



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2019 / 2020**

**PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN
PROVISIONAL Y LA TUTELA
CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL**

**(SUPPOSITIONS REGARDING PRE-TRIAL
DETENTION AND PRECAUTIONARY MEASURE
OF ITERING CARE UIN CRIMINAL
PROCEEDINGS)**

GRADO EN DERECHO

AUTORA: MARÍA CASTRO ROZADA

TUTOR: PEDRO ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN

ÍNDICE

ÍNDICE	1
<u>RESUMEN</u>	<u>4</u>
<u>PALABRAS CLAVE.....</u>	<u>4</u>
<u>ABSTRACT.....</u>	<u>5</u>
<u>KEY WORDS.....</u>	<u>5</u>
<u>OBJETO DEL TRABAJO</u>	<u>6</u>
<u>DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA</u>	<u>8</u>
<u>ÍNDICE DE ABREVIATURAS</u>	<u>9</u>
<u>1. INTRODUCCIÓN.....</u>	<u>10</u>
1.1 El derecho a la libertad.....	10
<i>1.1.1 La libertad en la Constitución Española.....</i>	10
<i>1.1.2 La libertad en los Tratados internacionales.....</i>	11
1.2 Presunción de inocencia y prisión provisional.....	11
1.3 La libertad provisional.....	13
<i>1.3.1 Regulación de la libertad provisional como medida cautelar.....</i>	13
<i>1.3.2 Obligaciones que implica el régimen de la libertad provisional.....</i>	14
<u>2. LA PRISIÓN PROVISIONAL.....</u>	<u>14</u>
2.1 Concepto.....	14
2.2 Naturaleza jurídica de la prisión provisional.....	15
2.2.1 <i>Medida cautelar</i>	15
2.2.2 <i>Medida preventiva.....</i>	15
2.2.3 <i>Medida de protección.....</i>	16
2.2.4 <i>¿Pena anticipada?.....</i>	16
2.3 Regulación en el ordenamiento español de esta medida tan extrema.....	17
2.3.1 <i>Origen y evolución histórica.....</i>	17

2.3.2 Regulación de la prisión provisional en la LECrim y sus reformas. .	18
2.3.3 Las LLOO 13/2003, de 24 de octubre y 15/2003, de 25 de noviembre.	
.....	19
2.4 Características de la prisión provisional.....	21
2.4.1 Jurisdiccionalidad: como decisión exclusiva de la autoridad judicial.	
.....	21
2.4.2 Legalidad: necesidad de regulación por ley.	22
2.4.3 Proporcionalidad o “prohibición de exceso”	23
2.4.4 Instrumentalidad y accesoriedad.	23
2.4.5 Excepcionalidad: la libertad como regla general.....	24
2.4.6 Temporalidad y provisionalidad	25
2.4.7 Variabilidad de la medida durante la sustanciación de la causa.	26
2.4.8 Subsidiariedad o menor onerosidad.....	27
2.5 Finalidad de la prisión provisional.....	27
2.5.1 Cautelar personal: aseguramiento de la presencia del imputado.	27
2.5.2 Cautelar procesal: o cómo evitar el ocultamiento y la destrucción probatoria.....	28
2.5.3 Evitar la reiteración delictiva del imputado.	29
2.5.4 Finalidades ilegítimas.	30
2.6 Presupuestos necesarios para su adopción.	31
2.6.1 Fumus boni iuris (apariencia de buen derecho).	31
2.6.2 Periculum in mora (peligro por la mora procesal).....	32
2.6.3 Necesidad de una resolución judicial y un procedimiento contradictorio.....	33
2.7 Breve apunte sobre las modalidades de cumplimiento.....	34
2.7.1 Prisión provisional comunicada.	34
2.7.2 Prisión provisional incomunicada.	35
2.7.3 Prisión provisional atenuada.	37

2.8 Procedimiento.....	37
2.8.1 <i>Competencia</i>	38
2.8.2 <i>Tramitación</i>	38
2.8.3 <i>Recursos</i>	40
2.8.4 <i>Alzamiento de la medida</i>	41
2.9 Duración de la medida de prisión preventiva.....	42
2.10 Abono de condena por el tiempo de prisión provisional.....	45
2.11 La indemnización en caso de prisión preventiva injusta.....	47
<u>3. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL.....</u>	<u>48</u>
3.1 Medidas alternativas a la prisión provisional en el borrador del Código Procesal Penal.....	53
3.1.1 <i>Medidas relativas a la disponibilidad del encausado</i>	56
3.1.2 <i>Medidas protectoras de la víctima</i>	57
3.1.3 <i>Medidas neutralizadoras de la peligrosidad del encausado</i>	58
3.2 Medidas alternativas a la prisión provisional en el ámbito de la UE.	60
<u>4. CONCLUSIONES.....</u>	<u>65</u>
<u>5. BIBLIOGRAFÍA.....</u>	<u>69</u>
<u>6. JURISPRUDENCIA.....</u>	<u>73</u>

RESUMEN

La prisión provisional es la medida cautelar personal más gravosa que puede adoptarse contra el encausado durante la sustanciación de un proceso penal para poder asegurar su correcto desarrollo. Se caracteriza, en principio, por su carácter excepcional y por estar al servicio del principio de la proporcionalidad a la hora de acordar o no su adopción (competencia exclusiva de Jueces o Tribunales). Su regulación siempre está en el punto de mira tanto del legislador como de la doctrina, debido a que es necesario llegar a alcanzar el máximo equilibrio entre la tutela judicial efectiva y el respeto a los derechos fundamentales como el de la libertad (art. 17.1 CE) y el de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Debido a su gran influencia en la esfera de los derechos de las personas, se deben reforzar al máximo las garantías de los imputados e impedir que se adopten prisiones provisionales injustas o que se alarguen más de lo que las leyes establecen, mediante la agilización de la Administración de Justicia.

Una manera de alcanzar esa excepcionalidad podría estar en el uso de medidas alternativas que propone nuestro Borrador del Anteproyecto del Código Procesal Penal. Medidas igual de efectivas que la prisión provisional pero menos dañinas con la libertad del imputado, mucho más acordes con la evolución de la sociedad y muchas de ellas previstas en el ámbito de la UE.

Daremos un repaso a los antecedentes más importantes y al régimen jurídico de la prisión provisional junto a la jurisprudencia y doctrina del TC para que nos ayude a clarificar si realmente se está haciendo un uso generalizado y abusivo de esta medida. Algo inconcebible en un Estado social y democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE

Medidas cautelares personales, proceso penal, tutela cautelar, prisión provisional, prisión preventiva, libertad, presunción de inocencia, excepcionalidad, proporcionalidad, instrumentalidad, jurisdiccionalidad, medidas alternativas a la prisión provisional, orden europea de vigilancia y reconocimiento mutuo.

ABSTRACT

Pre-trial detention is the most serious personal cautelar measure that can be adopted against the accused during the consideration of a penal process with the aim of achieving its correct progress. It has an exceptional nature and must serve to the proportionality principle when its adoption must be arranged (this competence is exclusive to judges and courts). Its regulation is always on the spotlight of legislators and doctrine, due to it is necessary to reach a higher level between the effective legal protection and the regard of fundamental rights as the freedom one (art. 17.1 CE) and the presumption of innocence.

Because of its great influence in the area of people's rights, the guarantees of the imputed ones must be well reinforced and unfair pre-trial detention can not be adopted or be extended longer than the period that law establishes by means of facilitation of Justice Administration.

One way of reaching this exceptionality could be in the use of alternative measures proposed in our Borrador del Anteproyecto del Código Procesal Penal. These measures are the same as effective as the pre-trial detention but less harmful, being the accused free. They are also in line with the evolution of the society and most of them are prescribed criteria in EU.

Important background will be reviewed as well as the legal system about pre-trial detention, jurisprudence and the doctrine of the Constitutional Court to enable us to clarify if a generalists and abusive use of this measure is being adopted. This fact would be unacceptable in the rule of law and democratic state.

KEY WORDS

Personal cautelar measure, penal process, interim relief, pre-trial detention, preventive prison, freedom, presumption of innocence, exceptional nature, proportionality, instrumentality, legal body, alternative pre-trial detention measures, European protection order and mutual recognition.

OBJETO DEL TRABAJO

El presente trabajo ha sido realizado con la finalidad de dar a conocer la institución jurídica de prisión provisional y todos los problemas y entresijos que su adopción ha causado y sigue causando en la actualidad.

El primer capítulo consiste en una breve introducción sobre los dos derechos fundamentales que pueden verse vulnerados a la hora de adoptar la prisión provisional sobre un encausado. Ha de buscarse un verdadero equilibrio entre tutela judicial efectiva y el respeto por el derecho a la libertad y el derecho a la presunción de inocencia. A su vez, me he referido, de manera muy concisa, a la libertad provisional y, enunciado las posibles restricciones que deben o pueden acompañarla, debido a que es la única medida cautelar personal alternativa a la medida en la que se centra el estudio que viene regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

El segundo capítulo, el más extenso de todos, es en el que más énfasis he puesto ya que he intentado analizar y profundizar en el en el régimen jurídico de la prisión provisional, haciendo referencia a la definición, naturaleza jurídica, características, a las finalidades que justifican su adopción como aquellas que son ilegítimas, a las modalidades de cumplimiento y el trámite para adopción de esta medida cautelar personal. A su vez, creí oportuno exponer brevemente los antecedentes históricos al igual que las reformas legislativas que se han llevado hasta la actualidad. Todo esto se ve apoyado por un trabajo de búsqueda de jurisprudencia y doctrina del TC.

En el tercer capítulo del trabajo me adentro en las restricciones y limitaciones que pueden imponerse al régimen de libertad provisional, que como bien ya he mencionado, es la única vía alternativa a la prisión provisional. Además, analizo un instrumento que bastante tiene que aportar, ya no solo en la institución en la que este trabajo se centra, sino en todo lo referido a medidas alternativas a la prisión provisional más acordes con las nuevas tecnologías y más respetuosas con el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia de los imputados. Por último, creí importante referirme un poco al Derecho comunitario y analizar la tendencia que se respira, en cuanto a medidas cautelares personales se refiere, en el ámbito de la UE.

Con este capítulo trato de hacer ver que existen otras vía y caminos de igual efectividad y menos gravosas con los derechos fundamentales que la prisión provisional, todo ello debido en gran parte por el avance e incorporación de nuevas tecnologías en el proceso penal.

En definitiva, con este trabajo he intentado reflejar la problemática que rodea a esta institución jurídica en España cuyo carácter excepcional parece ser que está dejando de ser efectivo para convertirse en la regla general.

DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA

La metodología que se ha utilizado para la elaboración del presente trabajo ha consistido en lo siguiente:

En primer lugar, se celebró una reunión con el tutor elegido, en la que se explicó las pautas y el procedimiento a seguir para la correcta realización del Trabajo de Fin de Grado. Posteriormente a ese encuentro, se llevó a cabo la elección del tema, de entre todos los posibles, relacionados y que se hubieran estudiado a lo largo de la asignatura de Derecho Procesal. Finalmente, opté por la prisión provisional y la tutela cautelar en proceso penal, ya que, a mi juicio, me pareció un tema bastante interesante, controvertido, muy presente en los Tribunales y con gran repercusión en la práctica.

En segundo lugar, y con ayuda de los manuales de Derecho Procesal, elaboré un índice provisional con los diferentes puntos a tratar a lo largo de este trabajo, constando en su parte central de tres capítulos, con sus respectivos apartados y subapartados, en los que se irán desarrollando los asuntos que consideré de interés acerca de la prisión provisional como medida cautelar en el proceso penal.

En tercer lugar, se procedió a la búsqueda de información acerca de esta institución jurídica tan importante en diversos manuales, en primer lugar, para ir cogiendo ideas generales y empezar a escribir sobre ello, y luego en monografías, para abarcar ya información mucho más amplia y específica sobre la prisión provisional. Para completar aún más la información hice una selección de artículos de revistas del vaciado con el que cuenta el Departamento de Derecho Procesal de la facultad. Todo ello me ayudó a recopilar, analizar y sintetizar el régimen jurídico de la prisión provisional y llegar a elaborar las conclusiones aquí expresadas.

En cuarto lugar, acudí a la jurisprudencia para analizar cuál es la postura y la doctrina del TC, en su gran mayoría, en lo que respecta a la privación de libertad del encausado durante la sustanciación del proceso penal. En cuanto a la jurisprudencia y búsqueda de sentencias, sí están consultadas directamente, todas y cada una de ellas, en bases de datos como Aranzadi o Westlaw, indicando el número de Fundamento Jurídico que me ha servido de apoyo para este trabajo.

Por último, es importante indicar que este trabajo ha sido supervisado por un tutor especializado en la materia de Derecho Procesal a través de diversas reuniones, envíos del trabajo y sus respectivas correcciones.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ALECrím: Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

BACPP: Borrador del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

CCAA: Comunidades Autónomas

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

DM: Decisión Marco

EM: Exposición de Motivos

TC: Tribunal Constitucional

FJ: Fundamento Jurídico

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LRM: Ley de Reconocimiento Mutuo

LO: Ley Orgánica

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

MF: Ministerio Fiscal

OEV: Orden Europea de Vigilancia

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

UE: Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN.

La prisión provisional representa hoy en día una de las intromisiones más graves que el poder estatal puede ejercer sobre la libertad de una persona sin que haya todavía ninguna sentencia penal condenatoria y firme sobre la misma. Es una medida que anticipa la ejecución futura de una eventual pena para garantizar la disponibilidad del imputado durante el curso del proceso.

Esta medida tan extrema se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber, también estatal, de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, de modo que en esta medida se refleja la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento ¹.

1.1 El derecho a la libertad.

La libertad es la condición de desenvolvimiento y plenitud de la propia vida, de la personalidad y de todas sus posibilidades y capacidades ². Pero lo que aquí importa es el significado de libertad desde una perspectiva jurídica.

El Derecho debe coordinar la persecución eficaz de los delitos en favor del interés general a la vez que garantizar la libertad y la autonomía de voluntad de cada individuo.

1.1.1 La libertad en la Constitución Española.

La importancia de la libertad se ve consagrada por nuestra Constitución ya en el comienzo del Preámbulo y en su art. 1.1 al decir que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad. Así, frente a los postulados de un Estado liberal en el que la libertad se ve contemplada desde una vertiente negativa, en el que prima la no injerencia en la autonomía personal, por el contrario, en un Estado social y democrático de Derecho no basta con el simple reconocimiento de las libertades, sino que será

¹ MORENO CATENA Víctor, *Derecho de procesal penal* (con Valentín Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 317. Considerada por este autor como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos. La prisión provisional se sitúa en un “campo de tensión” entre esos dos grandes deberes que tiene el Estado. En este sentido la STC 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 3: “Desde la perspectiva del derecho a la libertad (art. 17 CE), y en relación con la incidencia de la prisión provisional en dicho derecho fundamental, hemos declarado que aquélla se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, y que la prisión provisional es una medida cautelar justificada, entre otras, por la necesidad de asegurar la presencia del inculpado en el juicio oral, y ese fundamento justificativo que traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad condiciona, a su vez, su régimen jurídico”.

² GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, Aranzadi, SA, Navarra, 2004, pág. 23. Para este autor la libertad es una institución con múltiples dimensiones, acepciones, teorizaciones y condicionamientos. Lo considera un tema tanto transcendental como controvertido.

preciso que el Estado ponga los medios y asegure las condiciones que permitan a los individuos el ejercicio efectivo de sus derechos ³.

Siguiendo con el Título Preliminar, nos encontramos con el art. 9.2 en el que dice que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en los que se integra sea real y efectiva. Además, el art. 10.1 consagra en libre desarrollo de la personalidad de los individuos como derecho fundamental.

A lo largo del Capítulo II del Título I podemos ver diversas manifestaciones de libertad como derecho fundamental. Así en el art. 16 se garantiza la libertad ideológica y la religiosa; en el art. 17, la libertad física; en el art. 18 la libertad de circulación y residencia; en el art. 20 la libertad de creación, de expresión, de comunicación y de cátedra; en el art. 26 la libertad de enseñanza, etc.

Pero el artículo que consagra por excelencia la libertad como derecho fundamental es el art. 17. En dicho artículo se establece que toda persona tiene derecho a la libertad sin que nadie pueda verse privada de ella, solamente en los casos y formas que la ley establezca. Podemos ver que la libertad aquí manifestada es la libertad física o ambulatoria.

1.1.2 La libertad en los Tratados internacionales.

España ha ratificado diversos Tratados internacionales que también consagran ese derecho a la libertad. Primeramente, la Declaración Universal de Derechos Humanos ⁴ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, elaborados en el seno de la ONU. Y, por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, elaborado en el ámbito del Consejo de Europa. Estos tratados, como bien sabemos, una vez publicados en España oficialmente, pasan a formar parte de nuestro ordenamiento y debemos utilizarlos como criterios interpretativos de nuestras normas sobre derechos y libertades fundamentales.

1.2 Presunción de inocencia y prisión provisional.

La prisión provisional se produce en el transcurso de un proceso penal, es decir, cuando no ha recaído sentencia condenatoria y, por tanto, el imputado o sujeto pasivo

³ GONZÁLEZ AYALA, M^a Dolores, *Las garantías constitucionales de la detención (Los derechos del detenido)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, págs. 29 y 30. Se transita pues, desde el reconocimiento, a la promoción de los derechos a partir de una actividad sostenida del Estado.

⁴ Art. 1 DUDH, de diciembre de 1948: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”. Además, su art. 3 establece que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

del proceso se encuentra amparado por el derecho fundamental a la presunción de inocencia⁵.

En la EM de la LO 13/2003 vemos claramente como dicha ley consagra los derechos de libertad y presunción de inocencia. Ello se apoya en la jurisprudencia del TC, que empezaba a imponer requisitos cada vez más exigentes para que la implantación de la prisión provisional sea lo más considerada con los derechos de libertad del art. 17 CE y el de presunción de inocencia del art. 24.2 de la misma.

Aceptada por la jurisprudencia, queda clara la compatibilidad entre la medida cautelar de prisión provisional con el derecho a la presunción de inocencia. Esto ha sido declarado por el TC al decir que *“la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho”*⁶.

Por ello, situados en una perspectiva realista y funcional, cabe decir que el problema de la prisión provisional no es tanto el de su existencia, sino el de su concreta configuración y aplicación en la forma más acorde y respetuosa con las garantías constitucionales y los derechos fundamentales de la persona⁷. Esto hace que la prisión provisional sea una institución jurídica, en la que su regulación se ve muy condicionada a la ideología política latente en un ordenamiento político.

No nos olvidemos que cuando una persona ingresa en la cárcel aun siendo de modo preventivo y provisional, en cierto modo se convierte en “responsable” de los presuntos hechos delictivos que se le imputan, sin juicio previo ni sentencia condenatoria firme.

⁵ MORENO CATENA Víctor, *Derecho de procesal penal*, op.cit., pág. 317. La presunción de inocencia no solo debe considerarse como la regla general de juicio (condenando solo cuando se prueba la culpabilidad) sino que también tiene que ser la regla de tratamiento (es decir, tratando como inocente al que aún no ha sido condenado).

⁶ STC 108/1984, de 26 de noviembre, FJ 2. b): *“En definitiva, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”*. En esta sentencia se está resolviendo un recurso de amparo en el que el actor considera que han sido vulnerados sus derechos fundamentales de igualdad (art. 14 CE) y el de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ya que contra él se acordó prisión provisional eludible bajo fianza y cuando finalizó el proceso se obtuvo una sentencia absolutoria y no se canceló la fianza. El TC estimó en parte el recurso y reconoció el derecho del actor a que se dicte una resolución fundada en Derecho acerca de su petición de cancelación de la fianza.

⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, op.cit., pág. 35. Para Cabiedes la cuestión radica en el ámbito de las garantías que deben rodear a la adopción de la prisión provisional, medida caracterizada por la gravedad de su incidencia en la libertad de su destinatario, considerando que no hay otra institución jurídica cuya regulación refleje más la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento.

Los instrumentos utilizados para compatibilizar el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad son el principio de excepcionalidad y el de proporcionalidad. El principio de excepcionalidad viene a decir que la regla general es que el imputado goce de libertad durante el transcurso del proceso penal, y que la prisión provisional sea la excepción. Y en cuanto al principio de proporcionalidad, lo que se exige es que la privación de libertad de una persona sea razonable en comparación con el fin que se persigue con la misma.

Pero en la práctica, la presunción de inocencia no protege al imputado que entra en la cárcel de modo provisional, ya que de igual forma va a sufrir las consecuencias y secuelas psicológicas negativas que suponen entrar en un centro penitenciario. Esto es motivo más que suficiente para reforzar al máximo las garantías del encausado, ya que es preferible un culpable en la calle que un inocente en la cárcel ⁸.

