⁸ de manera que no puede el juez adoptar de oficio dicha decisión, sino que es preciso que exista una petición de parte en tal sentido.

La LO 13/2003, de 24 de octubre, atribuye la competencia funcional para la adopción de esta medida a distintos órganos jurisdiccionales, dependiendo del momento procesal en que se encontrara la causa.

Tal previsión aparece recogida en el artículo 502.1 LECrim, al disponer que *“podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa”*.

Así, durante la fase de instrucción, diligencias previas o sumario, solo podrá decretar la prisión provisional (art.502.1) el juez encargado de la instrucción y el que forme las primeras diligencias, a las que se refiere el artículo 499 y que, por otra parte, aparecen reguladas en el artículo 13 de la misma ley.

Sin embargo, si se hubiera puesto a disposición de un juez distinto del que deba conocer del proceso, un detenido que no pudiera ser trasladado en el plazo de 72 horas, deberá recibirle declaración.¹³⁹

¹³⁸ DÍAZ CABIALE, J.A. *“Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez”*, Comares, Granada, 1996. Sobre el sistema acusatorio existe una gran diversidad doctrinal, a instancias de la ley Calpurnia y las leyes Acilia o Sempronina, pasando por las ideas del racionalismo y la ilustración. Así, son numerosos los autores que dedican sus líneas a esta cuestión: VERGÉ GRAU, J. *“La defensa del imputado y el principio acusatorio”*, Barcelona, 1994; VÁZQUEZ SOTELO, J.L. *“El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español”*. Revista jurídica, Cataluña, 1984, p.375.

¹³⁹ Nos estamos refiriendo aquí a la detención preventiva, otra medida cautelar que afecta al derecho de libertad personal durante un breve periodo de tiempo. Más concretamente, es la retención que puede efectuar la policía en sus instalaciones antes de la puesta a disposición de la autoridad judicial. Dicha medida goza de legitimación constitucional, prevista ésta en el art. 17.2 CE *“no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”*.

Si el juez entendiere que procede adoptar la medida de prisión provisional, deberá convocar una audiencia para decretarla, a la que deberá ser citado el Ministerio Fiscal y el detenido, que deberá comparecer asistido de abogado (arts. 499 y 505.6).

Por otro lado, durante la fase de juicio oral, corresponderá decretarla al órgano jurisdiccional que esté conociendo del mismo o el Juez de lo Penal.

Durante la sustanciación de los juicios devolutivos, será competente el tribunal competente de acuerdo con los criterios ordinarios, es decir, le corresponderá al órgano que hubiese dictado o acordado la medida en primera instancia o única instancia.¹⁴⁰

La atribución de la referida competencia funcional para la adopción o modificación de la medida de prisión provisional ha suscitado numerosos debates al respecto de si puede resultar contraria al principio de imparcialidad objetiva, consagrado en el artículo 6.2 CEDH y en el artículo 24.2 CE como parte integrante del derecho a un proceso con todas las garantías.¹⁴¹

La problemática puesta de manifiesto concierne, en verdad, a distintas situaciones. La más relevante, quizá, se plantea en referencia al Juez de Instrucción, puesto que es él quien instruye y, posteriormente, adopta la medida de prisión provisional; la problemática se suscita, por tanto, en cuanto a la **compatibilidad de la actuación judicial instructora y la cautelar**.

El juez de instrucción tiene a su cargo la tarea de investigación de hechos y de sus posibles responsables y, por lo tanto, va formándose una hipótesis fáctica como una

¹⁴⁰En la LECrim, esta regla solo aparece expresamente formulada en lo concerniente al recurso de casación (vid. art. 861 bis.a)

¹⁴¹ El artículo 6 del Convenio, reconoce el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. Efectivamente, la imparcialidad, puede quedar en entredicho si el tribunal que enjuicia ha entrado en conocimiento de la causa en modo tal que pudieran haber surgido prejuicios.

En cualquier caso, “la imparcialidad objetiva no se evapora por cualquier tipo de pronunciamiento anterior”. (Vid. STS 170/2002, de 30 de septiembre, F. J. 11 (RTC 2002, 170).

Habrà pérdida de la imparcialidad cuando esos pronunciamientos previos presupongan que el juez afectado ha entrado ya a valorar un material probatorio fáctico generado durante la instrucción y, por tanto, con la ausencia de las garantías propias del plenario, y puedan dar a entender que se ha producido ya un prejuicio sobre la culpabilidad. No basta haber adoptado algunas decisiones sobre el asunto para que un Magistrado o un Tribunal quede "contaminado" en la expresión que ha hecho fortuna. En este terreno hay que moverse guiados por un sano casuismo y así lo hacen tanto este Tribunal como el Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

presunción de culpabilidad, lo cual podría llevarle a desnaturalizar las medidas cautelares, aplicándolas al servicio de la investigación.

No obstante, el TC ha procedido a rechazar esa alegación de falta de imparcialidad del juez instructor. Así, en la sentencia 98/1997, se pone de manifiesto que la naturaleza de la prisión provisional se opone a la posibilidad de que el juez que ha instruido una causa pueda decretarla. De este modo, la imparcialidad objetiva de quien viene instruyendo y decide, además, la privación preventiva de libertad puede venir suficientemente avalada por exigencias tales como la postulación de esta medida por parte de la acusación, la celebración de un debate contradictorio previo, así como la existencia de un recurso inmediato ante un órgano judicial ajeno a la instrucción y con arreglo a una tramitación necesariamente acelerada.¹⁴²

Por otro lado, también es posible advertir una problemática similar referida a la **compatibilidad de la actuación cautelar y la sentenciadora**. La sombra sobre esta cuestión es aún más amplia si cabe que respecto al supuesto anterior, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia se vuelve, en este caso, más casuística y, en ocasiones, contradictoria.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace referencia en la sentencia del caso *Castillo- Algar* (STEDH, de 28 de octubre de 1998) al precedente del caso *Hauschildt* *. En este caso, el TEDH sostuvo que la óptica del acusado, debe ser tomada en cuenta pero no tiene un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si los reparos del interesado pueden ser considerados como objetivamente justificados. Por tal razón, sostiene el Tribunal, **«el mero hecho de que un juez de primera instancia o de apelación, en un sistema judicial como el danés haya dictado ya resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no basta para justificar los temores sobre su imparcialidad»**¹⁴³

¹⁴² De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, la imparcialidad objetiva debe ceñirse a la actividad de enjuiciamiento de la causa. Vid. STC 32/1994 F. J.2 (RTC 1994/32); “ desde la perspectiva constitucional, el derecho a un Juez imparcial en su vertiente objetiva se afirma únicamente respecto del acusado por lo que el mismo no es alegable en la fase de instrucción del sumario o de las diligencias previas ya que, en esta sede constitucional, la lesión del derecho a la imparcialidad sólo se consuma tras el fallo de la causa por el titular del órgano judicial en primera instancia, es decir, cuando se constata efectivamente que el Juez o Magistrado que ha realizado auténticas actividades de instrucción, ha intervenido también en el enjuiciamiento del acusado”.

¹⁴³ STEDH, 24 de mayo de 1989; el pronunciamiento parte de una particularidad propia del derecho danés, que considera como presupuesto para la adopción de la prisión provisional la existencia de

El criterio mayoritario, por lo tanto, es aquel que entiende que no existe quebrantamiento de la imparcialidad cuestionada por el mero hecho de adoptar decisiones cautelares por el tribunal sentenciador, porque ello no supone implicarse en la actividad investigadora.

Sin embargo y recordando el carácter casuístico de la solución a la problemática suscitada, sería conveniente que la Ley de Enjuiciamiento Criminal previera mecanismos o soluciones que evitaran la necesidad de acudir a las soluciones adoptadas ad hoc por los Tribunales en sus sentencias. En cualquier caso, la solución depende del elemento que se tome como fundamento de la tan cuestionada incompatibilidad con la función sentenciadora.*

4.5.2 Tramitación

La LECrim, tras las reformas operadas por las LL OO 13 y 15/2003, exige en todo caso la instancia del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora para que el juez decrete la medida de prisión provisional (art.505.1), salvo que el imputado se encontrara en libertad y se dieran además todos los requisitos exigidos por la ley para acordarla.

De este modo, los principios vertebradores del procedimiento son:

a) La necesidad de que la medida sea solicitada por una parte acusadora, es decir, a **instancia de parte**.¹⁴⁴

“sospechas confirmadas”. Con base en ello, termina considerando que en el caso enjuiciado si se deben estimar fundados los temores sobre la imparcialidad del juez que ha dictado una resolución anterior al juicio, puesto que esas sospechas requieren del mismo un convencimiento “muy claro” de la culpabilidad del imputado.

Los mismos conceptos han sido reiterados en el parágrafo 35 de la Sentencia del caso «**Saraiva de Carvalho**» (22-4-1994); el Juez portugués que dictó un «**despacho de pronúncia**» no veía afectada su imparcialidad objetiva pues sólo «**constata en primer lugar la ausencia de irregularidades que afecten la instrucción así como todo otro motivo apto para impedir un examen de fondo. Enseguida estima que los indicios no son suficientes para autorizar la formulación de un juicio serio de probable culpabilidad en relación a cuatro coinculpados y en consecuencia rechaza la requisitoria del Ministerio Público. Por el contrario, la acoge respecto de los otros acusados, entre ellos Saraiva de Carvalho, decidiendo salvo en relación a tres de ellos, mantener la detención provisional de éstos**»

¹⁴⁴ Así se pone de manifiesto en la SAP de Madrid, de 21 de abril de 2009 (JUR 2009/283976) en la medida en que establece que si el Ministerio Fiscal, única parte que había solicitado la prisión provisional, interesa la libertad provisional de la imputada, el Instructor no puede mantenerla en esa situación de privación de libertad cautelar al no existir petición de parte acusadora, de acuerdo con lo establecido en el artículo 505.4 LECrim

b) Necesaria celebración de una **audiencia** con la asistencia de las partes, a fin de permitir que ésta puedan alegar y probar la procedencia o improcedencia de la prisión provisional..

