

Trabajo Fin de Grado

Análisis del régimen jurídico de la prisión provisional

Analysis of the legal regime of provisional detention

Autor

Cristian Miranda Serrano

Director

Alberto José Lafuente Torralba

Programa conjunto Derecho-ADE
Facultad de Derecho
2017-2018

Índice

I.	Abreviaturas utilizadas	2
II.	Introducción	3
III.	Naturaleza, finalidad y características de la prisión provisional	6
IV.	Presupuestos	12
V.	Régimen de cumplimiento y modalidades	24
VI.	Procedimiento	29
VII.	Duración	37
VIII.	Abono de condena	44
IX.	Indemnización como consecuencia de prisión provisional injusta	50
X.	Conclusión	53
XI.	Bibliografía	57

I. Abreviaturas utilizadas

AP: Audiencia Provincial

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

Cc: Código Civil

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOTJ: Ley Orgánica del Tribunal del Jurado

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

II. Introducción

La cuestión sobre la que se va a basar este Trabajo de Fin de Grado es el Régimen Jurídico de la Prisión Provisional.

La prisión provisional ha sido uno de los aspectos del Derecho Procesal Penal que más ha llamado mi atención desde que tuve que estudiar dicha figura por primera vez, en el segundo curso del Grado. La posibilidad de someter a un sujeto a la medida más gravosa que permite nuestro ordenamiento jurídico, como es la privación de libertad de un sujeto, en mitad de un proceso en el cual no ha recaído sentencia, por un delito sobre el cual no se ha probado aun su participación, me resultaba a todas luces contraria a dos de los pilares más importantes de la Constitución Española, como es el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia.

En este sentido, me causaba especial curiosidad entender como una medida de tales características podía estar acogida por España y la mayoría de los países de nuestro entorno, y es por ello que he decidido realizar una investigación en profundidad en mi Trabajo de Fin de Grado.

Además, considero que es muy conveniente realizar un análisis de este instituto debido a que se trata de un tema que está acaparando la atención de los españoles en los últimos meses, debido a casos como el de “La Manada”, en el que cinco acusados por un delito de abuso sexual han pasado dos años en régimen de prisión preventiva, o el de los *exconsellers* de Cataluña, mantenidos en prisión provisional por riesgo de reiteración delictiva.

Todo ello en un sistema en el que el respeto a la persona y a su libertad ha sido catalogado como *el ideal de la civilización de Occidente*¹. La libertad es la condición del desenvolvimiento y plenitud de la propia vida, de la personalidad y de todas sus posibilidades y capacidades.

Pero esta idea de la libertad como pilar fundamental de la sociedad no es algo nuevo, sino que ha existido desde el origen de las sociedades organizadas. Así, en su sentido más primigenio, se entendió como la cualidad de no ser esclavo. En la actualidad, libertad es sinónimo de autodeterminación, es decir, la situación en la que se encuentra un sujeto frente a un estado de cosas a partir de la cual puede elegir distintas iniciativas por propia voluntad, obrando de un modo u otro, o no obrando. Es por ello que en un Estado Democrático de Derecho como el instaurando en gran parte de las sociedades

¹ En este sentido, catedráticos como ALZAGA VILLAAMIL, O., y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.

actuales, la libertad tiene una trascendental relevancia, puesto que la misma hace a los hombres sencillamente hombres².

El derecho a la libertad fue consagrado en un primer momento por dos Tratados elaborados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. Así mismo, en el ámbito del Consejo de Europa, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

En esta línea se mueve nuestro ordenamiento jurídico, ya que la Constitución Española, norma fundamental del mismo, otorga una importancia preeminente a la libertad, mencionándola ya en el comienzo mismo del Preámbulo, y consagrándola en su primer párrafo (art. 1.1) como valor superior del ordenamiento jurídico.

Nuevamente se refiere a ella en el artículo 9.2 imponiendo a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones de su efectividad; así como en el artículo 10.1, instaurando como derecho fundamental el libre desarrollo de la personalidad, junto a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, como fundamento del orden político y de la paz social.

Sin embargo, nos importa a efectos de este trabajo lo dispuesto en el artículo 17 CE, según el cual nadie puede ser privado de su libertad, sino en la forma y casos previstos en la Ley.

Partiendo de ello, se hace necesario abordar el estudio de la figura de la prisión provisional. Y ello ha de hacerse considerando que el ciudadano solo puede ser privado de su derecho a la libertad, en principio, en virtud de sentencia judicial de condena, dictada con base en verdaderas pruebas de cargo, y tras un juicio contradictorio, en el que haya podido ejercer su defensa, y regido por los principios de oralidad, inmediación y concentración. Esto es lo que previene el derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 CE.

Emprendiendo el análisis con tales premisas, se advierte que la resolución que impone la prisión provisional es una de las resoluciones más graves que el órgano jurisdiccional ha de adoptar en el transcurso del proceso penal, debido al momento procesal en el que se dicta, en el que el encausado no ha sido todavía condenado, por lo que se le debe presumir inocente.

²STC 147/2000, de 29 de mayo.

Ello hace que esta medida sea problemática y conflictiva. Pese a que algunos la han tachado como “el problema por anatomía del proceso penal” o de “inmoral”³, lo cierto es que la prisión provisional se encuentra admitida y regulada en todas las legislaciones modernas de nuestro entorno, así como en los Tratados internacionales. Y por ello, en estas primeras líneas se intuye la necesidad de esta medida.

Por este motivo, el problema de la prisión provisional no es tanto el de su existencia, como el de su concreta configuración y aplicación acorde y respetuosa con las garantías constitucionales. Así, esta medida se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, y el también deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano. Es por todo ello que su régimen jurídico debe enfocarse, construirse y enjuiciarse desde un prisma garantista y limitador de una figura tan peculiar. Régimen jurídico que a través de este estudio intentaré comprender y analizar de forma exhaustiva.

Para ello, he decidido dividir mi Trabajo de Fin de Grado en tres partes. La investigación comienza en su primera parte (que comprende los capítulos I, II y III) con una reflexión genérica acerca de la confrontación existente entre el derecho a la libertad personal como pieza angular de las sociedades occidentales, y la posibilidad de restringir este derecho mediante la prisión provisional. En este punto trato de dilucidar los caracteres que debe presentar la medida y las finalidades que debe perseguir para encajar en el garantista ordenamiento jurídico español, analizando y unificando las diferentes posiciones doctrinales existentes debido a que en esta materia en concreto tanto la legislación como la jurisprudencia son muy escasas, cuando no inexistentes.

En la segunda parte de este trabajo, que comprende los apartados IV a VI, paso a analizar de forma minuciosa el régimen legal de la medida, aspecto que considero especialmente necesario debido a las abundantes reformas que ha habido sobre la materia. El grueso de esta sección consiste en detectar las lagunas que presenta la legislación, para colmarlas con la doctrina jurisprudencial más reciente, y con propuestas personales para implementar estos aspectos más oscuros.

La última parte se centra en el momento procesal de extinción de la medida, bien porque se condena al acusado a través de una sentencia firme (entre otros casos), que es sobre lo que versa el capítulo VII; bien porque se considera que el acusado no ha cometido ningún delito o no hay pruebas para fundamentar su participación (Capítulo VIII). Debido a que en este punto la legislación puede resultar confusa, pues está regulado en varios

³CARRARA, F., *Immoralità del carcere preventivo*, Opuscoli di Diritto Criminale, vol. IV, Prato, 1881.

textos legales, mi objetivo es refundir los conceptos más importantes a través de mi investigación, de forma ordenada y concreta.

III. Naturaleza, finalidad y características de la prisión provisional

Para poder formular una imagen fiel sobre un concepto tan complejo como la prisión provisional, debemos comenzar analizando las finalidades y naturaleza de la misma, así como sus características fundamentales.

Para ello, vamos a partir de la definición que GUTIÉRREZ DE CABIEDES da a esta figura, según el cual se trata de “la medida jurisdiccional preventiva adoptada en el seno de un proceso penal pendiente, en los casos previstos en la Ley, consistente en el ingreso en prisión de un imputado judicialmente en el mismo, cuando y en tanto sea estrictamente necesario y proporcionado para conjurar los riesgos de sustracción a la acción de la justicia, destrucción o ilícita obstrucción probatoria o relevante comisión de hechos delictivos por parte de quien haya de padecer esta excepcional medida, y por el tiempo imprescindible para la consecución de dichos fines, y limitado en todo caso a un plazo máximo y razonable”⁴.

1. Naturaleza

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se mueven dentro de tres opciones de calificación de la prisión provisional en cuanto a su naturaleza.

Algunos autores como ANDRÉS IBAÑEZ⁵ consideran la prisión provisional como una **pena anticipada**, puesto que se puede asimilar a la misma en varios aspectos, como su forma de cumplimiento (en la misma prisión) o el abono de la misma en el cómputo de la pena. Sin embargo, estos argumentos deben ser rechazados *de facto*, ya que el Código Penal, en su artículo 34.1 afirma que *no se reputarán penas: la detención y la prisión preventiva*.

Descartada esta opción, la posición más extendida es hablar de la prisión provisional como **medida de naturaleza cautelar o preventiva**. Esta es la línea que sigue el propio legislador a partir del artículo 503 LECr, que positiviza la finalidad de evitación de la comisión de futuros delitos para la prisión provisional. En este sentido se expresa el TC, que manifiesta en numerosas Sentencias que ‘Se trata de una medida justificada por

⁴GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P, *La Prisión Provisional*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 49-50.

⁵ ANDRÉS IBAÑEZ, P., “El Juez y la prisión provisional”, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, nº 91, pp. 1-2.

la necesidad de asegurar el proceso [...] Es esa finalidad cautelar y no represiva lo que permite acordarla sin vulnerar la presunción de inocencia y el derecho fundamental proclamado en el artículo 17 CE⁶

Pero como he indicado, existe una tercera posición más conflictiva que consiste en catalogar la medida como **de seguridad o de protección**, posición rechazada por una gran parte de la doctrina, que interpreta el art. 95.1 CP en el sentido de que nuestro ordenamiento no permite las medidas de seguridad predelictuales⁷. Sin embargo, el artículo 5.1.c) CEDH autoriza la prisión preventiva en los supuestos en que “se estime necesario para impedir al sujeto que cometa una infracción”; y lo mismo ocurre en los artículos 503.1. 3º y 503.2 de la LECr cuando permiten la adopción de esta medida *para evitar que el investigado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima y para evitar que el investigado cometa otros hechos delictivos.*

Es por todo ello que considero que la prisión provisional presenta una naturaleza mixta o poliédrica, puesto que pese al tratarse de una medida de naturaleza claramente cautelar el legislador parece que ha querido aprovechar la potencialidad que esta medida ofrece para neutralizar al sujeto sobre el que existen indicios de haber cometido un delito, dotándole de esta forma de un matiz de medida de seguridad.

2. Características

El legislador, a través de la Exposición de Motivos (II) de la LO 13/2003, de 24 de octubre, hace una primera aproximación nombrando como notas características la excepcionalidad y la proporcionalidad; la jurisprudencia añade además que ‘tanto en su adopción como en su mantenimiento se trata de una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional, y proporcionada a la consecución de sus fines⁸; y en la misma línea el Consejo de Europa⁹ recomienda a los Gobiernos que actúen de modo que la prisión provisional se inspire en los ‘siguientes principios: [...] a) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso; b) debe considerarse como medida excepcional, y c) debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos.

⁶SSTC 128/1995, de 26 de julio y 47/2000, de 17 de febrero.

⁷GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La Prisión Provisional...* p. 56; ORTELLS RAMOS, M., *Para una sistematización de las medidas cautelares*, RGLJ, 1978, p. 455.

⁸Entre muchas otras, SSTC 79/2007, de 16 de abril; 47/2000, de 17 de febrero; o 3/1992, de 13 de enero.

⁹Recomendación R (2006)13 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos.

Así pues, vamos a desgranar una por una las diferentes características de esta figura.

2.1. Jurisdiccionalidad

La adopción de la prisión provisional compete a los Jueces y Tribunales del orden penal, y solo a ellos, en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ello se deduce principalmente del artículo 117.3 CE y art. 502.1 LECr.¹⁰

Fue precisamente esta nota de garantía judicial en materia de prisión preventiva la que llevó al TC en la Sentencia 71/1994, de 3 de marzo, a declarar la inconstitucionalidad del art. 504 bis LECr, introducido por la LO 4/1988 de 25 de mayo, que permitía la suspensión de la excarcelación acordada por el Juez de determinados presos o detenidos por los delitos del art. 384 bis ante la interposición de recurso por la Fiscalía

2.2. Legalidad

En virtud de este principio, recogido tanto en el art. 5.1 CEDH¹¹ como en la Constitución Española, art. 17.1¹², la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional ha de estar “prevista en uno de los supuestos legales” recogidos en el art. 17.1 CE y ha de adoptarse mediante el “procedimiento legalmente regulado”¹³. Para el TC, el principio de legalidad actúa como mecanismo de control de los órganos judiciales y como garante de los derechos de los ciudadanos¹⁴.

2.3. Instrumentalidad

La instrumentalidad se predica respecto de todas las medidas cautelares, e implica que estas no son un fin en sí mismas, sino que están vinculadas a un proceso, y en concreto a la ejecución de la sentencia que en dicho proceso haya de dictarse.¹⁵ Es esta una nota

¹⁰El art. 502.1 LECr afirma que *podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa.*

¹¹Art. 5.1 CEDH: *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley.*

¹²Art. 17.1 CE: *Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.*

¹³STC 210/2013, de 16 de diciembre.

¹⁴En palabras del TC (STC 21/2018, de 5 de marzo), “La legalidad permite la posibilidad de control judicial inmediato del sometimiento de la privación de libertad a estrictas previsiones legales, y asegura que no sea arbitraria en sus motivos ni se lleve a efecto de forma que atente contra la dignidad personal ni los derechos que, durante su desarrollo, se reconocen en favor de los detenidos. De esta forma, la legalidad de la privación de libertad, que se predica tanto de las causas que la justifican como de las condiciones en las que se desarrolla, actúa a su vez como parámetro objetivo de su control judicial”.

¹⁵En este sentido, CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Chile, 2017, p. 21.

característica de todas las medida cautelares, descritas por CALAMANDREI como *instrumento del instrumento*.

Es por ello que solo pueden adoptarse cuando el proceso esté ya iniciado, y deberán extinguirse una vez termine el mismo, bien alzándose la medida adoptada o convirtiéndose en medida ejecutiva.