A modo de conclusión, podemos afirmar que la aplicación material de la prisión provisional está más cerca del “principio de presunción de culpabilidad” que del “principio de presunción de inocencia”, porque en el ámbito carcelario no existe la categoría de “presunto”, siempre se es un preso “convicto” – se entra en la cárcel o no se entra- da igual que la persona haya sido juzgada o no, que sea culpable o inocente ⁹.

1.3 La libertad provisional.

Aunque nuestro estudio se centra en la institución de la prisión provisional, entiendo que es conveniente hacer referencia a la libertad provisional.

La libertad provisional podemos definirla como la medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y el estado de libertad normal de los ciudadanos no inculcados por la comisión de unos hechos presuntamente delictivos. La regla general es la libertad provisional durante la espera del juicio, siendo la prisión provisional una excepción a dicha regla y una medida alternativa a la libertad durante toda la tramitación del proceso penal.

1.3.1 Regulación de la libertad provisional como medida cautelar.

La libertad provisional encuentra su regulación en los arts. 528 a 544 de la LECrim junto con las remisiones a los preceptos reguladores de la prisión provisional.

⁸ En este sentido, en el derecho penal existe una fórmula denominada “ratio de Blackstone”. Básicamente es un principio que viene a decir que “es mejor que diez culpables escapen a que un inocente sufra”.

⁹ NISTAL MARTÍNEZ, JAVIER. “El ingreso provisional en prisión. Presunción de culpabilidad versus presunción de inocencia”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2013, Tomo 3, nº 8122, ref.ª D-251, pág. 1410

1.3.2 Obligaciones que implica el régimen de la libertad provisional.

A diferencia de otros países, España se caracterizando históricamente por el establecimiento de un régimen poco “alternativo” a la prisión provisional, al establecerse un parco elenco de obligaciones que comporta el régimen de la libertad provisional ¹⁰.

Son diversas las obligaciones que entrañan el régimen de la libertad provisional hoy en día. El Juez será el encargado de fijarlas en atención al caso y circunstancias concretas:

- a) La fianza, que es la más conocida
- b) Obligación de comparecencia periódica
- c) Anotación preventiva de embargo o de prohibición de disponer de los bienes
- d) Retención del pasaporte
- e) Privación provisional de usar el permiso de conducir, para el caso de que el delito se haya cometido con un vehículo a motor
- f) Prohibición de residencia, acercamiento o comunicación con determinadas personas (orden de alejamiento)
- g) Clausura temporal de los locales o establecimientos o suspensión de actividades sociales e intervención judicial en relación con las personas jurídicas

2. LA PRISIÓN PROVISIONAL.

2.1 Concepto.

Podría definirse la prisión provisional como la medida jurisdiccional preventiva adoptada durante la tramitación de un proceso penal consistente en la privación total de la libertad ambulatoria del imputado judicialmente en el mismo, mediante su ingreso en prisión, en los casos que taxativamente la Ley la prevea. Pero siempre que sea rigurosamente necesario y proporcionado a los riesgos que existan de sustracción a la justicia, destrucción de pruebas o reiteración en la comisión de otros hechos delictivos por parte de quien se le haya de imponer esta medida excepcional y siempre por el tiempo imprescindible para alcanzar dichos fines.

Esta medida cautelar sólo puede estar justificada en la medida en que resulte absolutamente imprescindible para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales, y

¹⁰ BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III* (con Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Iñaki Esperanza Leibar, y José F. Etxeberria Guridi), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 304 y 305.

en la medida en que no haya otros mecanismos menos radicales para conseguirla, por lo que no debe prolongarse más de lo necesario ¹¹.

2.2 Naturaleza jurídica de la prisión provisional.

2.2.1 Medida cautelar

Se entiende por medidas cautelares en el proceso penal los actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre las personas o los bienes, se ordenan a posibilitar la efectividad de la sentencia que ulteriormente haya de recaer, así como asegurar el desarrollo del procedimiento ¹².

La naturaleza cautelar es la que, con mayor grado de acuerdo (mayor extensión y menor discusión), se atribuye a la prisión provisional. A esta naturaleza o calificación se refieren habitualmente –con mayor o menor explicitud, intencionalidad y coherencia– tanto la doctrina, como la jurisprudencia y el propio legislador. ¹³

Es una medida cautelar personal ya que recae sobre la persona que la va a padecer, con el fin de evitar posibles peligros para el desarrollo del proceso como puede ser el riesgo de fuga, afectando a demás a sus derechos de libertad y presunción de inocencia, ambos consagrados en la CE. Pero en el momento en que es segura la disponibilidad del encausado esa medida por razones cautelares desaparece.

El fundamento de la naturaleza cautelar de la prisión provisional se encuentra en que los juicios penales no son inmediatos y, como bien sabemos todos, el paso del tiempo puede causar efectos perjudiciales a la hora de una tutela efectiva. Ya que si el juicio acaba con una sentencia condenatoria quiere decir que se ha impuesto una pena al culpable y dicha pena tiene que ser susceptible de efectivo cumplimiento.

2.2.2 Medida preventiva.

La EM de la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional, establece de forma clara e inequívoca que una de las finalidades

¹¹ MORENO CATENA Víctor, *Derecho de procesal penal*, op.cit., pág. 317

¹² SANTOS REQUENA Agustín-Alejandro, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001, pág. 217. Tomamos la formulación, que recoge de manera sintética lo esencial de esta institución, de Illescas Rus: “Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal”, R.D.Proc., 1995-1. Pág. 64. Sobre decir que, en cuanto al completo alcance de la definición y sus matices, la diversidad de formulaciones entre la doctrina es casi tan variada como el número de autores que se han dedicado a la materia. Compárese a título de ejemplo con Aragonese Martínez (en De la Oliva Santos y otros): *Derecho Procesal Penal*, págs. 411-413.

¹³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, op.cit., pág. 54. STC 19/1999, de 22 de febrero, FJ 5, que señala “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”.

que lleva a la adopción de la prisión provisional es la de evitar que el imputado en un proceso penal pueda cometer nuevos hechos delictivos durante la sustanciación del mismo. De ahí el fin preventivo de la medida cautelar.

2.2.3 Medida de protección.

Como medida excepcional que es la prisión provisional, para su adopción no sólo se debe atender a la gravedad de los hechos que se le imputan a un individuo, sino también al peligro o riesgo que corren los bienes jurídicos de la víctima debido a que su agresor se encuentre en plena libertad.

Tanto el TC como el TEDH han venido asignando como fin de la prisión provisional el de evitar la reiteración delictiva del imputado. Así mismo la LECrim establece que la frecuencia de comisión de hechos similares también sirve de presupuesto para la adopción de la medida, así como los antecedentes del inculpado.

Nuestro sistema y ordenamiento penal vigente impiden, en estricta técnica jurídica, que la prisión provisional sea incardinable en la institución de las medidas de seguridad, en la medida en que fuera adoptada en atención a estas finalidades no cautelares ¹⁴.

Entonces lo que está claro es que la finalidad de protección no es propia de las medidas cautelares, pero lo que no está tan claro es que la prisión provisional sólo sea una medida cautelar, ya que no siempre se adopta para evitar un peligro para el normal transcurso y desarrollo del proceso, sino que a veces se adopta inicialmente para proteger la integridad y la seguridad de las víctimas, especialmente cuando tengan una relación de convivencia con el imputado. Se ve claramente cuando posee una finalidad protectora en el momento que se adopta debido a un incumplimiento del inculpado de determinadas órdenes de protección como la de prohibido comunicarse o acercarse a la víctima (en delitos de violencia de género). De ahí que tenga sentido dotar a la prisión provisional, en ciertos supuestos, de una cierta finalidad protectora.

2.2.4 ¿Pena anticipada?

Si bien la prisión provisional supone la privación total de la libertad del imputado mediante el ingreso en un centro penitenciario durante la tramitación de un proceso penal, no debemos confundirla con la pena de prisión que se impone tras la terminación del mismo que acaba con una sentencia penal condenatoria. Son dos

¹⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, op.cit., pág. 58. Véase que nuestro CP, en su art. 96 no incluye la prisión provisional entre las posibles medidas de seguridad, por lo que su adopción como tal vendría a ser contraria al principio de legalidad consagrado en el art. 25.2 CE y en el art. 1.2 CP.

instituciones totalmente distintas tanto en su fundamento como en su naturaleza y características.

Claramente así lo dice nuestro CP en su artículo 34 al decir que no van a reputarse como penas ni la detención ni la prisión preventivas y demás medidas cautelares de naturaleza penal ¹⁵.

Existe una coincidencia en el contenido material ya que ambas implican la privación de libertad, pero la prisión provisional se caracteriza por ser instrumental y preventiva, no represiva. Con la prisión provisional no se pretende amonestar ni corregir la conducta de aquel al que se le va imponer dicha medida, ya que no tiene una naturaleza sancionadora. Así lo expresa DAMIAN MORENO al decir que ninguna medida cautelar puede asumir funciones que están reservadas a la pena ya que su uso solo se consiente para satisfacer necesidades procesales ¹⁶.

La atribución a la prisión provisional de finalidades típicas de la pena o a la medida de seguridad, anticipando sus funciones, es una consecuencia del déficit debido al retraso excesivo en la tramitación de los procedimientos ¹⁷.

2.3 Regulación en el ordenamiento español de esta medida tan extrema.

2.3.1 Origen y evolución histórica.

En la época de la civilización romana se sitúan los primeros antecedentes de la prisión provisional, formalmente hablando. Tenían una institución denominada la *vincula*¹⁸, que era el lugar donde se ataban a los que estuvieran privados de su libertad, como medida de custodia hasta que pudieran cumplir la pena correspondiente que se les hubiera impuesto.

Más adelante, en la época del *Medievo* se produjo un cambio, ya que en ese momento la adopción de la prisión provisional en vez de estar encaminada a fines cautelares más bien tenía su fundamento en la disponibilidad plena e inmediata del inculcado.

¹⁵ Art. 34 CP: No se reputarán penas: 1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares penales.

¹⁶ DAMIAN MORENO, Juan: “La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal”, *El Derecho y su garantía jurisdiccional*, Reus, Madrid, 2009, pág. 172.

¹⁷ SANGUINÉ, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 237. Lo que según Ortells Ramos supone una equiparación entre el imputado en un proceso penal y la persona cuya peligrosidad hubiera sido declarada. Esta equiparación no es admisible, en cuanto la prisión provisional no va precedida de unas actuaciones adecuadas para determinar la peligrosidad de un sujeto y las medidas para corregirla.

¹⁸ *Vincula*, proviene de *vinculum* del verbo *vincire* en latín, que en significa atar, prender, amarrar...etc.

Pero fue en la época de la *Ilustración* cuando la prisión provisional adquirió un carácter más cercano y coincidente con la que hoy en día tenemos en nuestro ordenamiento. Es decir, durante esta etapa surge la formación dogmática de la presunción de inocencia y de la libertad del inculpado durante el transcurso del proceso y por tanto la medida de prisión provisional exigía ahora un carácter de excepcional, estrictamente necesaria, e indispensable. Ya aquí empezaron las críticas en cuanto a sus plazos y su empleo excesivo.

Las Constituciones españolas de 1812 y 1869 se inspiraron en esas bases y principios ilustrados a la hora de configurar la institución de la prisión provisional en nuestro país. Regulaban las condiciones de forma exigibles para su adopción y quiénes estaban autorizados para imponerla y hacerla efectiva. Esta regulación de la prisión provisional tuvo su continuidad en las posteriores Constituciones y Leyes de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, esta concepción de la prisión provisional muchos más favorable para los imputados en un proceso penal, sufre un retroceso importante o parón durante la etapa de los regímenes fascistas (en nuestro país con el franquismo), que conciben la libertad como una institución a merced del Estado represivo y no como un derecho personal, individual y propio de cada persona.

2.3.2 Regulación de la prisión provisional en la LECrim y sus reformas.

La regulación de la prisión provisional en nuestro ordenamiento se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el Libro II “Del sumario”, en el Título VI denominado “De la citación, de la detención y de la prisión provisional”, concretamente en el Capítulo III llamado “De la prisión provisional”, que abarca del art. 502 al art. 519.

Desde su regulación inicial, en 1882, en lo que concierne a la prisión provisional, ha sufrido varias reformas a lo largo del siglo XX, pero en lo relativo a los presupuestos y requisitos para su adopción se mantuvo inalterada hasta 1980. Desde entonces y hasta 1984 los arts. 503 y 504 han sido reformados varias veces en lo referido a los supuestos en que procede acordarla.

Es de destacar la reforma llevada a cabo por la Ley 16/1980, de 22 de abril, que dotaba de un carácter obligatorio y automático en la adopción de la prisión provisional. Aquí se nota la gran influencia que ejercía la situación que atravesaba España en aquel entonces. Pero esto duraría poco ya que unos pocos años más tarde, la LO 7/1983, de 23 de abril venía dando primacía e importancia al derecho de libertad del individuo. Para

unos, esta Ley era la más considerada con la verdadera naturaleza de la prisión provisional como medida cautelar que es, pero para otros, era una Ley que ocasionaba inseguridad ciudadana y alarma social. Por lo que, debido a esta polémica, poco después se produce otra reforma operada por la LO 10/1984, que es la regulación que más ha permanecido invariable en el tiempo hasta la Lo 5/1995, de 22 de mayo (modificada después por la LO 8/1995, de 16 de noviembre), conocida como la “Ley Orgánica del Tribunal del Jurado”. Esta última, vino a introducir como novedad que, para que se pueda acordar la prisión provisional es necesario que sea solicitada a instancia de parte acusadora, además de la correspondiente celebración de una audiencia con el fin de que el juez decida si adoptar esa medida cautelar o no.

Esta regulación permanecería vigente hasta las reformas operadas por las LLOO 13/2003, de 24 de octubre y 15/2003, de 25 de noviembre, que veremos a continuación.

2.3.3 Las LLOO 13/2003, de 24 de octubre y 15/2003, de 25 de noviembre.

El TC planteó en la STC 47/2000, de 17 febrero, una posible inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 LECrim en cuanto a la adopción de la prisión provisional. En esta sentencia, se estaba resolviendo un recurso de amparo, ya que una de las partes creía que su derecho fundamental a la libertad del art. 17 CE se había visto totalmente vulnerado, acordando una prisión provisional carente de fundamentación en una causa por un delito contra la salud pública. Según el TC, en este caso la prisión preventiva se ha acordado sin explicar los fines que se pretenden conseguir con la misma, ni los intereses que se protegen, ni su necesidad, ni tampoco existía ningún riesgo de sustracción a la justicia. Para el TC la ausencia de fundamentación y justificación suficiente en la adopción de esta medida cautelar conlleva a una transgresión del derecho a la libertad del art. 17 CE.

Esta situación llevó a la urgente necesidad de una reforma que regulara la prisión provisional de una forma mucho más conforme con las exigencias constitucionales.

La LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma en materia de prisión provisional de la LECrim responde a esa necesidad, como bien se expresa en su EM¹⁹. Se mantiene la necesidad de que para adoptar la prisión preventiva o la libertad con fianza se

¹⁹ EM de la LO 13/2003, de 24 de octubre, I: “Esta ley orgánica tiene por objeto reformar la regulación de la prisión provisional. Se trata de una institución que ha sido objeto de varias modificaciones desde la aprobación de la Constitución. Así, se operaron reformas de mayor o menor calado de la prisión provisional por la Ley 16/1980, de 22 de abril; la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril; la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre, y, en fin, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo. Pese a estas sucesivas reformas, la prisión provisional está necesitada de una nueva modificación, que no ha de esperar a la reforma global de nuestro enjuiciamiento criminal.”

convoque una audiencia y alguna de las partes solicite dicha medida cautelar. Mientras que, para la libertad sin fianza, el Juez puede acordarla sin opinión o petición alguna de las partes.

Esta ley orgánica de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional introdujo nuevas técnicas de investigación criminal como es la obtención y análisis de muestras biológicas (arts. 326 y 363 LECrim) ²⁰. No siendo necesario que se persona físicamente el MF a la audiencia para adoptar o no la prisión preventiva, sino que podrá hacerlo a través de videoconferencia. Esto mismo ocurrirá para aquellos testigos peritos e incluso imputados que no puedan personarse o que su asistencia sea especialmente gravosa.

La reforma ha de valorarse positivamente en tanto constituye un importante avance y sitúa la regulación española al nivel del resto de ordenaciones de los países democráticos más representativos. A su vez, las llamadas de atención previstas en el art. 502 LECrim, a la excepcionalidad de la medida y a la preferencia de las restricciones menos gravosas para el derecho, constituyen novedades que, de tener reflejo concreto en la regulación posterior, situarían nuestra legislación entre las más avanzadas ²¹

En aplicación de lo manifestado en la EM de la Ley, la reforma introduce el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Nos referimos a la posibilidad que se contiene en el art. 502.3 de que el juez o Tribunal pondere los perjuicios que, más allá de la privación de libertad, puedan causarse al imputado, como podría ser la pérdida de un trabajo no siempre recuperable. Se trata de que habría que evaluar las circunstancias

²⁰ Art. 326, 3º párrafo LECrim: “Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282.”

Art. 363 LECrim: “Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

²¹ ASENSIO MELLADO, José María: “Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005, Tomo 2, nº 621, refª D- 63, pág. 1587. Lo cierto, sin embargo, es que, fuera de lo que puede considerarse el modelo adoptado, la reforma, en su desarrollo concreto, es de difícil o imposible admisibilidad constitucional, toda vez que ni la excepcionalidad es real, siendo la prisión provisional la única o la principal medida cautelar, ni la proporcionalidad goza de respaldo legal, en la medida en que la privación de libertad se justifica en fines que exceden de los constitucionalmente previstos para las medidas cautelares, aproximándose a las medidas de seguridad y a la anticipación de la pena.

personales y familiares del imputado como contrapeso a lo que sería la adopción automática²². Del nuevo y extenso articulado del 502 puede desprenderse la diferencia de criterio y filosofía en principios acerca de los elementos necesarios para la adopción de la medida cautelar de prisión que chocan frontalmente con la raquítica y exigua regulación vigente hasta la fecha²³.

En cuanto a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ésta no supuso modificaciones importantes. Vino a modificar el art. 801 LECrim al darle la posibilidad al Juez de guardia de que declare la firmeza de la sentencia de conformidad dictada en un proceso de enjuiciamiento rápido, remitiendo todas las actuaciones practicadas junto con la sentencia al Juzgado Penal que corresponda.

Como novedades importantes, el nuevo apartado 6º que se añade al art. 504 LECrim que establece que en el caso en que la prisión provisional supere los dos tercios del máximo permitido por el art. 504, el juez y el MF comunicarán a las personas que se indican en dicho apartado 6º esta circunstancia con el fin de imprimir a las actuaciones la máxima celeridad. Por otro lado, el nuevo párrafo que se añade al art. 508 LECrim establece una nueva modalidad de prisión provisional atenuada para los imputados que se hallen en tratamiento de desintoxicación cuando su ingreso en prisión pueda desvirtuar el resultado de dicho tratamiento, sustituyendo la medida por el ingreso en cualquiera de los centros a los que hace referencia el propio apartado 2º del art. 508. Igualmente merece destacarse cómo se añaden nuevos motivos en el art. 509.1º, que permiten justificar la adopción de la incomunicación²⁴.

2.4 Características de la prisión provisional.

2.4.1 Jurisdiccionalidad: como decisión exclusiva de la autoridad judicial.

La prisión provisional es una medida de carácter judicial, esto quiere decir que su adopción sólo puede llevarse a cabo por Jueces y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional²⁵. Es decir es una competencia exclusiva de los Jueces y así lo establece la LECrim en sus arts. 502.1²⁶ 505.4²⁷ y del 507 al 509.

²² BARRERAS HERNÁNDEZ, Nicolás: “La reforma de la prisión provisional. Luces y sombras”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005, Tomo 4, nº 6325, ref.ª D-212, pág. 1607 y 1608.

²³ GONZALEZ PASTOR, Carmen Paloma: “La nueva regulación de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2003, Tomo 4, nº 5849, ref.ª D-202, págs. 11735 y 1736.

²⁴ MENDO ESTRELLA, Álvaro: “La reforma y la contrarreforma de la prisión provisional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, Tomo 2, nº 5998, ref.ª D-88, págs.. 1842 y 1843.

²⁵ STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3: “A pesar de que la Constitución no impone expresamente que esta medida deba ser adoptada judicialmente, nuestra doctrina ha establecido que

Aunque en la CE nada se dice de esa nota de jurisdiccionalidad de la prisión preventiva, ha sido el propio TC el que ha señalado la necesidad de que dicha medida cautelar sea adoptada por los órganos judiciales (STC 147/2000, de 29 de mayo FJ 4. b)²⁸). No pudiendo ser adoptada por la policía judicial, el Ministerio Fiscal, ni autoridad alguna.