Tal y como establecen los artículos 519 y 544 LECrim, todas las actuaciones referidas a la adopción, mantenimiento, sustitución o levantamiento de la prisión provisional cautelar, deberán sustanciarse en **pieza separada**.¹⁴⁵

Una cuestión muy discutida es la de si la prisión provisional puede o no ser acordada en la propia sentencia condenatoria. A este respecto, el TS ha señalado que “ningún obstáculo hay, en principio, a que en la propia sentencia que pone fin a la instancia en un proceso penal se acuerde la prisión provisional de quienes en la misma son condenados y se encontraban en situación de libertad”.¹⁴⁶

Es más, tal pronunciamiento es frecuente cuando la pena que se impone consiste en una importante privación de libertad y ello constituye indicio significativo de que tal condenado pudiera sustraerse a la acción de la justicia al conocer el alcance de su condena. Pero, si así se hace, ha de ser de tal manera que se permita el uso del recurso de súplica (y en su caso de apelación) contra dicho acuerdo de prisión provisional.

Sin embargo, tal razonamiento no puede ser compartido y apoyado, en la medida en que el propio legislador ha dispuesto una tramitación separada al respecto; ni siquiera serviría para legitimar dicha forma de acordar la prisión provisional la prolongación de la prisión provisional de la que habla el artículo 504.V de la Ley, pues ésta previsión solo opera una vez recurrida la sentencia.

¹⁴⁵ Establece el artículo 300 de la LECrim que “cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso”. Ello significa que cada delito que se investiga es sometido primero a las reglas de reparto para ser turnado a un juzgado de instrucción. No obstante, el juez tiene la capacidad de dividirlo en piezas separadas en aras de facilitar su tramitación.

Es habitual, en este sentido, formar piezas separadas para tramitar las medidas cautelares o de situación personal; no obstante, la utilización de esta posibilidad viene siendo utilizada de manera irregular por algunos jueces para atribuirse la investigación de ciertos delitos “estrella”, dado su alto interés mediático (tómese como ejemplo, el famoso caso Blesa).

¹⁴⁶ Vid. STS de 25 de febrero de 1997 (RJ 1997/1376). La sentencia añade que si bien es cierto que la LECrim, en su artículo 519 ordena que todas las diligencias relativas a la prisión provisional se sustancien en pieza separada, ello solamente significa que si la prisión provisional se acuerda en resolución independiente, ha de llevarse el testimonio correspondiente a dicha pieza.

Por otro lado, señala el TS que, respecto de la motivación, aparece implícita en los propios fundamentos en los que se basó la condena.

Pues bien, tampoco esta afirmación puede ser defendida puesto que los supuesto de hecho y fundamentos de derecho en los que se basa la condena y los que tienen como base la adopción de la prisión provisional en absoluto son coincidentes, siendo necesaria una motivación específica.

4.5.3 Comparecencia y auto de prisión

Tal y como apuntábamos con anterioridad, para adoptar la resolución de prisión provisional cautelar del imputado, ya se encuentre detenido o en libertad, será preceptiva la celebración de una audiencia previa de órgano con las partes.

En el estudio de este apartado, por lo tanto, hemos de diferenciar dos posibles situaciones:

A) Que el *imputado* se encuentre *detenido*.

En este supuesto, una vez que estuviera a disposición del juez instructor y éste le hubiera tomado declaración, se abren tres posibles situaciones:

➤ El juez puede entender que los hechos imputados no son constitutivos de delito o que el sujeto no participó en los mismos, debiendo proceder al levantamiento de la imputación y a su puesta en libertad.

➤ Puede mantener la imputación pero entender que no concurren los presupuestos necesarios para acordar la medida cautelar.

➤ Una tercera posibilidad es que entienda que sí concurren los presupuestos para su adopción, en cuyo caso convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad con fianza.

B) *Imputado* que se encuentra *en libertad*.

Deberá convocar también dicha audiencia si entiende procedente la medida en cuestión.¹⁴⁷

Por lo que respecta a la **convocatoria de la comparecencia**, hemos de entender que deberá producirse para acordar toda medida que no sea la libertad provisional sin fianza. De esta afirmación se desprende que tampoco será obligatoria ni preceptiva dicha convocatoria para acordar la libertad plena del imputado.

Tras la comparecencia (a la que se convocará al MF y a las partes acusadoras y al imputado, que deberá ser asistido de abogado) se dictará una *resolución*, en forma de **auto**, el cual deberá expresar los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que la justifican, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 506.1 LECrim.¹⁴⁸

➤ **Notificación.**

Una vez dictado, el auto, deberá ser notificado al imputado y a las demás partes personadas, así como al resto de ofendidos o perjudicados.

Por lo que respecta al alcance de la misma, no es suficiente con comunicar únicamente la parte dispositiva de la misma, sino que la exigencia constitucional de motivación, exige que la causa en virtud de la cual se adopta dicha medida restrictiva de derechos se haga explícita.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Además, estando el detenido en libertad, si el juez entendiere que procede acordar la prisión provisional, lo podrá hacer de oficio, debiendo convocar la preceptiva **comparecencia** dentro de las setenta y dos horas siguientes (art.505.2). Ahora bien, será obligatorio que en la comparecencia alguna de las partes solicite la medida, porque de lo contrario, deberá revocar la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 505.4.

¹⁴⁸ Si la causa hubiese sido declarada secreta, en el auto de prisión se expresarán aquellos datos que, para preservar la finalidad de secreto, hayan de ser omitidos, tal y como dispone el artículo 506.2 LECrim. No podrá omitirse en la copia que haya de ser notificada, una descripción de los **hechos imputados** y de su conexión con los **fines** de la prisión provisional previstos en el art.503, lo que podría llamarse "motivación esencial".

¹⁴⁹ Así lo expresa la AP de Pontevedra en el auto núm.341/2008, de 30 de junio (JUR20009/440408) al afirma que no cabe es omitir en la notificación al detenido elementos esenciales para su defensa, lo que sin duda genera una situación que vulnera la letra y el espíritu de la Norma fundamental (RCL 1978, 2836) consagrada en el art. 24.1 C.E. , ya que, con independencia de que el demandante de amparo pudiera presumir o conocer los hechos que motivaron el Auto que acordó su prisión , bien por haber prestado previamente declaración sobre ellos, o bien por haberse celebrado la comparecencia prevista en el art. 504 bis 2) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , es un hecho incontrovertible que no se le dio traslado de la fundamentación jurídica de la resolución judicial adoptada".

De ahí que si la motivación específica no se da a conocer al vinculado por la misma, se estaría produciendo una privación del derecho de defensa del mismo, al desconocer el privado de libertad de qué debe combatirse.

Por otro lado, el principio de protección a la víctima que inspira la LO de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional, motivó la inclusión en el artículo 506 de la exigencia de que los autos relativos a la situación personal del imputado se pongan en conocimiento directo de los ofendidos y perjudicados directamente por el delito y cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución.

➤ **Ejecución**

La ejecución consiste en aprehender al imputado y conducirlo hasta el establecimiento penitenciario donde ésta haya de cumplir la medida acordada.

Pues bien, nuestra ley procesal penal prevé que para llevar a efecto el auto de prisión, se expedirán **dos mandamientos**: uno a la Policía Judicial o agente judicial, en su caso, que haya de ejecutarlo y otro al director del establecimiento que haya de recibir al preso, tal y como establece el artículo 511 del citado texto normativo.

En este sentido, el artículo siguiente determina que si el paradero del presunto reo se ignorase, deberá acompañarse al primer mandamiento la expedición de requisitorias.¹⁵⁰ En cuanto al contenido de los mandamientos, deberán consignarse los datos personales que consten del imputado, el delito que dé lugar al procedimiento y si la prisión ha de ser con comunicación o sin ella.

Tras establecer esta previsión, la LECrim, en su artículo 511, párrafo segundo, pone de relieve que los directores de los establecimientos penitenciarios no recibirán a ninguna persona como preso preventivo sin que se les entregue este mandamiento de prisión.

¹⁵⁰ De conformidad con lo establecido en el artículo citado, se enviarán a los Jueces de Instrucción en cuyo territorio hubiese motivo para sospechar que aquél se halle, expidiéndose por el Secretario judicial los oficios oportunos; y en todo caso se publicarán aquéllas en el Boletín Oficial del Estado y el diario oficial de la Comunidad Autónoma respectiva, fijándose también copias autorizadas, en forma de edicto, en la Oficina del Juzgado o Tribunal que conociere de la causa y en la de los Jueces de instrucción a quienes se hubiese requerido.

4.5.4 Nuevo régimen de recursos.

Las últimas reformas procesales- penales¹⁵¹ han logrado establecer, de forma simplificada, el sistema de recursos que existe contra el auto sobre la situación personal del imputado.

En este sentido y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 507, 766 y 798.3 LECrim, contra los autos que decreten la prisión provisional o los que dispongan su prolongación o libertad provisional podrá ejercitarse los recursos de *reforma* y *apelación*.

De esta forma, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, recoge en su artículo 766 la las posibilidades de impugnación de las resoluciones sobre prisión provisional.

Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo citado, el recurso de apelación puede interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado, no siendo necesaria la previa interposición del recurso de reforma para presentar la apelación. Además, su interposición no suspenderá el curso del procedimiento.

Asimismo, a ambos recursos se les priva, con carácter general y salvo que la ley disponga lo contrario, del efecto suspensivo, de manera que su interposición no suspenderá el curso del procedimiento.

Por su parte, el artículo 766.5 prevé que, si en el auto recurrido en apelación se hubiera acordado esta medida, el apelante podrá solicitar la celebración de una vista, que deberá acordar, en su caso, la Audiencia.