2.4. Proporcionalidad

Tal es la importancia de este principio rector, que la propia EM de la Ley 13/2003 la recoge en su apartado segundo, indicando que supone un canon de legitimidad de las restricciones de cualquier derecho fundamental, y especialmente en la figura de la prisión provisional, puesto que se da una doble restricción: del derecho a la libertad y del de presunción de inocencia; y lo reitera en el art. 502.3 LECr, según el cual *El juez o tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el investigado o encausado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta*.

El Tribunal Constitucional va más allá, y en su Sentencia 169/2001, de 16 de julio¹⁶ afirma que la plasmación de las exigencias constitucionales de proporcionalidad son los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto es, “que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido -idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto -necesidad-; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre -proporcionalidad estricta”.

2.5. Excepcionalidad (y subsidiariedad)

La prisión provisional solo debe ser adoptada cuando sea absoluta y estrictamente necesaria y en la medida imprescindible, dado que el disfrute del derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) debe ser la regla general, y su restricción la excepción.

Como consecuencia de ello, rige el principio del *favor libertatis*, es decir que la interpretación y aplicación de la normativa reguladora de la prisión provisional deben hacerse con carácter restrictivo, con la aplicación en caso de duda, de la ley más favorable

¹⁶Siguiendo la doctrina marcada por la STC 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4.

para el encausado. Así lo recoge el PIDCPI en su artículo 9.3.¹⁷

En relación con otras medidas cautelares, por aplicación de este principio, surge la **subsidiariedad**, que implica que ante dos medidas idóneas para alcanzar los fines que se pretenden, el juez deberá elegir siempre la menos gravosa. Pero al hablar de ello, se hace patente como en nuestro ordenamiento actualmente no existen medidas menos gravosas con la capacidad de alcanzar los fines que se pretenden con la prisión provisional, de forma que no es posible aplicar esta medida de forma excepcional y subsidiaria. La única medida alternativa es la **libertad provisional** (arts. 528 a 544 LECr) que consiste en una situación intermedia entre la prisión preventiva y el estado ordinario de libertad plena del ciudadano; aun así, se hace necesaria la regulación precisa de un sistema coherente y completo de medidas alternativas menos restrictivas.

2.6. Provisionalidad

Como consecuencia de su instrumentalidad, las medidas cautelares no pueden convertirse en definitivas, sino que nacen para extinguirse vía sentencia firme.

Este principio no puede confundirse con el de temporalidad, como indica CALAMANDREI¹⁸. Provisionalidad implica la supeditación de la vigencia de la medida a la concurrencia de un determinado evento, mientras que la temporalidad supone que la misma no dura siempre, es decir, que puede revocarse con independencia de que sobrevenga un hecho concreto.

2.7. Variabilidad: *rebus sic stantibus*

Con la variabilidad de la prisión provisional nos referimos a que la pervivencia de la medida depende de las circunstancias del caso; es decir debe ser modificada, sustituida o alzada, si las circunstancias que provocaron su adopción cambian. Ello es manifiesto de la regla *rebus sic stantibus*.

Este principio está recogido en numerosos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como el art. 504.1, que recoge que *la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de sus fines, en tanto subsistan los motivos que*

¹⁷Según el art. 9.3 PIDCP: Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora *ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*

¹⁸CALAMANDREI P., *Introducción...* cit., pp. 10-12.

justificaron su adopción; o el artículo 539: los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa [...] el investigado o encausado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea necesario.

Esta variabilidad puede ser predicada, tanto *ad extra*, en relación con otras medidas alternativas; como *ad intra* en relación con los diversos regímenes existentes de prisión preventiva (comunicada o incomunicada).

2.8. Motivación

Las decisiones en que se adopte o mantenga la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada, como recoge el artículo 506.1 LECr.¹⁹

Debido a que estamos hablando de una medida que restringe el derecho fundamental a la libertad personal, el Tribunal Constitucional ha hecho especial hincapié a la hora de analizar e interpretar esta exigencia de motivación para el caso que aquí nos ocupa. De este modo, ha establecido a lo largo de los años una doctrina clara y asentada, que voy a traer a colación a través de la STC 122/2009, de 18 de mayo²⁰.

Para este tribunal, los problemas de motivación en las resoluciones que acuerdan medidas limitativas de derechos fundamentales conciernen directamente a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no, autónomamente, al derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que el análisis de los defectos o insuficiencias en la motivación de las resoluciones que acuerdan la medida prisión provisional trasciende el deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales, exigiendo una **motivación reforzada** que “entra en el deber estricto de la fundamentación de las medidas restrictivas de la libertad”.

Esta motivación reforzada ha de ser “suficiente y razonable”, entendiendo por tal “no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido del derecho a la libertad del art. 17 CE. Para ello debe ponderar los intereses en juego (por un lado la libertad de la persona cuya inocencia se presume, y por otro la realización de la administración de la justicia penal) a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la decisión, y entendiendo la prisión provisional como una medida excepcional, subsidiaria y provisional. Para ello, la

¹⁹Art. 506.1 II LECr: *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.*

²⁰Entre otras muchas, SSTC 215/2007, de 8 de octubre, o la significativa STC 66/2008, de 29 de mayo, con la que comenzó esta corriente jurisprudencial.

resolución ha de expresar el presupuesto de la medida y el fin constitucionalmente legítimo perseguido”.

2.9. Temporalidad

Esta característica es propia de la prisión provisional, e implica un tiempo de duración máximo limitado de la medida. Según el art. 17.4 CE, *por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*, lo que se hace a través del art. 504 LECr con la fijación de un sistema de plazos que inevitablemente suponen el alzamiento de la medida.

Tal limitación viene a especificar lo dispuesto por el art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que garantiza el derecho de los detenidos preventivamente a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad durante el procedimiento; y viene a suponer el cumplimiento de lo establecido en la Recomendación (80) 11 del Consejo de Europa sobre la prisión preventiva, y el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

IV. Presupuestos

El art. 503 LECr se encarga de establecer los presupuestos que han de darse para la adopción de la prisión provisional:

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

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

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

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

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

Pasamos a analizar cada uno de ellos.

3.1. *Fumus Boni Iuris*

Consiste en la existencia de razonables sospechas de la comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida²¹. Citando a CALAMANDREI²² supone un “preventivo cálculo de probabilidad sobre cuál pueda ser el contenido de la futura resolución principal, que debe arrojar como resultado, para que la medida pueda adoptarse, que la resolución principal resulte favorable a aquel que ha pedido la medida”.

En nuestra LECr, se encuentra en el artículo 503.1.1º y 2º, y en el art. 502.4, que pasamos a analizar con mayor profundidad.

A) Constancia de un hecho delictivo (art. 503.1.1º y 502.4 LECr)

En primer lugar, para poder constatar la existencia del *fumus* es necesaria la existencia en la causa de un hecho que esté tipificado como delito en el CP, lo que excluye tanto los delitos leves como la infracción administrativa, debido al principio de proporcionalidad.

B) Motivos bastantes para creer responsable criminal al inculpado (art. 503.1.2º LECr)

Ha de poder además atribuirse el hecho punible, razonable y fundadamente, a quien haya de ser el sujeto pasivo de la medida; y así mismo ha de ser posible que tal sujeto pueda ser declarado en la sentencia responsable criminal de ese hecho. En caso contrario, se estaría violando el derecho fundamental de presunción de inocencia, al establecer una medida que restringe la libertad personal sin haber recaído sentencia condenatoria firme.

Deben existir indicios, en el sentido de *fenómenos que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido*²³ (más que suposiciones) fundados y razonables de la participación del encausado en el hecho enjuiciado, así como de su responsabilidad criminal. Así lo ha afirmado el TEDH²⁴ que considera que 'la existencia de sospechas o indicios racionales presupone la de hechos o informes adecuados para convencer a un

²¹SSTC 108/1984, de 26 de noviembre; 128/1995, de 26 de julio.

²²CALAMANDREI P., *Introducción...* cit., p.70.

²³Diccionario de la Real Academia de la Lengua,

²⁴STEDH 30 de agosto de 1990, caso Fox, Campbell y Hartley.

observador imparcial de que el individuo de que se trate ha cometido el delito¹.

3.2. *Periculum in mora*

El *periculum in mora* consiste en el peligro en el retraso o en la demora procesal. La duración temporal que ha de tener el proceso para sustanciarse con todas las garantías, junto con la congestión que presentan actualmente los Tribunales de Justicia españoles, pueden incentivar a la parte pasiva del proceso a realizar actuaciones que puedan privar de efectividad al mismo. Para evitar este riesgo, es para lo que se adopta la medida de prisión provisional.

En este punto, debemos examinar tanto las situaciones constitutivas de este riesgo en la demora, como las circunstancias acreditativas del mismo.

A) Límite penológico

La gravedad de la pena señalada al hecho delictivo imputado ha sido un criterio presente a lo largo de la historia en nuestro ordenamiento a la hora de percibir este riesgo de demora. Sin embargo, este límite penológico ha ido cambiando a lo largo del tiempo, desde su introducción en el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835²⁵, pasando por la prisión mayor de la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872, la prisión correccional de la LECr de 1882, o la de arresto mayor de la reforma de 1980, hasta la de prisión menor vigente a partir de la reforma de 1983 hasta la actualidad..

Actualmente, el artículo 503.1.1º LECr establece el umbral cuantitativo de la pena en dos años de prisión, además de que se exige también una pena privativa de libertad. Y en previsión de que sean varios los delitos imputados se aplicarán las reglas establecidas en los artículos 73 a 79 CP (supuestos de concurso real e ideal de delitos, delito continuado y delito masa)

Este umbral posee un fundamento procesal, ya que el mismo coincide con el límite señalado en el art. 786.1.II LECr, como legitimante de la posibilidad de celebrar el juicio oral en ausencia del acusado. De esta forma, en los casos en que debe garantizarse la presencia física del imputado en el juicio oral como requisito necesario para poder celebrarlo y juzgar al imputado, debe ser posible la adopción de la prisión provisional²⁶.

²⁵El art. 11 del citado Reglamento, establecía el límite cuantitativo de duración de la pena privativa de libertad en prisión o reclusión por más de seis meses.

²⁶GUTIERREZ DE CABIEDES, P.; *La Prisión Provisional...* cit., p. 134

Ahora bien, existen una serie de excepciones a este principio:

a) Antecedentes penales

Aunque el hecho delictivo imputado tenga una pena inferior a la de dos años, podrá imponerse la prisión provisional si el imputado tiene antecedentes penales derivados de condena por delito doloso y no están cancelados ni son cancelables (art. 503.1 LECr).

El legislador considera en este caso que los antecedentes penales constituyen un elemento del que cabe deducir un mayor grado de peligro de realización de actuaciones del tipo que pretenden evitarse con esta medida.

Sin embargo, bajo mi punto de vista, esta previsión resulta a todas luces demasiado amplia en cuanto a su alcance; el legislador debería haber recalcado (ya que considero que esta era su intención al redactar el precepto) que no debe ser suficiente con tener antecedentes penales no cancelados por delito doloso para poder adoptar la medida de prisión provisional, sino que además, de los referidos antecedentes debe poder inferirse de modo racional y motivado la existencia de uno de los riesgos que se pretende evitar con la privación provisional de libertad. Lo contrario nos llevaría, como indican algunos autores, a un Derecho penal de autor, que implica una presunción *iuris et de iure* de que siempre que existen antecedentes, existe una mayor peligrosidad.²⁷

b) Dos requisitorias

El artículo 503.1.3º a II LECr excepciona también el umbral punitivo de dos años para los casos en que hayan sido dictadas previamente con relación al imputado dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores.

Para la adecuada aplicación de esta normativa, el art. 292 II LECr recoge que *la Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos.*

c) Protección de la víctima, especialmente de violencia doméstica

También excepciona la LECr en su artículo 503.1.3º.c) el umbral de dos años de

²⁷En este sentido, FARALDO CABANA, P.

pena en los casos referidos a la finalidad de evitación de reiteración delictiva respecto de la víctima, tratando de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima durante la pendencia del proceso, continuando o agravando los efectos del ilícito criminal, especialmente en los supuestos de violencia doméstica (art. 173.2 CP).

Este es un punto en el que considero que debo detenerme debido a la creciente presencia de este tipo de delitos en el panorama español. Bajo mi punto de vista, la introducción de este apartado en el artículo 503 LECr responde a la presión social generada al considerar a la víctima como el gran olvidado del Derecho Penal y Procesal, en el sentido de que mientras que esta víctima ha sufrido un quebranto de sus bienes y derechos de forma irreparable, el investigado o encausado aparece como sujeto pasivo de un proceso que cada vez presenta más garantías.

En este sentido se manifiesta el Fiscal General del Estado, según el cual “la incidencia del fenómeno de hechos violentos en el ámbito familiar y contra la mujer, ha motivado un rechazo colectivo que ha venido acompañado por una prolífica actividad legislativa [...] en este sentido, la institución de la prisión provisional también se ha visto afectada por este reforzamiento”²⁸.

Es tal la importancia de este supuesto, que el TC exige un plus de motivación a la hora de acordar esta medida. Así, “la motivación de la medida deberá reflejar ex ante el juicio de ponderación realizado, concretando el grado de peligro objetivo y la peligrosidad subjetiva en que se fundamenta, explicitando los datos fácticos que evidencien la existencia real del riesgo que se quiere evitar, es decir, cuáles son las actuaciones (penales) o datos que figuren en la causa -incumplimiento previo de otras medidas, número de procedimientos en los que esté incurso el imputado, antecedentes penales- de cualquier gravedad, incluyendo las que puedan aumentar los efectos del delito presuntamente cometido, que justifiquen la adopción de la medida, cuyo fin ha de ser el de proteger a la víctima frente a la amenaza que supone su agresor, y particularmente, habrán de expresarse las razones por las que se desestiman otras medidas alternativas menos gravosas que la privación de libertad”²⁹.

d) Delincuencia organizada o habitual

Se dispone en el art. 503.2.III LECr que el límite de 2 años *no será aplicable cuando de los antecedentes [...] y demás datos [...] que aporte la Policía Judicial o*

²⁸Consulta 2/2006, del Fiscal General del Estado, pp. 8-15.