2.4.2 Legalidad: necesidad de regulación por ley.

Como segunda característica, la prisión provisional no puede ser impuesta sino sólo en los casos que la Ley prevé expresa y taxativamente²⁹. Esto quiere decir que para las limitaciones y restricciones lícitas de la libertad de un individuo se implanta una reserva de ley, que como bien podemos ver, queda consagrada por la CE en su art. 17, al establecer que será la ley la que fije el tiempo máximo de duración de la medida y que nadie puede verse privado de su libertad salvo en los supuestos legalmente previstos.

La “reserva de ley” no da lugar a una “potestad ilimitada” del legislador ordinario en materia de restricciones de la libertad personal, debiendo el mismo determinar con suficiente grado de especificación, los casos en que puede recurrir a dichas restricciones, el procedimiento o las modalidades a través de las cuales la restricción puede ser impuesta³⁰. Respetando en todo el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales recogidos en el Capítulo Segundo del Título I de la

“[la] prisión provisional es una medida cautelar que sólo puede ser acordada por los órganos judiciales [...] desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada”.

²⁶ Art. 502.1 LECrim: “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.”

²⁷ Art. 505.4 LECrim: “El juez o tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del investigado o encausado que estuviere detenido.”

²⁸ En esta sentencia el TC expone claramente que *“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”.* En esta sentencia el recurrente lleva a cabo dos quejas. Por un lado, considera que se ha vulnerado su derecho a la libertad (art. 17 CE) y por otro, que se ha lesionado su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 CE). El Alto Tribunal acabó otorgándole el recurso de amparo.

²⁹ STC 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2: el TC ha venido afirmando que *“la exigencia general de habilitación legal supone “que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional” ha de estar “prevista en uno de los supuestos legales (...) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (...). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad puede verse conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la ley, como contra lo que la ley dispone”.* (STC 91/2008, de 17 de diciembre, FJ 3, STC 92/2018, de 17 de septiembre, FJ 3, STC 84/2018, de 16 de julio, FJ 3 c)

³⁰ SANGUINÉ, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, op.cit, pág. 345. Sólo los fines constitucionalmente garantizados pueden consentir el sacrificio de la libertad personal.

Constitución (art. 53.1 CE). Y el juez en el ejercicio de su función jurisdiccional queda subordinado a lo que dice la Ley.

2.4.3 Proporcionalidad o “prohibición de exceso”.

El fundamento de este principio se encuentra en la consideración y el respeto hacia el derecho a la libertad y el derecho a la presunción de inocencia, ambos muy importantes por ser derechos fundamentales.

Por eso, en virtud de este principio, ha de operarse un juicio de ponderación, entre el derecho fundamental afectado por la adopción de la medida, y los bienes que su afectación trata de proteger, para establecer entre ellos el equilibrio justo, tanto en abstracto, por la Ley, como en la relación con las concretas circunstancias del caso, por el juez ³¹.

De este modo, se entiende desproporcionada a los fines pretendidos adoptar una prisión provisional en la persecución de hechos delictivos castigados con penas privativas de derechos o con la pena de multa ³².

Los requisitos que impone este principio de proporcionalidad es que la medida debe ser:

- Idónea: es decir que la medida de prisión provisional sea apta para poder conseguir el fin que se pretende.
- Necesaria: su adopción se hace imprescindible para alcanzar dicho fin en relación con otras medidas menos gravosas y severas.
- Proporcionada en un sentido muy estricto: la medida debe guardar equilibrio con la finalidad que se busca.

2.4.4 Instrumentalidad y accesoriedad.

La instrumentalidad se ha predicado tradicionalmente como característica de las medidas cautelares, desde que lo hiciera magistralmente CALAMANDREI, describiéndolas como “instrumento del instrumento”. Con ella se alude a que las

³¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, op.cit., págs. 69 y 70. Juicio que tiene por objeto la valoración sobre la adecuación entre el fundamento y la finalidad de la medida, es decir entre el beneficio y el coste o gravamen de la misma. O lo que es lo mismo, entre la apariencia de procedencia de ésta y las consecuencias perjudiciales que produce sobre el derecho fundamental a la libertad del imputado.

³² BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III*, op.cit., pág. 293. Sólo desde el principio de la proporcionalidad es posible desarrollar esta medida tan gravosa, como es la prisión provisional, es según esta autora el pilar fundamental.

medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, y se hayan necesariamente vinculadas a un “proceso principal”³³.

Es decir, la adopción de la prisión provisional depende de la existencia de una posible imputación, para así asegurar la presencia del encausado en el proceso y en una ejecución futura.

En relación, otra nota esencial de la prisión provisional es el carácter accesorio de la misma. Esto quiere decir que, siempre que se adopte esta medida cautelar, durante la tramitación de un proceso penal, ésta debe finalizar en el momento que se termine el proceso principal del que depende, ya que lo accesorio siempre sigue a lo principal. Si recae una sentencia condenatoria penal sobre la persona del encausado pues la medida cautelar pasa a convertirse en medida ejecutiva, pero si, en cambio, se obtiene una sentencia absolutoria, se producirá el alzamiento de la medida cautelar.

2.4.5 Excepcionalidad: la libertad como regla general.

Una de las notas que por excelencia caracteriza a la prisión provisional es su excepcionalidad, ya que solamente puede adoptarse la misma cuando sea estricta y absolutamente necesaria e imprescindible para el normal desarrollo del proceso³⁴.

Esto encuentra su fundamento en el papel tan importante que nuestra Carta Magna le da al derecho a la libertad (art. 17 CE), consagrándolo como un derecho fundamental de cada individuo. Como consecuencia rigen los principios de *favor libertatis* y de *in dubio pro libertate*³⁵.

³³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, op.cit., pág 68. Por eso podrá adoptarse siempre y cuando el procedimiento ya haya empezado o esté a punto de iniciarse.

³⁴ En este sentido se pronuncia el TC en la Sentencia 140/2012, de 2 de julio, FJ 2 al decir “*no debemos olvidar a la hora de realizar dicho examen que, desde la STC 128/1995, de 26 de julio, este Tribunal ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso en prisión provisional es de naturaleza excepcional (...), así como que la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de un proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma*”.

STC 91/2018, de 17 de septiembre, FJ 3: “*Por su parte, en cuanto al control de la razonabilidad de la fundamentación, también es reconocido por la jurisprudencia constitucional el carácter excepcional inherente a la prisión provisional, por oposición a la libertad como regla general, lo que comporta la primacía del favor libertatis o in dubio pro libertate...*”

STC 98/2002, de 29 de abril, FJ 3: “*La efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) determina que en los procesos por delito la situación ordinaria del imputado en espera de juicio no es la de hallarse sometido a tal medida cautelar. Como consecuencia de esta característica de la excepcionalidad, rige el principio de «favor libertatis»*”

³⁵ *favor libertatis e in dubio pro libertate*: expresiones procedentes del Derecho Romano que significan a favor o en protección de la libertad, que la duda debe ser resuelta en beneficio del mayor grado de libertad. Principio de que debe operar solo y exclusivamente y en caso de duda. En este sentido el TC expresa que, “*Junto a los principios de legalidad y previsibilidad, importa destacar también el carácter excepcional inherente a la prisión provisional, por oposición a la libertad como regla general.*”

No basta, pues, para que se considere respetada la excepcionalidad con la existencia de una norma que se limite a proclamarla, como hace el art. 502.2 LECrim³⁶, si, en efecto, no se establece un catálogo de medidas suficientes que sean preferentes a la prisión provisional. Si es así, como sucede en nuestra LECrim, la prisión provisional seguirá siendo la regla, no la excepción y, por tanto, de difícil aceptación constitucional³⁷.

2.4.6 Temporalidad y provisionalidad

Con temporalidad nos referimos a que la prisión provisional no es ilimitada y que su duración viene condicionada al cumplimiento de unos plazos máximos legales. El art. 504 de la LECrim nos dice que la prisión provisional tiene que durar el tiempo imprescindible, teniendo en cuenta las notas de proporcionalidad y de excepcionalidad que caracterizan a la medida. En dicho precepto también se encuentra el sistema de plazos taxativos que impone un límite máximo que no nunca debe llegar a agotarse. Se produciría claramente una vulneración constitucional del derecho a la libertad para el caso de que se supere dicho plazo.

A los efectos de determinar si la duración de la prisión provisional ha excedido de dicho plazo razonable, al que se refieren los Convenios Internacionales (art. 5.3 CEDH y art. 9.3 PIDCP), se hace obligatorio acudir a la doctrina de la integración de dicho estándar jurídico elaborada por el TC y el TEDH, según la cual el concepto de plazo razonable ha de ser integrado en cada caso concreto mediante el examen de la naturaleza y complejidad del asunto (y, así, la instrucción de un delito contra el orden socioeconómico puede justificar una duración superior a la de un delito de lesiones), de la actividad desplegada por el órgano judicial (si tiene que practicar muchas diligencias o si, por el contrario, los autos duermen en el Juzgado el “sueño de los justos”) y del comportamiento del recurrente (pues, en ocasiones, la defensa suele utilizar la

Tal característica comporta la primacía del favor libertatis o in dubio pro libertate, formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y la aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad” en la STC 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2, apartado c). En dicha sentencia se le concede el recurso de amparo solicitado por el actor, debido a que el Tribunal considera vulnerado su derecho a la libertad adoptando la prisión provisional sin cobertura legal.

³⁶ Art. 502. 2 LECrim: “La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, 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”

³⁷ ASENCIO MELLADO, José María: “Reforma de la prisión provisional... op.cit., pág. 1587. No existe en nuestra normal procesal penal una relación, no ya suficiente, sino ni siquiera mínima de medidas cautelares ordinarias y preferentes.

reprobable práctica de interponer abusivos recursos e incidentes con el único objetivo de obtener la indebida puesta en libertad del imputado por el agotamiento de los plazos)³⁸.

A su vez, todas las medidas cautelares tienen en común su carácter de provisional, por lo tanto, la medida de prisión provisional no es definitiva sino por un tiempo determinado. Así, terminado el proceso principal del que depende y dictada ya una sentencia deba ponerse fin a la medida cautelar de prisión provisional, revocando la misma y poniendo en libertad inmediata al encausado por haber recaído sentencia absolutoria o, por el contrario, convirtiéndose en pena. Para ello, la Ley ha establecido un sistema de plazos que no podrán ser rebasados como bien he dicho anteriormente.

2.4.7 Variabilidad de la medida durante la sustanciación de la causa.

En la prisión provisional rige la regla de *rebus sic stantibus*, que es una expresión latina que significa “estando así las cosas”. Esto quiere decir que en el caso de que se haya adoptado la prisión provisional durante un proceso, su mantenimiento depende de que todavía subsistan las circunstancias de hecho legítimas por las que se acordó en su momento, y así de claro nos lo deja el art. 504.1 de la LECrim³⁹.

Con esto se quiere decir que la prisión provisional es una medida susceptible de ser modificada, alzada o sustituida por otra para el caso de que cambien las circunstancias fácticas que motivaron su adopción.

En este sentido, cuando se adoptan las medidas cautelares existe de forma más palpable una mayor intensidad (por regla general) de ciertos riesgos o peligros que llevan a considerar más conveniente la adopción de una medida cautelar más gravosa. Basta con pensar en toda la jurisprudencia del TEDH que se ha pronunciado acerca de ese mayor peligro de fuga que puede llevar a fundar realmente la adopción de la medida cautelar más incisiva o de las más intromisoras en la esfera jurídica del imputado. Los presupuestos, en consecuencia, que han concurrido a estos efectos han jugado un papel esencial para su adopción. No obstante, a medida que el proceso avanza, es importante efectuar una valoración acerca de los elementos que sirvieron para adoptar la decisión cautelar⁴⁰.

³⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de derecho procesal penal*, Castillo de Luna, Ediciones jurídicas, 2ª edición, 2018, pág. 505

³⁹ Art. 504.1 LECrim: “La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.”

⁴⁰ BARONA VILAR, Silvia: “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal? *Revista del Poder Judicial*, número especial XIX, 2006, pág. 253.

2.4.8 Subsidiariedad o menor onerosidad.

Como bien hemos dicho, la prisión provisional es la medida cautelar más gravosa que existe en nuestro ordenamiento. Por tanto, el juez que se encuentre legitimado para la adopción de estas medidas, si considera que otra menos gravosa puede ser igual de suficiente y que puede cumplir con los fines que se pretenden, deberá adoptar la más respetuosa con el derecho a la libertad del imputado del art. 17 CE.

2.5 Finalidad de la prisión provisional.

Son muchas las funciones que se le atribuye a la prisión provisional, pero voy a hacer hincapié en tres de ellas, que son las que gozan de un asentimiento mucho más generalizado. En este sentido, los principales fines de esta medida serían impedir la fuga del reo para evitar la frustración del proceso; evitar la ocultación de medios de prueba asegurando así el éxito de la instrucción; y evitar la reiteración delictiva del inculcado. A continuación, analizaré brevemente cada finalidad por separado.

2.5.1 Cautelar personal: aseguramiento de la presencia del imputado.

La primera finalidad de la prisión provisional, que es la más nítidamente cautelar, es la de asegurar la presencia física del inculcado en el proceso penal, a disposición del órgano judicial, para evitar el riesgo de fuga ⁴¹.

La fuga, y por tanto, la declaración en rebeldía del sujeto frustra no sólo el proceso, sino también la ejecución de la futura pena ⁴². Además, con la prisión provisional se asegura el sometimiento del imputado tanto en la instrucción, como en el juicio oral.

⁴¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, op.cit., pág 98. En este sentido dice el art. 503.1. 3º LECrim a): “Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga”

⁴² ASENSIO MELLADO, José María, *La Prisión Provisional*, Civitas, S.A., Madrid, 1987, pág 34. La generalidad de autores del Derecho Procesal mantiene esa postura. Además, sostienen que la pena no es únicamente la consecuencia de la tramitación de un procedimiento penal sino su finalidad más importante, de modo que el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado encuentra su fundamento en el propio proceso penal. Autores como Pisapia y Andrés Ibáñez defienden la importancia de asegurar la presencia del imputado con independencia de hacer lo mismo con la pena. Creen que lo primordial es evitar la rebeldía del sujeto, ya que sería lo que verdaderamente frustraría el proceso. Por el contrario, para De Luca este fin por sí solo no justifica la adopción de la prisión provisional puesto que considera que el sacrificio que la misma exige al sujeto que se le impone es mucho mayor que las ventajas que la prisión preventiva puede aportar. Por tanto, defiende como finalidad primordial para imponer esta medida cautelar la de garantizar la ejecución de la pena.

De este modo se ha pronunciado el TC afirmando que la prisión provisional es una medida “justificada en esencia por la necesidad de asegurar la presencia del inculcado en el juicio oral”⁴³.

2.5.2 Cautelar procesal: o cómo evitar el ocultamiento y la destrucción probatoria.

Esta finalidad de la prisión preventiva va dirigida a impedir la pérdida o destrucción del material probatorio provocada ilícitamente por el imputado⁴⁴. Consiste básicamente en una protección pasiva de las fuentes de prueba y consecuentemente del normal desarrollo del proceso. Sólo cuando se acredite de forma clara e inequívoca dicho peligro se podrá adoptar legítimamente esta medida cautelar de tan extrema gravedad.

Tal fin no debe confundirse con el aseguramiento del acusado de los elementos de prueba encaminados a su defensa o a su no voluntad de colaborar con el curso de la investigación, ya sea negando los hechos o no declarando nada respecto de ellos⁴⁵

Las necesidades de la instrucción y el peligro de confabulación entre las personas implicadas, referida a la posible supresión o alteración de pruebas o al soborno y presión sobre testigos son motivos que no están previstos expresamente en el Convenio Europeo, pero son considerados pertinentes por la jurisprudencia del TEDH, para justificar la prisión provisional y su prolongación, sobre todo si se trata de un caso complejo que exige actuaciones delicadas y difíciles, y cuando están contemplados en el derecho interno del Estado⁴⁶.

⁴³ STC 29/2001, de 29 de enero, FJ 2: “En efecto, la prisión provisional es una medida cautelar justificada por la necesidad de asegurar la presencia del inculcado en el juicio oral, y ese fundamento justificativo que traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad condicional, a su vez, su régimen jurídico”. En esta sentencia se estaba resolviendo un recurso de amparo interpuesto contra un auto que desestimaba la petición de libertad provisional por considerar el Tribunal que no han desaparecido las circunstancias que motivaron la adopción de la medida cautelar de tan extrema gravedad como supone la prisión provisional junto con la toma en consideración de la gravedad del delito que se le imputa y por el avanzado estado de la causa. El TC falla reconociendo el derecho fundamental del demandante a la libertad provisional (art. 17.1 CE) ya que no ve indicios claros de que el imputado no vaya a estar presente durante todo el proceso.

⁴⁴ En este sentido el art. 503. 1. 3º b dice que “mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto”.

⁴⁵ DOTÚ I GURI, María del Mar, *Los derechos fundamentales (Derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales)*, J. B. Bossh Editor, 2013, pág. 217.

⁴⁶ SANGUINÉ, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, op.cit., pág. 631. La “perturbación de la instrucción” como motivo para la adopción de la prisión provisional es admitida en la mayor parte de países de la UE (Alemania, Italia, Francia, Portugal.) pero con ciertas restricciones o limitaciones legislativas para evitar un abuso en el uso de la medida cautelar.

No está justificado anticipar el cumplimiento de una pena para investigar más cómodamente, porque ello viola la transparencia constitucional que debe tener la instrucción criminal ⁴⁷.

Un sector de la doctrina considera que la evitación de destrucción probatoria consiste en una finalidad cautelar imprescindible que justifica la adopción de la prisión provisional para garantizar el desarrollo del proceso. Mientras que para otro sector, la atribución de esta finalidad a la medida supone consecuencias dañinas para el ejercicio de derecho de defensa del imputado ya que al no gozar de libertad provisional puede tener grandes dificultades a la hora de buscar y utilizar todo lo que considere oportuno para su defensa ⁴⁸.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo ⁴⁹.

2.5.3 Evitar la reiteración delictiva del imputado.

La atribución de esta finalidad a la prisión provisional tiene como objetivo evitar o prevenir la comisión de nuevos delitos por el imputado durante la tramitación del proceso ⁵⁰.

Así, cuando la prisión preventiva se adopte y se justifique en base a esta finalidad, podría decirse que la misma está actuando como un medio de aseguramiento del orden social y seguridad ciudadana, evitando la reiteración delictiva del sujeto pasivo.

⁴⁷ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento criminal*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, pág. 342. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

⁴⁸ ASECIO MELLADO, José María, *La Prisión Provisional*, op.cit., págs. 36 y 37. Es comúnmente aceptado que la LECrim no contempla ningún precepto que autorice la adopción de la prisión preventiva a los efectos de asegurar la prueba, si bien, igualmente, se puede afirmar que, una vez decretada la resolución privativa de libertad, ésta se convierte en un instrumento idóneo para evitar la destrucción probatoria, fundamentalmente, en los casos en los que la medida adquiere la modalidad de la incomunicación.

⁴⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Pamplona, 3º edición, 2009, pág. 730.

⁵⁰ De este modo la LECrim dice claramente en su art. 503.1. 3º c): Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: Evitar que el investigado o encausado 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. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.; art. 503.2: También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.

De nuevo aquí la doctrina se encuentra dividida. Un sector considera que la evitación de comisión de nuevos delitos por el imputado como fin que justifica la adopción de la prisión provisional es compatible con la naturaleza cautelar de la medida. Mientras que para otros como Ortells, dicha finalidad no responde a razones cautelares sino más bien como a una medida de seguridad ⁵¹.

2.5.4 Finalidades ilegítimas.

La prisión provisional, por el contrario, nunca puede adoptarse en base a una finalidad punitiva, es decir, no puede imponerse con el fin de sancionar, ya que se vería gravemente vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. El art. 34 del CP ⁵² claramente dice que nunca se considerará pena a la prisión preventiva. Tampoco puede adoptarse con una finalidad de ejemplaridad, ya que ese fin corresponde de la pena.

Tampoco resulta constitucionalmente legítimo que tenga por fin obtener una concreta declaración del inculpado o conseguir un comportamiento de éste que no sea el de abstenerse de llevar a cabo una directa destrucción o alteración o una ilícita obstrucción de la obtención de material de investigación o probatorio, puesto que ésta es una finalidad radicalmente *ilegítima* “*per se*”⁵³. Esta finalidad no es contemplada por la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional, y además su ilegitimidad también ha sido puesta de manifiesto por el TC ⁵⁴.