Por lo que respecta a los supuestos en los que se hubiera decretado el *secreto* de la causa (art.507.2) y, por lo tanto, no se hubiera comunicado íntegramente el auto al

¹⁵¹ En el proceso ordinario cabía la interposición de recurso de reforma y de apelación, admisible en un solo efecto. Por su parte, en el procedimiento abreviado podía entenderse que cabía queja, previa interposición de reforma; sin embargo, se admitían en ocasiones, recursos de apelación en este procedimiento, habida cuenta de las limitaciones del recurso de queja.

imputado, éste podrá recurrir también el acto en su integridad, cuando le sea notificado, de acuerdo con las reglas generales.¹⁵²

4.6 La duración de la prisión provisional: problemas de cómputo e incidencia en el Código Penal de 1995.

Como ya aventurábamos al comienzo de este trabajo, una de las notas que debe caracterizar a la prisión provisional es precisamente la *temporalidad*,¹⁵³ esto es, en el establecimiento legal de un sistema de plazos que dota de virtualidad práctica al mandato constitucional recogido en el artículo 17.4CE.¹⁵⁴

Así, la duración de la prisión provisional está recogida en el artículo 504 de la LECrim y su duración máxima varía en función de las razones por las que se hubiera adoptado.¹⁵⁵

En todo caso, la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo 503 de la ley procesal-penal y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.¹⁵⁶

No obstante, antes de analizar propiamente el sistema de plazos establecido en la LECrim, conviene poner de relieve que su regulación ha experimentado notables cambios legales, impulsados por criterios de *política legislativa*.

De este modo, son dos las grandes reformas operadas con repercusiones en esta materia:

¹⁵² Quiere ello decir que podrá recurrir, tanto el *extracto* que se le notifique en un primer momento, como el *auto íntegro*, una vez que alzado el secreto.

¹⁵³ RAMOS MÉNDEZ, F. “*Enjuiciamiento Criminal. Décima lectura constitucional*”, Atelier, Barcelona, 2011, p. 284

¹⁵⁴ A este respecto, el TC entiende que el mandato del artículo 17.4CE está íntimamente relacionado con el derecho a un “proceso sin dilaciones indebidas” del artículo 24.2 del texto constitucional, creando una suerte de doble garantía constitucional.

¹⁵⁵ Debe recordarse que la ley establece unos tiempos de *duración máxima*, es decir, un límite temporal que no puede superarse, pero que, sin embargo, no es necesario agotar en todo caso, sino que deberá durar el tiempo estrictamente necesario para cumplir o satisfacer los fines para los cuales fue dictada la prisión provisional (art.504.1 LECrim).

¹⁵⁶ No obstante, este establecimiento legal de estos plazos máximos lleva aparejado el riesgo de que se pierda de vista la finalidad propia con la que ha sido establecido este sistema (habrá de ser la estrictamente necesaria para cumplir en cada caso, la función que legitime la medida cautelar).

En primer lugar, la LO 10/1984, de 26 de diciembre, incrementó la extensión temporal de todos los plazos establecidos en el artículo 504 de la ley procesal-penal en virtud de la respectiva pena señalada al delito enjuiciado. No obstante, dicha regulación no estaba en consonancia con el sistema de penas establecido en el CP de 1995, de ahí que fuera necesario operar una profunda reforma.

Además, esta disciplina legal afectaba seriamente a la excepcionalidad y proporcionalidad caracterizadora de esta medida cautelar, por cuanto existía la necesaria correlación entre la duración de la pena posible y la de la privación de libertad preventiva.

Todo ello imponía la necesidad de reformar la LECrim en esta materia, en aras de adecuarla al nuevo sistema punitivo. En este contexto, se aprueba la ya mencionada LO 13/2003.

4.6.1 Sistema legal de plazos.

Como ya indicamos al comienzo de este apartado, el sistema legal de plazos máximos de duración de la prisión provisional se encuentra en el artículo 504 LECrim.¹⁵⁷

La prisión provisional no puede extenderse por más tiempo del estrictamente necesario¹⁵⁸ y, en todo caso, del que se señala¹⁵⁸ en cada caso en función de la pena que sanciona el tipo de delito atribuido. Además, es posible hablar de un *segundo límite temporal*, el cual está constituido por la determinación legal del plazo máximo de duración de la prisión provisional, lo que quiere decir que aunque persistan los motivos por los que dicha medida fue adoptada, deberá existir un *límite temporal infranqueable*, tal y como exige el segundo inciso del artículo 17.4 de la Constitución cuando establece que por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Tal y como se pone de manifiesto en la SAP de Madrid de 31 de octubre de 2003 (JUR 2004/88185), la prisión provisional solo durará mientras subsistan los motivos que la hayan ocasionado, debiendo dilatarse lo menos posible, respondiendo el fin de la misma a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso o para su ejecución, quedando su aplicación supeditada a una estricta necesidad y subsidiariedad.

¹⁵⁸ NÚÑEZ PORTILLO, “*Duración de la prisión preventiva*”, Memoria FGE de 1997.

¹⁵⁹ Esta exigencia constitucional tiene un doble fundamento: por un lado, la necesidad de ofrecer una garantía de seguridad jurídica a los ciudadanos, de tal forma que el propio afectado pueda conocer de antemano el límite temporal de restricción a su derecho de libertad; por otro lado, la determinación de un plazo máximo tiene por objeto que los órganos judiciales reduzcan el tiempo de tramitación de las causas

Ya hemos dicho que la determinación del plazo máximo de duración de la prisión provisional se establece en la ley procesal penal de acuerdo con la cuantía o gravedad de la pena señalada al delito enjuiciado. No obstante ello, cabe plantearse la pregunta de cuál sea la pena a la que ha de estarse para la determinación del cómputo de dicho plazo.

La ley 13/2003 no ha aportado una solución clara al respecto; de esta manera, la doctrina se ha pronunciado mayoritariamente a favor de que “la pena relevante es aquella que puede imponerse en el caso concreto teniendo en cuenta las circunstancias fácticas relevantes para su individualización en el supuesto enjuiciado”.¹⁶⁰

Por tanto, en los supuestos en los que existan elementos de juicio¹⁶¹ para determinar la pena que pueda imponerse, se estima posible que se tengan en cuenta. Así se infiere pacíficamente de las exigencias de acreditación del *fumus boni iuris* y de la regla *rebus sic stantibus*.

Por otro lado, para terminar con la cuestión de la penalidad relevante a efectos de duración de la prisión preventiva, ha de resolver la cuestión de si para determinar el plazo máximo de la misma ha de estarse a la *pena objetiva* (esto es, a la señalada por la ley al delito imputado) o a la *subjetiva* (a la solicitada por las partes acusadoras).

A pesar de que el tribunal se inclina por acoger la primera de las opciones,¹⁶² lo cierto es que la vigencia del principio acusatorio en nuestro ordenamiento, puede convertir esa postura en incompatible y vaciarlo de contenido práctico.

Lo cierto es que en nuestro actual ordenamiento procesal, la pena concreta que pueda imponerse en la sentencia, depende, en gran medida, de las peticiones de la acusación. De ahí que el Tribunal no pueda establecer el límite de duración a partir de las circunstancias que no hayan sido, al menos, deducidas y objeto de contradicción en el proceso.

penales con preso, tal y como establecen, entre otras, las SSTC 174/2000, de 29 de mayo y 23/2004, de 23 de febrero.

¹⁶⁰ En este sentido se manifiestan, entre otros, MORENO CATENA, V. “Derecho procesal penal”, p.534; SOTO NIETO, F. “La prisión y la libertad provisionales vistas por un juez”, Revista de Derecho Procesal, 1955, núm.4, p.588; ORTELLS RAMOS, M. “Derecho jurisdiccional III”, Tirant lo Blanch, p.462.

¹⁶¹ Indiciariamente y conforme a un juicio de verosimilitud.

¹⁶² El TC, en su STC 206/1991, de 30 de octubre, acoge la primera opción, determinando que la LECrim se refiere a la pena señalada por la ley y no a la pena solicitada.

4.6.2 Cómputo

Una vez determinados los plazos de duración de la prisión preventiva, nos corresponde abordar ahora la cuestión del cómputo de los mismos. Lo cierto es que, con anterioridad a la LO 13/2003, la problemática no estaba del todo resuelta en la ley procesal y, tras la reforma en materia de prisión provisional, no resulta plenamente satisfactoria.

Por lo tanto, debemos proceder a analizar cada una de las situaciones concernientes al cómputo de la prisión provisional:

a) En primer lugar, es preciso determinar cuáles son las situaciones que se tienen en cuenta a los efectos del cómputo.¹⁶³

A este respecto, dispone el artículo 505.1 LECrim que para el cómputo de los plazos establecidos en el artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa”. De este modo, el *dies a quo* queda establecido en el día en el que el inculcado comienza a padecer efectivamente la privación preventiva de libertad.¹⁶⁴

El fundamento o razón de fondo de la posibilidad de agregar al tiempo de prisión preventiva el cumplido en detención es el de su *identidad de fin*, ya sea cautelar o

¹⁶³ El TC tiene establecido que “en la propia configuración constitucional de los supuestos de privación existen dos situaciones legales, distintas tanto en lo que respecta a su finalidad como en lo atinente a sus consecuencias; por ese motivo, no cabe entender que el plazo de privación que se hubiera sufrido en atención a la primera haya de integrarse necesariamente en el plazo fijado para la segunda.

¹⁶⁴ Así, el periodo que se haya sufrido de privación de libertad, no solo en concepto de prisión preventiva, sino también de detención, podrá ser tenido en cuenta en el tiempo de cumplimiento. Se opta así por la interpretación más favorable al derecho fundamental a la libertad, lo cual, tal y como ha advertido el TC, no impide que la misma esté sometida a límites en cuanto a canon de constitucionalidad, entre ellos que el precepto admita dos interpretaciones posibles.

A este respecto, la STC 199/1994, de 4 de julio (RJ 1994/199) F.2, apunta que la interpretación de las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental, principio que aun debiendo guiar su interpretación no está exento de límites en cuanto a canon de constitucionalidad ya que, de un lado, “*presupone necesariamente que la norma aplicada permita otra interpretación alternativa a la elegida por el órgano judicial*” pues en otro caso no se estaría protegiendo el derecho constitucional, sino confiriendo a las leyes un significado y alcance, que las propias leyes no tienen ni consenten. De otro lado, aun existiendo tal presupuesto, ya se ha dicho que cuando la interpretación efectuada por el juzgador es razonable no cabe que pueda ser sustituida por otra que resulte más favorable a la efectividad del derecho constitucional, límite que posee una especial relevancia en esta sede constitucional.

preventiva, y por otro lado, *de efectos* habida cuenta de que ambas tienen por fin privar al sometido a la misma de libertad.¹⁶⁵

Pero, además, esta postura es la más correcta si tenemos en cuenta que el Código Penal, en su artículo 58, establece que toda privación de libertad sufrida preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada.