²⁹STC 62/2005, de 14 marzo

resulten de las actuaciones, pueda razonablemente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

De nuevo se intenta con esta medida atajar el fenómeno de la 'sensación de impunidad' percibido por la sociedad, especialmente en relación con la delincuencia de tipo menor (sobre todo de tipo patrimonial), que se consideran de mayor gravedad a la luz de la habitualidad.

Esta medida presenta tintes de lo que JAKOBS³⁰ denomina 'Derecho penal del Enemigo', que se aplica, y cito textualmente, *a los que han abandonado el Derecho de modo duradero, o al menos decidido, no garantizando su comportamiento personal la mínima garantía cognitiva. Por ello, y ante esa amenaza constante y grave, el Derecho cede a su consideración como ciudadano combatiéndolo como enemigo, disponiendo una legislación excepcional cuya finalidad es hacer frente a la peligrosidad de actuaciones futuras, con marcado carácter preventivo e inocuidador.*

En cuanto al alcance de esta medida, la Ley está aludiendo claramente a los antecedentes penales, ya que añade la alusión a los *demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial*. Con ello la Ley se refiere a sujetos sobre los que pesan un número considerable de denuncias de cualquier tipo o procesos penales pendientes, haciendo frente al fenómeno de quienes no teniendo antecedentes penales ni estando en prisión, se dedican a actividades delictivas similares de forma estable, conscientes de tal límite (ex art. 17 y 24.2 CE) en la posibilidad de adopción de la medida.

Por último, se hace necesario también hablar de la **organización** que exige la Ley, como *actuación concertada con otras personas de forma organizada*. Este concepto fue objeto de controversia en la tramitación parlamentaria de la LO 13/2003, por considerarse en exceso indeterminado; sin embargo, la jurisprudencia ha aclarado en numerosas ocasiones que estamos ante delincuencia organizada cuando se dan los siguientes requisitos 1) Pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; 2) existencia de organización más o menos compleja; 3) consistencia o permanencia, acuerdo asociativo duradero ; 4) el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos³¹.

³⁰JAKOBS, G., CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

³¹Así, en numerosas sentencias, entre otras las STS 326/ 2010, de 13 de abril, 480/ 2009, de 22 de mayo, 10/ 2007, de 19 de enero y, por todas, la STS núm. 415/ 2005, de 23 marzo.

B) Riesgo de fuga

Se trata del paradigma de *periculum in mora* determinante de la posibilidad de adopción de la prisión provisional. Debido a su importancia, es necesario centrarse en las circunstancias acreditativas de la existencia de este riesgo, cuestión a la que ha dedicado gran atención la jurisprudencia tanto del TEDH como del TC.

Antes de la LO 13/2003, la regulación era deficiente en este sentido, puesto que el texto anterior de la LECr establecía como dato objetivo del que se deducía el riesgo de fuga el de la gravedad de la pena señalada al hecho punible, que acompañaba de otras circunstancias que modulaban su virtualidad.

Sin embargo, estas deficiencias se corrigen en gran medida con el nuevo artículo 503.1.3º a), según el cual '*para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley.*

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores.”

Estas circunstancias deben ser apreciadas por el juzgador de forma ponderada y racional.

a) Naturaleza del hecho

Con esta denominación se alude al tipo delictivo imputado o a las concretas circunstancias que han rodeado a la comisión del hecho que constituye el objeto del proceso. Esta circunstancia no constituye de por sí un indicio de riesgo de huida, y su virtualidad habrá de cohonestarse y reconducirse a las demás circunstancias acreditativas.

Debemos advertir en este punto que ni tipos delictivos que generan más alarma social, como podría ser la violencia doméstica o los delitos contra la libertad sexual, ni circunstancias modificativas de la responsabilidad como la alevosía o el ensañamiento tienen por qué denotar un mayor riesgo de fuga. De hecho, suele ser al contrario, suelen ir acompañados de una nula inclinación a la huida, al ser delitos relacionados con el arraigo del agresor y la vinculación a la propia persona sobre la cual ejerce la violencia,

agresión, acoso, etcétera.

Sin embargo, la pertenencia a una banda organizada sí es indicativa de un mayor riesgo de fuga, pero ello se debe a las propias circunstancias personales del imputado, y concretamente a sus medios económicos y conexiones con otros países³².

b) Gravedad de la pena

Este criterio se ha alzado como el criterio objetivo tradicionalmente más relevante para identificar un riesgo de fuga. Cuanto mayor es la pena imponible al inculpado, mayor cabe suponer que sea el beneficio y la consiguiente inclinación de éste a sustraerse de la acción de la justicia³³.

Sin embargo, el TC ha venido advirtiendo que este dato no puede operar como único criterio de aplicación mecánica a la hora de ponderar el peligro de fuga³⁴.

c) Circunstancias personales del imputado

La Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a esta circunstancia como '*situación familiar, laboral y económica del imputado*'. Se trata de una alusión bastante amplia y llena de significado, por lo que es necesario acudir a la doctrina jurisprudencial para aclararla.

La fundamental entre todas estas circunstancias es la constituida por el **arraigo** del imputado, entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. Puede suponerse que el arraigo constituye un factor que desincentiva la fuga, toda vez que el sujeto perdería las ventajas de dicho arraigo con su huida a otro lugar lejano del alcance de la Justicia. Sin embargo, al igual que con el resto de criterios, el arraigo deberá ponderarse en relación con otras circunstancias relevantes.

d) Movilidad del imputado

Con ello hago referencia a la posibilidad o facilidad de movimientos del sujeto. A este criterio pueden reconducirse circunstancias como el estado de salud, las conexiones

³²SSTC 145/2001 y 146/2001, ambas de 18 de junio.

³³En este sentido, la AP de Barcelona, en el Auto núm. 632/2008 de 10 noviembre. JUR 2009\62193, reconoce de forma muy ilustrativa “un riesgo objetivo de fuga presumible en cualquier ser humano que se viera amenazado con la imposición de penas cuya suma aun en el caso de aplicarse la limitación jurídica del artículo 76 del CP, sería extraordinaria gravedad atendida la continuidad delictiva”.

³⁴STC 44/1997, de 10 de marzo.

con otros países o medios económicos.

e) Antecedentes

Aquí lo relevante es la conducta anterior del imputado (procesal o material), por lo que nos apartamos del concepto técnico-jurídico que hemos utilizado en los apartados anteriores.

Dicha conducta deberá estar referida a comportamientos relevantes a los efectos aquí expuestos, como puede ser el haber protagonizado alguna huida o intento de huida en fase declarativa, o haberse constituido en situación de rebeldía voluntaria con anterioridad (presunción legal del riesgo de fuga del art. 503.1.3º a).

En este caso la Ley establece que '*procederá acordar la prisión provisional*'. Bajo mi punto de mi vista, esta expresión no está correctamente formulada en la LECr, ya que el verbo 'procederá', de esta forma conjugado, supone la imposición automática de la medida de prisión provisional en el caso de que el sujeto haya protagonizado alguna huida o se haya constituido en situación de rebeldía con anterioridad, sin posibilidad de prueba en contrario, lo que supone una clara vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías (art. 24.2 CE), por lo que considero que debe interpretarse este artículo en el sentido de que cabrá prueba en contrario.

f) Incomparecencia injustificada

De esta circunstancia presume el legislador la existencia de riesgo de huida del imputado (art. 504.4 LECr). La no comparecencia injustificada se puede producir respecto de cualquier citación o llamamiento que le curse el órgano judicial, en relación con cualesquiera diligencias o actuaciones que hayan de practicarse en el proceso.

Por último, debemos matizar, como hace el propio artículo 504.4 LECr, que si el imputado que se encontraba en prisión provisional, accede a la situación de libertad provisional y, posteriormente, no comparece al llamamiento judicial vuelve a incurrir en riesgo de fuga legitimante para la readopción de esta medida.

g) Fuga

Como es lógico, aunque no se hace mención a ella en la Ley ni en la jurisprudencia, la fuga intentada o consumada en el mismo proceso, constituye un hecho que ha de servir de base a la apreciación de la existencia del peligro en la demora del procedimiento.

h) La inminencia del juicio oral y el estado de la causa

La proximidad del juicio oral incide en el juicio de proporcionalidad sobre la adopción o mantenimiento de la prisión provisional. La LO 13/2003 refiere este criterio en particular a aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido del título III del libro IV LECr, lo que se deriva de la preceptiva presencia del imputado en el juicio oral (ex art. 786.1 LECr).

En cuanto al estado de la causa, se trata de una expresión excesivamente genérica que de por sí no dice nada del aludido riesgo. La doctrina jurisprudencial sostiene que esta causa posee un sentido *ambivalente o no concluyente*, y dado que el avance del proceso puede “contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado , el órgano judicial debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis³⁵; es cierto que el paso del tiempo, con el avance de la instrucción y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga. Sin embargo, no es menos cierto que en otras circunstancias el transcurso del tiempo puede producir efectos contrarios [...] no sólo porque el devenir del procedimiento puede debilitar los indicios que apuntan a la culpabilidad del acusado, sino también porque, como se razonó en la STC 128/1995,el argumento del peligro de fuga se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso”³⁶.

C) Riesgo de destrucción probatoria

Con esta expresión me refiero a actuaciones ilícitas del imputado dirigidas a dificultar o imposibilitar la obtención o práctica de la investigación y fuentes de prueba. Para determinar este riesgo, es determinante la capacidad del imputado para acceder, por sí o a través de terceros, a las fuentes de prueba (art. 503.1.3º b) LECr). No obstante, la Ley no concreta esta expresión, por lo que de nuevo debemos realizar una tarea de interpretación.

Con carácter general, deberá atenderse primeramente a las concretas circunstancias del sujeto imputado, a sus características personales (en cuanto a posición laboral, disponibilidad, facultades, etc. que este tenga en función con este riesgo) y a su conducta.

³⁵STC 151/2007, de 18 de junio

³⁶STC 66/1997, de 7 de abril.

También resultará ilustrativa la propia actuación ilícita a ello dirigida por parte del imputado durante el mismo proceso, por ejemplo la propia destrucción o impedimento ilícito de la obtención o práctica de pruebas, intentada o consumada, en el seno del mismo proceso de que se trate.

Además, pueden ser relevantes a estos efectos los antecedentes del imputado o la naturaleza y características del hecho.

D) Riesgo de reiteración delictiva

El TC siempre había abogado por este riesgo como determinante para la adopción de la prisión provisional, sin embargo el legislador no lo introduce en nuestro ordenamiento hasta la LO 13/2003. Actualmente, se recoge en el art. 503.1.3º c) y 503.2 LECr.

Dentro de esta figura, la Ley establece dos supuestos diversos constitutivos de este peligro en la demora. El primero, contemplado en el art. 503.2, es de alcance general, y está constituido por el riesgo de que el imputado cometa *otros hechos delictivos*. Esta expresión es excesivamente genérica, por lo que será el juzgador quien precise el alcance de esa previsión.

En opinión de una parte de la doctrina, como GUTIERREZ DE CABIEDES, debería exigirse no solo que estos nuevos hechos se produzcan de forma dolosa, sino que además sean de la misma naturaleza grave que los delitos anteriores, imputados o condenados. Y hago esta última precisión, porque la Ley no exige que el delito anterior respecto del que se predica la posible comisión de otros futuros haya sido condenado en sentencia. Es por ello, que los antecedentes de que puede derivarse este riesgo pueden ser policiales.

Por lo demás, la reforma de 2003 pretende centrar la aplicación de esta previsión en los casos de delincuencia organizada y habitual, y por ello excepciona el umbral de dos años para la posible adopción de la prisión provisional por esta causa.

Como supuesto específico de riesgo de futura actuación ilícita, el art. 503.1.3º c) establece el riesgo de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas (cónyuge, hijos, convivientes, etc.) a las que se refiere el delito de violencia familiar o doméstica.

Para la constatación de este *periculum* se debe llevar a cabo un juicio de peligrosidad, que será provisional e indiciario. Este juicio consiste en la actividad jurisdiccional por la cual el órgano judicial establece la existencia o inexistencia (y el grado) de la fundada probabilidad de que el imputado lleve a cabo en el futuro próximo

una determinada actividad delictiva. Así, el art. 503.2.II señala que *para valorar la existencia de este riesgo e atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.*

Como vemos, es necesaria una integración del texto legal, sobre las circunstancias de que quepa inferir la existencia del aludido riesgo. Estas estarán referidas a las circunstancias personales y ambientales del imputado, y a las circunstancias del hecho enjuiciado.

5. Presupuestos del mantenimiento de la medida

Desde el momento en que desaparezcan las razones que justificaron la adopción de la prisión preventiva, con base en los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, y variabilidad, deberá el juez dictar resolución de alzamiento de la medida y de puesta en libertad del preso. Esta deberá adoptar forma de auto (art. 506 LECr), sin que sea necesaria la celebración de la comparecencia recogida en el art. 505, pudiendo el juez acordarlo de oficio.

Por lo tanto, la prisión provisional solo podrá mantenerse en tanto subsistan las circunstancias que justificaron su adopción, con base en el art. 504.1 LECr. Y en todo caso, e incluso a pesar de la subsistencia de tales circunstancias, el mantenimiento de la medida estará siempre supeditado a los plazos de duración de la misma.

Ha de hacerse hincapié en la incidencia del paso del tiempo en la resolución sobre el mantenimiento de la medida. Y es que a juicio del TC, y de conformidad con la doctrina del TEDH³⁷, la intensidad del juicio de ponderación entre estos requisitos de la prisión provisional (*el periculum in mora y el bonus fumi iuris*), y el derecho a la libertad del investigado que ha de efectuar el Juez de Instrucción es diferente según el momento procesal en que se decrete la medida, ya que 'la ponderación de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses'. Es por ello que el Tribunal distingue dos momentos procesales distintos que determinan el juicio de ponderación: el momento inicial de la instrucción, y el de una instrucción ya avanzada (distinguiendo así el momento de adopción de la medida y el momento de decisión del mantenimiento de la

³⁷Sentencia de 27 de junio de 1968 -Asunto Neumeister c. Austria-, de 10 de noviembre de 1969 -Asunto Matznetter-, de 27 de agosto de 1992 -asunto Tomasi c. Francia- y de 26 de enero de 1993 -Asunto W. c. Suiza

misma), entendiendo que en el primer caso la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la medida pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y la gravedad de la pena; no obstante el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y provoca que en un momento más avanzado de la instrucción deban ponderarse las circunstancias concretas del caso y las personales del investigado.