Es importante hacer referencia a que la finalidad de calmar la alarma social tampoco puede justificar la adopción de la prisión preventiva. No se basa en la peligrosidad y habitualidad delictiva del sujeto pasivo, sino en datos objetivos

⁵¹ ASECIO MELLADO, José María, *La Prisión Provisional*, op.cit., págs. 38 y 39. De acuerdo con lo expuesto por Solchaga, aunque la finalidad preventiva no puede incluirse entre las propias de la medida cautelar, lo cierto es que la realidad pone de manifiesto cómo, y en mayor medida cada vez, la prisión preventiva se adopta en base a la peligrosidad aparente del imputado y en el interés a garantizar la seguridad a los ciudadanos y no a exigencias estrictamente cautelares.

⁵² Art. 34. 1 C.P.: “No se reputarán penas: 1. La detención y la prisión preventiva, y las demás medidas cautelares de naturaleza penal”

⁵³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, op.cit., pág 117. En este sentido, la adopción de la prisión provisional puede responder a una “*protección pasiva*” de la prueba y del proceso, pero, por el contrario, no puede adoptarse con la intención de forzarle a realizar una actuación positiva para la investigación de los hechos y la prueba, esto es “*impulso activo*”.

⁵⁴ STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3: “*Por último, en cuanto al fin, a los efectos que aquí interesan, basta señalar que 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, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los imputados, etc. Todos estos criterios ilustran, en fin, la excepcionalidad de la prisión provisional que tantas veces ha subrayado este Tribunal*”.

susceptibles de ocasionar inseguridad ciudadana ⁵⁵. En efecto, el fin de prevención general es propio de la pena y no de la prisión preventiva. La vía legítima para calmar la alarma social no puede ser la prisión provisional, encarcelando sin más y al mayor número posible de los que *prima facie* aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una rápida sentencia de fondo, condenando o absolviendo, porque solo la resolución judicial dictada en un proceso puede determinar la culpabilidad y la sanción penal ⁵⁶.

2.6 Presupuestos necesarios para su adopción.

2.6.1 Fumus boni iuris (apariencia de buen derecho).

Este presupuesto esencial para poder acordar la prisión provisional podríamos decir que se divide en dos elementos, el objetivo y el subjetivo.

En cuanto al elemento objetivo, el art. 503. 1. 1º deja claro que solo podrá ser decretada la prisión preventiva cuando en la causa conste la existencia de uno o varios hechos de carácter presuntamente delictivo ⁵⁷. Esta medida no se aplica para delitos leves y además según el art. 502.4 LECrim 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.

Además, un dato muy importante a tener en cuenta a la hora de imponer esta medida cautelar es el tipo de pena que señala el delito, ya que si la pena no consiste en privación de la libertad del imputado la prisión preventiva nunca podrá decretarse. Por tanto, todas aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (art. 21

⁵⁵ ASENSIO MELLADO, José María, *La Prisión Provisional*, op.cit., pág. 40. Para autores como Granata, Mattes o Calvo Sánchez, la prisión provisional debe cumplir con la labor consistente en la ejemplaridad social necesaria para asegurar el orden perturbado por el hecho delictivo. Otro sector de la doctrina, entre los que se encuentra Ortells, niega la posibilidad de que la prisión provisional pueda cumplir este tipo de funciones, alegando que la prisión decretada por estos motivos es claramente intimidatoria consistente en dar una solución inmediata a un sentimiento social.

⁵⁶ MORENO CATENA, Víctor, *El Proceso Penal, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios. Volumen II, Instrucción y Medidas Cautelares* (Ángela Coquillat Vicente, Alfredo de Diego Díez, Ángel Juanes Peces y Emilio de Llera Suárez Bárcena), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 1666. Para este autor es inconcebible que, en un sistema constitucional como es español que impone un riguroso respeto por los derechos de los ciudadanos, la alarma social (o “sed de venganza”) constituya una finalidad de la prisión provisional.

⁵⁷ STC 62/2005, de 14 de marzo, FJ 4: “este Tribunal ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso en prisión provisional es de naturaleza excepcional (...) así como que la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de un proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma”

CP) que se conozcan en el momento de acordarse la prisión provisional deberán ser tenidas en cuenta ⁵⁸.

La ley establece como criterio general que el hecho delictivo que se investiga tenga una pena igual o superior a dos años de prisión. Pero esta regla no opera para el caso de que el investigado tuviera antecedentes penales por delito doloso, no cancelados ni susceptibles de cancelación (art. 503. 1. 1º LECrim). Tampoco regirá esta regla cuando se hubieran dictado al menos dos requisitorias en los dos años anteriores (art. 503.1. 3º LECrim) ni cuando se trate de delito doloso que junto con los antecedentes del investigado y los datos que aporte la Policía pueda saberse que viene actuando dentro de una organización criminal o que realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

Si ésta es excepcional y proporcional como regla general, cuando la gravedad de la pena no alcance el límite de los dos años de prisión, debe abogarse por redoblar la excepcionalidad y proporcionalidad. Los excesos sólo conducen a la vía de represión ⁵⁹.

En cuanto al elemento subjetivo, éste hace referencia a la responsabilidad del imputado. El art. 503. 1. 2º LECrim lo deja claro al decir que es necesario e imprescindible que en la causa aparezcan motivos suficientes de forma razonable y fundadamente para creer que la persona contra la que se dirige el auto de prisión es la responsable criminalmente del hecho delictivo que se le imputa. Eso sí, siempre que no concurra ninguna causa de justificación.

El contenido propio de este presupuesto se concreta en la mencionada *imputación* judicial. Se trata ahora de que, para que pueda adoptarse o mantenerse la prisión provisional, debe efectuarse un juicio de verosimilitud sobre la responsabilidad del encausado, que tenga un fundamento sólido y razonable ⁶⁰.

2.6.2 *Periculum in mora (peligro por la mora procesal)*

Como segundo presupuesto necesario para poder acordar la prisión provisional es precisamente el riesgo o peligro que puede suponer el retraso o demora del proceso. En este sentido, la duración temporal que ha de tener el proceso para desarrollarse

⁵⁸ NAVARRO MASSIP Jorge. “La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines”. *Revista aranzadi doctrinal*, 2013, nº 4, pág. 143.

⁵⁹ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento criminal*, op.cit., pág. 342. Para este autor el criterio cuantitativo de la pena corre el riesgo de ser orillado y los profesionales de la delincuencia no contarían con franquicia alguna.

⁶⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, op.cit., págs. 129 y 130. Para Cabiedes es importante que este presupuesto se aprecie en la práctica teniendo en cuenta cada caso concreto, a pesar de que en muchas ocasiones no resultará nada fácil la apreciación de indicios suficientes para saber si se da o no este requisito esencial.

puede constituir una ocasión propicia para que la parte pasiva del proceso realice actuaciones que puedan privar de efectividad a éste y la sentencia que le pone fin ⁶¹.

En un sistema constitucional como el nuestro, en el que el respeto por los derechos de los ciudadanos, entre ellos el de presunción de inocencia, es esencial, no puede concebirse que la función de la prisión provisional sea la de calmar la alarma social que haya podido originar los hechos delictivos que se están investigando. Como ya hemos dicho antes, tampoco puede significar una anticipación de la pena, pues aún no hay sentencia condenatoria alguna.

De acuerdo con la doctrina del TC, y tras la modificación de la LO 13/2003, la LECrim dispone en su art. 503. 1. 3º que sólo puede ser adoptada la prisión preventiva cuando exista riesgo de fuga del investigado, para evitar que éste destruya o manipule las fuentes probatorias y para evitar la reiteración delictiva del imputado.

El riesgo de fuga es el presupuesto claro para decretar la prisión provisional que no suscita ningún tipo de dudas y controversias para la doctrina.

La gravedad del hecho imputado, y por consiguiente la pena que éste tenga señalada es uno de los criterios que indican la existencia de un peligro de fuga. Pero también es muy importante tener en cuenta las circunstancias personales del investigado tales como el arraigo patrimonial, profesional, familiar o social. Además, también influye en el riesgo de fuga; el estado de salud del inculcado, reduciéndose el éxito de fuga cuando éste tuviera una avanzada edad o padeciera una grave enfermedad; las conexiones con otros países y los medios económicos que éste pueda tener.

Otra circunstancia para apreciar riesgo de una posible fuga, son los antecedentes del imputado, es decir, el haber intentado en otro proceso una huida, será motivo muy relevante a tener en cuenta para la adopción de ésta medida tan extrema. Así mismo, la incomparecencia injustificada del investigado siempre y cuando sea por causas dependientes de su voluntad supondrá la adopción de la prisión provisional. Ni que decir tiene que la fuga o intento de fuga es una clara circunstancia que acredita la inmediata necesidad de prisión preventiva para el fugitivo.

2.6.3 Necesidad de una resolución judicial y un procedimiento contradictorio.

Como tercer presupuesto indispensable para la adopción de la prisión provisional es que venga ordenado por una resolución judicial, en forma de auto motivado. Sin esa resolución la prisión sería totalmente ilegítima.

⁶¹ GUERRA PÉREZ, Cristina, *La decisión judicial de prisión preventiva (Análisis jurídico y criminológico)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 139.

El auto de prisión ha de ser suficiente y razonablemente motivado, pues en otro caso no sólo se afectaría el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también el derecho a la libertad personal ⁶².

Por último, la adopción de esta medida exige que exista una solicitud formal de alguna de las partes acusadoras y debate contradictorio sobre su procedencia (arts. 505 y 53.3 y 4 LECrim). Para ello se convoca una audiencia dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial. Si no puede celebrarse la audiencia, la concurrencia de este presupuesto puede aplazarse, pero no soslayarse. Si a juicio del Juez o Tribunal concurren los presupuestos de la medida puede acordarla y convocar sucesivamente la comparecencia contradictoria ⁶³. En dicha audiencia deben ser oídos también el Ministerio Fiscal y las demás partes.

2.7 Breve apunte sobre las modalidades de cumplimiento.

2.7.1 Prisión provisional comunicada.

Representa el modo habitual de adoptar la prisión provisional, mediante el internamiento del imputado en un centro penitenciario. Se delimita de modo negativo, es decir, se decretará para el caso de que no concurren los requisitos necesarios para adoptar la prisión provisional incomunicada o atenuada.

En especial, el preso tiene derecho: a que la prisión se haga del modo que resulte menos perjudicial para su persona, reputación y patrimonio; a ser informado de los hechos que se le imputan y de las razones de su privación de libertad; a guardar silencio; a no declarar contra sí mismo; a designar, ser asistido y a entrevistarse con su Abogado;

⁶² MORENO CATENA Víctor, *Derecho de procesal penal*, op.cit., pág. 324. Si no se notifican ni se dan a conocer los motivos que justifican la imposición de la medida cautelar de prisión provisional, la posibilidad de defensa y de impugnación por las partes quedan reducidos a aspectos meramente formales o solo podrán basarse en suposiciones o conjeturas, en perjuicio de la tutela judicial efectiva.

La necesidad de motivación viene regulada en el art. 506.1 LECrim al expresar que las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del investigado o encausado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción.

En este sentido se ha reiterado en muchísimas ocasiones el TC, así en la STC 12/2007, de 15 de enero, FJ. 2 se dice que “*el deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (...), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la ratio decidendi de la resolución judicial. La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida. Ese deber reforzado de motivación viene impuesto por encontrarse en juego un derecho fundamental sustantivo, que solamente puede considerarse preservado cuando la decisión judicial de restringirlo ha sido debidamente razonada*”.

⁶³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento criminal*, op.cit., págs. 343 y 344.

a que se ponga en conocimiento de tercero el hecho y el lugar de su privación de libertad; a ser asistido por un intérprete; a ser reconocido por el Médico Forense; a procurarse las comodidades y ocupaciones compatibles con su situación; a ser visitado y a comunicarse de forma oral y escrita ⁶⁴.

Entre la adopción de prisión preventiva comunicada única o conjunta, esto es que va acompañada de otras prohibiciones o privaciones de derechos, los estudios demuestran que la modalidad más comúnmente decretada es la prisión comunicada sin más restricciones ⁶⁵.

2.7.2 *Prisión provisional incomunicada.*

Esta modalidad de prisión provisional sólo podrá adoptarse en supuestos excepcionales y con una justificación suficiente. Encuentra su regulación en el art. 509 LECrim.

Se trata, por tanto, de situar al preso preventivo en una situación de incomunicación, con el fin de impedir al imputado que se concierte con los testigos o con sus propios cómplices para impedir la averiguación de la verdad, todo ello con la finalidad de garantizar de ese modo el éxito de la instrucción sumarial ⁶⁶.

La incomunicación implica un recorte sustancial en los derechos del detenido, ya de por sí en situación de vulnerabilidad. Algunos sectores doctrinales consideran que la privación de libertad incomunicada propicia violaciones de derechos humanos como la tortura y los malos tratos. Es por ello por lo que es mirada con recelo desde el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ⁶⁷.

⁶⁴ ARAGONESES MARTINEZ, Sara. *Derecho procesal penal* (Andrés De La Oliva Santos, Rafael Hinojosa Segovia, Julio Muerza Esparza y José Antonio Tome García), Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1995, págs. 404 y 405

⁶⁵ GUERRA PÉREZ, Cristina. *La decisión judicial de prisión preventiva, Análisis jurídico y criminológico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 466.

⁶⁶ BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III*, op.cit., pág. 103. Como señala AGUILERA DE PAZ, se trata la incomunicación en estado de prisión provisional, de una situación transitoria de la privación de libertad que, aunque penosa, es indispensable en determinados casos para que la autoridad judicial no vea burlados sus esfuerzos.

⁶⁷ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 212. El TC ha señalado que “en estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral”. Si ello puede predicarse de la detención y de la prisión ordinaria, con mayor cabrá referirlo a los supuestos de incomunicación. Esto se desprende de la STC 224/2007 de 22 de octubre, FJ 3, en la que se está resolviendo un recurso de amparo contra las decisiones judiciales que acordaron el sobreseimiento y archivo de las diligencias previas iniciadas para averiguar si el recurrente en amparo había sido objeto de lesiones durante su detención policial, así como contra la resolución posterior que desestimó su recurso de

La prisión preventiva incomunicada debe ser acordada por el juez instructor que conozca de la causa ⁶⁸. Teniendo muy en cuenta la proporcionalidad, es decir, que sea proporcionada con el fin que se pretende perseguir ⁶⁹. Es decretada al comienzo del procedimiento, aunque nada impide que se pueda adoptar en cualquier momento del proceso, y por medio de auto motivado. Se pondrá en conocimiento del investigado sólo la parte dispositiva de dicho auto, pero no los fundamentos del mismo ni se le dará traslado de una copia de ellos. El sujeto imputado podrá interponer un recurso de reforma contra ese auto de prisión incomunicada (art. 217 LECrim) ⁷⁰.

El régimen de la prisión provisional incomunicada no difiere sustancialmente del establecido con carácter general para los detenidos o presos (arts. 522 a 526). Sin embargo, se produce una modificación relevante en los derechos reconocidos en el art. 520 ya que en todo caso se le designará de oficio el abogado que se encargue de su defensa, y no podrá entrevistarse reservadamente con él, no tendrá derecho tampoco a que se pongan en conocimiento de un familiar, o la persona que desee, el hecho de la privación de libertad y el lugar donde se encuentra custodiado, ni podrán acceder, ni él ni su abogado a las actuaciones (art. 527.1 LECrim) ⁷¹.

El principal problema que plantea esta modalidad de prisión preventiva se encuentra en su duración, que ha de ser breve. De este modo el art. 509.2 LECrim establece que la incomunicación durará el tiempo que sea estrictamente necesario, pero que no podrá excederse en más de 5 días. La excepción a esta regla se encuentra para los delitos cometidos por personas integradas en una banda armada o para los terroristas, pudiéndose prolongar por otro plazo no superior a 5 días. En estos casos, una vez puestos en comunicación, el preso podrá ser de nuevo incomunicado, si la causa

apelación. Dicha sentencia otorgó el amparo al recurrente al declarar que había sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

⁶⁸ Como señala SERRA DOMINGUEZ, de forma totalmente discrecional, ya que el legislador no puede prever todos los supuestos que pudieran plantearse en la vida real y cotidiana.

⁶⁹ STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3: “*las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige*”.

⁷⁰ Art. 217 LECrim establece que “El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Instrucción”.

⁷¹ MORENO CATENA Víctor, *Derecho de procesal penal*, op.cit., pág. 325. Además, el incomunicado sólo podrá asistir a la práctica de diligencias, cuando su presencia no frustre el objeto de la investigación, y con las debidas precauciones. También se condiciona a autorización judicial la utilización de objetos personales y la remisión de correspondencia.

ofreciera méritos para ellos, pero la segunda incomunicación no podrá exceder de tres días ⁷².

2.7.3 Prisión provisional atenuada.

La LECrim no define el contenido de la prisión atenuada. Como criterio interpretativo cabe acudir a la antigua redacción del artículo 504, hecha por la Ley de 10 de septiembre de 1931, según el cual, “la atenuación de la prisión preventiva consistirá: en el arresto, en el propio domicilio, con la vigilancia que se considere necesaria. En la posibilidad de que los sujetos a prisión preventiva atenuada salgan de su domicilio durante las horas necesarias para la prestación de sus servicios o ejercicio de su profesión, siempre con la vigilancia que se estime necesaria para los fines de seguridad del encartado” ⁷³.

Nuestra legislación procesal contempla en su art. 508 LECrim dos supuestos en los que cabe adoptar esta modalidad de prisión provisional. Por tanto, sólo puede ser acordada cuando el internamiento en el centro penitenciario suponga un grave peligro para la salud del investigado por razón de alguna enfermedad, y también cuando con la entrada en prisión del mismo se vea frustrado el tratamiento de desintoxicación al que estaba sometido antes de haber cometido supuestamente el hecho delictivo que se le imputa.

En cuanto a la primera modalidad de prisión preventiva atenuada, es decir, por razón de grave enfermedad (quedando fuera toda circunstancia personal como el embarazo o la necesidad de atención a personas dependientes), cabe decir que el Juez o Tribunal puede autorizar al encausado salidas de su domicilio por el tiempo necesario para el tratamiento de su enfermedad, pero siempre con la correspondiente vigilancia.

Y en lo relativo a la segunda modalidad de prisión preventiva atenuada, es decir, por estar sometido a un tratamiento de desintoxicación, es necesario que el investigado ingrese en un centro oficial o legalmente reconocido para continuar con el mismo y sólo con autorización del Juez o Tribunal que haya acordado la medida cautelar podrá salir.

2.8 Procedimiento.

La LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, introdujo una importante novedad en la adopción de las medidas cautelares, en su Disposición final segunda, números 5, 6 y 7. La principal novedad consiste en la necesaria celebración de una

⁷² GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de derecho procesal penal*, op.cit., pág. 511.

⁷³ ARAGONESES MARTINEZ, Sara. *Derecho procesal penal*, op.cit., pág. 40

audiencia o comparecencia para la adopción de la prisión o libertad provisionales, que mucho nos tememos pueda entorpecer la, ya retrasada, marcha de los Juzgados ⁷⁴.

2.8.1 Competencia.

El art. 502. 1 LECrim establece quienes son competentes para decretar la prisión preventiva, presupuesto procesal que es indisponible para las partes y de carácter improrrogable. Por lo que será el juez de instrucción el encargado de adoptar la medida cautelar durante las diligencias previas o el sumario, y una vez esté abierto el juicio oral, sólo será competente el Juez de lo penal o el Tribunal que conozca de la causa. Las actuaciones llevadas a cabo sin respetar este precepto, supondrá la nulidad de pleno derecho de las mismas (art. 238.1º LOPJ) ⁷⁵

2.8.2 Tramitación.

Todas las actuaciones procesales relativas a la adopción, mantenimiento, sustitución o levantamiento de la prisión preventiva se llevan a cabo por pieza separada, como así lo establecen los art. 519 y 544 LECrim ⁷⁶.

2.8.2.1 La comparecencia previa necesaria.

El art. 505 LECrim exige en todo caso que se celebre una comparecencia previa a instancia del MF o de alguna parte acusadora para que el juez de instrucción o Tribunal que esté conociendo de la causa decrete la prisión preventiva o la prisión con fianza solicitada por aquellos, salvo que hayan acordado previamente la libertad provisional sin fianza ⁷⁷. Así mismo, el art. 539 III también exige esta comparecencia para cuando se acuerde esta medida cautelar durante el curso de la causa.

Este sistema de tutela cautelar rogada ha traído beneficios indudables, que se reflejan en las Memorias de la Fiscalía General del Estado: erradicación de

⁷⁴ ARAGONESES MARTINEZ, Sara. *Derecho procesal penal*, op.cit., pág. 402. Si el juez acordara la prisión habrá de expedir dos mandamientos: uno cometido al auxiliar del Juzgado o al funcionario de Policía Judicial que haya de ejecutarlo, y otro al director del establecimiento que deba recibir al preso. En el mandamiento se consignará literalmente el auto de prisión, la identificación del encausado, el delito que haya dado lugar al procedimiento, si se procede de oficio o a instancia de parte y si la prisión ha de ser comunicada o no.