Por último, es esta la postura seguida también por el TEDH, el cual ha señalado que el plazo de tiempo que debe tenerse en cuenta a efectos de determinar si existe o no cumplimiento del plazo razonable comienza el día en que se practicó la detención.¹⁶⁶

b) En segundo lugar, hemos de apuntar que el plazo máximo de duración se predica respecto de cada proceso, es decir, se aplica al tiempo de privación de libertad sufrido en cada causa. Así se establece en el artículo 505.1 de la ley procesal mediante la inclusión de la expresión “*por la misma causa*”. Así pues:

❖ En el caso de que se produjese una coincidencia entre la situación de penado y la de preso preventivo como consecuencia de dos procesos penales distintos, no será posible descontar del tiempo de prisión provisional, el tiempo sufrido en virtud de la primera de las condenas impuestas¹⁶⁷, puesto que, de no ser así, el plazo máximo de duración de privación de libertad preventiva sería incierto o estaría indeterminado.

¹⁶⁵ Numerosos autores como ORTELLS RAMOS, M., “*Derecho jurisdiccional III*”, p.445 sostienen que una es instrumental a la otra, en la medida en que la detención se practica para poner a disposición del juez de instrucción a una concreta persona y para que, en su caso, pueda ser ejecutada la prisión provisional.

¹⁶⁶ En este sentido se pronuncia el TEDH, en su STEDH de 28 de marzo de 1990, caso B contra Austria, en la que afirma que la relación fundamental entre los apartados 3 y 1. c) del artículo 5 impide que se considere como detenida para “ser puesta cuanto antes a disposición de un juez...”, por existir indicios racionales, de haber cometido el delito del que ha sido declarado culpable, a la persona condenada en primera instancia y que continúe en prisión durante el procedimiento del recurso que ha interpuesto.

¹⁶⁷ Así se ha manifestado por el TC en la STC 19/1999, de 22 de febrero (RJ 1999/19); La prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia. No es en modo alguno una especie de pena anticipada, ni por ello resulta correcto que, para resolver un problema de duración de la medida cautelar, puedan utilizarse preceptos legales ajenos a la misma, como el art. 58 del Código Penal, referido a la liquidación de las penas.

Del hecho de que el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la en que se acordó la prisión provisional y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esta medida cautelar, y no pueda, por tanto, tenerse en cuenta a la hora de computar el plazo máximo de duración de ésta.

Mediante la prisión provisional sigue cumpliendo, de este modo, su finalidad cautelar en la medida en que el sometido a ella ha estado a disposición del órgano judicial en todo momento.

❖ Del mismo modo, puede suceder que a un mismo individuo se le impongan varias medidas de prisión provisional que tengan su origen en distintos procedimientos penales.

De darse el supuesto planteado, el límite máximo surte efectos en cada uno de los procesos, de modo que no resultaría vulnerado el artículo 17.4CE, cuando se hubiere excedido el plazo máximo por uno de los títulos y, sin embargo, se mantuviese la medida privativa de libertad por razón del otro procedimiento.¹⁶⁸

❖ Por último, deberán acumularse los periodos discontinuos de prisión provisional que el sujeto sufra por una misma causa.

Si tomamos en consideración que la, tal y como hemos expuesto a lo largo de este trabajo, la medida de prisión provisional podrá ser alzada o sustituida por otra menos gravosa y, con posterioridad, volver a acordarse atendiendo a la aparición de nuevas circunstancias que permitan su reinstauración.

Por lo tanto, la existencia de estos periodos discontinuos de prisión provisional no interrumpe el cálculo a los efectos de determinar el plazo máximo de duración de la medida cautelar impuesto en el apartado cuarto del artículo 17CE.¹⁶⁹ El fundamento de la postura establecida por el legislador y acogida por la doctrina y jurisprudencia es que, en caso contrario, podrían producirse situaciones de fraude de ley en aras de acordar la

Los eventos ajenos a la propia medida cautelar de prisión provisional, no previstos en el art. 504 de la LECrim, que es el precepto rector de la prisión provisional, no pueden ser tenidas en consideración para el cómputo del plazo máximo de duración de la misma.

Por ello no es acertado afirmar, como se hace en las resoluciones recurridas, que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está «materialmente» en situación de prisión preventiva.

¹⁶⁸ Así lo ha considerado el TS en su STS 72/2000, de 13 de marzo (RJ 2000/72), al afirmar que “los eventos ajenos a la propia medida cautelar de prisión provisional, no previstos en el art. 504 LECrim, que es el precepto rector de la prisión provisional, no pueden ser tenidos en consideración para el cómputo del plazo máximo de duración de la misma, establecido en ese precepto, so pena de desbordar el marco legal, conforme al cual puede establecerse la limitación del derecho fundamental a la libertad que tal medida comporta...”

¹⁶⁹ Esta postura ha sido ratificada por la STC 147/2000, de 29 de mayo, frente a la tesis sostenida por la Audiencia Nacional, la cual afirmaba que los periodos de prisión, al ser discontinuos por mediar entre ellos un lapso de tiempo en el que se disfrutó de libertad, no podían ser sumados para computar el plazo máximo de duración. El TC se manifestó al respecto declarando dicha postura contraria al artículo 17CE. Así pues, si es una misma causa concurren periodos de privación de libertad, éstos deberán computarse de forma cumulativa para la determinación del plazo máximo impuesto en el apartado 4 del artículo 17.

libertad para decretar nuevamente la prisión y reiniciar el cómputo, lo cual conduciría finalmente a que esta medida cautelar- calificada de provisional- tuviera una duración indefinida.¹⁷⁰

4.6.3 Dilaciones no computables

La LO 13/2003, de reforma de la prisión provisional dispone en el artículo 505.II que “se excluirá de aquél cómputo el tiempo en que la causa sufiere dilaciones no imputables a la Administración de Justicia”.

Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que no puede sostenerse que la inclusión entre las dilaciones que permiten suspender el cómputo del plazo de la prisión provisional de aquellas no derivadas de la conducta del sujeto sometido a la medida, sino del comportamiento de terceros, sea una interpretación restrictiva constitucionalmente válida.¹⁷¹

La razón de ser de esta postura jurisprudencial no puede ser otra que la de excluir del cómputo de la prisión provisional las dilaciones ocasionadas por actuaciones procesales fraudulentas del preso preventivo y que tienen como fin prolongar la causa para que la coetánea prisión preventiva alcance su límite máximo de duración.¹⁷²

De esta manera, los plazos máximos ex artículos 17.4 CE y 504 LECrim no tienen en la práctica un carácter de automaticidad plena, puesto que, no se consumen por el mero transcurso natural del tiempo, debiéndose tener por excluido el tiempo exacto de duración de la dilación indebida.¹⁷³

¹⁷⁰ Se producirían situaciones de inseguridad jurídica para el sometido a esta medida y desaparecería el plazo máximo absoluto de duración que debe tener, por definición, una medida cautelar como es la prisión provisional, perdiendo así su característica fundamental de provisionalidad.

¹⁷¹ Podemos encontrar esta doctrina reflejada en numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Entre otras, la SSTEDH Neumeister contra Austria, de 27 de junio de 1986 (TEDH 1986/2) y Wemhoff contra Alemania, de 27 de junio de 1968 (TEDH 1968/3)

¹⁷² Los supuestos de dilaciones no imputables a los órganos judiciales han sido perfilados son de configurados jurisprudencialmente; así, la STC 206/1991, de 30 de octubre, considera que no es imputable a la Administración de Justicia “la interposición de un intempestivo recurso por parte de la representación del recurrente”; por otras parte, la STC 8/1990, de 8 de enero tampoco considera actuación imputable al órgano judicial, el hecho de que sea el propio demandante quien, al sustraerse de la acción de la justicia mediante su huida al extranjero, ocasiona la demora obligando al Juzgado a acudir al auxilio judicial internacional y a promover un proceso de extradición.

¹⁷³ GONZÁLEZ PASTOR, C., “Reflexiones acerca de la tesis del Tribunal Constitucional de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa”, LA LEY, nº 7112, 11 de febrero de 2009, pp.3-4. En tales casos, antes de finalizar la duración máxima de la prisión acordada, el órgano judicial deberá dictar una resolución motivada en la que expresamente se suspenda el

4.7 El abono de la prisión preventiva: jurisprudencia y reforma legal.

Cuando hablamos de “*abono de condena*”, nos estamos refiriendo a la posibilidad de que, una vez que el proceso llega a su fin y se dicta sentencia firme, si ésta es de condena, pueda computarse el tiempo que se haya sufrido prisión provisional como tiempo cumplido de condena.

El fundamento o la razón de ser del mismo parece lógico: a pesar de la naturaleza preventiva de la medida cautelar, no por ello deja de ser una privación del derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 CE.

Por lo que respecta a la regulación legal de esta figura, hemos de advertir que la misma ha existido como tradición en nuestro ordenamiento, bien en las distintas redacciones del Código Penal, bien en Leyes especiales.¹⁷⁴

Pues bien, la modificación que ha operado en el artículo 58 CP la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del CP, ha supuesto el desdoblamiento de dicho artículo en dos apartados:

a) Por su parte, el apartado primero establece que “el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”.

b) En el apartado 2 contempla el supuesto de que el abono de la prisión provisional deba hacerse en causa distinta. A tal efecto, éste será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por

cómputo del plazo por entender en la conducta o actuación del recurrente una dilación indebida y ajena a la actuación de la propia Administración de justicia.

¹⁷⁴ El CP de 1995, en sus artículos 58 y 59 estableció que “el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o las que pudieran imponerse contra el reo en otras”.

el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio fiscal.¹⁷⁵

4.7.1 Tiempo abonable

Con anterioridad al Código Penal de 1995, el artículo 33 del mismo texto empleaba la expresión “prisión preventiva” para referirse al tiempo o a las circunstancias que son abonables a la condena. Pues bien, dicha mención fue sustituida con acierto por la referencia al tiempo de *privación preventiva de libertad*, lo cual ha permitido que en el cómputo del abono de condena se pueda incluir también el plazo de tiempo sufrido por una privación de libertad que no sea la prisión preventiva.¹⁷⁶

Así pues, la doctrina jurisprudencial referenciada se acogió en el artículo 58 del nuestro vigente Código Penal, de forma tal que, en consonancia con la actual jurisprudencia del TS, el cómputo del abono deberá incluirse en aquellos periodos de privación provisional de libertad que no constituyen propiamente prisión preventiva, como la detención.