V. Régimen de cumplimiento y modalidades

La medida de prisión provisional puede adoptar distintas modalidades: comunicada, incomunicada y atenuada; sin embargo, es preciso adelantar que la prisión provisional atenuada no es propiamente una modalidad de prisión provisional, sino una medida alternativa a esta.

La LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha operado una importante reforma en este ámbito, incorporando la Directiva 2013/48/UE para regular el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales, junto a otros derechos para garantizar la defensa en el proceso penal.

Pasamos a continuación a analizar cada una de las modalidades.

1. Prisión provisional comunicada

La modalidad que en principio debe adoptar la prisión preventiva es la comunicada, salvo que se acuerde lo contrario. Así se desprende de forma implícita del artículo 520.1 LECr cuando recalca que *deberá practicarse en la forma que menos perjudique al preso*.

En virtud de esta medida, el preso preventivo goza de todos los derechos reconocidos con carácter general en la Ley, recogidos en el caso que nos ocupa en los arts. 17.3 CE y 520 LECr. Como reiteradamente ha proclamado la doctrina constitucional (por todas, STC nº 208/2007, de 24 de septiembre) los derechos fundamentales que asisten al detenido se configuran (en especial, el de asistencia letrada) como garantías del derecho a la libertad del art 17.1 CE.

A la hora de abordar este apartado, debido a la amplitud del catálogo de derechos que posee el preso preventivo en su modalidad comunicada, creo que es conveniente limitarme a analizar las modificaciones introducidas por la reforma de 2015 en este

ámbito, con el objetivo de no extender demasiado la exposición.

En este sentido, el artículo 520 LECr presenta importantes novedades en relación con el derecho a la información de toda persona detenida o presa, ampliando de forma sustancial el catálogo de derechos del detenido:

- El detenido debe ser asistido por su abogado sin demora injustificada. Si debido a la lejanía geográfica no es posible la asistencia inmediata, se deberá facilitar al detenido la comunicación telefónica o por videoconferencia con su abogado.
- Además, podrá acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. A este respecto, la Comisión Nacional de Policía Judicial³⁸ aclaró cuales son los elementos de las actuaciones que se consideran “esenciales” para impugnar la legalidad de la detención y que deben facilitarse al detenido o a su abogado. Dicha información fundamental consiste en lugar, fecha y hora de la detención; lugar, fecha y hora de la comisión del delito; identificación del hecho delictivo que motiva la detención y resumen de los hechos ocurridos; y por último descripción de los indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo. A este respecto aclara la comisión que los indicios deben consignarse de forma muy genérica, por ejemplo, a través de declaraciones de testigos (sin identificarlos), huellas dactilares, o reconocimiento por terceras personas (sin especificar su identidad).
- El detenido, además del derecho a que se comunique su detención y lugar de custodia a un familiar, tendrá derecho a comunicarse telefónicamente (y de forma directa) con un tercero de su elección. No obstante, esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o del funcionario que designe el juez o fiscal.
- El derecho al intérprete se amplía a las personas sordas o con una discapacidad auditiva, así como a otras personas que pudieran presentar dificultades del lenguaje.
- Derecho a ser visitado, comunicarse y mantener correspondencia con las autoridades consulares de su país.
- Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, y a que se le informe del procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.
- Se le debe informar al detenido del plazo máximo legal de duración de la

³⁸En la Reunión de 15 de julio de 2015.

detención y del procedimiento por el cual puede impugnar la legalidad de la detención.

- El detenido podrá conservar en su poder la declaración escrita de sus derechos durante todo el tiempo que dure su detención.
- El abogado designado acudirá al lugar de detención a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo.
- También como novedad el abogado debe informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. En caso de que el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia.
- Una de las modificaciones más importantes es el derecho del abogado a entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le tome declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial (salvo supuestos de incomunicación).
- Finalmente, el nuevo artículo 520.6 LECr amplía el ámbito de asistencia letrada al detenido. Según este artículo, esta consistirá en *intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido*. Además, se ha modificado el plazo máximo del letrado designado para acudir, que se ha reducido de 8 a 3 horas siguientes a la designación.

La vulneración de estos derechos es susceptible de provocar tanto la responsabilidad disciplinaria o penal de la autoridad causante, como la petición de *habeas corpus* por parte del privado de libertad, con base en el art. 1.d de la Ley 6/1984, de 4 de mayo.

Por último, el preso preventivo deberá gozar de todos los derechos propios del régimen penitenciario común; así, tiene derecho a procurarse todas las *comodidades y ocupaciones* compatibles con la reglamentación penitenciaria (art. 522 LECr; arts. 55 a 58 LOGP y arts. 118 y ss RP), y a ser visitado y mantener correspondencia y comunicación oral y escrita.

2. Prisión provisional incomunicada

Este tipo de prisión preventiva supone una situación excepcional, que conlleva una restricción en el régimen ordinario de los derechos del preso preventivo. La reforma legal citada operó principalmente a través de la modificación de los artículos 509 y 527, en lo que a la prisión provisional incomunicada se refiere.

La incomunicación de la prisión provisional, solo puede adoptarse cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias (art. 509.1 LECr):

- a) *necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o*
- b) *necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal* ³⁹.

Con esta nueva redacción, bajo mi punto de vista se trata de reforzar el carácter excepcional de la medida, puesto que si nos fijamos en la anterior redacción los supuestos legitimantes de la incomunicación eran prácticamente los mismos que para adoptar la medida en su modalidad básica (así, riesgo de sustracción a la justicia y de ocultación, alteración o destrucción de pruebas, evitación de una actuación contra bienes jurídicos de la víctima, o de la comisión de nuevos delitos), lo que podía propiciar la adopción de la incomunicación en más casos que los estrictamente necesarios. Sin embargo, con esta nueva redacción a través de expresiones como “necesidad urgente” o “evitar graves consecuencias”, se restringe el ámbito de aplicación.

Es necesario destacar que, con base en el nuevo apartado 4 del artículo 509, *en ningún caso podrán ser objeto de detención incomunicada los menores de dieciséis años*.

La medida debe ser acordada en todo caso a través de un Auto motivado, debiéndose expresar claramente las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general.

En cuanto a los derechos de los que puede ser privado el preso preventivo en régimen de incomunicación (art. 527 LECr), consisten en el derecho a la designación de abogado de confianza, del derecho a comunicarse con terceras personas, del derecho a la entrevista reservada con su letrado y, por último, del derecho de acceder él o su abogado a las actuaciones, con la salvedad de que este último sí podrá acceder a los elementos

³⁹En su anterior redacción, el artículo 509 LECr afirmaba que *el Juez de Instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos*.

esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención. Debido a la gravosa incidencia que pueden tener estas restricciones de derechos en el preso preventivo, tanto física como psicológicamente, el Juez deberá controlar las condiciones en que se desarrolla la incomunicación, así como el estado del detenido y el respeto de sus derechos. Además, en el artículo 527.3 se observa un plus de control del preso preventivo, ya que mientras dure la incomunicación, *el detenido deberá ser reconocido por un médico, al menos, dos veces cada veinticuatro horas, según criterio facultativo*.

La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario, no pudiendo exceder de cinco días, con posibilidad de prórroga por otro plazo no superior a cinco días. En este sentido, es necesario destacar que con la modificación de 2015 se ha eliminado la posibilidad de que el Juez o Tribunal que conociese de la causa pudiese volver a incomunicar al preso, aún después de haber sido puesto en comunicación, cuando el desenvolvimiento ulterior de la investigación o la causa ofreciera méritos para ello.

3. Prisión provisional atenuada

Como he indicado al comienzo del apartado, la prisión provisional atenuada se presenta no como una modalidad más de prisión preventiva, junto con la comunicada y la incomunicada, sino como una alternativa a la misma.

Procede acordar esta medida en dos supuestos. En primer lugar, cuando **por razón de enfermedad** el internamiento entraña grave peligro para la salud del investigado (art. 508.1 LECr), en cuyo caso el juez o tribunal podrá acordar *que la medida de prisión provisional del investigado se verifique en su domicilio*, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias. Asimismo, el citado precepto también contempla que juez o tribunal autorice que el investigado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

En este sentido, es necesario destacar debido la relativa frecuencia con la que se producen estas situaciones, que los tribunales españoles no consideran la huelga de hambre como enfermedad habilitante para la adopción de la prisión preventiva atenuada. Así, la Audiencia Nacional, en su auto de 25 de enero de 2007⁴⁰ entiende que en este supuesto “lo que entraña grave peligro para la salud del investigado no es, precisamente, el internamiento, sino su voluntad de no comer por las circunstancias que considera convenientes, lo que es muy distinto. No es la situación de prisión lo que agrava su salud”.

⁴⁰ Siguiendo la interpretación de este Tribunal en diversas ocasiones (AA 28 de agosto, 14 y 20 de septiembre de 2006).

La segunda circunstancia que permite la adopción de la prisión provisional atenuada es en los casos en que el investigado se encuentre sometido a **tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes**. En este caso, dado que el ingreso en prisión podría resultar contraproducente y frustrar el resultado del tratamiento, el artículo 508.2 LECr permite *sustituir la medida de prisión provisional por el ingreso en un centro oficial o 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.

VI. Procedimiento

1. Competencia

Durante la fase de instrucción, será competente para decretar la prisión provisional el Juez (de Instrucción o Central de Instrucción) o Magistrado instructor que esté conociendo de la causa en cuyo seno se haya de imponer la medida, con base en el art. 502 LECr. También podrá hacerlo el juez que *forme las primeras diligencias*, a las que se refiere el art. 499 LECr, dado que por razones de urgencia o lugar de hallazgo del imputado, este puede no ser el competente para conocer de la causa.

En la **fase de juicio oral**, corresponde decretar la medida al órgano jurisdiccional que esté conociendo del mismo (Juez de lo Penal o Tribunal).

Y **durante la sustanciación de los recursos** que se interpongan contra la sentencia, la competencia se atribuye al órgano competente de acuerdo con los criterios ordinarios, es decir, le corresponde al órgano que conoció en primera o única instancia. En la LECr, solo se encuentra expresamente formulada esta regla respecto al recurso de casación, art. 861 bis a.

Las actuaciones jurisdiccionales llevadas a cabo con infracción de lo establecido en estos artículos, por contravenir el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24 CE), adolecen de nulidad de pleno derecho (art. 238.1º LOPJ); además, el órgano jurisdiccional puede y debe controlar y apreciar de oficio su competencia en cualquier momento y estado del proceso, y las partes denunciar su falta (art. 240 LOPJ).

Cuestión paralela a la competencia funcional es la de la **imparcialidad objetiva** (art. 6.1 CEDH y 24.2 CE), en el sentido de que debido a la gravedad de la medida que estamos tratando, la doctrina se plantea si la atribución de la descrita competencia funcional no

resulta contraria a la imparcialidad objetiva con respecto a otras funciones que el juez puede desempeñar en el proceso.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse, a través de una doctrina que él mismo califica como *consolidada*⁴¹, según la cual la imparcialidad objetiva, que es la que “se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios a raíz de un contacto previo con el objeto del proceso”, podría verse viciada por la realización de actos de instrucción; la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad; o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso. No obstante, habrá de analizarse en cada caso, bajo los presupuestos de que la imparcialidad del juez ha de presumirse, “y de que los datos que pueda objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados”.

Podemos plantearnos en primer lugar dicha cuestión respecto al Juez de Instrucción, puesto que es él quien instruye y quien adopta la medida cautelar. En este sentido, el TC en su Sentencia 98/1997, de 20 de mayo, niega que este derecho al juez imparcial implique la estricta exigencia constitucional de traslado a la sede de las medidas cautelares y la prohibición de acumulación, en un mismo juzgado, de las funciones de instrucción y decisión, pues “a ello se opone tanto la formulación y configuración general del derecho al juez imparcial en la jurisprudencia, como la propia naturaleza, finalidad y características de la tutela cautelar”. Por lo tanto, debemos concluir que el ejercicio de las funciones de instrucción no resulta esencialmente incompatible con el ejercicio de la función cautelar.

En segundo lugar, podemos plantearnos lo mismo en relación al órgano que ha adoptado o ratificado la medida de prisión provisional, y posteriormente celebra el juicio oral y resuelve sobre la causa. La jurisprudencia se hace aquí más casuística y confusa. En este ámbito la mayoría de la jurisprudencia defiende que no puede examinarse en abstracto, sino que hay que descender a los casos concretos. En este sentido la STC 60/1995, que además recoge la doctrina del TEDH según la cual “no existe quebrantamiento de la imparcialidad por el hecho de adoptar decisiones cautelares por el Tribunal sentenciador, pues ello no supone realizar directamente o implicarse activamente en una actividad investigadora”.

Como podemos ver, la doctrina jurisprudencial no es satisfactoria en este sentido,

⁴¹SSTC 45/2006, de 13 de febrero; 143/2006, de 8 de mayo, y 41/2005 de 28 de febrero.

puesto que la solución de examinar las circunstancias del caso concreto para determinar *ad hoc* si hay una vulneración de la imparcialidad objetiva conlleva una carga de trabajo excesiva para los Tribunales, no solo interpretativa sino también administrativa y burocrática, lo que bajo mi punto de vista implica una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, implícito en el artículo 24.2 CE. Es por ello que se hace necesario que el legislador establezca un criterio claro que solucione este problema de una forma más general.

En este sentido, la solución más correcta a mi juicio es distinta para los casos analizados. Respecto al Juez de Instrucción, es cierto que existe cierto riesgo para la imparcialidad objetiva por el hecho de haber conocido las circunstancias concretas del caso a lo largo de la instrucción, lo que facilita que este Juez se cree una opinión subjetiva acerca de la culpabilidad o no del investigado; si bien, la LECr exige para la adopción de la prisión provisional un profundo conocimiento del caso⁴², conocimiento que únicamente está en manos del Juez de Instrucción, por haber estudiado pormenorizadamente las circunstancias concretas del procedimiento desde su iniciación. Es por ello que debe ser este quién decida sobre la adopción de la medida cautelar.

Sin embargo, respecto al órgano que adopta la medida y posteriormente resuelve sobre la causa mi opinión es la contraria. Aquí sí creo que se vulnera la imparcialidad objetiva, puesto que el juez que va a resolver de la causa ya ha tenido que emitir un juicio de valor anteriormente sobre las circunstancias de la misma para adoptar la prisión provisional, es decir, basándose estrictamente en la LECr ha tenido que apreciar *motivos bastantes* para creer responsable del delito al encausado. Es por ello que en este caso sí que debería haber una distinción entre el órgano que decreta la prisión preventiva y el que resuelve la causa.