⁷⁵ Art. 238.1º LOPJ dice que serán nulos de pleno derecho los actos procesales cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

⁷⁶ Art. 519 LECrim que dice todas las diligencias de prisión provisional se sustanciarán por pieza separada. Y el art. 544 LECrim a su vez establece que las diligencias de prisión y libertad provisionales y fianzas se sustanciarán en piezas separadas.

⁷⁷ STC 62/2019, de 7 de mayo, FJ 4 a): “ Por tanto, el hecho de que la prisión provisional solo pueda ser acordada por la autoridad judicial a instancia de parte acusadora, no incluye la prohibición de que el juez pueda evaluar de oficio la concurrencia de finalidades distintas de las alegadas por el fiscal o por las referidas partes; ii) que para la efectividad de la garantía de imparcialidad judicial no es imprescindible que exista plena correlación entre los fines a asegurar invocados por las partes acusadoras y los que, finalmente, aprecie el órgano judicial para justificar la finalidad legítima de la prisión cautelar”

prolongaciones de detención policial los fines de semana, aplicación ponderada de la doctrina del TC, sometimiento de la adopción de la medida al criterio objetivo e imparcial del Ministerio Fiscal e introducción de criterios más uniformes en su adopción ⁷⁸.

Puede suceder también que el Juez decrete la prisión provisional de oficio si considera que concurren los presupuestos necesarios para adoptar la misma, estando en libertad el investigado. En este caso, deberá convocar en un plazo máximo de setenta y dos horas la necesaria comparecencia de la que hablamos en los párrafos anteriores. Pero para que pueda ser decretada, es imprescindible que alguna parte acusadora la solicite durante la celebración de la comparecencia, ya que el Juez o Tribunal en ningún caso podrá imponerla si no es requerida. Por el contrario, el art. 539.V no exige la previa solicitud de parte acusadora para la adopción de otra medida cautelar menos gravosa, tales como la libertad o una modalidad de prisión provisional más favorable, pudiendo el juez decretarlas de oficio.

La reforma operada por la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional, aunque modificó algunas cuestiones puntuales al respecto, mantuvo la necesidad de comparecencia previa. Sin embargo, el Código Procesal Penal (actualmente sometido a información pública y debate) introduce una importante modificación, regulando el MF como órgano investigador en el proceso penal, y no recoge la preceptiva audiencia que llevamos estudiando, aunque sí estipula que el Tribunal competente para el conocimiento de la causa ordenará la prisión preventiva, a instancia del Fiscal o de alguna de las acusaciones ⁷⁹.

⁷⁸ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, op.cit., pág. 137. Uno de los avances del sistema es el de que el Juez gana imparcialidad, al no decidir sobre la adopción de la medida cautelar autónomamente. El régimen anterior de adopción de oficio arrastraba el riesgo de provocar en el Juez una vinculación a su propia posición que podía derivar en una tendencia a tratar de justificarla a toda costa y a mantenerla más allá de lo razonable. El juez de Instrucción deja de ser el dueño de las llaves de la prisión provisional, necesitando que el Fiscal u otra parte acusadora la solicite. Sin embargo, para autores como COLMENERO, esa imparcialidad no existe ya que si el Juez convoca la audiencia es porque tiene ya una convicción acerca de la conveniencia en adopción de la medida cautelar de prisión preventiva.

⁷⁹ SÁNCHEZ BARRIOS, M^a Inmaculada: “La prisión provisional y la necesaria convocatoria de una audiencia previa para su adopción”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2015, Tomo 2, n^o 8510, ref^a D-124, pág. 1228. En otros ordenamientos de nuestro entorno (como el de Alemania) la celebración de esta audiencia previa para la adopción de la prisión preventiva no es un requisito previo. En nuestro ordenamiento tampoco fue considerada necesaria hasta la reforma de 1995 (LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado) y supuso no darle la primera palabra al Tribunal para acordar dicha medida cautelar, apoyándose en la idea del principio acusatorio del proceso penal. A todo esto, la doctrina procesal de nuestro país no es unánime en cuanto a la instauración del régimen contradictorio en la adopción de la prisión provisional. Los que la valoran positivamente se respaldan en que, como la medida atenta contra el derecho fundamental de la libertad, deben tenerse en cuenta las máximas garantías posibles a la hora de acordarla. Los que la critican sostienen que es mejor

2.8.2.2 *El auto de prisión.*

Tras la comparecencia se dictará una resolución motivada, en forma de auto que, si acuerda la prisión, expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada (art. 506.1) ⁸⁰.

Una vez dictado, el auto de prisión debe ser notificado al imputado y a las demás partes personadas, así como a los directamente ofendidos o perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución ⁸¹.

El art. 511.1 LECrim regula la manera en la que se lleva a cabo la ejecución del auto por el que se decreta la prisión preventiva del imputado en el proceso. Exige la expedición de dos mandamientos, uno para la Policía Judicial que haya de ejecutarlo, y otro al director del establecimiento penitenciario que deba recibir al preso, que en ningún caso recibirán a nadie en condición de preso sin entrega de ese mandamiento de prisión.

2.8.3 Recursos.

Antes de la modificación operada por la Ley 38/2002, existía una duda sobre qué recurso habría de utilizarse, en el procedimiento abreviado, para impugnar la medida acordada, pues se discutía si sería la apelación que establecía el art. 504 bis.2 LECrim, o el de queja que era el recurso que se usaba de modo ordinario en el procedimiento abreviado. En la actualidad la cuestión ha quedado resuelta pues el art. 507 LECrim señala que será el de apelación, en los términos previstos en el art. 766 LECrim. Se considera que estos recursos tendrán carácter preferente y habrán de ser resueltos en un máximo de 30 días. Si el auto no hubiera sido notificado íntegramente, por razón del secreto, cabrá el recurso cuando se notifique en su integridad ⁸².

El recurso de apelación debe interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que decreta la prisión preventiva, por medio de un escrito en el

un sistema en que su adopción sea por sorpresa para que el sujeto pasivo no pueda llevar a cabo alguna acción que la haga ineficaz. En mi opinión considero que es sistema vigente es el más adecuado ya que permite una mejor defensa a la persona sobre la que puede recaer esta medida cautelar tan gravosa.

⁸⁰ MORENO CATENA Víctor, *Derecho de procesal penal*, op.cit., pág. 328

⁸¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, op.cit., pág. 235 y 236. Si la fundamentación, la específica motivación del auto de prisión no se da a conocer a aquel a quien se priva de libertad sin condena –e incluso de forma incomunicada– se priva o se debilita sustancialmente al justiciable de la posibilidad efectiva de defensa. Por ello debe acogerse favorablemente la previsión del legislador en cuanto a que, de haberse decretado el *secreto de sumario*, se expresará en todo caso en la notificación de la resolución lo que podría llamarse la *motivación esencial* de la misma, sobre el *hecho* imputado y la *finalidad* a la que responde la medida; y a que, de cualquier modo, tan pronto como se alce esa medida, se notifique al imputado el auto en su integridad.

⁸² PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Derecho procesal penal* (Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín, Xulio-Xosé Ferreiro Baamonde, José Luis Seoane Spiegelberg), Civitas, Navarra, tercera edición 2014, pág. 448

que debe expresarse de manera concreta las razones de la impugnación y acompañado por los documentos justificativos que se consideren necesarios. Es importante destacar que el recurso de apelación no suspende el curso del procedimiento salvo que la ley disponga otra cosa.

Ahora bien, para el caso en que se haya decretado el secreto de sumario el art. 506.2 LECrim contempla que el auto de prisión que debe comunicarse al afectado por la medida cautelar omita aquellas cuestiones que sean imprescindibles para salvaguardar la finalidad del secreto. Pero siempre debe expresar y dejar constancia del hecho imputado descrito de manera breve y concisa, así como los motivos y los fines que justifican la adopción de la prisión provisional ⁸³. Una vez alzado el secreto de sumario, se le notificará de manera íntegra al investigado el contenido íntegro del auto.

En la hipótesis de declaración de secreto del sumario, si al tiempo de la interposición del recurso no se había notificado el auto en su totalidad, la posibilidad de interponer recurso contra los extremos desconocidos por tal circunstancia conduce a permitir el recurso contra los mismos a partir de la notificación de contenido íntegro (art. 507.2 LECrim) ⁸⁴.

2.8.4 Alzamiento de la medida.

La prisión provisional es una medida cautelar que se caracteriza por su esencia revisable, con cuidado de que no se prolongue más de lo estrictamente necesario (art. 504. 1 ⁸⁵ y 528. III LECrim ⁸⁶).

⁸³ STC 143/2010, de 21 de diciembre, FJ 2: *“la restricción del principio de publicidad que supone la declaración de secreto de sumario no debe significar la atribución al Instructor de la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados, sino un instrumento para asegurar el éxito de la investigación (...) Conforme a este criterio, el secreto del sumario autoriza para impedir la publicidad de la situación y resultados de la instrucción judicial y, por ello, permite al Juez no incluir información sobre esos aspectos en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no autoriza sin más a ocultarles todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquellas... Sin embargo, lo que no cabe es omitir en la notificación al detenido elementos esenciales para su defensa”*.

En este mismo sentido, la STC 83/2019, de 17 de junio FJ 4: *“La declaración de secreto de sumario no atribuye al instructor la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados: es simplemente un instrumento dirigido a asegurar el éxito de la investigación que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando que se extienda más allá de lo imprescindible (...). Conforme a este criterio, el secreto del sumario permite al juez no incluir cierta información en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no le autoriza a ocultarles sin más todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquellas”*. (STC 95/2019, de 15 de julio, FJ 4)

⁸⁴ ARMENTA DEU Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 234. Art. 507.2 LECrim: Cuando en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior no se hubiere notificado íntegramente el auto de prisión al investigado o encausado, éste también podrá recurrir el auto íntegro cuando le sea notificado, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior.

⁸⁵ Art. 504.1 LECrim establece que la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.

En el momento que cambien las circunstancias o desaparezcan los motivos que justificaron la adopción de la prisión preventiva, el juez, de oficio, tendrá que dictar otro auto ordenando la puesta en libertad inmediata del preso preventivo u otra medida cautelar menos gravosa y, como ya dijimos antes, sin necesidad de celebrar una comparecencia previa. A su vez, el abogado de la defensa también puede solicitar la revisión de la medida todas las veces que lo considere oportuno.

Por último, contra el auto de levantamiento de la medida cabe interponer recurso de apelación, del mismo modo que el de prisión.

2.9 Duración de la medida de prisión preventiva.

El art. 17 CE no establece un plazo de duración de la prisión provisional, limitándose a una remisión a la regulación legal. Sin embargo, de los textos internacionales (arts. 9.3 PIDCP y 5.3 CEDH) se desprende que el plazo habrá de ser un “plazo razonable”⁸⁷.

Sin perjuicio, pues, de que la prisión provisional sólo haya de durar el tiempo imprescindible y en tanto subsistan los motivos que la justificaron, y se deba poner en libertad al preso en cuanto resulte su inocencia, es absolutamente necesario, por imperativo constitucional, que el legislador ordinario fije un plazo máximo de duración de la privación de libertad antes de la sentencia firme, lo que se hace en el art 504, señalando el tiempo máximo razonable para el mantenimiento de la medida⁸⁸.

La duración de esta medida cautelar personal tan gravosa encuentra su regulación en el art. 504 LECrim, en el que se establecen los plazos máximos teniendo en consideración dos elementos en conjunto, que serían la gravedad de hecho delictivo o infracción supuestamente cometidos junto con el fin que se persiga con la prisión preventiva.

Que se haga depender el plazo de duración posible de la prisión provisional de cuál sea la pena señalada al delito enjuiciado obedece, sin duda, a una voluntad expresa del legislador de que el tiempo transcurrido en dicha situación guarde la debida proporción con la duración máxima de la pena privativa de libertad que habría de

⁸⁶ Art. 528. III LECrim exige que todas las Autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculcados o procesados.

⁸⁷ PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Derecho procesal penal* op.cit., pág. 444

⁸⁸ MORENO CATENA Víctor, *Derecho de procesal penal*, op.cit., pág. 330. Se trata en todo caso de plazos máximos absolutos, que en ningún caso pueden sobrepasarse, ni siquiera para prorrogarlos, porque el respeto y cumplimiento de los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional que integra la garantía consagrada en el art. 17.4 CE, de manera que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad, y en consecuencia su vulneración.

abonar el preso preventivo, en caso de resultar condenado; o, dicho de otro modo, que en ningún caso el inculpado permanezca en prisión provisional más tiempo del que podría derivarse de una hipotética condena. Estamos ante una clara muestra más de la conexión de la temporalidad con el principio de *proporcionalidad* ⁸⁹.

Según el art. 504 LECrim, la prisión preventiva durará el tiempo necesario para alcanzar los fines y mientras subsistan los motivos y circunstancias que justificaron su adopción. Así, en los casos en los que la medida cautelar se adopte con el fin de asegurar la presencia del imputado, evitar que el imputado pueda actuar contra bienes de la víctima o evitar la reincidencia del mismo, la prisión provisional no podrá ser superior al año para los casos en los que el delito tenga señalada una pena de prisión inferior a 3 años, mientras que para los que tengan una pena de prisión superior a 3 años, la prisión preventiva podrá durar 2 años. No obstante, se prevé una posible prórroga para los casos en los que no se ha podido dictar sentencia dentro de los plazos anteriormente señalados, prolongando la prisión provisional hasta dos años si la pena señalada por el delito se excediera de los 3 años y hasta seis meses si el delito señalara una pena igual o inferior a tres años (art. 504. 2 LECrim). Dicha prórroga requiere de una decisión judicial expresa, específica, suficientemente motivada y que se adopte antes de que el plazo inicial haya expirado ⁹⁰.

Cuando la prisión preventiva se decreta con el fin de evitar la ocultación o destrucción probatoria, el art. 504. 3 LECrim dispone que su duración solo podrá ser de seis meses y sin posibilidad de prórroga.

En el caso que recaiga sentencia condenatoria con pena de prisión contra el imputado, y ésta sea recurrida, la prisión preventiva puede prolongarse como máximo hasta la mitad de la pena impuesta por la sentencia recaída (art. 504. 2 II LECrim).

⁸⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, op.cit., pág. 249 y 250. A su vez, considera que la medida de prisión provisional se haga depender del fin que legitima su adopción, pretende una más justa adecuación de la duración de la misma. Prueba de que está al servicio de los principios de idoneidad, necesidad y excepcionalidad.

⁹⁰ STC 27/2008, de 11 de febrero, FJ 4: “*La prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de prisión provisional decretada requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión y que ha de fundarse en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello (imposibilidad del enjuiciamiento en el plazo inicial acordado, o que el acusado haya sido condenado por Sentencia que haya sido recurrida (...)). Además, ha de ser adoptada antes de que el plazo máximo inicial haya expirado, pues constituye una exigencia lógica para la efectividad del derecho a la libertad personal, por más que no venga expresamente exigida por el precepto. Finalmente, la lesión producida por la ignorancia del plazo no se subsana por la adopción de un intempestivo acuerdo de prórroga tras la superación de aquél*”.

El TC ha reiterado en varias ocasiones que la insuficiencia de motivación en la prórroga de la prisión preventiva no supone una vulneración del derecho contenido en el art. 24.1 CE (tutela judicial efectiva), sino que se estaría vulnerando el derecho a la libertad del art. 17 CE). (STC 50/2009, de 23 de febrero, FJ 4).

Transcurridos estos plazos, el imputado debe ser puesto en libertad, aunque el proceso penal no hubiera terminado, pudiendo incurrir la autoridad judicial, en caso de no ser así, en pena de inhabilitación o suspensión especial como autor de un delito contra la libertad individual (arts. 530. 531 y 532 CP) ⁹¹. No obstante, si el imputado no comparece sin causa justificada a los requerimientos del Juez o Tribunal, podrá adoptarse de nuevo la prisión preventiva.

Para el cómputo de todos estos plazos anteriores se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado haya estado sometido a prisión preventiva por la misma causa (art. 504.5 LECrim). La LO 13/2003, de 24 de octubre introdujo en el art. 505 III LECrim que no pueden ser computables las dilaciones indebidas no imputables a la Administración de Justicia.

A todo esto, me parece curioso, cuanto menos, que estos plazos del art. 504 LECrim no guarden ningún tipo de coherencia con lo dispuesto en el art. 324 LECrim (redactado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre), que dispone que *“las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas”*.

Según el TEDH, para determinar si existe o no incumplimiento de los plazos se debe tomar como referencia el día en el que la detención se practicó.

Como consecuencia de dos procesos penales se produzca la coincidencia de estar en situación de penado y de preso preventivo, no cabe descontar del tiempo de prisión provisional, el periodo de cumplimiento de la condena impuesta por la primera causa ⁹².

Asimismo, puede también suceder que, a un mismo sujeto, se impongan diferentes medidas de prisión provisional originadas por distintos procedimientos penales. En tal hipótesis, el límite máximo respectivo surte sus efectos en cada uno de

⁹¹ STC 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5: *“Respecto del sometimiento a plazo máximo de la prisión provisional, exigencia constitucional (art. 17 CE) cuya concreta determinación se reserva a la ley, hemos declarado que la superación de los plazos máximos legalmente previstos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración”*. En esta sentencia el recurrente ha obtenido el amparo al considerar el Tribunal que ha habido una clara vulneración del derecho a la libertad por una prórroga indebida de prisión provisional.

⁹² STC 19/1999, de 22 de febrero, FJ 5: *“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”*. En esta sentencia ya mencionada al principio, el recurrente, que interpone el recurso de amparo contra los autos que le mantenían en prisión preventiva, se encuentra en situación de penado y de preso preventivo. Pues bien, en esta sentencia del TC, claramente se extrae que cuando de forma simultánea se está en situación de preventivo y de penado, el tiempo cumplido sólo se computa como cumplimiento de la condena.

los procedimientos, por lo que no resultará infringido el art. 17.4 CE por este motivo, cuando excedido el plazo máximo por una causa o título, se mantenga la situación de prisión por razón de otro procedimiento distinto, siempre, eso sí, que se den los motivos que constituyen su presupuesto y justificación, lo cual es problema distinto ⁹³.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre introdujo una importante novedad encaminada a conseguir un efectivo cumplimiento del régimen de plazos de duración de la prisión preventiva. Consistió en la creación de un Registro Central de medidas cautelares de ámbito nacional encuadrado en el Ministerio de Justicia; junto con una comunicación preventiva de que se aproxima la expiración del plazo máximo de prisión provisional.

Se atribuye carácter de tramitación preferente al procedimiento en el que el encausado se halle en prisión provisional, habiendo transcurrido en dicho estado las dos terceras partes de su duración máxima (art. 504.6). En tal caso, el juez o tribunal que conoce de la causa y el MF comunicarán respectivamente al Presidente de la Sala de Gobierno y al Fiscal-Jefe del tribunal correspondiente, esta situación, adoptándose las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la máxima celeridad ⁹⁴.

A todo esto, las medidas cautelares de prisión provisional, su duración máxima y su cesación, entre otras, así como las demás medidas cautelares adoptadas en el proceso penal se inscribirán en el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes, salvo que se trate de medidas cautelares adoptadas en procedimientos de violencia doméstica o de género, en cuyo caso se inscribirán en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica (véase Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia) ⁹⁵.

2.10 Abono de condena por el tiempo de prisión provisional.

El abono de condena surge en el momento en el que el proceso penal ha finalizado con sentencia firme en la que se impone una condena privativa de libertad.

⁹³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, op.cit., pág. 271. Cada medida debe considerarse en su individualidad, de modo que el tribunal debe examinar por separado la duración de las medidas de prisión provisional impuestas en cada uno de los procedimientos.

⁹⁴ BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III*, op.cit., pág. 300 y 301.

⁹⁵ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, op.cit., pág. 237. Este registro se registrará por las correspondientes disposiciones reglamentarias del Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oídos el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos. A salvo de los que se disponga en el mismo, debe asegurarse la confidencialidad.

Consiste en descontar de la pena impuesta el tiempo cumplido en régimen de prisión preventiva (art. 58.1 CP⁹⁶). También cabe restar el tiempo de detención.

También es posible el abono en causa distinta, ya que en el caso de que la condena de la sentencia no fuera de privación de libertad como la padecida provisionalmente traería consecuencias muy injustas. Dicho tiempo no abonado en la misma causa podrá abonarse en otra (art. 58.2 CP⁹⁷). Es necesario que se trate de sentencias por hechos cometidos con anterioridad al ingreso en prisión (art. 58.3 CP⁹⁸).