4.7.2 Causa susceptible de abono

Como ya adelantábamos antes en la introducción del apartado que lleva por rúbrica “*Abono de condena*”, el artículo 58.1 CP aborda la cuestión de cuál ha de ser la causa en la cual puede llevarse a cabo el descrito abono de condena.

¹⁷⁵ Hasta hace poco, como avenencia para evitar daños, ante el abuso indiscriminado de la prisión preventiva, resultaba frecuente el abono de una prisión indebidamente sufrida a otro procedimiento por el que se encontrara penada una persona. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, se ha restringido dicha aplicación mediante la introducción de un criterio de apreciación que consiste en evitar que la persona, en el momento de cometer un delito, conozca que tiene un periodo de prisión preventiva susceptible de ser abonado. Es lo que se ha venido denominando teoría “del cheque en blanco”.

¹⁷⁶ Al respecto, la STS de 26 de abril de 1994 confirma y desarrolla la doctrina jurisprudencial citada: “La jurisprudencia de esta Sala viene manteniendo, en beneficio del penado, unos criterios muy amplios en la interpretación del art. 33 del Código Penal, en el que se establece que «el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena», en el sentido de entender comprendido en tal beneficio no sólo la prisión preventiva sino también la mera detención”.

La aplicación de este abono más allá de lo establecido en la literalidad del art. 33 del Código Penal ha sido apoyada en una interpretación sistemática de dicho precepto en relación con el art. 70.2, párrafo segundo, del propio Código, que permite la acumulación jurídica de la pena para determinados delitos aunque hayan sido impuestas en distintos procesos, pues al ser la liquidación de condena conjunta el tiempo de duración de las posibles prisiones preventivas sufridas en las diversas causas acumuladas se abonarán en la suma total. Además, STS de 13/11/1958 (RJ 1958, 3374).

La práctica consolidada entre Jueces y Tribunales establecía que un día de estancia en prisión no podía ser tenido en cuenta para el cumplimiento de dos causas diferentes, de tal forma que, en aquellos supuestos en los que el interno estuviera en un centro penitenciario en virtud de dos causas distintas, ese periodo solo sería abonado para el cumplimiento de una de ellas, razón por la cual, los órganos jurisdiccionales se dirigían al centro penitenciario a fin de que le informara sobre el tiempo que podría ser abonado para el cumplimiento de la causa en la que se había dictado sentencia.

En primer lugar y, fuera de toda duda, es evidente que tal abono debe poderse realizar en el procedimiento en el cual el imputado –y ahora condenado- sufrió la privación provisional de libertad. Tal posibilidad aparece recogida en el apartado 1 del artículo de referencia, tras la reforma operada por la LO 15/2003: “El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas *en la causa en que dicha privación fue acordada*”.¹⁷⁷

No obstante, eso podría tener consecuencias injustas para el caso de que la sentencia condenatoria final no fuera de condena a privación de libertad como la padecida con anterioridad en la medida en que se habría padecido un tiempo de prisión indebido, lo cual resultaría contrario tanto con lo dispuesto en el artículo 17 CE, como con el carácter no punitivo de estas medidas. Por este motivo, se hace preciso introducir una previsión que posibilite que dicho tiempo pueda abonarse en otra causa distinta.¹⁷⁸

La razón de ser de la posibilidad de computar en otros procesos diferentes es manifestación del principio general del derecho en virtud del cual y, tal y como ha establecido en reiteradas ocasiones la jurisprudencia, cuando un mal se produce, la *reparación* de éste ha de realizarse de forma *específica*. Tan solo cuando ésta no pueda

¹⁷⁷ MONTERO HERNANZ, T., “*El abono de la prisión preventiva: jurisprudencia y reforma legal*”, LA LEY, nº 7559, 1 de febrero de 2011, p.10. Éste es el caso que se abordó en la STC 57/2008, de 28 de abril, en la que se otorgaba el amparo solicitado puesto que la decisión de no abonar al recurrente en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa carecía de cobertura legal, lo que suponía un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo del art.17.1CE y en consecuencia declaraba la nulidad de las resoluciones judiciales recurridas.

¹⁷⁸ Dicha previsión fue reconocida por la reforma de 2003, mediante la introducción de un segundo apartado en el artículo 58CP, el cual establece de modo general el derecho de abono en causa distinta, así como el procedimiento y competencia para su adopción. De este modo, el apartado tercero del artículo citado se limita a determinar el alcance de la misma.

tener lugar, podrá tener cabida el sistema de indemnización para compensar ese mal sufrido indebidamente.¹⁷⁹

Si bien es cierto que, como ya hemos apuntado anteriormente, dicha posibilidad fue regulada específicamente tras la reforma operada en 2003, lo cierto es que la misma ya había sido apreciada en la jurisprudencia en interpretación del artículo 33 del anterior Código Penal de 1973. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de enero de 1916 afirmó la *“posibilidad de justificación de la ficción del Derecho de suponer la existencia y cumplimiento de la prisión provisional simultánea en dos causas, cuando una de ellas no le fuese computable ni abonable, por cualquier motivo legal”*.

Ahora bien, necesariamente este criterio, que debe reputarse como la regla general, ha de tener una *excepción* por evidentes razones de **prevención del delito y de seguridad pública**, en los casos en que el reo, que sufrió la prisión provisional no computable en la propia causa, conocedor ya de tal situación y de sus posibilidades de cómputo para hechos futuros, pudiera delinquir sabiendo que la pena por esa posterior infracción no habría de sufrirla. Ciertamente, tal sentimiento de impunidad, por saberse titular de un crédito o saldo positivo en sus cuentas con la Administración de Justicia, constituiría un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria (o condenatoria con pena inferior) dictada en la causa en la que la medida cautelar de privación de libertad fue acordada -así las referidas Sentencias del Tribunal Supremo de 1991 y la de 3-12-1990 (RJ 1990/9377)-, sin que haya razón alguna para denegar la aplicación de tal abono en los demás casos.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Así se pone de manifiesto entre otras, en la STS de 2/7/1993 (RJ 1993/5701) Lo más razonable reconocer, en beneficio del reo, la posibilidad de computar en otros procesos diferentes ese tiempo anterior de privación de libertad, todo ello de acuerdo con lo que puede considerarse como un principio general de derecho, de común aplicación a las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudir a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, sólo cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su propia naturaleza. No tiene sentido, en los casos como el presente, acudir al sistema de indemnización previsto en los arts. 292 a 297 de la LOPJ si es posible computar la privación de libertad en otra causa distinta de aquella en la que se acordó.

¹⁸⁰ La STS de 3/12/1990 (RJ 1990/9377) afirma que ello “equivaldría poco menos que a autorizar al sujeto para la comisión de delitos a cargar en el saldo de privación de libertad que tiene a su favor”. Por su parte, la STS 29/6/1993 (RJ 1993/5301) utiliza el concepto de “cuenta corriente” (el cual fue introducido por una memoria de la Fiscalía General del Estado de 1985) cuando establece la prohibición de extender el abono de la prisión a causas seguidas por hechos posteriores, pues eso permitiría disponer

Este es el motivo de que el apartado tercero del artículo 58 CP establezca que “solo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea *posterior a los hechos delictivos* que motivaron la pena a la que se pretende abonar”.

Por último, para el caso de existencia de hechos no susceptibles de abono, la reparación del daño debería otorgarse mediante el oportuno *expediente de la indemnización por error judicial* o por funcionamiento anormal de la justicia y que será objeto de análisis en el apartado de este trabajo que lleva por rúbrica “Indemnización por prisión injusta”.

4.7.3 Pena abonable

De la lectura de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 CP se desprende que el abono del tiempo de privación de libertad sufrido indebidamente podrá ser aplicado también respecto de aquellas penas que tengan distinta naturaleza. Así, podemos encontrarnos con dos supuestos diferenciados:

a) En primer lugar, naturalmente se pueden compensar el tiempo de prisión provisional y el tiempo de pena privativa de libertad impuesta en sentencia, puesto que, en este caso, ambas son de la misma naturaleza.

b) No obstante lo anterior, también cabe la posibilidad de abonar la prisión preventiva a penas que no sean de privación de libertad. En este sentido, el artículo 59 del CP señala que “*cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada*”.¹⁸¹

Así pues, el artículo 59 contempla el abono en todas las medidas cautelares a penas de distinta naturaleza. Como hemos visto, el artículo citado ordena al juez o tribunal el abono “en aquella parte que estime compensada”, pero olvida, sin embargo,

al delincente de una especie de “cuenta corriente “ o “cheque en blanco”, como denominan otros autores como GIL LÓPEZ, Á. F. en su estudio “El abono de prisión preventiva y refundición de condenas”.

¹⁸¹ MILANS DEL BOSCH, S., “Aspectos sustantivos de la prisión preventiva...”, pp 1369-1370. “Esta práctica ha sido considerada como símbolo de avance de justicia material al facilitar el abono tanto al arresto domiciliario como a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa”.

que esa estimación ya se produce a nivel legal en algunos casos- veáse pena de multa y pena de trabajos en beneficio de la comunidad, atendidas a las equivalencias de los artículo 53 y 88.1 del Código Penal, respectivamente-.¹⁸²

La generalización del abono de cualquier medida cautelar a cualquier pena plantea problemas de difícil solución cuando una y otra tienen diverso contenido, pero aquéllos son particularmente graves si se consolida la doctrina del reciente Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 19 de diciembre de 2013:

“La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al art. 59 del Código Penal atendiendo al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”.