2. Tramitación

Podemos destacar tres principios vertebradores del procedimiento para decretar la prisión provisional

2.1.Pieza separada

El principio referido a la pieza separada, se encuentra tipificado en los artículos

⁴²Así, en el art. 503.1.2º LECr se establece como requisito para la adopción de la medida *que aparezcan motivos bastantes para creer responsable del delito* al encausado.

519 y 544 LECr (así como en el art. 763 LECr para el procedimiento abreviado); en virtud del mismo, todas las diligencias de prisión provisional deben sustanciarse en pieza separada.

Ello no obsta para que algunas diligencias que se hayan practicado en el procedimiento principal puedan ser llevadas, mediante testimonio, a la pieza separada, no siendo necesaria su reproducción en dicha pieza. Por ejemplo, la práctica de pruebas cuya única finalidad sea la acreditación de la procedencia o no de la prisión provisional. Cuestión distinta es la de si la prisión provisional puede acordarse en la propia sentencia condenatoria, lo que conlleva problemas como la existencia de justificación y expresa motivación autónoma, o el de los recursos que quepa imponer contra el mismo.

El TS, a este respecto, ha manifestado que “ningún obstáculo hay a que en la propia sentencia se acuerde la prisión provisional de quienes en la misma son condenados y se encontraban en situación de libertad [...] respecto de la motivación debemos entender que aparece implícita en los propios fundamentos en los que se basó la condena”. Según dicho Tribunal, la exigencia del art. 519 LECr de que todas las diligencias relativas a la prisión provisional se sustancien en pieza separada quiere decir que, si dicha prisión se acuerda en resolución independiente, ha de llevarse el testimonio correspondiente a dicha pieza⁴³.

Sin embargo, una gran parte de la doctrina considera que la solución dada por el TS no es la que más se adecua al régimen legal, ya que consideran que la motivación nunca puede ser implícita dada la gravosa vulneración que supone la medida prisión provisional del derecho fundamental a la libertad personal. En esta misma línea de argumentación, considero que con la motivación de la Sentencia no quedan completamente acreditados los presupuestos de la medida. Si bien el *fumus boni iuris* puede inferirse de esta motivación, en el sentido que existe constancia de un hecho delictivo y motivos bastantes para creer responsable criminal al inculpado, pues la sentencia es condenatoria y por lo tanto ha debido atribuirse el hecho punible al sujeto pasivo de forma razonada y fundada; no ocurre lo mismo con el *periculum in mora*, que recordemos que consiste en el peligro de retraso o demora procesal. Salvo en casos muy concretos en los que debido a la naturaleza del hecho puede inferirse un riesgo de fuga (por ejemplo, por pertenencia a banda organizada, o delitos económicos internacionales, donde se aprecia el riesgo de fuga a causa de las conexiones con otros países), considero

⁴³STS de 25 de febrero de 1997.

que este presupuesto es lo suficientemente complejo de apreciar como para necesitar una motivación autónoma, no bastando con la de la sentencia condenatoria.

2.2. Comparecencia previa

Este principio implica que no podrá el órgano jurisdiccional adoptar la resolución de prisión preventiva del investigado, si no se celebra previamente una audiencia de dicho órgano con las partes, en la que puedan desarrollar las alegaciones y pruebas pertinentes sobre la procedencia o no de la medida. Ello puede ocurrir en distintos momentos procesales.

Si el investigado se encuentra detenido, establece el art. 505.1 LECr que *cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza*. Además, si se trata de un procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos, la audiencia se sustanciará ante el Juez de Guardia (artículo 505.2 en relación con el art. 798 LECr).

Si la prisión preventiva se acuerda durante el transcurso de la causa, según el art. 539.3 LECr, se requerirá previa solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la referida comparecencia.

La convocatoria de la comparecencia deberá producirse para acordar toda medida cautelar que no sea la libertad provisional sin fianza. Y como quien puede lo más, puede lo menos, el juez podrá desestimar sin necesidad de convocar a comparecencia la petición de parte sobre la convocatoria de esta para la adopción de la prisión, como reconoce la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, de la FGE.

Entre la puesta a disposición del detenido y la celebración de la comparecencia mediará, como plazo máximo, 72 horas (art. 505.2 LECr). En la convocatoria se ordenará la citación del imputado (señalando que deberá estar asistido de abogado, por él elegido o designado de oficio), del Ministerio Fiscal y de las partes que se encuentren personadas.

En caso de que la puesta a disposición del detenido se produzca ante órgano jurisdiccional distinto del competente, y el detenido no pueda ser puesto a disposición del órgano competente en un plazo de 72 horas, conocerá el primero (art. 505.6 LECr) y después el órgano competente confirmará o revocará la resolución adoptada por el Juez o Tribunal en cuestión, tras recibir las diligencias y celebrar audiencia con el investigado.

Se prevé para la celebración de la comparecencia la utilización de videoconferencia o sistema similar como medio de intervención en el acto. Así lo prevé el art. 306 LECr para el Fiscal, y el art. 325 respecto del investigado, testigos y peritos. El objeto y contenido de este acto se concretan en la alegación, acreditación y discusión sobre la procedencia de la medida solicitada, con base en el art. 505.3 LECr. Si los medios de prueba propuestos no pueden practicarse en el acto, deberán poderlo ser dentro de las 72 horas desde la puesta a disposición del detenido.

Si pese a ello no es posible practicarlas dentro de dicho plazo, se debe celebrar igualmente la comparecencia, y podrán ser practicadas en un momento posterior. El resultado de dichas pruebas servirá en su caso para reformar la situación cautelar acordada (art. 539 LECr).

Por último, pese a que la celebración de comparecencia previa es la regla general, la Ley prevé de forma excepcional en el art. 505.5 LECr la posibilidad de adoptar la prisión o libertad provisional sin previa audiencia de las partes, si por cualquier razón esta no pudiere celebrarse y concurriesen los presupuestos habilitantes del art. 503 LECr. Si esto ocurre, el juez deberá convocar nuevamente la audiencia en un plazo de 72 horas, adoptando las medidas a que hubiere lugar por la falta de celebración de la primera audiencia. Una vez que se celebre la comparecencia aplazada, el Tribunal podrá confirmar o revisar la medida acordada.

2.3. Instancia de parte

Con base en este principio, recogido en los artículos 505.4 y 539 III LECr, solo podrá decretarse la medida de prisión provisional (así como la de libertad provisional con fianza) si alguna de las partes presentes en la comparecencia solicitan su adopción. Si el imputado se encontraba ya detenido habrá de acordar el Juez su puesta en libertad.

Sin embargo, cuando se modifica la situación cautelar del imputado para pasar a una menos gravosa, podrá acordarlo el Juez de oficio (art. 539 V).

Todo ello lleva a considerar a gran parte de la doctrina, entre ellos BELLIDO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES⁴⁴, que “la petición de libertad o de mejora de la situación personal del investigado por las partes acusadoras vincula al Juez o tribunal”.

Ahora bien, considero que debo matizar la extensión de la vinculación del Juez a esta petición. Bajo mi punto de vista, la petición de mejora de la situación personal del

⁴⁴GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional...,* cit., p. 232

investigado por las partes acusadoras obliga al Juez a volver a examinar las circunstancias concretas del caso y posteriormente decidir si mantiene o suspende la medida; pero no obliga en ningún caso al Juez a pronunciarse automáticamente en el mismo sentido de la petición sin haber revisado previamente las circunstancias concurrentes. Así, el Juez podrá decidir mantener la prisión provisional si lo considera procedente, pese a que las partes acusadoras hayan pedido la liberación del encausado.

3. Auto de prisión

Una vez celebrada la comparecencia el Juez habrá de dictar resolución, que debe adoptar la forma de auto, tanto para la adopción como para la prolongación de la prisión provisional (arts. 501 y 506 LECr). Dicho auto deberá estar expresamente motivado (art. 506.1), con el canon de motivación reforzada al que me he referido en apartados anteriores.

Una vez dictado, el auto debe ser notificado al investigado 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. Pero surge la duda respecto del contenido la notificación cuando se ha decretado secreto de sumario; concretamente, de qué particulares del auto han de ser omitidos de la copia que ha de notificarse.

El art. 506.2 LECr reconoce que *en ningún caso* serán omitidos una sucinta descripción del hecho imputado ni cuales de los fines previstos en el art. 503 se persiguen con la medida.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de manifestarse al respecto, y su posición es que existe en el auto una “motivación esencial” que tiene que ser notificada en todo caso para garantizar el derecho de defensa del particular. Así, “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 aquéllas [...] lo que no cabe es omitir en la notificación al detenido elementos esenciales para su defensa, lo que vulnera [...] el art. 24.1 C.E”⁴⁵.

Ahora bien, es necesario matizar, en línea con la Audiencia Nacional que esta limitación no podrá extenderse al abogado del investigado o encausado, ya que con base

⁴⁵Entre otras, SSTC 143/2010, de 21 de diciembre; 12/2007, de 15 de enero; y 18/1999, de 22 de febrero.

en la nueva redacción dada al art. 505.3 LECr por la reforma de 2015, este tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad ⁴⁶

En otro orden de cosas, para llevar a efecto el auto de prisión, la Ley prevé la expedición de dos mandamientos. Uno a la Policía o Agente Judicial que haya de conducir al investigado hasta el establecimiento donde haya de cumplirse la medida, y otro al Director del establecimiento penitenciario que deba recibir al preso, como bien dispone el art. 511.1 LECr.

En dichos mandamientos se consigna el contenido del auto de prisión: datos personales del imputado, delito que ha dado lugar al procedimiento, y si la prisión ha de ser en comunicación o sin ella (art. 505 III).

4. Recursos

En el artículo 766 LECr se establece una previsión genérica para los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso, por lo que es aplicable al auto que declara la medida de prisión provisional. Así, podrán ejercitarse el recurso de reforma y el de apelación, de forma subsidiaria, o por separado, no siendo necesario interponer previamente el de reforma para presentar apelación.

La interposición de dichos recursos no suspenderá en ningún caso el curso del procedimiento.

Específicamente para la prisión provisional se prevé en el art. 766.5 LECr que si en el auto recurrido en apelación se aprueba dicha medida, el apelante podrá solicitar en el escrito de interposición del recurso la celebración de vista, que acordará la Audiencia. Tal solicitud vincula al Tribunal.

Por otra parte, prevé el art. 507.1 que contra los autos que resuelvan sobre la situación personal del imputado, cabrá recurso de apelación en los términos del art. 766, gozando de tramitación preferente.

En el caso de que no se hubiera notificado íntegramente el auto de prisión al imputado, por haberse decretado el secreto de la causa, la LECr impone en el artículo 507.2 que el imputado podrá recurrir el auto en su integridad cuando le sea notificado. De este modo, el investigado podrá recurrir tanto el auto que en extracto se le notifique en un primer momento, como el auto íntegro que se le comunique con posterioridad, una vez

⁴⁶Auto 340/2017, del 6 de junio.

alzado el secreto de sumario.

VII. Duración

La nota de temporalidad de la prisión provisional se concreta en el establecimiento legal de un sistema de plazos, que desarrolla el art. 17.4 CE, de determinación de la duración máxima de la prisión provisional.

La LECr señala en el art. 504.1, que la prisión provisional ha de durar el tiempo *estrictamente necesario* para asegurar la finalidad que persigue, *en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción*. Es decir, existe un límite temporal máximo que no puede superarse, pero que no debe agotarse en todo caso. En este mismo sentido, el artículo 528 LECr establece que todas las autoridades que intervengan en un proceso están 'obligadas a dilatar lo menos posible la prisión provisional de los investigados o procesados'.

El mencionado sistema de plazos no es algo novedoso, sino que podemos encontrar regulación sobre esta materia en textos tan antiguos como Las Partidas, la Novísima Recopilación, la Ley de 17 de enero de 1901 o el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1957. Este ha ido evolucionando hasta el sistema de plazos vigente en la actualidad. Así, hasta 1980, se establecía a través del art. 503.4º LECr la prohibición de que la medida cautelar se prolongara en el tiempo más allá de lo que pudiera durar la previsible pena que pudiere imponerse. Ello se desarrolló mediante la LO 4/1980 de 22 de abril, que disponía que *en ningún caso la prisión provisional podrá exceder de la mitad del tiempo que presuntivamente pueda corresponder al delito imputado*.

No obstante, la promulgación de esta Ley estuvo provocada por las críticas circunstancias socio-políticas que vivía España en aquel momento, por lo que el legislador emprendió su modificación con el fin de dar mayor acogida al principio de excepcionalidad de la medida (ya que la adopción de la prisión provisional se constituyó en la regla general), a través de la LO 7/1983 de 23 de abril, que reducía los plazos hasta 6 meses cuando la pena señalada al delito imputado fuera igual o inferior a prisión menor; y 18 meses cuando la pena fuera superior, con posibilidad de prorrogar la medida hasta 30 meses.

No obstante, la aprobación de esta Ley también vino acompañada de una gran controversia social, siendo considerada por unos como la más respetuosa con los derechos fundamentales, y por otros, como la causa desencadenante de la inseguridad ciudadana

vivida en la época, dado que tuvo como efecto la excarcelación de un número elevado de preventivos que llevaban bastante tiempo en prisión a la espera de ser juzgados. Como consecuencia de ello, este texto tuvo un tiempo de vigencia muy corto, y sufrió una reforma a través de la LO 10/1984, de 26 de diciembre, que aumentó los plazos de duración de la medida.

El problema que se produjo es que el texto de la Ley procesal penal no había sido modificado para adaptarlo al sistema de penas establecido en el CP de 1995, y seguía empleando al concretar los plazos la nomenclatura del Código anterior, debiendo integrarse con lo dispuesto en la disposición transitoria Undécima de la norma sustantiva, lo que tenía unas consecuencias muy perniciosas.

Es por ello que se hacía necesaria una profunda reforma, que se operó a través del nuevo Código Penal de 1995. Sin embargo, esta reforma no se encargó de adecuar la legislación procesal, por lo que el nuevo sistema de plazos se hacía descansar de nuevo en la Disposición Transitoria Undécima del CP, que se limitaba a establecer la *traducción* o sustitución de la nomenclatura de penas antigua por la nueva para cuando se hubieren de aplicar Leyes procesales.