El art. 58.4 CP establece que todas estas reglas anteriores se aplicarán también en lo relacionado con las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

El art. 59 CP, por su parte, permite que se tengan en cuenta, en el cómputo de una pena, el tiempo que se hubiera estado sujeto a una medida cautelar de distinta naturaleza. Estamos, pues, ante casos de “abono heterogéneo”, para cuya práctica se confiere al juez cierto margen de apreciación⁹⁹.

En cuanto a la prisión preventiva cuando concurre de forma simultánea con causas penadas, el TC considera que se debe abonar al recluso en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente, lo que conlleva en la práctica abonar el mismo periodo de privación de libertad para el cumplimiento de condena en dos causas distintas¹⁰⁰.

En casos no susceptibles de abono, la reparación del daño podría obtenerse a través de una indemnización por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

⁹⁶ Art. 58.1 CP: “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 cuando 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.” Esta redacción se debe a la LO 5/2010, de 22 de junio, entrando en vigor el 24 de diciembre de ese año.

⁹⁷ Art. 58.2 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”.

⁹⁸ Art. 58.3 CP: “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”.

⁹⁹ MARTÍN RÍOS, María del Pilar, *Medidas cautelares personales. Detención, Libertad Provisional y Prisión Preventiva*, Juruá, Lisboa, 2016. Pág. 171. Se dice en concreto, que el juez o tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

¹⁰⁰ NISTAL BURÓN, Javier: “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo de la prisión preventiva cuando concurre de forma simultánea con causas penadas: consecuencias y efectos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2008, Tomo 4, n° 6982, pág. 1607.

El abono de condena no consiste en una facultad potestativa que tiene el juez, sino que es una obligación para el mismo, es preceptivo. Debe efectuarse en la fase de ejecución siendo prescindible su alusión en la sentencia, y dicha resolución puede ser recurrida en casación.

2.11 La indemnización en caso de prisión preventiva injusta.

Con anterioridad a la CE, aquellos ciudadanos que hubieran sufrido una prisión preventiva injusta no disponían de ningún mecanismo para reclamar una indemnización por los daños ocasionados. El art. 121 CE solucionó esta situación al establecer que cualquier funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o error judicial llevado a cabo, darán derecho a una indemnización, de la que el Estado se hará cargo. Este artículo ha sido desarrollado por la LOPJ (Título V, arts. 292 al 297).

La LOPJ ha metido la indemnización por prisión preventiva injusta en un saco diferenciado del error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 294.1 ¹⁰¹). Deben probarse los posibles daños materiales que se hayan podido provocar, tales como es el lucro cesante o el daño emergente.

El contenido, alcance e interpretación del art. 294 LOPJ ha sido objeto de una abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, equiparando a los supuestos de inexistencia objetiva del hecho imputado los de inexistencia subjetiva cuando el reclamante no tuvo participación en el mismo ¹⁰².

El art. 294 solo admite la indemnización por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho encausado, dejando al margen situaciones injustas de prisión provisional tales como hecho no constitutivo de delito, el preso preventivo exento de responsabilidad criminal, que sea condenado a pena no privativa de libertad, o condenado a pena privativa de libertad de menor duración, entre otras. Se trata de supuesto no cubiertos por la norma, que en la jurisprudencia se venían equiparando a la inexistencia objetiva del hecho ¹⁰³. En cuanto a su tramitación y

¹⁰¹ Art. 294.1 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.”

¹⁰² SARDINA CÁMARA, Pablo: “Nueva doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2011, Tomo 3, nº7643, ref.ª D-229, pág. 1402. La jurisprudencia expuesta que distingue entre inexistencia objetiva y subjetiva a efectos de aplicación del presente artículo ha sido objeto de revisión por dos sentencias de fecha de 23 de noviembre de 2010 (recursos de casación números 4288/2006 y 1908/2006) excluyendo de su ámbito de aplicación los supuestos de inexistencia subjetiva, por respeto a la doctrina del TEDH.

¹⁰³ BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III*, op.cit., pág. 301. Esto queda reflejado en la reciente STS 1348/2019, de 10 de octubre, FJ 5, en el que se expresa que “el Tribunal Supremo, ha

prescripción del derecho a reclamarla, hay que estar a lo establecido en el 293.2 LOPJ¹⁰⁴, regulador del procedimiento para los casos de error judicial y de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El TEDH declara que el simple rechazo de una indemnización por sufrir prisión preventiva no vulnera la presunción de inocencia¹⁰⁵. Sí lo sería si ese rechazo se basase en la existencia de sospechas sobre su culpabilidad, aun habiéndose procedido a su absolución. Así, en el “caso Puig Panella contra España”¹⁰⁶, el TEDH sostuvo que el Ministerio de Justicia español se basó en la falta de certeza total sobre la inocencia del recurrente para rechazar su demanda de indemnización, pese a que el fin de las actuaciones judiciales contra una persona o su absolución en sentencia equivalen a la proclamación oficial de la presunción de inocencia, entendiéndose que ese razonamiento sí es incompatible con el respeto a la presunción de inocencia¹⁰⁷.

3. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL.

La prisión provisional, como bien ya hemos dicho anteriormente, es la medida cautelar personal más gravosa que puede adoptarse contra el encausado durante la sustanciación de un proceso penal. El principio que rige por excelencia (en teoría) a la

limitado el artículo 294 LOPJ tal como indica su redacción literal a los casos de existencia de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por "inexistencia del hecho imputado". Por tanto sólo comprende los supuestos en que no hubiera existido materialmente el hecho determinante de la prisión preventiva, es decir cuando existe una prueba plena de que no existe el "hecho" imputado pero ya no la llamada inexistencia subjetiva, es decir aquellos supuestos en los que existe una ausencia acreditada de participación en hechos delictivos que existen objetivamente, es decir aquellos supuestos en los que consta cometido el Recurso Nº: 0000738/2016 8 delito pero existe una prueba plena y convincente de la falta de participación en los hechos de quien ha sufrido la prisión preventiva (inexistencia subjetiva probada fehacientemente). La solicitud de indemnización de estos supuestos de inexistencia subjetiva que venían siendo indemnizados al amparo del artículo 294, ha de realizarse por la vía general prevista en el artículo 293 LOPJ de error judicial”.

¹⁰⁴ Art. 293.2 LOPJ: “Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de 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.”

¹⁰⁵ Por el contrario, el TC en su sentencia 85/2019, de 19 de junio, FJ 4 deja claro que “Con mayor detalle, este Tribunal se ha referido a la razón de ser de la indemnización que nos ocupa (...) que las resoluciones denegatorias de la indemnización pueden lesionar el derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE”.

¹⁰⁶ “Caso Puig Panella contra España”: Sentencia del TEDH 1483/02, de 25 de abril de 2006 apartados 51, 54 y 55 de la sentencia, relativa al régimen de responsabilidad patrimonial en materia de administración de justicia y su compatibilidad con la presunción de inocencia. La clave del asunto estriba en que el demandante fue condenado sólo sobre la base de pruebas reunidas en la fase de instrucción, que no fueron reproducidas ni sometidas a contradicción en el juicio oral. Violando así el principio de presunción de inocencia.

¹⁰⁷ MARTÍN RÍOS, María del Pilar, *Medidas cautelares personales. Detención, Libertad Provisional y Prisión Preventiva*, op.cit., pág. 174. Precisamente por tal causa, el TEDH entiende que no resulta razonable exigir a nadie que presente prueba de su inocencia en el marco de un proceso para pedir indemnización preventiva, al revelar ello vulneración de la presunción de inocencia.

hora de imponerla es el de excepcionalidad. Significa que la regla general tiene que ser la libertad del imputado durante la tramitación de la causa hasta que haya una sentencia firme y que la privación de libertad del mismo ha de ser la excepción (art. 502.2 LECrim).

La excepcionalidad, su aplicación siempre restrictiva y supeditada a la presencia de una auténtica necesidad, así como su subsidiariedad, se traduce en la exigencia de que su acuerdo se dirija a la obtención eficaz de fines cautelares y, adicionalmente, que se opte por medidas que se traduzcan en una menor afectación del derecho a la libertad¹⁰⁸. Pero para ello deberá asumirse un coste económico mucho mayor.

Hablar de medidas alternativas a la prisión provisional no supone referirnos a la prisión preventiva atenuada (arresto domiciliario), ya que simplemente es una modalidad de la misma. Por definición, las medidas alternativas a la prisión provisional han de partir de una situación de libertad física del procesado, que se puede condicionar (o no) al cumplimiento voluntario de determinadas restricciones, imposiciones u obligaciones de naturaleza variada, generalmente limitativas de la libertad de residencia (como la obligación o la prohibición de residir en determinado lugar) o del derecho de libre circulación (como la prohibición de acudir a determinado lugar), previstos en el art. 19 CE¹⁰⁹.

Considero importante referirnos a que la Asamblea consultiva del Consejo de Europa, en su undécima sesión ordinaria, dirigió al Consejo de Ministros una recomendación relativa a la reforma penal (R 195-1959) el 23 de abril de 1959. En base a ella, el Comité de Ministros emitió la resolución (65) 11 de 9 de abril de 1965, en la que se daban una serie de principios tendentes a restringir el uso y la duración de la prisión provisional, proponiendo a los estados miembros la sustitución de la prisión provisional por otro tipo de medidas, tales como la permanencia vigilada en el domicilio, la orden de no abandonar un determinado lugar sin autorización del juez, la orden de comparecer periódicamente ante determinadas autoridades, la retirada del

¹⁰⁸ ASECIO MELLADO, José María: “Reforma de la prisión provisional...op.cit. pág. 1590. Considera que la excepcionalidad, para ser eficaz y no meramente teórica, debe reflejarse en diversas condiciones, tales como, la determinación de una pena de suficiente entidad que aparezca como límite para la adopción de la prisión provisional; el establecimiento de medidas preferentes a la privación de libertad; y la determinación de plazos de duración de la medida independientes de la pena previsiblemente asignada al delito perseguido.

¹⁰⁹ RAMOS RUBIO, Carlos: “Medidas alternativas a la prisión provisional en el proceso penal español: la libertad provisional”, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2003, nº 4, pág. 746.

pasaporte y/o del documento de identidad, el pago de una fianza o el emplazamiento en una institución especializada ¹¹⁰.

En nuestro ordenamiento, la única medida alternativa a la prisión provisional que se prevé es la libertad provisional en dos posibles modalidades, con o sin fianza, pero en ambos casos con la obligación *apud acta* de comparecer ante la autoridad judicial los días que señale el auto correspondiente, y cuando el Juez o Tribunal estime oportuno o necesario.

Nuestra LECrim no contiene un catálogo de medidas alternativas a la privación de libertad del encausado, por lo que desde hace muchos años y hasta hoy en día, la evolución social hace cada vez más necesario establecer un régimen de restricciones y limitaciones a la medida de libertad provisional (más allá de las que constituyen su propio régimen jurídico), para evitar que la prisión provisional sea la única manera de mantener localizados permanentemente a los procesados y así no se produzca un uso abusivo de la misma (como se ha venido haciendo hasta ahora).

En España, todas estas disposiciones se hallan dispersas a lo largo del articulado de la Ley, no integrando un catálogo homogéneo sujeto a iguales o similares presupuestos, lo que viene a representar una gran complejidad en orden a su aplicación y confirma que no se prevén con la naturaleza que cabría esperar de ellas ¹¹¹.

Debido a que solo hay dos opciones, o adoptar la prisión provisional o la libertad provisional, pasaré a analizar brevemente ésta última junto con las obligaciones que comporta su régimen jurídico ¹¹².

¹¹⁰ RAMOS RUBIO, Carlos: “Medidas alternativas a la prisión provisional ... op.cit. pág. 763. Junto a esta resolución, la recomendación (80) 11 del Comité de Ministros, de 27 de junio de 1980, dirigida asimismo a los estados miembros, propugna la reducción de la detención provisional por razones humanitarias y sociales al mínimo compatible con los intereses de la justicia, y por otro instituir a nivel europeo ciertas normas aplicables a las personas pendientes de proceso, apuntando como medidas alternativas de la prisión provisional, a la promesa del interesado de acudir a los llamamientos y citaciones judiciales y de no dificultar la acción de la justicia, la obligación de residir en una determinada dirección en las condiciones fijadas por la autoridad judicial, la prohibición de abandonar o de salir de un determinado lugar o de una zona concreta sin autorización judicial, la obligación de presentarse regularmente ante determinadas autoridades, la retención del pasaporte o documento de identidad, la entrega de caución o cualquier otra garantía y el control y asistencia por un órgano designado al efecto por la autoridad judicial.

¹¹¹ ASENSIO MELLADO, José María: “Reforma de la prisión provisional...op.cit, pág. 1591. Es evidente que el legislador de 2003 no tuvo pretensión alguna de introducir un sistema de medidas preferentes, ya que la proposición de ley presentada por el PSOE, que sí establecía un catálogo completo de las mismas, fue rechazada, sin justificación razonable, en su íntegra totalidad. Por tanto, no puede imputarse el olvido de la regla de excepcionalidad a un error u omisión, sino a un acto deseado y voluntariamente aceptado y buscado.

¹¹² En otros países, dichas restricciones y limitaciones impuestas a la libertad provisional, son consideradas auténticas medidas independientes y alternativas a la prisión provisional, pudiéndose adoptar simultáneamente.

La libertad provisional (arts. 528 a 544 LECrim), como ya señalábamos al principio, es una medida cautelar personal que cumple con los mismos fines de la prisión provisional, pero conlleva una menor intromisión en el derecho a la libertad reconocido en el art. 17 CE.

La libertad provisional con fianza

La fianza es considerada como una medida cautelar dirigida a asegurar el cumplimiento efectivo de las obligaciones impuestas al encausado que se encuentra en libertad provisional. Tradicionalmente se ha considerado como la obligación inherente a dicha medida, no constituyéndose como una opción independiente y alternativa. En el Derecho comparado está considerada como una verdadera alternativa a la prisión provisional.

Hay que decir, que el auto de libertad provisional con o sin fianza puede modificarse todas las veces que la situación lo requiera durante la sustanciación de la causa (art. 539.2 LECrim).

La libertad provisional con vigilancia permanente en el domicilio propio

La Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición pasiva fue la que incluyó en nuestro sistema procesal esta medida cautelar. La LO 13/2003, de 24 de octubre, introdujo el art. 508 LECrim, configurándola como una modalidad de la prisión provisional y no como una verdadera alternativa a la misma.

Sin embargo solo se prevé para dos supuestos, tal y como dice el propio art. 508 LECrim¹¹³. Por un lado, por razón de enfermedad y salud del imputado, y por otro, aquél que se encuentre en un proceso de desintoxicación, no pudiendo adoptarse esta modalidad de prisión atenuada fuera de estos dos casos. Medida que a mi parecer responde a verdaderas razones humanitarias.

Junto con la prisión atenuada o “arresto domiciliario” pueden adoptarse otras restricciones tales como vigilancia del domicilio, prohibición de recibir visitas,

¹¹³ Art. 508 LECrim: 1. El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del investigado o encausado 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 investigado o encausado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa. 2. En los casos en los que el investigado o encausado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupeficientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el investigado o encausado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida.

necesidad de autorización judicial para salir de la vivienda y algunas más que conforman su régimen jurídico.

La libertad provisional con orden de comparecer periódicamente

El art. 530 LECrim ¹¹⁴ ya pone de manifiesto que solo pueden adoptarse dos medidas, o la prisión provisional o la libertad provisional con o sin fianza, pero ambos casos van acompañadas con la obligación de personarse en encausado ante la autoridad judicial. Se introdujo en nuestro sistema procesal ya el siglo pasado al igual que el resto de países europeos ¹¹⁵.

Con esta obligación se pretende tener localizado al imputado en el proceso penal y que no pueda esquivar la acción de la justicia.

La libertad provisional con retención del pasaporte

Esta restricción (incorporada por la LO 13/2003) que acompaña en muchas ocasiones a la libertad provisional también está prevista en la última parte del art. 530 LECrim al decir “*Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención del pasaporte*”. Su fundamento se basa en impedir que el imputado se fugue, si bien es cierto que no supone la posibilidad absoluta de evitar la posible fuga. Nada se dice del documento nacional de identidad.

Puede haber dudas sobre si se trata de una medida de policía, pero al ser el Juez o Tribunal los habilitados para decretar esta medida, su carácter judicial no supone ninguna duda.

La libertad provisional con la prohibición de residir en o de acudir a determinado lugar o de comunicarse con determinadas personas

El art. 544. Bis LECrim, fue introducido por la Ley 14/1999, de 9 de junio. En él se hace referencia a la medida de prohibición de residencia en un determinado lugar para aquellos casos en los que se esté investigando alguno de los delitos contenidos en el art. 57.1 del CP ¹¹⁶. A su vez, la LO 13/2003, de 24 de octubre, reformó el último párrafo, referido a que incumplimiento de esta medida, el Juez o Tribunal convocará

¹¹⁴ Art. 530 LECrim: El investigado o encausado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa.

¹¹⁵ Hay dos bloques diferenciados: países como Francia, Italia y España la personación debe hacerse ante autoridades judiciales, mientras que otros, como Alemania y Austria, permiten la comparecencia ante cualquier autoridad.

¹¹⁶ Art. 57.1 CP: En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

una comparecencia para adoptar otra medida más gravosa para la libertad del imputado (tales como prisión provisional o una orden de protección...etc).

Con esta medida, al menos desde el plano teórico, se cumplen dos fines que no podían confiarse a la medida cautelar de prisión provisional, y son el de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, y el de evitar la reiteración delictiva. Es una medida sectorial, prevista únicamente para los delitos del art. 57 CP, y que en la práctica se ha revelado como insuficiente, pero que en todo caso inicia un camino que debe ser tomado en consideración por el legislador a futuro, y es el de servir a garantizar la excepcionalidad de la prisión provisional ¹¹⁷.

Por su parte, la Ley 27/2003, de 31 de julio, introdujo la “Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica” con el art. 544. Ter LECrim ¹¹⁸, que deberá ser inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género.

La libertad provisional con privación del permiso de conducir

Esta medida cautelar fue introducida por la Ley de 24 de abril de 1958, que trajo consigo al art. 529 bis LECrim ¹¹⁹, con la finalidad de evitar la reiteración delictiva.

Como vemos, en nuestro ordenamiento y sistema procesal vigente, más allá de la libertad provisional junto con todas estas restricciones y limitaciones que conforman su régimen, no hay verdaderas alternativas a la prisión provisional. Y como consecuencia de esa carencia, dicha medida se viene adoptando con mucha más frecuencia que su principio de excepcionalidad exige.

3.1 Medidas alternativas a la prisión provisional en el borrador del Código Procesal Penal.

En relación con el estudio que estamos realizando en dicho trabajo me parece verdaderamente interesante hablar del Borrador del Anteproyecto del Código Procesal Penal (ahora en adelante BACPP). Se trata de un texto, elaborado por expertos, y

¹¹⁷ MUÑOZ MUÑOZ, Sheila. “Medidas alternativas a la prisión provisional: hacia una menor injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la libertad personal del individuo”. *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 568

¹¹⁸ Art. 544 ter.1 LECrim: El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

¹¹⁹ Art. 529 bis LECrim: Cuando se decrete el procesamiento de persona autorizada para conducir vehículos de motor por delito cometido con motivo de su conducción, si el procesado ha de estar en libertad, el Juez, discrecionalmente, podrá privarle provisionalmente de usar el permiso, mandando que se recoja e incorpore al proceso el documento en el que conste. El Secretario judicial lo comunicará al organismo administrativo que lo haya expedido.

aprobado por el Consejo de Ministros el 22 de julio de 2011, que vendría a sustituir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, proponiendo un cambio radical del sistema de justicia penal. En su EM se hace referencia a la necesidad de una nueva regulación sobre el proceso penal más acorde con los tiempos que se viven y denuncia la obsolescencia de la regulación vigente. Finalmente, no llegó a ser objeto de debate en las Cortes Generales, como consecuencia de su disolución anticipada debido a las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011. Más tarde, el 2 de marzo de 2012, tuvo lugar una reunión del Consejo de Ministros, en la cual fue aprobada el Acuerdo por el que se crea una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de la LECrim, que no se materializó hasta 2013.

Este borrador trae consigo cambios sustanciales en lo referido a la materia de medidas cautelares. Encuentran su regulación en el Libro III BACPP, dividido en tres Títulos: el Título I, bajo la rúbrica de “*Disposiciones generales*”, comunes para todas las medidas cautelares; el Título II, bajo el nombre de “*Medidas cautelares personales*”; y el Título III en el que se encuentran las medidas cautelares reales.