La sentencia núm. 1045/2013 de esa misma sala acogió poco después, el 7 de enero de 2014, dicho criterio al desestimar el recurso de casación interpuesto por el fiscal contra un auto de la AP Tenerife (Secc. 5.ª, de 21 de enero de 2013), que había accedido a “compensar la medida cautelar impuesta durante la instrucción de la causa de obligación de comparecer *apud acta* los días 1 y 15 en los términos y extensión señalados en los fundamentos, esto es, los 18 (*sic*) meses de personación en las actuaciones, a razón de dos personaciones mensuales, a razón de un día de abono por cada 10 comparecencias, totalizando cuatro días de abono de la pena de prisión impuesta”.¹⁸³

¹⁸² MANZANARES SAMANIEGO, J.L. Sección doctrina; Diario LA LEY, nº 8293, 15 de abril de 2014. La discrecionalidad queda así reducida a los restantes supuestos, si bien la «estimación» del juez o tribunal en todo caso abra un portillo a la inseguridad jurídica. Una misma medida cautelar tiene efectos aflictivos distintos según las circunstancias de la persona que la padezca, al igual que sucede con las penas. Si se prescinde de los módulos legales de equivalencia, formales pero seguros, el abono se presenta como una difícil tarea que obligaría a examinar la incidencia individualizada de cada medida cautelar en el caso concreto. Una labor ingrata puesto que sobre tal extremo no suele haber muchos datos en los autos.

¹⁸³ MANZANARES SAMANIEGO J.L. Sección doctrina; Diario LA LEY, nº 8293, 15 de abril de 2014. Hasta la reforma del art. 33 CP 1973 por la repetida Ley de 24 de abril de 1958, sobre abonos de retiradas cautelares del permiso de conducir de vehículos de motor, la prisión provisional fue la única medida cautelar abonable, y ello sólo en las penas privativas de libertad. Hubo que llegar al art. 58.2 CP 1995 para admitir el abono generalizado de «las privaciones de derechos acordadas cautelarmente». No hay noticias de que durante la preparación y tramitación del precepto se pensara siquiera en tales comparecencias. El silencio jurisprudencial de estos últimos treinta años resulta también bastante significativo.

De consolidarse esta jurisprudencia, el trabajo de nuestros juzgados y tribunales aumentaría desproporcionadamente para, en definitiva, establecer equivalencias sobre bases fácticas poco fiables.

4.7.4 Aplicación del abono.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 58 CP, “el abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado *de oficio o a petición del penado* y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, *por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción* de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal”. En cualquier caso, conviene tener presente que la aplicación del abono es *preceptivo*, y no una facultad potestativa del juez o tribunal.

Por otro lado, el abono debe efectuarse siempre en fase de ejecución de la sentencia que se hubiera dictado, pudiendo ser ordenado de este modo en la parte dispositiva de ésta.¹⁸⁴

La solicitud de abono del tiempo de prisión preventiva- para el caso de que el juez o tribunal no procediera de oficio- se hace mediante escrito que puede encabezar y firmar el propio interesado, dirigido al Juzgado o Tribunal por el que esté cumpliendo la condena a la que se desea que se abone la preventiva. En el escrito se hará indicación del Juzgado o Tribunal a cuya disposición se estuvo preventivo, los datos de la causa, señalando cómo finalizó el procedimiento -sobreséido, archivado, prescrito, por absolución, o condena superior al tiempo de preventiva- y, si se puede, indicar tiempo y época aproximada en que se permaneció preventivo.

El Juzgado o Tribunal al que se solicita se encargará de recabar del Juzgado o Tribunal por el que se estuvo preventivo testimonio de cómo concluyó el procedimiento y certificado del tiempo que permaneció como preventivo por dicha causa, y con ello recabará del centro penitenciario certificado de si ese tiempo de prisión preventiva ha sido aplicado a alguna otra causa y, si no ha sido así, dictará auto reconociendo el abono

En el futuro, admitido el abono de la obligación *apud acta* de comparecencia como medida cautelar a estos efectos, el horizonte se ensancha en términos no previstos por el legislador ni, a mi entender, por el texto legal. El próximo paso podría ser el abono de los perjuicios sufridos por la intervención cautelar de un automóvil, una embarcación o una avioneta para un futuro comiso que no llega a acordarse después como consecuencia accesoria en la correspondiente sentencia. Luego podría seguirse con las fianzas en la pieza de responsabilidad civil, pues también estas últimas son medidas cautelares en un procedimiento penal, incluyen las multas previsibles y perjudican por adelantado a quien las sufre. Y así sucesivamente.

¹⁸⁴ Dicha previsión aparece recogida en la Ley de 17 de enero de 1901 sobre abono de prisión preventiva en causas criminales, la cual ha sido declarada vigente “*en lo que se refiere al ámbito procesal*” en la STS de 4 de junio de 1999 (RJ 1999/5462), disponiendo que el Ministerio Fiscal deberá tener en cuenta las diversas circunstancias y normas que lo determinan en sus conclusiones.

y mandará practicarse nueva hoja de liquidación, con la inclusión en la condena impuesta del tiempo abonable.

Una vez determinado que el abono ha de realizarse en fase de ejecución por el juez o tribunal competente y que es preceptivo para el mismo, hemos de hacer algunas precisiones con respecto a la pena que hay que tener en cuenta a la hora de proceder al abono de la eventual prisión provisional sufrida.

En este sentido y, tal y como ha quedado dicho por el Tribunal Supremo entre otras, en la sentencia de 2 de diciembre de 2013 (RJ 2014/23), el límite de treinta años de prisión es un límite al cumplimiento efectivo; y de esta expresión - efectivo - que se consigna en la denominada “*doctrina Parot*”¹⁸⁵ se deduce que es infranqueable, sin que pueda ser traspasado de forma alguna por los mecanismos de abono de la prisión preventiva en las diversas penas que se van cumpliendo sucesivamente.¹⁸⁶

Con respecto a la aplicación de la **doctrina del TEDH**, hemos de remitirnos al Acuerdo Plenario del TS de 12 de noviembre de 2013, que señala lo siguiente:

Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013 (TEDH 2013, 73), Caso Del Río Prada c. España, y en relación con las condenas que se estén ejecutando con arreglo al Código Penal derogado de 1973, se acuerda lo siguiente:

1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006 (RJ 2006, 467), en las que se aplique el Código Penal derogado de 1973, por no resultar más favorable el Código Penal de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del

¹⁸⁵ CANO PAÑOS, M.A. “*Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA*”. Dykinson, 2012. La misma hace referencia a una trascendental sentencia dictada por el TS español, en la cual modificó la interpretación sostenida hasta el momento sobre el cómputo de la aplicación de los beneficios penitenciarios en los supuestos de acumulación de condenas.

¹⁸⁶ Así se establece en la STS de 20 de marzo de 2012 (JR 2012/4647), cuando afirma que la pena de 30 años que se declara como producto de la acumulación no es una nueva pena sino el resultado de la acumulación operando como límite máximo de cumplimiento, de manera que los beneficios, las redenciones, y los abonos de prisión se realizan sobre cada una de las penas objeto de la acumulación, no sobre el límite previsto en la ley penal, no como nueva pena, sino como límite de las acumuladas. La reducción derivada del tiempo de prisión preventiva que pudiera afectarla habrá de operar, no sobre aquel máximo de cumplimiento sino en un momento anterior y, concretamente, sobre cada pena a la que corresponda que luego se tomará en consideración con todas las demás para la realización del cálculo que prescribe el art. 76 del código penal

referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala nº 197/2006, de 28 de febrero .

2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.

Por último, la resolución que se resuelva sobre la procedencia del abono es recurrible en casación, aún cuando la LECrim no alude expresamente a ella. Así lo dispone la ya mencionada Ley de 17 de enero de 1901, en su artículo 4.¹⁸⁷

4.8 Indemnización por prisión injusta. Análisis de la doctrina jurisprudencial al respecto.

Puede ocurrir que el proceso iniciado contra una determinada persona que se ha visto sometida a una medida cautelar de privación de libertad por los hechos delictivos por los que se procede, no termine con una resolución condenatoria (sino sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento) o no pueda compensarse mediante el abono de condena en otra causa. En estos supuestos se habla de prisión “provisional” injusta o indebida, cuyas consecuencias lesivas para el derecho fundamental a la libertad son irremisibles.

Con anterioridad a la Constitución, el ciudadano que padecía una privación de libertad a lo largo de un proceso penal carecía de cualquier vía para reclamar una

¹⁸⁷ STS de 4 de junio de 1999 (JR 1999/5462). El tema de la recurribilidad casacional del Auto en cuestión viene determinado, en primer lugar, por lo dispuesto en el art. 848 de la LECrim tras la modificación operada por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, que recoge que contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias -como es este el caso- sólo procede recurso de casación y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso. Este Tribunal de casación en un supuesto semejante señaló al respecto que «si bien es cierto que en la LECrim no se autoriza expresamente que contra este tipo de autos dictados en ejecución de sentencia resolviendo sobre el abono de la prisión preventiva sufrida en otra causa pueda interponerse recurso de casación, también lo es que la referencia a la "ley" no se limita necesariamente a la Ley de Enjuiciamiento y en el caso actual el art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901 sobre abono de prisión preventiva en causas criminales, autoriza formulación del recurso, debiendo considerarse vigente dicha norma en lo que se refiere al ámbito procesal”.

indemnización por la prisión injustamente sufrida. La CE estableció, en su artículo 121, que “*los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley*”, con lo que claramente se está indicando que sólo en la forma que ésta diga- “conforme” a ella- procederá la indemnización por los daños así producidos, lo que conduce directamente a conectar con el contenido de los artículos 292 a 297 de la Ley de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial en donde el legislador ha recogido los supuestos de procedencia de tal responsabilidad.¹⁸⁸

De acuerdo con el apartado primero del artículo 294 LOPJ, “tendrán derecho a indemnización quienes después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, *siempre que se le hayan irrogado perjuicios*”.¹⁸⁹ Así pues, la indemnización específicamente revista en caso de prisión provisional injusta se hace depender de la inexistencia del hecho, sin tomar en consideración si concurren o no los otros motivos, de modo que podemos hablar de una especie de *responsabilidad objetiva*.¹⁹⁰

Es evidente que el error judicial- que no debe tener como origen una actuación dolosa o culposa del perjudicado- ha de desprenderse de la resolución que acordó la prisión, siempre y cuando el juez hubiera obrado con la debida diligencia (si no hubiera sido así, estaríamos ante un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, el cual se produce particularmente a dilaciones u omisiones indebidas).