Ello se tradujo en un desajuste del sistema, que no solo planteaba problemas de aplicación e interpretación o inseguridad jurídica, sino que chocaba de lleno con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad. En primer lugar, afectaba a la excepcionalidad porque de esta situación se derivaba que procedía la medida de prisión provisional con un umbral penológico de 3 años, en vez de los 6 de la regulación anterior. De este modo, la voluntad del legislador de rebajar la pena se traducía, en una más extensa posibilidad de privación de libertad.

Además, afectaba a la proporcionalidad, porque de ello se derivaba una falta de correlación entre la duración de la posible pena y la de la privación preventiva de libertad; por ejemplo, en el caso de los delitos castigados con pena de arresto (de 7 a 15 fines de semana). Si aplicamos la regla de cómputo del art. 37.1 CP, el límite se traduce en 30 días de privación de libertad, cuando el antiguo art. 504 LECr autorizaba a que se impusiera una privación de libertad provisional de 3 meses⁴⁷.

Este fallido sistema provocó la crítica prácticamente unánime de la doctrina, lo que llevó a una nueva reforma en 2003, que es la vigente en la actualidad.

⁴⁷GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; *La prisión provisional*, cit., p. 248.

1. Sistema legal de plazos

1.1. Evitación de la huida o actuación delictiva general o contra la víctima

Según el artículo 504.2 LECr, Cuando la prisión provisional se hubiera decretado con el fin de evitar la huida del imputado o la comisión de hechos delictivos (en el que se incluye el ataque a la víctima) el plazo de duración no podrá exceder de 1 año, si la pena señalada al delito fuera menor o igual a 3 años, o 2 años, si la pena fuera superior.

Se hace posible una prórroga de hasta 6 meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a 3 años, o de hasta 2 años, si el delito tuviera señalada pena superior. Esta prórroga tiene carácter excepcional, y solo puede decretarse en caso de concurrencia de circunstancias que hicieran prever que la causa no pudiera ser juzgada en los plazos anteriormente señalados.

Si ha recaído condena sobre el acusado y esta ha sido recurrida, la medida puede prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia (art. 504.2 II LECr).

El Tribunal Constitucional es muy estricto en el supuesto de prórroga de la prisión provisional, pues para la adopción de la misma viene exigiendo una decisión judicial específica y explícitamente motivada, que se funde en alguno de los supuestos legales; además, exige que la misma sea 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”⁴⁸.

Además, el art. 504.4 LECr modula la efectiva vigencia del límite máximo absoluto improrrogable de duración de la prisión provisional. De acuerdo con este artículo '*La concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que ésta se acuerde en el caso de que el investigado o encausado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal*'.

Debo resaltar la lectura de este artículo provoca muchas dudas debido a su redacción. Si realizamos una interpretación literal del precepto, parece que permite que puesto en libertad un imputado por el transcurso de los plazos máximos legalmente señalados, puede acordarse nuevamente si el imputado no comparece ante cualquier llamamiento que se le haga. Debido a su situación como apartado diferenciado, permite deducir que la prisión en este caso puede ser ilimitada; pongámonos en la situación de que el encausado, tras pasar cuatro años en situación de prisión preventiva (ha cometido

⁴⁸La SSTC 98/1998, de 4 de mayo; 22/2004, de 23 de febrero; o 99/2005.

un hecho delictivo penado con más de tres años de prisión, y se produce una prórroga por otros dos años), es puesto en libertad, y debido a una incomparecencia se aplica el art. 504.4 LECr y se le vuelve a imponer la medida de prisión provisional, esta vez sin límites fijados.

Como podemos ver esta consecuencia es a todas luces contraria al ordenamiento jurídico, primero porque no responde al principio de proporcionalidad que debe cumplir la prisión provisional, y segundo porque su larga duración convierte la medida en una auténtica pena anticipada, desnaturalizando la naturaleza de medida cautelar. Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia han tenido ocasión de pronunciarse a este respecto.

Mi opinión es que esta posibilidad, debido a que contraviene numerosas previsiones legales como acabo de señalar, debe ser inexistente y por lo tanto este apartado debería suprimirse. Y debido a la confusión que está creando la vigencia de este artículo, considero conveniente añadir un último apartado independiente en el artículo 504, que afectara tanto a los plazos ordinarios como a los prorrogados, y que eliminase toda posibilidad de duda declarando la imposibilidad de que la prisión provisional pueda exceder de la mitad de la pena señalada al delito, con el objetivo de no superar el plazo razonable que debe cumplir la medida.

1.2. Evitación de la destrucción probatoria

El artículo 504.3 LECr dispone que cuando la finalidad de la medida fuere evitar la ilícita ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba procesalmente relevantes, su duración no podrá exceder de 6 meses, sin posibilidad de prórroga en este caso.

Parece que el legislador en este caso considera que no es necesaria una duración tan larga de la medida, posiblemente porque en estos supuestos la prisión provisional suele ser en régimen de incomunicación, que supone un deterioro mucho mayor tanto del estado de ánimo del preso preventivo como de su efectiva posibilidad de defensa.

2. Penalidad relevante

Como la duración de la prisión preventiva depende de la pena imputada al delito enjuiciado, se hace necesario dilucidar si la pena relevante a estos efectos es la pena en abstracto, es decir, el marco penal fijado con carácter general por la Ley penal al tipo delictivo, al margen de las circunstancias del caso; o la pena en concreto, es decir teniendo en cuenta los elementos de hecho relevantes jurídicamente en el caso enjuiciado y que

modulan la extensión de dicha pena.

La LECr no aclara esta cuestión, y en la doctrina encontramos partidarios de las dos opciones. Los defensores de la pena en concreto, como FEDERICO BELLO LANDROVE, MANUEL JESÚS DOLZ LAGO o ALBERTO MANUEL LÓPEZ LÓPEZ⁴⁹, se apoyan en el tenor literal del art. 503 LECr, que hace mención a “la pena prevista para el hecho que reviste caracteres de delito”, lo que no puede desligarse de las peculiaridades de cada caso, ya que lo contrario supondría según ellos realizar una interpretación en contra de reo y prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado están los defensores de la pena en abstracto⁵⁰, cuyo argumento principal es que el artículo 503 exige, con carácter general, como presupuesto para que pueda acordarse la medida cautelar que se trate de un delito sancionado con una pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión. Para avalar su posición, traen a colación la STC 9/1994, de 17 de Enero, donde se afirma que “cuando este precepto alude a una causa por delito al que corresponda pena de [...], no se está refiriendo a la pena que en concreto quepa imponer por este delito, sino la prevista en abstracto en el tipo penal que lo contiene”⁵¹

Es cierto que en una primera reflexión puede parecer que el criterio de la pena en concreto es el más garantista, puesto que tiene en cuenta las circunstancias concretas del caso a la hora de modular la duración de la prisión provisional. Sin embargo, se trata de un criterio que puede llegar a generar inseguridad jurídica, ya que en la mayoría de casos la prisión provisional se acuerda en un estadio temprano de la instrucción, en el que los hechos no están perfectamente perfilados y es extremadamente complicado calificar jurídicamente la conducta del imputado de una forma exacta. Es por ello, que el criterio más idóneo a la hora de determinar el plazo de la prisión provisional es el de la pena en abstracto, pues es el que brinda una mayor seguridad jurídica.

Por último, para terminar con la cuestión de la penalidad relevante, debemos esclarecer si para determinar el plazo máximo de esta medida debemos estar a la pena objetiva, es decir la señalada por la ley al delito imputado, o la subjetiva, esto es, la solicitada por las partes acusadoras. De nuevo la Ley no aborda esta cuestión, y la doctrina

⁴⁹Todos ellos integrantes de la Carrera Fiscal, mantuvieron esta tesis en la Encuesta Jurídica Sepín de junio de 2009.

⁵⁰Entre otros, Pablo Lanzarote Martínez, que también expuso su opinión en la Encuesta Jurídica Sepin mencionada.

⁵¹En este sentido la STC 50/2009.

tampoco es clara. Autores como GUTIÉRREZ DE CABIEDES,⁵², parten de que la disciplina legal de los plazos máximos del art. 504 LECr establece expresamente que el tiempo transcurrido en prisión provisional debe guardar proporción con la duración de la pena privativa de libertad que pueda imponerse, y en nuestro ordenamiento jurídico, la pena concreta que efectivamente pueda imponerse depende, en gran medida de las peticiones de la acusación, en virtud del principio acusatorio.

Esta opinión viene reforzada tras la reforma de la prisión provisional operada por la LOTJ en 1995, que instaura como uno de los principios básicos rectores el de la instancia de parte, que se requiere como presupuesto de la adopción de la prisión provisional.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con esta postura, ya que presenta una gran desventaja cuando hay varias acusaciones y cada una de ellas solicita una pena distinta. En este caso, utilizando el criterio de la pena subjetiva no podríamos determinar *a priori* cual es la pena solicitada que debe ser tenida en cuenta para determinar el plazo de la medida. Para ello, se debería comprobar (antes de acordar la medida) cual de las penas pedidas por las acusaciones es la más acorde con la apreciación del Juez Instructor respecto de los hechos, lo que supondría una excesiva dilatación del procedimiento, que es precisamente uno de los aspectos que se pretende erradicar cuando se adopta la prisión provisional.

Probablemente el criterio citado solo se mostraría fiable cuando ya hubiera recaído sentencia condenatoria en primera instancia, y esta hubiera sido recurrida.

Es por ello que considero que habrá de estarse a la pena objetiva para determinar la penalidad relevante.

7.3. Cómputo

La LECr regula este aspecto en su artículo 504.5. En primer lugar, debemos tener en cuenta que *para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa*. Es decir, el *dies a quo* será el día en el que el inculpado comienza a padecer la efectiva privación preventiva de libertad, como consecuencia de la prisión provisional o por otras causas, como por ejemplo la detención.

En lo que respecta al cómputo de la duración de la prisión provisional, el plazo

⁵²La prisión provisional... cit., p. 259.

máximo de duración se cuenta respecto de cada procedimiento. Es decir, se aplica al tiempo de privación preventiva de libertad sufrido en cada causa.

Puede suceder que **a un mismo sujeto se le impongan diferentes medidas de prisión provisional originadas por distintos procedimientos penales**. En tal situación, el límite máximo respectivo surte efectos en cada uno de los procedimientos, por lo que no resultaría una infracción del art. 17.4 CE cuando excedido el plazo máximo por una causa, se mantuviera la situación de prisión por razón de otro procedimiento distinto. En este mismo sentido se expresa el TC⁵³, que califica de “no irrazonable” que se deniegue el abono del tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de varias causas.

Por otra parte, **en el supuesto de que se imputen a una persona varios delitos en una misma causa**, y esa pluralidad de hechos delictivos sean enjuiciados en ese mismo procedimiento (por su conexión), la duración de la prisión preventiva no debe contarse por separado para cada procedimiento⁵⁴. La solución contraria, es decir, multiplicar los plazos legales por el número de delitos enjuiciados, conllevaría un resultado notoriamente superior a todo plazo razonable, contrario a los artículos 9.3 PIDCP y 5.3 CEPDH.

Por último, es necesario aclarar que **deben acumularse los períodos discontinuos de prisión provisional que puedan sufrirse en una misma causa**, a efectos del cómputo del plazo máximo de duración fijado por el art. 504 LECr. (STC 147/2000, de 29 de mayo). Cualquier otra solución abriría la puerta al fraude de ley de acordar la libertad, para decretar nuevamente la prisión y reiniciar un nuevo plazo.

En otro orden de cosas, debemos tener también en cuenta las exclusiones que la Ley permite respecto al cómputo del plazo. Para ello debemos acudir al art. 504.4 II LECr, que dispone que *se excluirá de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la Administración de Justicia*'. Considero que la formulación de este artículo no es la correcta, ya que hablar de “dilaciones no imputables a la Administración” supone dejar fuera de este artículo dilaciones debidas a la actuación de terceros, por ejemplo Policía o la parte acusadora, o incluso la propia complejidad del asunto lo que supone un perjuicio injusto para el encausado, que sufre las consecuencias negativas de unas actuaciones que se escapan de su voluntad. En este sentido se manifiesta el TC, que en la STC 98/2002, de 29 de abril ha puesto de manifiesto que “no puede

⁵³STC 92/2012, de 7 de mayo

⁵⁴El TC en sus Sentencias 148/2013 y 168/2013 de 9 de septiembre enuncian que “tanto los delitos que se enjuiciaron en un solo proceso, por virtud de la acumulación, como incluso aquellos que pudieron serlo por tratarse de delitos conexos, forman en cierto modo una unidad a efectos punitivos, y no pueden tratarse, por tanto, como delitos separados”

sostenerse que la inclusión entre las dilaciones que permiten suspender el cómputo del plazo de la prisión provisional de aquellas no derivadas de la conducta del sujeto sometido a la medida, sino del comportamiento de terceros, sea una interpretación restrictiva constitucionalmente válida”, por lo que debe interpretarse la norma como voluntad de excluir del cómputo las dilaciones ocasionadas por maniobras procesales fraudulentas del preso preventivo, destinadas a prolongar la causa para que la prisión preventiva alcance su límite máximo de duración, con el objetivo de que el órgano judicial se vea compelido a ordenar la puesta en libertad.

4. Instrumentos de garantía

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, instauró una serie de instrumentos de garantía con el objetivo de cumplir de forma satisfactoria el sistema de plazos máximos de la prisión provisional. En primer lugar, prevé una comunicación preventiva del órgano jurisdiccional y del Ministerio Fiscal, a sus respectivos órganos gubernativos, de la próxima expiración del plazo máximo de la medida; además se creó un Registro Central de medidas cautelares (dependiente del Ministerio de Justicia) a través de la Disposición Adicional segunda LECr.

Además, el art. 504.6 LECr, prevé que cuando la medida de prisión provisional acordada exceda de las dos terceras partes de su duración máxima, el órgano competente concedor de la causa y el Ministerio Fiscal comunicarán respectivamente esta circunstancia al Presidente de la Sala de Gobierno y al Fiscal-Jefe del tribunal correspondiente, con la finalidad de que se adopten las medidas precisas para dotar a las actuaciones de la máxima celeridad.