En el BACPP, la prisión provisional pasa a ser denominada como “*prisión preventiva*”. Otra cosa a destacar es que dicho borrador sí que trata ya de regular verdaderas medidas alternativas a la prisión preventiva, al contener en el Título II, del Libro III, el Capítulo VI, llamado “*Otras medidas cautelares personales*”, que persiguen garantizar la disponibilidad del encausado durante el proceso, la protección de la víctima o neutralizar la peligrosidad del imputado. Vemos que, con este borrador, se busca conseguir la excepcionalidad de la medida, al optar por regular otras vías y otras medidas cautelares menos gravosas para el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE).

Siendo consciente el prelegislador, de garantizar la efectividad de la excepcionalidad de la prisión preventiva, estableció un amplio catálogo de medidas alternativas a la misma (art. 181 BACPP) y que veremos brevemente a continuación.

La prisión preventiva se encuentra regulada en el art. 151 BACPP¹²⁰, en el Capítulo I, del Título II del Libro III. Vemos que aparece la primera dentro de todas las medidas cautelares personales.

¹²⁰ Art. 151 BACPP: El Tribunal competente para el conocimiento de la causa ordenará la prisión preventiva, a instancia del Fiscal o de alguna de las acusaciones, cuando concurran los requisitos previstos en este Código y su finalidad no pueda alcanzarse con otras medidas menos gravosas para la libertad personal del encausado.

La regulación contenida en el BACPP también mejora en la medida en que se establece una pena mínima (no inferior al año de privación de libertad) por debajo de la cual ni si quiera en los supuestos excepcionales pueda acordarse la prisión preventiva, a diferencia de la regulación actual, en la que en los supuestos excepcionales en la que la pena puede ser inferior a los años de prisión la prisión preventiva puede acordarse por muy leve que sea la pena correspondiente al hecho delictivo objeto del proceso ¹²¹.

En cuanto a la duración, se contemplan modificaciones que mejoran la situación del preso preventivo y otras la empeoran.

Por ejemplo, alguna de las variaciones que benefician al preso preventivo sería que la duración máxima de esta medida cuando se adopte con el fin de evitar la alteración de las fuentes de prueba se reduce de los 6 meses (art. 504.3, I LECrim) a los 3 meses (art. 155.1, II BACPP). Otra sería que el plazo máximo de prisión preventiva de dos años solo puede prorrogarse, con carácter general ¹²², por un año más (art. 156.1. II BACPP), mientras que, en nuestra legislación vigente, puede prorrogarse por otros dos años más (art. 504.2. I LECrim).

En relación con esta última, por el contrario, y una de las modificaciones desfavorables para el imputado en prisión preventiva con la duración máxima de un año, es que ésta podría prorrogarse por un año más (art. 156.1. I BACPP), mientras que en la regulación vigente solo puede ser por seis meses (art. 504.2. I LECrim).

Las llamadas “*medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva*” encuentran su regulación en los arts. 180 a 199 BACPP, dentro del Capítulo VI, del Título II del Libro III, bajo la rúbrica “*Otras medidas cautelares personales*”.

A todo esto, se añade que, en ocasiones, sin justificación alguna, se producen variaciones entre la terminología utilizada en el catálogo y la que luego se emplea al

¹²¹ BELLIDO PENADÉS, Rafael: “La prisión provisional y las medidas alternativas aseguradoras de la presencia del encausado en el borrador del Código Penal Procesal”. MORENO CATENA, Víctor. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (Cristina Ruiz López y Raquel López Jiménez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 409 y 410. Esto es consecuencia de que la Decisión Marco 2009/829 JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, establece como requisito del reconocimiento de resoluciones sobre medidas sustitutivas de la prisión preventiva sin control de la doble tipificación de los hechos delictivos estén castigados en el Estado de emisión con pena o medidas privativas de libertad de un máximo al menos de tres años.

¹²² Excepcionalmente, en delitos contra la vida, en delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de una banda, la prisión preventiva puede prorrogarse por otros dos años más (art. 156.1. II BACPP).

regular las medidas en particular, lo que, cuanto menos, distorsiona la lectura del texto y la comprensión de la voluntad del prelegislador ¹²³.

Este Capítulo VI, se encuentra dividido en cinco Secciones: la primera contiene disposiciones generales comunes para todas estas medidas cautelares alternativas (haciendo referencia al principio de excepcionalidad y también contiene un amplio catálogo de medidas en el art. 181 BACPP); la segunda, regula la caución (o fianza) ¹²⁴; la tercera, las medidas para asegurar la presencia del encausado; la cuarta, las medidas protectoras de la víctima; y finalmente, la quinta, las medidas neutralizadoras del encausado.

Podemos decir que el BACPP da satisfacción a las reivindicaciones doctrinales y necesidades sociales de establecer verdaderas alternativas a la prisión provisional y conseguir de una vez por todas y hacer efectivo su carácter excepcional.

3.1.1 Medidas relativas a la disponibilidad del encausado.

Se introduce como medida alternativa la utilización de medios electrónicos y telemáticos cuyo fin sería el de poder tener un seguimiento y localización permanente del encausado, el cual debe estar informado de su obligación a mantener en funcionamiento los mismos (art. 185 BACPP). Cabe destacar que el quebrantamiento involuntario de la medida da opción de adoptar medidas de protección a la víctima, mientras que el voluntario supondría la detención del imputado.

Otra medida que se recoge la prohibición de salida del territorio nacional (art. 186 BACPP) que se complementará con la retención del pasaporte ¹²⁵ u otro documento de identidad con el que se permita viajar a ciertos países. Aquí podemos observar una deficiencia del prelegislador, ya que en el catálogo del art. 181 BACPP también se recoge la prohibición de salida de la Unión Europea y a la hora de desarrollarlo nada se dice de esto.

¹²³ GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo: “Las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal” MORENO CATENA, Víctor. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (Cristina Ruiz López y Raquel López Jiménez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 456 y 457. Así, sucede, por ejemplo, en relación con la medida de “obligación de portar medios telemáticos que permitan el seguimiento permanente”, ya que en el art. 185 BACPP en su rúbrica se refiere a “medios electrónicos”; o con la medida de “prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos”, a la que se refiere el art. 191 BACPP como “prohibición de entrada en locales y determinados lugares”.

¹²⁴ Regulada en los arts. 182 a 184 BACPP como medida orientada a garantizar la disponibilidad del imputado durante la sustanciación de la causa.

¹²⁵ Esta posibilidad ya aparece, como bien hemos visto con anterioridad ya se encuentra prevista en la actual y vigente LECrim en el art. 530, al final del mismo.

Además, también aparece como medida alternativa la presentación obligatoria ante la autoridad procesal (art. 187 BACPP)¹²⁶. Esta medida también está prevista en el art. 530 LECrim pero la novedad que se introduce en el BACPP es que dicha comparecencia podrá hacerse no solo ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa sino que también podrá hacerse ante el Fiscal o la policía.

Otra medida que se introduce es la de la obligación de comunicar por parte del encausado los cambios de localización (art. 188 BACPP). Podemos apreciar que la definición está mucho más definida y determinada en el catálogo del art. 181. 1, A. 6ª BACPP al establecer la obligación de comunicar los cambios de residencia o domicilio y el lugar o puesto de trabajo (otro despiste más del prelegislador).

Por último, se incluye la posibilidad de prohibición de poder ausentarse de un ámbito territorial determinado más reducido que el territorio nacional pero más amplio que el lugar de residencia pudiendo el encausado solicitar permisos ocasionales de salida por un motivo justificado (art. 189 BACPP).

3.1.2 Medidas protectoras de la víctima.

En el BACPP las medidas protectoras de la víctima forman parte de las medidas alternativas a la prisión preventiva ya que aparecen en el amplio catálogo del art. 181 BACPP. Dicha Sección contiene cinco medidas a pesar, una vez más, que en dicho catálogo solo aparecen cuatro de ellas.

En primer lugar, el art. 190 BACPP regula la prohibición de aproximación o comunicación a la víctima y a otras personas con las que estén íntimamente vinculadas. Podemos observar que, en la LECrim, en su art. 544 bis recoge la posibilidad de prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades o CCAA, y de acercarse de determinadas personas cuando se investiguen hechos constituyentes de delitos del art. 57 CP teniendo en cuenta las circunstancias personales del encausado, cosa a la que el BACPP no hace referencia.

En segundo lugar, se regula la prohibición de entrada en locales y determinados lugares (art. 192 BACPP). Esta medida no está contemplada como tal en la LECrim, pero se puede intuir queda directamente incorporada con la prohibición que establece el art. 544 bis.

¹²⁶ Otro despiste legislativo que podemos apreciar es que en el catálogo de medidas alternativas del art. 181 BACPP, se habla de presentación “periódica” ante la autoridad procesal mientras que en el desarrollo de la medida en el art. 187 BACPP se habla de presentación “obligatoria”.

En tercer lugar, se encuentra la medida de prohibición u obligación de residencia (art. 192 BACPP), que debe ser solicitada siempre a instancia de parte, teniendo en cuenta, ahora sí, las circunstancias personales del imputado. Aquí encontramos otra insuficiencia prelegislativa, ya que en el art. 544 bis LECrim parece ser mucho más claro y explícito a la hora de determinar los lugares donde se le prohíbe residir.

En cuarto lugar, se contempla la suspensión temporal de la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela o administración de bienes (art. 193 BACPP). A pesar de ser de carácter civil, en el BACPP aparece como medida alternativa a la prisión provisional. Otra vez más la falta de técnica legislativa se puede apreciar al ver que en el amplio catálogo del art. 181 BACPP el prelegislador parece olvidarse de la curatela.

Por último, nos encontramos con la orden de protección (art. 194 BACPP), y como bien se ha mencionado anteriormente, no prevista dentro del catálogo del art. 181 BACPP). Es importante destacar, que la orden de protección, es la primera y principal medida de protección a la víctima que contempla expresamente la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ¹²⁷. Es importante destacar que esta medida también se encuentra en el art. 544 ter LECrim y que se encuentra mucho más desarrollada en la misma tanto para víctimas de violencia de género como de violencia doméstica, cosa que no sucede tan explícitamente en el BACPP.

3.1.3 Medidas neutralizadoras de la peligrosidad del encausado.

Se trata de medidas de naturaleza jurídica diversa pero que no solo persiguen la finalidad neutralizadora de la peligrosidad del encausado.

Así el art. 195 BACPP tiene por objeto la inhabilitación para el ejercicio de ciertas actividades, profesión o cargo público, como la privación del derecho de conducir o la tenencia y porte de armas, con atención a las circunstancias personales del imputado ¹²⁸.

A continuación, en el art. 196 BACPP se regula la obligación de participar en determinado programas educativos o formativos, con el fin de evitar la reiteración

¹²⁷ VELÁSQUEZ GONZÁLEZ, Zugey: “Medidas protectoras de la víctima como alternativas a la prisión preventiva en el borrador de anteproyecto del Código Penal Procesal”. MORENO CATENA, Víctor. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (Cristina Ruiz López y Raquel López Jiménez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 434.

¹²⁸ El BACPP regula la privación del permiso de conducir como medida cautelar personal en el art. 195, mientras que la medida cautelar real de intervención y confiscación del vehículo se encuentra regulada en el art. 218 BACPP. A diferencia de la ALECrím del 2011, que regula de forma conjunta ambas medidas cautelares en su art. 236.

delictiva y de empezar, en caso de sentencia condenatoria con su reinserción en la sociedad. Aquí podemos apreciar que con esa última finalidad el derecho a la presunción de inocencia queda vulnerado y se parte de la culpabilidad del encausado, lo que hace cuestionarse su adecuación con la CE.

A su vez, cuando el imputado haya cometido algún hecho presuntamente delictivo como consecuencia de sufrir alguna patología psiquiátrica el art. 197 BACPP prevé la posibilidad de someterse a algún tratamiento o control médico el tiempo que sea necesario.

El art. 198 BACPP prevé una medida novedosa (también prevista en el ALECrím de 2011) limitativa del derecho a la libertad del encausado sometiéndose al control y vigilancia llevada a cabo por otra persona. Precepto que a mi parecer es bastante escueto y nada concreto.

El último precepto de la Sección 5ª contiene medidas para los delitos cometidos a través de medios de comunicación. Y como vemos, nos encontramos con otra deficiencia prelegislativa ya que no aparecen en el catálogo del art. 181 BACPP. Tienen como finalidad reintegrar a la víctima en el disfrute íntegro de sus derechos (secuestro de la publicación, retirada de datos en el contenido de la misma, prohibición de edición...).

En cuanto a su adopción, la prisión preventiva exige la celebración de una comparecencia oral, mientras que todas estas medidas alternativas a la misma, podrán adoptarse a través de una audiencia de la defensa por escrito o a través de una comparecencia oral (art. 202 BACPP). Nada se dice acerca de si la resolución deberá adoptar forma de auto ni de su motivación, lo que evidencia aún más, que el comentado BACPP se encuentra bastante incompleto y poco explícito en muchas ocasiones.

En mi opinión, sí que es verdad que trata de dar solución a un problema que viene padeciendo el sistema procesal español desde siempre al ofrecernos más medidas alternativas y menos gravosas para la libertad que la prisión provisional, es decir, trata de hacer efectiva y asegurar que la misma se adopte en casos excepcionales y que la generalidad sea la libertad del imputado, pero con restricciones, a la espera de una sentencia firme. Pero también es verdad que se evidencia una insuficiente claridad, precisión y desarrollo sobre los presupuestos y duración de las medidas, además de un gran número de deficiencias tanto técnicas como de coordinación prelegislativa.

3.2 Medidas alternativas a la prisión provisional en el ámbito de la UE.

Considero interesante analizar la tendencia que hay sobre las medidas cautelares personales en el ámbito de la UE. En especial la importancia que se le viene dando desde hace años a la sustitución de la prisión provisional por otras medidas alternativas de vigilancia en relación con el reconocimiento mutuo de resoluciones entre Estados miembros y que podría servir de inspiración para conseguir esa efectiva excepcionalidad a la hora de adoptar esta medida tan gravosa.

Las medidas cautelares personales han sido objeto de un estudio exhaustivo desde la UE, llegando a la conclusión de que la prisión provisional se acuerda en mayor porcentaje a nacionales o residentes en otro Estado miembro o cuando procede de un tercer Estado, mientras que los nacionales se aprovechan de las ventajas de la libertad provisional.

La excepcionalidad de la prisión provisional, las dificultades en el reconocimiento y en la ejecución de las medidas cautelares personales alternativas a la prisión provisional y el exceso de población reclusa inmigrante constataban la necesidad de crear un instrumento jurídico a través del cual se facilitara, por un lado, el reconocimiento de medidas alternativas a la prisión provisional que pudieran ser cumplidas en Estados distintos de aquél en el que se hubiera acordado mientras que, por otro, se intentaba mitigar la estigmatización que produce la prisión provisional, especialmente cuando el sospechoso no es nacional del Estado en el que se tramita el procedimiento ni residente del mismo ¹²⁹.

Así la Comisión en el año 2003 reunió a un grupo de expertos para iniciar un trabajo con la finalidad de proponer medidas alternativas a la prisión provisional que fueran igual de eficaces que ésta y controladas en otro Estado de la UE. Como consecuencia se publicó el Libro Verde el 17 de agosto de 2004, sobre el reconocimiento mutuo de medidas de control no privativas de libertad. Tuvo como propósito introducir un modelo de libertad provisional a adoptar en todos los Estados miembros, para así reforzar el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia en el ámbito de la UE y reducir la cifra de prisiones provisionales.

¹²⁹ PÉREZ MARÍN, M^a Ángeles: “Dos ejemplos de medidas cautelares penales en el espacio judicial europeo: las medidas alternativas a la prisión provisional y el embargo preventivo previo al decomiso de los efectos procedentes del delito”. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino, *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo*”, Atelier (Libros jurídicos), Barcelona, 2013. Pág. 375. De este modo, se abría paso la idea de permitir el cumplimiento de las medidas privativas de libertad en el Estado de origen o de residencia de la persona sometida a la misma, por ser los lugares en los que tiene el lógico arraigo, social, cultural, laboral y familiar.

Del Libro Verde surge la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, *relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional*. Este instrumento es una prueba de que libertad y seguridad pueden ir de la mano ya que refuerza la posición del imputado ofreciendo a la vez una protección efectiva a la víctima y la sociedad ¹³⁰.

Esta Decisión Marco sobre la orden europea de vigilancia (OEV) fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM).

La OEV surge como una valiosa herramienta para garantizar el carácter excepcional y subsidiario que debe presidir el uso de la prisión provisional. Está llamada a permitir que las medidas cautelares de vigilancia impuestas por un Estado miembro a un investigado, imputado o acusado no residente en el mismo sean reconocidas y supervisadas por un Estado miembro diferente ¹³¹. Básicamente se refiere a la libertad provisional en la fase previa al juicio. Para el caso de que el encausado no vuelva de manera voluntaria al Estado de emisión, podrá ser entregado a través de la orden de detención europea.

Las medidas sustitutivas de la prisión provisional que pueden adoptarse por los Estados miembros aparecen recogidas en el art. 8 DM ¹³². En el apartado 1 aparecen las

¹³⁰ Con esta Decisión Marco se persigue facilitar que los Estados miembros reconozcan la decisión emitida por otro Estado y que el Estado que la ejecute controle las medidas impuestas por el Estado emisor, a la vez que evitar la discriminación por razón de nacionalidad.

¹³¹ CAMPANER MUÑOZ, Jaime: “La orden de vigilancia: statu quo y perspectivas de futuro. Hacia una necesaria armonización de las medidas cautelares personales en la UE”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2012, nº 30, pág. 161.

¹³² Art. 8 DM 1. La presente Decisión marco se aplicará a las siguientes medidas de vigilancia: a) obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir las citaciones a comparecer en unas diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales; b) obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; c) obligación de permanecer en un lugar determinado, cuando proceda, en períodos determinados; d) imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución; e) obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; f) prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos. 2. Cuando incorpore la presente Decisión marco a su Derecho nacional, o ulteriormente, cada Estado miembro deberá notificar a la Secretaría General del Consejo las medidas de vigilancia, además de las mencionadas en el apartado 1, cuya supervisión está dispuesto a asumir. Dichas medidas podrán comprender en particular: a) obligación de no realizar determinadas actividades relacionadas con los delitos presuntamente cometidos, lo que podrá incluir ejercer determinadas profesiones o trabajar en determinados sectores; b) obligación de no conducir vehículos; c) obligación de depositar una suma determinada o dar otro tipo de garantía, en un número determinado de plazos o en un pago único; d) obligación de someterse a tratamientos terapéuticos o a tratamientos contra las adicciones; e) obligación de evitar todo contacto con objetos específicos

medidas de aceptación obligatoria por los Estados miembros y en el apartado 2 las de carácter facultativo, notificando a la Secretaría General del Consejo cuáles están dispuestos a asumir.

Si las medidas fueran incompatibles con el Derecho del Estado de ejecución, las autoridades competentes podrán adaptarlas a las opciones que ofrezcan su ordenamiento jurídico para infracciones equivalentes, no pudiendo ser más severas que las acordadas por la autoridad del Estado de emisión (art. 13 DM) ¹³³.

Con la OEV se pretendía fomentar el uso de dispositivos electrónicos como medidas sustitutivas de la prisión provisional y que eso sirva de inspiración a los Estados miembros para incorporarlas a su ordenamiento.

A su vez, la LRM traslada el contenido del art. 8 DM a su art. 110 ¹³⁴, aceptando todas ellas. Su finalidad es múltiple: garantizar la debida acción de la justicia y la comparecencia en juicio del imputado, promover la adopción de resoluciones de libertad provisional de no residentes, mejorar la protección de las víctimas y la seguridad ciudadana. Es clave tener en cuenta esta finalidad porque servirá para fundamentar la emisión del instrumento o la denegación de su reconocimiento ¹³⁵.

relacionados con los delitos presuntamente cometidos. 3. La Secretaría General del Consejo pondrá a disposición de todos los Estados miembros y de la Comisión la información recibida con arreglo al presente artículo.

¹³³ PÉREZ MARÍN, M^a Ángeles: “Dos ejemplos de medidas cautelares penales en el espacio judicial...op.cit. pág. 381. Siendo el derecho del Estado de ejecución por el que se regirá el cumplimiento de las medidas, aunque cualquier decisión acerca de la modificación, suspensión, renovación o supresión seguirá siendo competencia del Estado emisor.

¹³⁴ Art. 110 LRM: 1. Son susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea o de recepción por las autoridades judiciales españolas competentes las siguientes medidas de vigilancia: a) La obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir citaciones a comparecer en las diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales; b) La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; c) La obligación de permanecer en un lugar determinado durante el período de tiempo señalado; d) La obligación de respetar las limitaciones impuestas en relación con la salida del territorio del Estado de ejecución; e) La obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; f) La prohibición de aproximarse a determinadas personas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos; g) La inhabilitación para ejercer determinadas profesiones o actividades ligadas con el delito presuntamente cometido; h) La obligación de no conducir vehículos de motor; i) La obligación de depositar una fianza o prestar otra garantía, ya sea en determinados plazos o en un pago único; j) La obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación o deshabitación de adicciones; k) La prohibición de tenencia y porte de armas o de otros objetos específicos relacionados con el delito enjuiciado.