La LOPJ exige para conceder la indemnización que al sometido a privación de libertad se le hayan irrogado perjuicios evaluables económicamente. En este sentido, los *daños morales* causados por la prisión provisional deben inferirse del hecho mismo del padecimiento de la privación de libertad que ha sido calificada de indebida, por lo que

¹⁸⁸ La razón de ser de esta institución reside tanto en razones de justicia material como de política constitucional, puesto que el Estado, en sus relaciones con los ciudadanos, en un Estado social y democrático de Derecho, es susceptible de incurrir en responsabilidad hacia ellos, viniendo obligado, naturalmente, a la reparación de aquellos daños que pueda causarles.

¹⁸⁹ SARDINA CÁMARA, P.: “*Nueva doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida*”. La LEY, núm. 7643, junio de 2011, p-12- 13.

¹⁹⁰ MORENO CATENA, V. “*Derecho Procesal Penal*”, pp. 295-296. Ed. Tirant lo Blanch, 2010: El concepto de “inexistencia del hecho” del artículo 294LOPJ debe declarar no solo los supuestos en que se declare que los hechos delictivos no tuvieron lugar, sino también cuando se decida que no eran constitutivos de delito o que el acusado no fue autor, cómplice o encubridor del delito.

en manos de la Administración solo quedaría la determinación de la cuantificación que procede en concepto de indemnización, para lo cual habrá de atender a los parámetros señalados en el artículo 294.2, a saber, el tiempo de privación de libertad y las consecuencias personales y familiares que se hayan producido y, naturalmente, el daño moral irrogado. De este modo, su evaluación deberá hacerse caso por caso, y persona por persona, según sus particulares circunstancias en tanto determinen su efectivo dolor, puesto que del “*pretium doloris*” se trata, concepto éste en el que se incluye el menoscabo de su fama- doctrina apoyada entre otros, por MANZANARES SAMANIEGO, “*Otras cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva*”, Diario La Ley, núm. 7768, 2012, pp. 1-7.¹⁹¹

Sin embargo, en la práctica ocurre que se opta por fijar una cantidad por día de prisión provisional- la Audiencia Nacional la elevó a 120 euros-. No obstante, parece razonable que la prolongación en el tiempo de la privación de libertad agrave dicho perjuicio, de manera que la fijación de una cantidad por día de prisión no parece lo más lógico y acertado.¹⁹²

¹⁹¹ En el caso enjuiciado en la STS de 31 de enero de 2000 (RJ 2000/122), se desestima la petición del recurrente reclamando una indemnización por importe de 15.000.000 de pesetas en concepto de daños y perjuicios, al haber permanecido en prisión preventiva 135 días, por un presunto delito de robo con violencia con resultado de homicidio culposo, del que resultó absuelto. Según concreta el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 20 marzo y 19 de junio de 1990 (RJ 1990/2240 y RJ 1990/5207), son tres los requisitos para que proceda la indemnización por prisión preventiva: 1) que se haya sufrido prisión preventiva, 2) que en la causa penal recaiga sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho, y 3) que se hayan irrogado perjuicios al presunto inculpado. El supuesto de hecho de este requisito consta «de un elemento material que es la inexistencia del hecho y otro formal que recoge los actos procesales que declaran aquel dato material y que tanto puede ser la Sentencia absolutoria como el Auto de sobreseimiento libre». Con respecto al elemento material se exige, según Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8989), “una declaración clara y concluyente”. Es decir, los supuestos de absolución por falta de prueba de la participación del interesado en los hechos que motivaron las causas penales, no pueden calificarse como «inexistencia subjetiva» a los efectos de fundamentar la pretensión indemnizatoria por la vía del artículo 294 LOPJ.

Vid. STS de 20 de febrero de 1999: “A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar”.

¹⁹² Así, la STS de 26 de enero de 2005: “Ha de entenderse el carácter progresivo de dicho daño moral que la duración de la prisión comporta, sin que en el caso en cuestión se hayan justificado singulares circunstancias personales, familiares o sociales que hayan convertido la privación es especialmente gravosa, por lo que hay que tener en cuenta exclusivamente el criterio de la progresión del perjuicio”

En lo que hace a la prueba de los perjuicios sufridos, únicamente deberán ser objeto de la misma los *daños materiales* que se hubieran podido derivar de la situación de privación, entendiéndose por la doctrina que debe incluirse en este concepto tanto el daño emergente como el lucro cesante.¹⁹³

De acuerdo con la doctrina del Alto Tribunal, habrán de evitarse las indemnizaciones por partida doble y los solapamientos entre los artículos 292 y 294 (responsabilidad patrimonial por error judicial y funcionamiento anormal y, la derivada de la prisión provisional injustificada, respectivamente) aún cuando éste remita al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia para probar otros daños que hubiera podido sufrir el preso preventivo, normalmente, retrasos indebidos.

Respecto a la tramitación de la indemnización, se prevé que la misma se sustancie de acuerdo con lo establecido en el artículo 293.2 LOPJ. Así, tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al *Ministerio de Justicia*, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse.¹⁹⁴

¹⁹³ Vid. STS de 29 de marzo de 1999 (RJ 1999/3783), contempla como partida a incluir en la indemnización la de los “salarios dejados de percibir” por el imputado que, como consecuencia de su estancia en prisión, pierde su puesto de trabajo. Asimismo, estima también la pretensión indemnizatoria por la pérdida de la vivienda familiar, causada por no haber podido atender al pago del resto de su precio y de las hipotecas pendientes, como consecuencia de su ingreso en prisión y subsiguiente cese de empleo que poseía. Por su parte, la STS de 26 de junio de 1999 (RJ 1999/7638) incluye en la indemnización los gastos por defensa en el proceso penal.

¹⁹⁴ DE MATEO MENÉNDEZ, F. “*Responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida*”. Revista Jueces para la Democracia, nº 70, marzo, 2011, p. 90: La acción para la declaración de la existencia del error judicial ha de ejercitarse en el plazo de 3 meses a partir del día en que pudo ejercitarse, por lo que plantea un serio problema a los recurrentes que, siguiendo la jurisprudencia entonces vigente, optaron por la vía de la reclamación de indemnización prevista en el artículo 294 LOPJ, cuando ya no pueden acudir al plazo por error, por haber transcurrido el plazo para ello. Para evitar dichas consecuencias, podrían arbitrarse soluciones para evitar el recurso al plazo extemporáneo del artículo citado, por prisión preventiva indebida presentadas antes del cambio de jurisprudencia producidas por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS de 23 de noviembre de 2010.

Conclusiones

En el presente estudio se ha puesto de manifiesto que la medida cautelar de prisión provisional, en tanto que supone una restricción del derecho fundamental a la libertad de los individuos, debe tener una regulación apropiada y completa, de modo que dé solución a todas y cada una de las problemáticas que se suscitan en torno a ella. Así pues, la adopción de una medida de este tipo por parte de los órganos jurisdiccionales, debe tener en cuenta los siguientes puntos:

I) Concepto y naturaleza.

La situación de prisión preventiva de libertad es la excepción a la regla general de la libertad, al ser ésta un valor superior del ordenamiento jurídico, reconocido en el artículo 17 de la CE, por el que nadie podrá ser privado de libertad, salvo en los casos y con las formalidad establecidas en la ley, debiendo interpretarse las normas que restringen aquel derecho de una forma restrictiva. Además el artículo 502.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expone que la prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

Tal y como se desprende de la reforma operada por la LO 13/2003, la prisión provisional es una institución que aparece situada entre el deber de perseguir eficazmente el delito por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano por otro. Se trata de una medida de naturaleza cautelar y excepcional que en ningún caso puede transformarse en una pena privativa de libertad anticipada, no estando su imposición justificada sino cuando se trata con ella de alcanzar fines constitucionalmente legítimos y no de otra forma.

II) Principios informadores y presupuestos

Por otro lado, la jurisprudencia y la doctrina, ponen de manifiesto que la adopción de cualquier tipo de medida cautelar, habida cuenta de la propia naturaleza provisional de las mismas y que, además, suponen una limitación o restricción al ejercicio de derechos fundamentales, debe estar presidida por las siguientes características; a saber: legalidad, jurisdiccionalidad, instrumentalidad y, naturalmente,

provisionalidad (recogidas, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo 47/2000, de 27 de febrero y 305/2000, de 11 de diciembre). Las mismas hacen referencia, respectivamente, a que solamente podrán ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente, estando supeditadas a un proceso penal en curso y debiendo permanecer en tanto subsistan los presupuestos que las han justificado. En este sentido, se encuentran sometidas a la regla *rebus sic stantibus*.

Como toda restricción del derecho a la libertad personal, es una medida que únicamente debe ser impuesta cuando sea estrictamente necesario y siempre y cuando no se cuente con otras medidas menos gravosas para alcanzar los mismos fines que se intentan conseguir con la prisión provisional, habiendo recibido acogida este criterio en el artículo 502.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma operada en dicho texto legal por la Ley Orgánica 13/2003 (STC 2 de noviembre de 2004).

En lo que respecta al fundamento jurídico de la adopción y mantenimiento de la prisión provisional, el Tribunal Constitucional ha destacado que la legitimidad constitucional de esta medida exige que, tanto su configuración como su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva. Por otra parte y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida o, si se quiere emplear la terminología doctrinal adecuada, se requiere, para la legítima adopción de la prisión provisional, la existencia del presupuesto denominado “*periculum in mora*”.

Estos fines pueden concretarse en la conjuración de ciertos riesgos relevantes que, para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en plano distinto, pero íntimamente relacionado, la reiteración delictiva como presupuestos fundamentales.