VIII. Abono de condena

Una vez que el proceso llega a su fin y se dicta sentencia firme condenatoria privativa de libertad, puede producirse el abono de condena, que consiste en el cómputo como tiempo cumplido de condena del tiempo que el investigado haya sufrido de privación preventiva de libertad. Esta figura se presenta necesaria a la luz de la efectiva privación de libertad que supone la prisión provisional, ya que no permitir este abono produciría una privación injusta y no reparada del derecho a la libertad consagrado en el art. 17 CE.

De este modo, dispone el art. 58 CP que el tiempo de privación de libertad sufrido

provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fuese acordada. Además, el abono en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado, siempre que previamente se compruebe que no se haya realizado el abono en otra causa.

Como podemos ver, el art. 58 se refiere al tiempo de *privación preventiva de libertad* de modo que en el cómputo del abono se puede incluir el periodo de tiempo sufrido por otras privaciones de libertad que no sean prisión preventiva, como por ejemplo el tiempo de detención.

Una cuestión controvertida es la causa en la cual puede llevarse a cabo el abono de condena. No cabe duda de que debe poderse realizar en la causa en la que el investigado, tras sufrir prisión preventiva (u otra privación provisional de libertad) ha sido condenado, como establece el art. 58.1 CP. El art. 58.2 CP contempla además que, si al final del proceso, no resulta en la causa una pena a la que poder realizar el abono (por ser la sentencia absolutoria o imponer un tiempo de condena inferior al padecido como consecuencia de la prisión provisional), dicho tiempo no abonado puede abonarse en otra causa. No obstante, esta solución podría llevar a resultados perniciosos de acogerse de modo indiscriminado, ya que permitir el abono ilimitado en cualquier causa podría provocar que, quien tiene derecho a ella, conocedor de tal posibilidad, podría delinquir sabiendo que no habría de sufrir pena por ellos. Es por ello que se introduce el apartado 3 del art. 58 CP, que dice que *solo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar*.

La jurisprudencia constitucional realiza una interpretación teleológica de este precepto, que va más allá del tenor literal de la norma, afirmando que 'el momento relevante va a ser, no tanto la fecha de los hechos que motivan la pena a la que se pretende abonar la medida cautelar, cuanto el conocimiento por el condenado de su absolución o imposición de una pena por tiempo inferior al de la prisión preventiva⁵⁵. Conocimiento que ha de referirse al de la resolución judicial una vez ésta sea firme. La justificación de ello trae causa en que, en palabras del TC, no tiene sentido acudir al sistema de indemnización por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (arts. 292 a 297 LOPJ), si es posible, sin que se vea mermado el principio de justicia, computar la

⁵⁵vid. SSTS 15-5-2000 (RJ 2000/4893), 18-12-2001 (RJ 2002/27), 21-7-2003 (20003/5390) 1 y 20- 9-2005 (RJ 2005/8902).

privación de libertad sufrida en otra causa distinta a aquella en la que se acordó.

Es por ello, que se admite el abono de la prisión en condenas dimanantes de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, pero anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvio, ya que el TC interpreta que solo a partir de tal momento el sujeto puede actuar con el “sentimiento de impunidad” que constituye la excepción contenida en el art. 58 CP.

Siguiendo en la esfera del abono de condena en causa distinta, debo hacer referencia al supuesto de que se produzca la **coincidencia entre la situación de penado y la de preso provisional** como consecuencia de dos procesos penales distintos, ya que es un supuesto bastante habitual. Es decir, un sujeto que se encuentra en prisión preventiva y en tal situación, recibe una condena firme a pena privativa de libertad, planteándose si el periodo que permanezca en situación de preso preventivo puede servir para computar, al mismo tiempo, la condena que recaiga en la causa por la que se acordó la medida cautelar y la condena por la que ya se encuentra en situación de penado. Este esclarecimiento es de vital importancia, debido a que el estatuto penitenciario del preso provisional es en ocasiones mucho más restrictivo que el del preso definitivo (pensemos por ejemplo en la prisión preventiva incomunicada).

En este sentido, en un primer momento el TC afirmó que debía computarse el tiempo cumplido de prisión provisional, aunque simultáneamente se hubiera estado cumpliendo prisión por condena⁵⁶. A juicio de este Tribunal⁵⁷, “si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo [...] el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable; y, a partir de él, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda

⁵⁶La STC 57/2008, de 28 de abril recoge que “la prisión provisional [...] tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la posible sentencia condenatoria, impidiendo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia [...] la distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y de la pena permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal [...] el 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 que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar”. En esta misma línea, SSTC 137/2016, de 18 de julio; 117/2014, de 8 de julio, entre otras.

⁵⁷STC 35/2014 de 27 de febrero.

llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el art. 58.1 CP, basada en un dato ausente de éste”.

Sin embargo, el TS, en su Sentencia de 10 de diciembre de 2009, alertó de las consecuencias negativas que esta doctrina podía generar y proponía una nueva redacción del citado precepto en la que se excluyera, de forma expresa, la posibilidad del doble cómputo. Lo contrario ponía en peligro los principios de seguridad, igualdad y buena fe procesal⁵⁸.

A consecuencia de estas posiciones enfrentadas entre el Tribunal Supremo y el Tribunal constitucional, el legislador decidió decantarse a través de la reforma establecida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por el criterio establecido por el Tribunal Supremo, añadiendo al artículo 58 un apartado segundo en el que se dice explícitamente que la citada compensación no tendrá lugar *cuando haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le sea abonado o sea abonable en ella*.

Es decir, la prisión preventiva sufrida en una causa puede abonarse con el cumplimiento de la pena impuesta en otro procedimiento, pero en tal caso el período de prisión preventiva ya no será abonable en la causa en la que se acordó, evitando así que un mismo periodo de condena pueda ser abonado en más de una causa.

En otro orden de cosas, entrando en la pena abonable, los artículos 58 y 59 permiten compensar el tiempo de prisión provisional y el tiempo de pena privativa de libertad impuesta en sentencia, debido a su misma naturaleza; pero, además, es posible el abono de la prisión preventiva a penas distintas de la privación de libertad (art. 59 CP, *cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte*

⁵⁸En cuanto al principio de igualdad, según la STS de 10 de diciembre de 2009, el mismo quedaría afectado por cuanto puede darse el caso en que el reo no tenga que cumplir pena alguna si el período de prisión preventiva sufrido en una de las causas excede del tiempo total de condena impuesto en las restantes, lo que puede provocar situaciones de impunidad o “vaciamiento”.

En cuanto al principio de igualdad, también puede ser lesionado al resultar más favorecidos los reos que acumulen más delitos y largas penas, pues gracias al citado efecto multiplicador pueden dejar de cumplir algunas de las condenas impuestas. En cambio, quienes han delinquido una sola vez y no han sufrido por ello prisión preventiva, no obtendrán reducción alguna de su condena, produciéndose de esta forma un patente tratamiento discriminatorio.

Y, finalmente, podría quebrar el principio de buena fe procesal en los casos en que el sujeto afectado, encontrándose imputado en varios procedimientos, acepte en la comparecencia de la medida cautelar del art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de una de las causas la prisión preventiva con la finalidad de poder computarla doblemente, tanto en esa causa como en las otras.

que estime compensada), con un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la proporción de dicho abono.

Este excesivo margen de discrecionalidad es acotado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que declara que la compensación no ha de hacerse de forma rígida, sino que hay que tener en cuenta *el distinto grado de afflictividad de la medida en relación a la pena*⁵⁹. Yendo más allá, la STS 154/2015 de 17 de marzo introduce nuevos criterios; concretamente confía al órgano judicial *la realización de un juicio de equivalencia para reducir la pena en la parte que estime compensable con arreglo a criterios prudenciales. Obviamente no son matemáticas. Habrá que atender a la naturaleza de medida y pena; a la incidencia de cada una en la esfera de derechos del sujeto; valorando su respectivo grado de afflictividad e incluso, eventualmente, circunstancias personales concretas que incidan en esos factores. No caben reglas apriorísticas de generalizada aplicación.*

Siguiendo esta interpretación, a día de hoy el TS solo se ha pronunciado respecto a dos medidas abonables al amparo de este artículo 59: las presentaciones periódicas derivadas de la obligación *apud acta* que puede acordar el Instructor, y la retirada del pasaporte⁶⁰. Bajo mi punto de vista, el veredicto del Tribunal en estos casos no es demasiado esclarecedor, puesto que solo ha debido pronunciarse en casos que no presentan demasiada dificultad debido a la naturaleza similar de las penas compensadas con la prisión provisional (en el sentido de que, pese a que estrictamente no son de la misma naturaleza, tanto la prisión provisional, como la obligación *apud acta* y la retirada del pasaporte, versan sobre el mismo bien jurídico del sujeto pasivo, como es la libertad de movimientos en un sentido amplio). Sin embargo, sigue sin pronunciarse sobre otras penas que podrían encajar en el art. 59 CP y que son de difícil abonabilidad, como por ejemplo la pena de multa.

En este tipo de penas sigue sin existir un criterio claro, lo que vuelve a dejar esta cuestión en manos de la discrecionalidad del Juez, y debido al peligro que esto puede entrañar por permitir una vía para eludir la responsabilidad del Estado por indebida privación de libertad⁶¹, considero que este artículo debería modificarse y enumerar como penas de distinta naturaleza compensables con la prisión provisional solo las enunciadas.

En todo caso, la aplicación del abono es preceptiva (art. 58.2 CP).

⁵⁹STS 52/2015, de 26 de enero.

⁶⁰STS 166/2017, de 14 de marzo; y STS 154/2015, de 17 de marzo, respectivamente.

⁶¹Pensemos por ejemplo en casos en que se impone una pena distinta de la prisión, porque el delito por el que se siguió la causa era erróneo y finalmente se condena por uno mucho menos grave.

Por último, debemos hacer mención a la posibilidad de recurso respecto a la procedencia del abono de condena. En un principio, de la lectura del artículo 848 LECr se desprende que no es posible el recurso de casación. Sin embargo, el TS, realizando unas labores de investigación e interpretación magistrales para avalarlo, admite dicho recurso en no pocas sentencias. De este modo, la STS 1399/2015⁶² afirma que “Los autos relativos al abono o no de la prisión preventiva sufrida por el condenado son susceptibles de casación. Así lo declara una añeja y oculta disposición, el art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901 sobre abono de prisión preventiva: *Las infracciones de esta ley, en cuanto a la prisión preventiva, se considerarán incluidas en el párrafo 6º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. El párrafo 6º del art. 849 mencionado equivale al actual párrafo 1º: el error iuris como primer motivo de casación por infracción de ley. Tal ley sirve de encabezamiento a uno de los motivos de casación articulados. La Real Orden de 29 de enero de 1901 insistió en la admisibilidad de la casación, concretando que el abono de la prisión preventiva realizado en la fase de ejecución y, por tanto, con posterioridad a la sentencia, debe revestir la forma de auto [...] Las mencionadas Ley y Real Orden están derogadas por la legislación posterior que incorporó la mayor parte de su contenido al Código Penal pero no en su totalidad. En efecto, sus aspectos procesales y en particular lo atinente a esa posibilidad de casación están vigentes en cuanto no han sido afectados por ulteriores reformas. Tampoco las últimas modificaciones del régimen de prisión provisional (Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010) han reparado en esa disposición. Su vigencia está asumida por una jurisprudencia que no titubea al admitir recursos de casación interpuestos contra autos dictados en fase de ejecución por las Audiencias Provinciales declarando abonables o no determinados períodos de prisión preventiva”.

Además, es aplicable por analogía ese marco a los casos de abono de medidas distintas a la prisión preventiva⁶³.

Si se produce la **coincidencia entre la situación de penado y la de preso provisional** como consecuencia de dos procesos penales distintos, debe computarse el tiempo cumplido de prisión provisional, aunque simultáneamente se haya estado cumpliendo prisión por condena, como bien afirma el TC en su doctrina jurisprudencial

⁶²Avalada por otras muchas Sentencias, como, entre muchas otras, SSTS 1449/1998, de 27 de noviembre, 926/1999, de 4 de junio o 501/2001, de 22 de marzo , o 615/2012, de 10 de julio.

⁶³ STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014, o 53/2015, de 26 de enero

más asentada⁶⁴. A juicio del Tribunal⁶⁵, “si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo [...] el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable; y, a partir de él, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el art. 58.1 CP, basada en un dato ausente de éste”.

IX. Indemnización como consecuencia de prisión provisional injusta.

Si una vez finalizado el proceso, no se dicta resolución condenatoria (sino sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento), y el tiempo sufrido en régimen de prisión provisional no puede compensarse mediante el abono de condena en otra causa, el resultado es que se ha sufrido una prisión provisional de modo indebido e injusto, lo que lesiona el derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE.

El fundamento de esta figura tiene su plasmación en el art. 9.3 CE, en el que se establece el principio y garantía de los ciudadanos de la responsabilidad de los Poderes Públicos, y se concreta respecto del Poder Judicial en el art. 121 CE, según el cual *los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado*. Sin embargo, es el artículo 294 LOPJ⁶⁶ el que concreta

⁶⁴La STC 57/2008, de 28 de abril recoge que “la prisión provisional [...] tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la posible sentencia condenatoria, impidiendo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia [...] la distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y de la pena permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal [...] el 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 que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar”. En esta misma línea, SSTC 137/2016, de 18 de julio; 117/2014, de 8 de julio, entre otras.

⁶⁵STC 35/2014 de 27 de febrero.

⁶⁶De acuerdo con este artículo, 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.

el supuesto de indemnización para la prisión provisional, limitando la responsabilidad por parte de la Administración de Justicia a dos supuestos: cuando el sujeto ha sufrido la prisión provisional y posteriormente ha sido absuelto por inexistencia del hecho imputado; o cuando se dicta auto de sobreseimiento por el mismo motivo.

Pese a que este artículo está pensado específicamente para dar cabida de forma directa a las personas que habían sufrido prisión provisional injusta, la interpretación jurisprudencial del término “inexistencia del hecho imputado” hace que en la actualidad se convierta en excepcional el que se pueda acceder a una indemnización por haber sufrido prisión preventiva y posteriormente ser absuelto.