¹³⁵ ARANGÜENA FANEGO, Coral: “Reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional: análisis normativo”. *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*, (Coral Arangüena Fanego, Montserrat de Hoyos Sancho y Carmen Rodríguez-Medel Nieto), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 213. Art. 109.2 LRM: Con la transmisión de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional debe garantizarse la debida acción de la justicia y, de modo especial, la comparecencia en juicio de la persona de que se trate. Asimismo, debe mejorar la protección de las víctimas, la seguridad ciudadana y promover la adopción de resoluciones de

Pueden producirse paradójicos atentados contra el principio de igualdad en los supuestos en los en que un Estado que no tiene prevista en su ordenación una determinada medida de vigilancia y, además, a pesar de no ser incompatible con el mismo, la aplique a supuestos excepcionalísimos en su territorio, comience a aplicarla para la supervisión de no residentes ¹³⁶.

En España, no se haya regulada en la LECrim la localización permanente a través de medios electrónicos como medida alternativa a la prisión provisional, aunque si se prevé en el BACPP como bien he explicado anteriormente. Según NIEVA FENOLL, estos dispositivos telemáticos de vigilancia constante podrían ahorrar mucha burocracia (muchas de ellas ya inútil en la actualidad) y esfuerzos a las oficinas judiciales ¹³⁷. Sin embargo, los Jueces y Tribunales son muy reacios a la hora de confiar en su utilidad y efectividad. A su vez, el arresto domiciliario o “prisión atenuada” solo se prevé en casos de grave enfermedad y que el encierro suponga un grave riesgo para la salud del imputado. Todo eso en conjunto hace que se adopten un gran número de prisiones provisionales y que la regla de la excepcionalidad no se cumpla, y sea más bien la regla general. Ahora bien, en otros países de la UE sí que encontramos preceptos que regulan estas medidas como forma alterativa ¹³⁸.

De todas formas, la DM hay que valorarla positivamente ya que su finalidad era la de promover la adopción en mayor porcentaje de la libertad provisional de los investigados reforzando las garantías y los derechos fundamentales dentro de la UE y

libertad provisional en relación con imputados que no sean residentes en el Estado miembro donde se sigue el proceso penal en su contra.

¹³⁶ CAMPANER MUÑOZ, Jaime: “La orden de vigilancia: statu quo y perspectivas de futuro. Hacia una necesaria armonización...op.cit. pág. 181. Como bien sabemos nuestra LECrim (del año 1882) no prevé algunas de las medidas que, en la práctica, se viene aplicando, con mayor o menor frecuencia y éxito, como substitutivas de la prisión provisional.

¹³⁷ NIEVA FENOLL, Jordi: “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal”, *Justicia*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2005, nº 3-4, pág. 116. El autor ve ventajas en estos aparatos de localización permanente ya que el encausado está controlado en todo momento por lo cual puede gozar de libertad de movimientos sin perturbarle en exceso a la vez que se evita las comparecencias periódicas ante la autoridad judicial con el fin de impedir un riesgo de fuga.

¹³⁸ Así, en Reino Unido sí que utilizan medidas de vigilancia electrónica como alternativa a la privación de libertad del encausado durante la tramitación de la causa (tuvieron su origen en delitos violentos y contra la libertad sexual, junto con la prohibición de aproximarse a la víctima y con la obligación de permanecer en un lugar específico y durante un tiempo determinado).

En Italia, su *Codice di Procedura Penale*, en su art. 28, prevé como medida cautelar el arresto domiciliario complementándolo con ciertas prohibiciones y restricciones de comunicación junto con la utilización en ciertos casos de medios telemáticos a modo de control.

En nuestro país vecino, Portugal, también aparece regulada como medida alternativa a la prisión provisional el arresto domiciliario, que lleva aparejada vigilancia electrónica, tanto en la vivienda como en su puesto de trabajo si se diera el caso y siempre y cuando el encausado cuente con la autorización necesario para ello.

deja clara cuál es la tendencia europea en cuanto al tema de las medidas cautelares personales.

En mi opinión deberíamos tomar ejemplo de otros países cercanos al nuestro, reformar de una vez por todas la LECrim y adoptar medidas alternativas, pero igual de efectivas, que la prisión provisional y que no menoscaben la libertad personal de una manera tan gravosa mientras no haya una sentencia condenatoria firme.

4. CONCLUSIONES.

El presente trabajo ha consistido fundamentalmente en el análisis de los presupuestos de una institución jurídica especialmente importante, como es la prisión provisional, y de la tutela cautelar en general.

Sobre los temas expuestos, son varias las conclusiones a las que he llegado y que a continuación explicaré:

I. La prisión provisional como medida cautelar personal. Las medidas cautelares personales tienen un tratamiento bastante diferenciado con el de las civiles, ya que inciden directamente contra derechos fundamentales especialmente importantes de las personas. La prisión provisional puede considerarse la medida más gravosa, más extrema y especialmente problemática y controvertida que hay prevista en nuestro ordenamiento jurídico, ya que consiste en privar del derecho a la libertad de un sujeto sobre el que no ha recaído sentencia de condena firme alguna. Por eso considero que la regulación debe ser muy rigurosa, precisa, tener especial sensibilidad y asegurar las garantías del sujeto que la sufre al máximo (ya que más vale un culpable en la calle que un inocente en la cárcel).

II. Los derechos fundamentales de libertad (art. 17.1 CE) y presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Esta medida tan extrema se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber, también estatal, de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano. Con la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim, se introdujeron requisitos más exigentes para que la prisión provisional fuera lo más respetuosa posible con los derechos fundamentales consagrados en la CE como es el de presunción de inocencia y el de libertad. La jurisprudencia nos deja clara la compatibilidad de la garantía de estos derechos con la medida, sin embargo, considero que es necesario mejorar ciertos aspectos de su regulación. Por tanto, igual la problemática que rodea a la prisión preventiva radica no tanto en su existencia, como en su regulación bastante deficiente y en su aplicación en la práctica.

III. Problemática sobre la naturaleza jurídica de la prisión provisional. Es indiscutible el carácter cautelar de la medida, ya que se impone con el fin de asegurar la efectividad de una posible sentencia condenatoria futura y el normal desarrollo de la instrucción y del proceso. Ahora bien, el carácter preventivo de la medida, que tiene el fin de evitar la reiteración delictiva, considero que no es apropiado porque se basa en conjeturas y suposiciones de algo que puede pasar en un futuro, como para ingresar de forma provisional en la cárcel al encausado (cosa distinta sería si el sujeto fuera

peligroso en potencia para la víctima y para la sociedad en general). Además, como he explicado, el TC prohíbe la consideración de la prisión provisional como medida de seguridad. Pero ro, a pesar de ello, muchas veces se acuerda, no para garantizar el transcurso de la causa, sino para proteger a las víctimas. En mi opinión, si se adopta con esa finalidad podrían emplearse otros medios como, por ejemplo, para víctimas de violencia de género, el de la localización permanente del imputado.

IV. Necesidad de una solicitud a instancia de parte y la celebración de una audiencia previa. Bajo mi punto de vista, considero un verdadero punto de inflexión en la regulación de esta institución jurídica la reforma llevada a cabo por la LO 5/1995, de 22 de mayo, conocida como la “Ley Orgánica del Tribunal del Jurado”. Trajo la novedad de que para acordar la prisión provisional es necesario la solicitud previa de la parte acusadora o del MF y la celebración de una audiencia previa en la que el Juez decidirá si adopta la medida o no, permitiendo así un procedimiento contradictorio en el que el encausado podrá defenderse.

V. Proporcionalidad y excepcionalidad. Bajo mi punto de vista estas son las características más importantes y las que tienen que estar siempre presentes a la hora de adoptar o no la prisión provisional. La regla general debería ser, y digo debería porque no siempre es así desgraciadamente, la de la libertad del imputado durante la tramitación de la causa, y solo cabe acordar la prisión provisional siempre que sea absolutamente imprescindible y no haya otra medida igual de efectiva y menos gravosa con la que se puedan alcanzar los mismos fines. Sin embargo, como he justificado en mi trabajo, la excepción se ha convertido en la regla general y el problema podría estar, entre otros muchos, en el umbral mínimo, demasiado bajo a mi parecer, que se exige que lleve aparejada la pena del supuesto delito cometido por el encausado. El art. 503.1. 1º LECrim, establece una pena igual o superior a dos años de privación de libertad, existiendo excepciones en los que ese límite no opera. Opino que esto choca totalmente con las exigencias de excepcionalidad y proporcionalidad, ya que acaba abarcando muchos de los delitos previstos en el CP. Por esto, considero que, para asegurar el carácter excepcional y proporcional de la medida, es absolutamente necesario aumentar ese umbral (a tres años, como en el ámbito de la UE) y que su adopción quede prohibida para delitos de poca gravedad que no atenten contra la salud y la vida de personas.

VI. Fines que justifican su adopción. Otra cuestión importante sería la legitimidad de las finalidades que permiten acordar la prisión provisional. El principal fin con la que se adopta sería el de asegurar la presencia del encausado y evitar así el

riesgo de fuga si lo hubiera (art. 503.1. 1º a) LECrim). El problema aquí es que en la práctica se suele acudir a esta finalidad de forma automática olvidándose del carácter excepcional de la misma. En cuanto a la evitación de ocultamiento o destrucción probatoria, es necesario que exista un peligro real, pero el fallo, en mi opinión, estaría en la genérica y escasa regulación de esta finalidad (art. 503.1. 1º b) LECrim). Otro fin sería el de evitar la reiteración delictiva, el más controvertido bajo mi punto de vista, ya que se parece más a una especie de pena anticipada, adelantándose a lo que puede llegar a hacer o no el encausado, y nuestro CP deja claro, en su art. 34, que no puede reputarse como pena la prisión provisional. Es cierto, que la inseguridad ciudadana y las ansias de calmar la alarma social no son finalidades que justifican su adopción, pero considero que en muchos casos mediáticos influye en gran medida.

VII. Límites de duración excesivos de la medida cautelar. Nuestra Carta Magna no establece los plazos de duración de la medida, dejándolo en manos del legislador. De los textos internacionales se desprende el “carácter razonable” de duración de la medida, y siempre por el tiempo imprescindible. El art. 504 LECrim es el encargado de regular los plazos máximos que puede durar la prisión provisional, que bajo mi punto de vista son excesivos (un año o dos, con posibles prórrogas en algún caso). Esto es un problema que podría arreglarse perfectamente si se agilizará la tramitación de los procesos y los juicios se celebrasen con más rapidez y así poder reducir el tiempo en que un imputado, todavía no culpable, esté en la cárcel a la espera de una sentencia firme.

Ya que, como bien he comentado, no tiene ningún sentido los plazos máximos de uno o dos años (con posibles prórrogas en algunos casos) que se prevén para la duración de la prisión provisional, cuando en la reciente reforma llevada a cabo en 2015 (Ley 41/2015, de 5 de octubre) se dice claramente que la instrucción deberá durar como máximo seis meses.

VIII. Necesidad urgente de medidas alternativas y el BACPP. En nuestra legislación la única vía que se prevé como alternativa a la prisión provisional es la de la libertad, con o sin fianza, junto con las restricciones y limitaciones analizadas en el presente trabajo. Esta carencia hace que la medida pierda el carácter excepcional que se exige a la hora de acordarla. La solución a este problema estaría en las medidas alternativas, y menos gravosas para la libertad, que propone el BACPP. En este borrador, sí podemos apreciar un verdadero catálogo de medidas con las que se trata de hacer efectivo el carácter excepcional de la prisión preventiva y que buscan una

intervención mínima en los derechos del encausado. Es verdad que muchas de las medidas que ahí se contemplan se alejan del carácter cautelar, ya que en gran parte son ajenas al proceso y tienen más a una finalidad protectora. No obstante, en el BACPP se aprecian deficiencias legislativas y poco desarrollo sobre los presupuestos de adopción y duración de las medidas.

Parte de la negativa que hay sobre la adopción de medidas alternativas a la prisión provisional radica en el elevado coste que supuestamente supondría invertir en aparatos permanentes de localización o, por ejemplo, en una vigilancia continuada en domicilios o puestos de trabajo de los imputados. Pero no puedo concebir que en un Estado social y democrático de derecho como es nuestro país, los derechos de los ciudadanos queden supeditados a lo cara que sea su protección. Con lo que se ahorrase disminuyendo el número de presos preventivos, se podría invertir en las, medidas alternativas ya comentadas a lo largo del trabajo.

IX. La prisión provisional en el ámbito de la UE. Por último, dentro del ámbito europeo nos encontramos con ciertos instrumentos de gran importancia que han supuesto un gran avance en la construcción de un espacio común de seguridad y justicia. Con la Decisión Marco 2009/829/JAI, se pretende la adopción en mayor porcentaje de la medida de libertad provisional de los imputados, y reforzar así las garantías jurídicas y el principio de excepcionalidad de la prisión provisional. En España urge una revolución normativa en lo referido a la regulación de la prisión provisional y adoptar con urgencia medidas alternativas que sean menos gravosas para los derechos fundamentales a la libertad y a la presunción de inocencia.

5. BIBLIOGRAFÍA.

ARAGONESES MARTINEZ, Sara. *Derecho procesal penal* (con Andrés De La Oliva Santos, Rafael Hinojosa Segovia, Julio Muerza Esparza y José Antonio Tome García), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.

ARANGÜENA FANEGO, Coral: “Reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional: análisis normativo”. *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*, (Coral Arangüena Fanego, Montserrat de Hoyos Sancho y Carmen Rodríguez-Medel Nieto), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

ARMENTA DEU Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

ASENCIO MELLADO, José María, *La Prisión Provisional*, Civitas, Madrid, 1987.

ASENCIO MELLADO, José María: “Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005, Tomo 2, nº 621, ref^a D- 63, págs. 1584 a 1595.

BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III* (con Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Iñaki Esperanza Leibar, y José F. Etxeberría Guridi), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

BARONA VILAR, Silvia, *Prisión provisional y medidas alternativas*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.

BARONA VILAR, Silvia: “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal? *Revista del Poder Judicial*, número especial XIX, 2006, págs. 237 a 265.

BARRERA HERNÁNDEZ, Nicolás: “La reforma de la prisión provisional. Luces y sombras”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005, Tomo 4, nº 6325, ref.^a D- 212, págs. 1606 a 1612 .

BELLIDO PENADÉS, Rafael: “La prisión provisional y las medidas alternativas aseguradoras de la presencia del encausado en el borrador del Código Penal Procesal”. MORENO CATENA, Víctor. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (Cristina Ruiz López y Raquel López Jiménez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CAMPANER MUÑOZ, Jaime: “La orden de vigilancia: *statu quo* y perspectivas de futuro. Hacia una necesaria armonización de las medidas cautelares personales en la UE”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2012, nº 30, págs. 161 a 187.

DAMIAN MORENO, Juan: “La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal”, *El Derecho y su garantía jurisdiccional*, Reus, Madrid, 2009.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2015.

DOTÚ I GURI, María del Mar, *Los derechos fundamentales (Derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales)*, JB Bosch Editor, 2013.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de derecho procesal penal*, Castillo de Luna, Ediciones jurídicas, 2ª edición, 2018.

GONZÁLEZ AYALA, M^a Dolores, *Las garantías constitucionales de la detención (Los derechos del detenido)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma: “La nueva regulación de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2003, Tomo 4, nº 5849, ref.^a D-202, págs. 1730 a 1738.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo: “Las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal” MORENO CATENA, Víctor. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (Cristina Ruiz López y Raquel López Jiménez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GUERRA PÉREZ, Cristina, *La decisión judicial de prisión preventiva (Análisis jurídico y criminológico)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 139.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo, *La Prisión Provisional*, Aranzadi, SA, Navarra, 2004.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Pamplona, 3º edición, 2009.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar, *Medidas cautelares personales. Detención, Libertad Provisional y Prisión Preventiva*, Juruá, Lisboa, 2016.

MENDO ESTRELLA, Álvaro: “La reforma y la contrarreforma de la prisión provisional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, Tomo 2, nº 5998, ref.^a D-88, págs. 1838 a 1843.

MORENO CATENA Víctor, *Derecho procesal penal* (con Valentín Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MORENO CATENA, Víctor, *El Proceso Penal, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios. Volumen II, Instrucción y Medidas Cautelares* (con Ángela Coquillat Vicente, Alfredo de Diego Díez, Ángel Juanes Peces y Emilio de Llera Suárez Bárcena), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MUÑOZ MUÑOZ, Sheila. “Medidas alternativas a la prisión provisional: hacia una menor injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la libertad personal del individuo”. *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

NAVARRO MASSIP, Jorge. “La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines”. *Revista Aranzadi doctrinal*, 2013, nº 4, págs. 139 a 147.

NIEVA FENOLL, Jordi: “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal”, *Justicia*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2005, nº 3-4, págs. 101 a 123.

NISTAL BURÓN, Javier: “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo de la prisión preventiva cuando concurre de forma simultánea con causas penadas”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2008, Tomo 4, nº 6982, ref.^a D-210, págs. 1604 a 1608.

NISTAL MARTÍNEZ, Javier. “El ingreso provisional en prisión. Presunción de culpabilidad *versus* presunción de inocencia”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2013, Tomo 3, nº 8122, ref.^a D-251, págs. 1408 a 1410.

PÉREZ MARÍN, M^a Ángeles: “Dos ejemplos de medidas cautelares penales en el espacio judicial europeo: las medidas alternativas a la prisión provisional y el embargo preventivo previo al decomiso de los efectos procedentes del delito”. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino, *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo*”, Atelier, Barcelona, 2013.

PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Derecho procesal penal* (con Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín, Xulio-Xosé Ferreiro Baamonde, José Luis Seoane Spiegelberg), Civitas, Navarra, tercera edición, 2014.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento criminal*, Atelier, Barcelona, 2016.

RAMOS RUBIO, Carlos: “Medidas alternativas a la prisión provisional en el proceso penal español: la libertad provisional”, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2003, nº 4, págs. 745 a 784.

SÁNCHEZ BARRIOS, M^a Inmaculada: “La prisión provisional y la necesaria convocatoria de una audiencia previa para su adopción”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2015, Tomo 2, nº 8510, ref ^a D-124, págs. 1228 a 1237.

SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001.

SANGUINÉ, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

SARDINA CÁMARA, Pablo: “Nueva doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2011, Tomo 3, nº 7643, ref.^a D-229, págs. 1402 a 1404.

VELÁSQUEZ GONZÁLEZ, Zugey: “Medidas protectoras de la víctima como alternativas a la prisión preventiva en el borrador de anteproyecto del Código Penal Procesal”. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (Director Víctor Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

6. JURISPRUDENCIA.

STS 1348/2019, de 10 de octubre
STC 95/2019, de 15 de julio (RTC 2019/95)
STC 85/2019, de 19 de junio (RTC 2019/85)
STC 83/2019, de 17 de junio (RTC 2019/83)
STC 62/2019 de 7 de mayo (RTC 2019/62)
STC 29/2019, de 28 de febrero (RTC 2019/29)
STC 92/2018, de 17 de septiembre (RTC 2018/92)
STC 91/2018, de 17 de septiembre (RTC 2018/91)
STC 84/2018, de 16 de julio (RTC 2018/84)
STC 217/2015, de 22 de octubre (RTC 2015/217)
STC 210/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013/210)
STC 140/2012, de 2 de julio (RTC 2012/140)
STC 143/2010, de 21 de diciembre (RTC 2010/143)
STC 143/2010, de 21 de diciembre (RTC 2010/143)
STC 50/2009, de 23 de febrero (RTC 2009/50)
STC 91/2008, de 17 de diciembre (RTC 2008/27)
STC 27/2008, de 11 de febrero (RTC 2008/27)
STC 224/2007, de 22 de octubre (RTC 2007/224)
STC 95/2007, de 7 de mayo (RTC 2007/95)
STC 12/2007, de 15 de enero (RTC 2007/12)
STC 333/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006/333)
STC 62/2005, de 14 de marzo (RTC 2005/62)
STC 98/2002, de 29 de abril (RTC 2002/98)
STC 29/2001, de 29 de enero (RTC 2001/29)
STC 147/2000, de 29 de mayo (RTC 2000/147)
STC 127/2000, de 16 de mayo (RTC 200/127)
STC 47/2000, de 17 febrero (RTC 2000/47)
STC 19/1999, de 22 de febrero (RTC 1999/19)
STC 128/1995, de 26 de julio (RTC 1995/128)
STC 108/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984/108)
STEDH 1483/02, de 25 de abril de 2006