De conformidad con el artículo 503 LECrim, para acordar la prisión provisional es necesario, en primer lugar, que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de

cancelación, derivados de una condena por *delito doloso*, siendo preceptivo también que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que, para valorar la concurrencia o no de alguno de los fines legítimos que aparecen configurados en la ley como presupuestos para la adopción de la medida cautelar, será preciso atender a circunstancias tales como: la gravedad de las penas señaladas a los delitos que se le imputan, las circunstancias del hecho, el carácter aparentemente doloso de ciertos delitos, la pena que podrá corresponderle, la naturaleza y especiales circunstancias comisivas, con un alto nivel de violencia y una concatenación de conductas presuntamente delictivas constituyen indicios de que el detenido podría sustraerse a la acción de la justicia. Si el detenido reside en España desde hace poco tiempo, no tiene domicilio fijo y no ha aportado ningún documento para poder comprobar su arraigo en España económico o personal, todo ello y con la agravación de que si es procedente ser de un país de la Unión Europea el riesgo de fuga puede ser muy elevado por la libre circulación de personas. Las acciones presuntamente delictivas en un corto espacio de tiempo, concatenadas y de alto nivel de agresividad hacen que pueda presumirse que una persona pueda volver a cometer hechos similares dado su origen aleatorio y súbito.

III) Competencia y trámites para su adopción

Si se cumplen todos los requisitos exigidos por la LECrim y siendo estrictamente necesario por no existir otras medidas que garanticen la presencia del imputado y si su fuga y el que pudiera cometer hechos similares, procede acordar la prisión provisional con o sin fianza.

El procedimiento a seguir para decretar la prisión provisional ha introducido un nuevo artículo 504 bis 2 en la LECrim, de forma que ahora es necesaria la instancia del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora y debe celebrarse una comparecencia dentro de las setenta y dos horas siguientes para determinar la procedencia de la medida, de suerte que si nadie la solicita el juez no podrá ordenarla. Tras la misma, deberá dictarse una resolución judicial motivada en forma de auto, el cual ha de ser suficiente y razonado, lo que supone que el órgano judicial debe ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifican la adopción de dicha medida y que esa apreciación no resulte

arbitraria, debiendo entenderse por tal aquélla que no resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional. En consecuencia, la suficiencia y razonabilidad de la motivación serán el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro) a partir de toda la información disponible en el momento en que debe de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria y proporcionada a la consecución de los fines que la legitiman.

IV) Plazo máximo de duración

Otro de los puntos fundamentales que han sido tratados en este estudio ha sido el del abono del tiempo sufrido en prisión provisional, habida cuenta de que la misma tiene fijado un estricto plazo máximo absoluto de duración, por otra parte, razonable, si tenemos en cuenta los bienes jurídicos a los que afecta. El Tribunal Constitucional ha tenido que manifestarse al respecto, estableciendo que es de abono no solo el tiempo de privación de libertad sufrido como consecuencia de la medida de prisión provisional, sino que se han de comprender en el cómputo todo el tiempo que el imputado se haya visto privado de libertad con ocasión de hechos que hubieran dado lugar a un proceso penal, incluyendo los días de detención. De este modo, se establecen tres tipos de abono: un abono homogéneo; otro de carácter heterogéneo y, por último, el abono en causa distinta supeditado este último, a que haya tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión.

V) Indemnización por prisión provisional injusta.

Por último, se prevé en la ley la posibilidad de indemnizar al sometido a esta medida, cuando el tiempo que hubiere estado privado de libertad hubiera sido indebido. Así, la LOPJ recoge en su artículo 294 esta vía para aquellos que sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o, cuando, por esta misma causa, hubiera sido dictado auto de sobreseimiento libre. No obstante, no todos los que se encuentren en estas circunstancias descritas podrán acceder a la citada indemnización, sino que la ley

condiciona la misma al hecho de que al sujeto se le hayan irrogado perjuicios evaluables económicamente, cosa que, por otro lado, parece imposible que no se produzca en supuestos de esta naturaleza.

Bibliografía

- ❖ AA VV “*El sistema de medidas cautelares*” (coord. GUTIÉRREZ DE CABIEDES), Eunsa, Pamplona, 1974, p.168.
- ❖ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “*El juez y la prisión provisional*”. Intercenter, Toledo, 1996.
- ❖ ARANGÜENA FANEGO, Coral. “*Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*”. Bosch Editor, S.A, Zaragoza, 1991.
- ❖ BARONA VILAR, Silvia. “*El principio de proporcionalidad: presupuesto esencial de la prisión provisional*”. Diario La LEY, núm.4, abril de 1987, pp. 846-853.
- ❖ BELLIDO PENADÉS, Ricardo “*La duración de la prisión provisional (I): su limitación mediante los parámetros del plazo máximo y del plazo razonable*”. Tribunales de Justicia, 1998, núm.6. pp.627-639.

- ❖ BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL: “*El pago o cumplimiento en la fianza, aspectos procesales*”, Revista de derecho procesal, 2007, págs. 111-208.

- ❖ CALAMANDREI, Piero. “*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*” (trad. SENTÍS MELENDO, Santiago). Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

- ❖ CHAMORRO BERNAL, Francisco. “*La tutela judicial efectiva*”, Bosch, Barcelona, 1994, p.276.
- ❖ CARNELUTTI, Francesco. “*Lecciones sobre el proceso penal*”, vol. II, Madrid, p. 181
- ❖ DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. “*Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*”, Bosch, Madrid, 1997, p. 234
- ❖ DE HOYOS SANCHO, Montserrat. “*La detención por delito*”. Aranzadi S.A, Navarra, 1998.
- ❖ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. “*La nueva prisión atenuada domiciliaria, ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?*”. Diario La LEY, núm.6148, diciembre de 2004, pp. 1-9
- ❖ DE LUCA, F. “*Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*”, Cedam, Padova, p.1953.

- ❖ DE MATEO MENÉNDEZ, Fernando: “*Responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida: nueva jurisprudencia*”. Jueces para la Democracia, núm.70, marzo 2011, pp.80- 92.
- ❖ ESCUSOL BARRA, Eladio. “*Manual de derecho procesal-penal*”, Colex, Madrid, 1993, p. 401.
- ❖ FARALDO CABANA, Patricia. “*El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*”, Actualidad Penal, núm.2 p.637.
- ❖ FERRAJOLI, Luigi. “*Derecho y razón*”, Trotta, Madrid, p.558
- ❖ GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. “*Derecho Procesal Penal*”. 3ª edición, Colex, Madrid, 1999.
- ❖ GIMENO SENDRA, Vicente. “Prologo” a la obra de ASECIO MELLADO, José María. “*La prisión provisional*”, Civitas, Madrid, 1987, p.21.
- ❖ GÓMEZ RECIO, Fernando. “*El doble cómputo de la prisión preventiva y pena de prisión. Problemas y soluciones*”. Diario La LEY, núm.7774, enero de 2012, pp. 12-13.
- ❖ GONZÁLEZ ALAYA, Mª Dolores. “*Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- ❖ GONZÁLEZ PASTOR, Carlos. “*Reflexiones acerca de la tesis del Tribunal Constitucional de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa*”, Diario La LEY, núm.7112, febrero 2009, pp 1-5.
- ❖ GONZÁLEZ PASTOR, Carmen- Paloma. “*Reflexiones acerca de la tesis del TC de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa*”. Diario La LEY, núm.7112, febrero de 2009, pp.1-6.
- ❖ GONZALEZ PASTOR, Carmen-Paloma.: “*La nueva regulación de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”, La LEY, núm. 5849, septiembre de 2003, pp. 1-5.
- ❖ HERCE QUEMADA, Vicente. “*Derecho procesal penal*”, 9ªed, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1981, p.208.
- ❖ 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)*”. Aranzadi S.A, 2004.
- ❖ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”. 3ª edición, Aranzadi S.A, Navarra, 2009.

- ❖ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “*El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas*”. Diario La LEY, núm.8293, abril de 2014 (consultada en línea).
- ❖ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “*Otras cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva*”. Diario La LEY, núm.7768, enero de 2012, pp.1-7.
- ❖ MILANS DEL BOSCH JORDAN DE URRÍES, Santiago. “*Aspectos sustantivos de la prisión preventiva*”. Diario La LEY, 1996, pp.1366-1371.
- ❖ MONTERO AROCA, Juan. “*Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*”. 18ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- ❖ MONTERO HERNANZ, Tomás. “*El abono de la prisión preventiva: jurisprudencia y reforma legal*”. Diario La LEY, núm.7559, febrero de 2011, pp.10-14.
- ❖ MONTÓN GARCÍA, Mar.: “*Los actuales presupuestos fácticos de la prisión provisional*”, La LEY, núm. 5972, 10 de marzo de 2004, pp. 1- 12.
- ❖ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMNÍNGUEZ, Valentín. “*Derecho Procesal Penal*”. 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- ❖ NISTAL BURÓN, Javier: “*Prisión preventiva que concurre de forma simultánea con causas penadas*”, Diario La LEY, núm. 6982, julio 2008, pp. 6-8.
- ❖ ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. “*El proceso penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*”. Primera edición, Aranzadi S.A, Navarra, 2005.
- ❖ PEDRAZ PENALVA, Ernesto. “*Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*”. Primera edición, Trivium, Madrid, 1985.
- ❖ PISAPIA, Giulano. “*Compendio di procedura penale*”, 2ªed. Cedam, Padova, 1975, p. 249.
- ❖ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. “*Enjuiciamiento Criminal. Décima lectura constitucional*”, Atelier, Barcelona, 2011, p. 284
- ❖ RIFÁ SOLER, José Mª, VALLS GOMBAU, José F y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. “*El proceso penal práctico*”. 4ª edición, La Ley, Madrid, 2003.
- ❖ RIVES SEVA, Antonio. “*La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*”. Bosch, S.A, Barcelona, 2010.
- ❖ RODRIGUEZ RAMOS, Luis. “*La prisión preventiva: ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?*”. Diario La LEY, núm. 2, 1984, pp. 1056 y 1057.

- ❖ SENÉS MOTILLA, CARMEN: “*Las órdenes de alejamiento y de salida del domicilio adoptadas en los procesos sobre violencia de género (I)*”, Actualidad Jurídica Aranzadi, año XVIII, nº 750, 24 de abril de 2008, págs. 1-8.
- ❖ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. “*El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*”. Revista jurídica, Cataluña, 1984, p.375.
- ❖ VERGÉ GRAU, Juan. “*La defensa del imputado y el principio acusatorio*”, Barcelona, 1994;
- ❖ THOMSON REUTERS. ARANZADI (www.westlaw.aranzadi.es)