Para explicar esto, es necesario remontarse a una de las primeras sentencias del Tribunal Supremo en la que dictamina sobre este asunto. Es concretamente en la STS 27 de enero de 1989 cuando se establece la doctrina de que “inexistencia del hecho imputado significa que en la realidad no se ha producido el acaecimiento que se atribuye a determinada persona. Es, pues, una inexistencia objetiva”. En esta misma Sentencia se delimita el concepto de inexistencia subjetiva, consistente en la imposibilidad de participación en el hecho punible enjuiciado. Esta tendencia se ve modificada a consecuencia de la doctrina del TEDH⁶⁷, que establece que, “conforme al principio *in dubio pro reo*, no debe existir ninguna diferencia entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución que derive de la constatación, sin ningún género de dudas, de la inocencia de una persona, debiendo respetarse, por toda autoridad, la parte resolutiva de la sentencia absolutoria, independientemente de los motivos aducidos por el juez penal”.

Como consecuencia de este nuevo criterio, el Tribunal Supremo realiza una interpretación más restrictiva del citado artículo y no reconoce el derecho a indemnización por haber sufrido prisión preventiva, salvo cuando no hubiera existido materialmente el hecho que ha dado lugar a la iniciación del procedimiento penal, interpretación que se asienta en el reciente ATS 2860/2018 según el cual solo han de incluirse en el ámbito del art. 294 los supuestos coincidentes con los presupuestos expresamente exigidos.

Sin embargo, para gran parte de la doctrina esta interpretación parece demasiado rígida, dejando fuera del ámbito de la indemnización supuestos como los de

⁶⁷STEDH, de 25 de abril de 2006, caso Puig Panella c. España y STEDH, de 13 de julio de 2010, caso Tendam c. España , y STEDH, de 16 de febrero de 2016, caso Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España.

sobreseimiento o absolución provocados por no ser el hecho constitutivo de delito, por no tener el preso preventivo responsabilidad criminal derivada de su participación en el hecho, o por no ser este condenado a una pena abonable en la misma o distinta causa; es por ello que el citado ATS reconduce los demás casos de prisión provisional no seguida de condena al marco del art. 293 (error judicial), en especial la “inexistencia subjetiva del hecho”,

No obstante, es necesario tener en cuenta que la STS de 23 de noviembre de 2010 indica que “en modo alguno contempla la regulación legal la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria”, siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre.

De todas formas, debe destacarse la necesidad de que, en una futura regulación de esta cuestión, la disciplina de la indemnización por prisión preventiva injusta se aborde de distinto modo, para instaurar mayor claridad y justicia en la materia y evitar el que se haga preciso recurrir a estos esfuerzos hermenéuticos.

En lo que hace a la *causa petendi* y su prueba, resulta producido y acreditado el daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado que exige el art. 292.2 LOPJ, siempre que se haya dado la prisión provisional en la circunstancia descrita en la Ley. Los daños morales se infieren directamente del propio padecimiento de la privación de libertad indebida, quedando únicamente a la discrecionalidad administrativa la cuantificación de ese quebranto. El TS viene diciendo que los daños morales “escapan por naturaleza de toda adjetivación mensurable”, por lo que su cuantificación ha de moverse dentro de una ponderación razonable (STS de 29 de enero de 1986), en función de las circunstancias personales relevantes, como la edad, rehabilitación de la honorabilidad perdida, profesión, salud; instaurando en todo caso el principio de progresividad del daño (es decir, que el daño se incrementa a medida que se incrementa la duración de la medida)

Únicamente deberían probarse los eventuales daños materiales que tal medida haya podido irrogar en el preso, es decir el lucro cesante o daño emergente. Así, se establece en el art. 294.2 LOPJ que la cuantía de la indemnización *se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido*.

Respecto de su tramitación, se prevé que la petición indemnizatoria se sustanciará de acuerdo con el art. 293.2, que es el que regula el procedimiento para los casos de

funcionamiento anormal. El interesado dirigirá su petición directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose esta con arreglo a las normas de la responsabilidad patrimonial del Estado (Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común; y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público). La resolución será impugnable en vía contencioso-administrativa.

X. Conclusión

Todo lo analizado hasta el momento pone de manifiesto la gran preocupación legislativa, doctrinal y jurisprudencial por conseguir que la prisión provisional sea la excepción en el proceso penal, y no la regla general, tratando de dar cumplimiento tanto a las exigencias constitucionales como a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales. Pese a que la legislación es clara perfilando la prisión provisional como uno de los procedimientos con mayores garantías de todo el sistema procesal, es cierto que cada vez son más numerosas las resoluciones tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo que tienen que entrar a valorar acerca de esta institución y perfilar su régimen de cumplimiento, de lo que se desprende que la legislación al respecto sigue presentando lagunas que deberían subsanarse.

Para poder comprobar si efectivamente se está cumpliendo la predicha excepcionalidad de la medida, he analizado los datos estadísticos sobre el uso de la misma, sacados tanto del Instituto Nacional de Estadística como del Proyecto de Información Estadística de penas y medidas alternativas, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Así, en la Tabla, se muestra la cifra de presos totales en los Centros Penitenciarios españoles desde 2003⁶⁸ hasta 2018, segregándolos por razón de situación procesal en preventivos, penados, y otros⁶⁹. En la última columna, se muestra el porcentaje de presos preventivos respecto el total de presos.

⁶⁸He considerado oportuno tomar este periodo en consideración, para poder comparar el impacto de las últimas modificaciones de la legislación penal en la prisión provisional.

⁶⁹La categoría otros incluye en el periodo 2005-2011 arrestos de fin de semana, tránsitos e impagos; y en el periodo 2011-2018 medidas de seguridad y penados con preventivas).

SITUACIÓN PROCESAL						
Año	Preventivos	Penados	Otros	Total internos	% Preventivos	% Penados
2018	8477	49293	1351	59121	14,34%	83,38%
2017	8115	50355	1233	59703	13,59%	84,34%
2016	7723	52476	1215	61414	12,58%	85,45%
2015	8544	55186	1309	65039	13,14%	84,85%
2014	9149	56132	1333	66614	13,73%	84,26%
2013	10321	57083	1486	68890	14,98%	82,86%
2012	11182	54366	5133	70681	15,82%	76,92%
2011	13463	59192	872	73527	18,31%	80,50%
2010	15565	60268	1030	76863	20,25%	78,41%
2009	17235	57058	977	75270	22,90%	75,80%
2008	16892	50170	338	67400	25,06%	74,44%
2007	15138	48987	968	65093	23,26%	75,26%
2006	15065	48073	883	64021	23,53%	75,09%
2005	13720	46426	908	61054	22,47%	76,04%
2004	13112	45384	879	59375	22,08%	76,44%
2003	12276	42744	1076	56096	21,88%	76,20%

Se puede diferenciar de forma clara dos etapas a partir de los datos de los gráficos: en primer lugar, el periodo comprendido entre 2003 y 2009, en el que el número de presos preventivos aumenta de forma progresiva, pasando de un 21,88% del total de internos a casi un 23%. Podríamos pensar que este aumento es debido a un aumento paralelo del número de presos ordinarios, sin embargo nada más lejos de la realidad, ya que en dicho periodo podemos ver como el número de presos respecto del total de internos disminuye de un 76% a un 75%. En definitiva, este periodo se aleja mucho de la idea de prisión preventiva como excepción; más bien se usa esta medida abusivamente, alejándonos de los principios que deben regir esta institución.

En el segundo periodo, comprendido entre 2009 y 2018 podemos ver cómo el número de presos preventivos disminuye desde un 22% hasta un 14%, una notable disminución que no va acompañada de la correspondiente disminución de presos en régimen ordinario.

Este análisis hace patente como con el paso de los años se está consiguiendo que la prisión provisional sea la excepción y no la regla, lo que es un indicador de que las cosas se están haciendo correctamente. Bajo mi punto de vista, la dirección seguida hasta el momento es la correcta, y la última reforma operada en 2015 va a seguir contribuyendo a que la adopción de la prisión provisional se pueda conciliar con el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia consagrados en la Constitución Española.

Sin embargo, a lo largo de mi investigación ha quedado patente que siguen

existiendo en nuestro ordenamiento jurídico aspectos de la prisión preventiva que deben ser perfilados, o que en alguna circunstancia pueden llegar a entrar en conflicto con las características básicas que debe regir la medida, como son la excepcionalidad y la proporcionalidad entre otros, y que a continuación paso a recordar.

El primer aspecto que considero es necesario implementar es la cuestión de la **imparcialidad objetiva**. Como hemos podido comprobar, la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la hora de regular la competencia sobre la adopción de la medida, no propone una solución ante la posible falta de imparcialidad que puede surgir debido a que el Juez que adopta la prisión provisional es el mismo que instruye y que posteriormente resolverá sobre la causa. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que tras apreciar la posibilidad de que se de esta imparcialidad, afirma que deberá estarse a las circunstancias de cada caso para examinar esta cuestión.

Lo que yo he considerado es que, si bien respecto al Juez de Instrucción esta falta de imparcialidad puede ser en cierto sentido “apropiada”, debido a que al ser el encargado de instruir es el que mejor conocerá las circunstancias del caso, que posteriormente debe ponderar para adoptar o no la prisión provisional; no ocurre lo mismo con el órgano que adopta la medida y posteriormente resuelve sobre la causa, en cuyo caso la imparcialidad objetiva se ve plenamente vulnerada. En este sentido, la solución de atender al caso concreto no es satisfactoria y debería introducirse en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal una distinción entre el órgano que adopta la medida y el que posteriormente conocerá del asunto para así eliminar *de facto* este riesgo de imparcialidad.

Otro aspecto que resulta llamativo es el de la **motivación de la medida en los casos en los que es adoptada en la propia sentencia condenatoria**. En este caso, el Tribunal Supremo considera que no hay vulneración de los derechos del investigado cuando la motivación de la adopción de la prisión provisional consiste en una mera remisión a los fundamentos en los que se basó la condena, sin embargo, considero que la fundamentación del peligro de demora del procedimiento no puede encontrarse en la motivación de la condena, y que por lo tanto no es suficiente con una motivación sucinta como el TS propone, sino que es necesario que la media sea adoptada en pieza separada con una motivación autónoma.

En otro orden de cosas, considero que la regulación también es deficiente en lo que respecta al **sistema legal de plazos**, y ello por varios motivos. En primer lugar, porque el artículo 504.4 LECr, que modula la efectiva vigencia del límite absoluto improrrogable de duración de la medida, parece dejar abierta la posibilidad de prisión provisional

ilimitada para los casos en que el investigado dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez (bajo determinadas circunstancias), lo que a todas luces supone una transgresión del principio de proporcionalidad, entre otros, por lo que debería suprimirse este apartado.

En segundo lugar, la regulación del sistema de plazos de la medida no resulta satisfactoria porque no se encarga de aclarar cuál es la pena que hay que tener en cuenta a la hora de dirimir la duración de la misma, la pena en abstracto o la pena en concreto. Bajo mi punto de vista, la pena en abstracto es la que se debe tener en cuenta debido al momento procesal en el que se decreta la medida, en la fase de instrucción (en la que aún no se han esclarecido los hechos con total precisión, y por lo tanto no se puede estar a la pena en concreto). Es por ello que considero que esto debería plasmarse en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para eliminar cualquier duda que pueda surgir al respecto, debido a que es una cuestión bastante debatida entre la doctrina.

Por último, también considero que el sistema actual de **indemnización como consecuencia de prisión provisional injusta** es contrario a las pautas establecidas por el TEDH. Pese a que este tribunal ya declaró que el Estado español estaba violando el derecho a la presunción de inocencia con su anterior jurisprudencia, los Tribunales españoles, tanto TS como TC adaptaron este criterio de forma restrictiva y ciñéndose estrictamente a la LOPJ, lo que provocó que si antes de que se pronunciara el TEDH sobre el asunto eran muy pocos los supuestos en los que el sujeto era indemnizado por sufrir la prisión provisional injusta, en la actualidad aun es más complicado.

En mi opinión, en lugar de adaptar la jurisprudencia a los estrictos términos de la ley, debería haberse modificado la LOPJ para incluir en los supuestos del art. 294 otros que en la actualidad quedan fuera del ámbito de aplicación de este artículo, como aquellos que hubieren sido absueltos por falta de pruebas, ya que de otro modo parece que se hace una distinción entre aquellos que son absueltos por inexistencia del hecho y los que lo son por otros motivos, cuando el sistema debería ser totalmente imparcial en este sentido.

Si el TS consideraba equiparables los casos en los que se declaraba la inexistencia objetiva de los hechos y aquellos en los que quedaba claro que el imputado no había participado en los mismos, no puede, por un lado, dejar de amparar a estos últimos, siendo que antes de la resolución del TEDH los consideraba igual de merecedores de la indemnización y, por otro lado, considerar que quienes sean absueltos por falta de pruebas, merecen menos la indemnización que el resto de absueltos, lo que a todas luces va en contra del derecho a la presunción de inocencia.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La responsabilidad patrimonial del Estado por los daños provocados por la Administración de Justicia: un derecho subjetivo constitucionalmente proclamado y legalmente desarrollado*, Justicia año 2016, Núm. 1, pp.123-151.
- ANDRÉS IBAÑEZ, P., “El Juez y la prisión provisional”, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, nº 91, pp. 1-2.
- ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión provisional*, S.L. Civitas Ediciones, Madrid, 1987.
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA, *La práctica de la Prisión Provisional en España, Informe de Investigación*, Madrid, Noviembre de 2015.
- CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Chile, 2017, p. 21.
- CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.
- CARRARA, F., *Immoralità del carcere preventivo*, Opuscoli di Diritto Criminale, vol. IV, Prato, 1881.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M., “La nueva prisión atenuada domiciliaria, ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ISSN 0211-2744, Nº 5, 2004, págs. 1595-1608.
- Encuesta Jurídica Sepín de junio de 2009. <http://www.sepin.es/cronus4plus.html>
- GIMENO SENDRA, V., *La necesaria reforma de la prisión provisional*, Diario La Ley, 2001, pp. 1 y ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 8930, 2017.
- GONZÁLEZ PASTOR, C.P., “Reflexiones acerca de la tesis del Tribunal Constitucional de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 7112, 2009.

- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P, *La Prisión Provisional*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- Instituto Nacional de Estadística; <http://www.ine.es/>.
- LORENZO MORILLAS, C., “Reflexiones sobre la Prisión Preventiva”, *Anales del Derecho Universidad de Murcia*, 1/2016, Murcia, Marzo de 2016, pp. 12-19.
- MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid 2015.
- ORTELLS RAMOS, M., *Para una sistematización de las medidas cautelares*, RGLJ, 1978, p. 455.
- Portal de estadísticas de la Administración Penitenciaria (Ministerio del Interior), <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/administracionPenitenciaria/estadisticas.html>