



Trabajo Fin de Grado

La prisión provisional como medida cautelar

Autor

Sara Gajón Fernández

Director

Ángel Bonet Navarro

Facultad de Derecho

2018

Hay que “*tratar al acusado como ciudadano hasta que resulte enteramente probado su delito*”
(Filangieri, Ciencia de la Legislación, Tomo III)

RESUMEN

Encontramos varias clases de medidas cautelares personales, todas ellas de duración limitada.

El presente trabajo se centra en una de estas medidas cautelares en el proceso penal español, esta es, la prisión preventiva.

Hay varias finalidades y causas para imponer la prisión provisional. En dicho trabajo, también haré mención al procedimiento a seguir para su imposición, así como la manera de acordarla y prorrogarla.

Esta medida cautelar sirve de garantía para que se pueda llegar a ejecutar la sentencia y evitar una serie de sucesos que podrían dificultar el proceso penal.

Palabras clave: medida cautelar de carácter personal, prisión preventiva, privación libertad, presunción de inocencia, garantía, proceso penal, duración limitada, sentencia.

ABSTRACT

We found several kinds of personal precautionary measures, all of limited duration.

The present work focuses on one of these precautionary measures in the Spanish criminal process, that is, preventive detention.

There are several purposes and causes to impose provisional detention. In this work, I will also make the mention of agreeing and extending it.

This precautionary measure serves to guarantee that it can reach the judgment and avoid a series of events that may hinder the criminal process.

Key words: precautionary measure of a personal nature, preventive detention, deprivation of liberty, presumption of innocence, guaranteee, criminal proceedings, limited duration, sentence.

Listado de abreviaturas

LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Cfr.	Confróntese
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
CE	Constitución Española
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
p.	Página
CP	Código Penal
BOE	Boletín Oficial del Estado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Ed.	Edición
pp.	Páginas
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
LGP	Ley General Penitenciaria
ss.	Siguientes
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional

ÍNDICE

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	11
1. GENERALIDADES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	11
2. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL.....	12
CAPÍTULO II: LA PRISIÓN PROVISIONAL	15
1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.....	15
2. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.....	16
A) Principio de legalidad.....	16
B) Principio de presunción de inocencia.....	17
C) Principio de proporcionalidad.....	18
D) Principio de provisionalidad	18
E) Principio de excepcionalidad.....	19
3. CARACTERES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.....	20
4. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS PARA ACORDAR SU ADOPCIÓN.....	21
A) <i>El fumus boni iuris</i>	22
B) <i>El periculum in mora</i>	23
C) La resolución judicial.....	24
CAPÍTULO III: FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.....	27
1. FINES LEGÍTIMOS.....	27
1.1 Riesgo de fuga.....	27
1.2 Ataque a las fuentes de prueba.....	27
1.3 Reiteración delictiva.....	28

CAPÍTULO IV: CLASES DE PRISIÓN PROVISIONAL.....	31
A) PRISIÓN PROVISIONAL COMUNICADA.....	31
B) PRISIÓN PROVISIONAL INCOMUNICADA.....	32
C) PRISIÓN PROVISIONAL ATENUADA.....	33
CAPÍTULO V: LA DURACIÓN.....	35
CAPÍTULO VI: EL ABONO.....	37
CAPÍTULO VII: EL PROCEDIMIENTO.....	41
1. COMPETENCIA	41
A) Competencia funcional	41
B) Imparcialidad objetiva.....	42
2. LA COMPARECENCIA	43
3. EL AUTO DE PRISIÓN.....	45
4. RECURSOS.....	46
CAPÍTULO VIII: INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL INJUSTA.....	49
CONCLUSIONES.....	51
BIBLIOGRAFÍA	53
LEGISLACIÓN.....	54

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

La finalidad de este estudio ha sido utilizar como fuente la jurisprudencia y las fuentes legales, he partido de esa base para elaborar mi trabajo.

En especial he hecho referencia a importantes sentencias de nuestro Tribunal Constitucional.

Una de las principales razones por las que he decidido el tema de la prisión provisional es por su carácter contradictorio y tal vez en algunas ocasiones problemático con respecto al derecho fundamental a la libertad y a la presunción de inocencia.

Otro de los temas a tratar en el presente trabajo es la seguridad jurídica, concepto realmente importe, ya que como posteriormente expongo, se vela por una sentencia efectiva.

1. GENERALIDADES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Una medida cautelar es un instrumento legal de prevención y se solicitada para asegurar la efectividad de la pretensión deducida, para prevenir el evento de que, siendo estimada en la resolución judicial que pone fin al proceso, esta pueda verse impedida o dificultada.¹

Las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar que se cumpla de manera efectiva la sentencia.

El juicio oral requiere su preparación a través de la fase instructora, en la cual se invierte un dilatado periodo de tiempo, en el que el imputado podría ocultarse a la actividad de la justicia o alzar sus bienes, dificultando el cumplimiento de la sentencia. Para garantizar tales efectos y la futura ejecución de la sentencia surge la idea de adoptar este tipo de medidas cautelares.²

¹ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. Los procesos especiales*, Colex, Madrid, 4^a ed., 2012, p.36

² Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, UNED, Madrid, 2015, p.445.

VELASCO NUÑEZ menciona cuatro finalidades que cumplen las medidas cautelares en sus distintas formas en el proceso:³

La primera finalidad es la asegurativa; el art.299 LECrime establece que constituyen el sumario las actuaciones que están encaminadas a preparar el juicio, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

La segunda finalidad mencionada por VELASCO NUÑEZ es la conservativa. El transcurso del tiempo desde que se inicia el proceso hasta que se dicta sentencia conlleva la necesidad de conservar los elementos adecuados para que el juez pueda dictar una resolución lo más correcta posible.

Otra de las finalidades es la finalidad anticipativa, con ella se pretende verificar la medida cautelar con el fallo que deba acordarse.

Por último, la cuarta finalidad es la preventiva; su finalidad es la de proteger a la víctima y evitar la existencia de agravamientos futuros del investigado.

Estas medidas se caracterizan por la instrumentalidad, la provisionalidad y la proporcionalidad.

A través de la instrumentalidad se garantiza la efectividad de la sentencia. En cuanto a la provisionalidad hace que las medidas cautelares puedan ser modificadas si varían los presupuestos de su adopción. La característica de la proporcionalidad hace que la medida cautelar sea la idónea y la más adecuada con el fin pretendido.

2. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

En derecho procesal penal, se suelen distinguir entre dos tipos de medidas: las medidas cautelares personales y las medidas cautelares reales.

Las medidas cautelares personales suponen una limitación en la libertad individual del imputado. Se trata de limitar o prohibir su libre circulación con el fin de evitar que se manipulen o destruyan pruebas; también se protegen los derechos de la víctima.

³ Cfr. VELASCO NUÑEZ, E., “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuente”. Diario La Ley, N° 8169, el 14 de octubre de 2013. p.1.

Estas medidas aparecen reguladas en el art. 486 y ss. LECrim, podemos citar algunas de ellas como:

- La detención: Aparece regulada en el art. 489 y ss LECrim. Consiste en la privación de la libertad de movimientos de una persona por un período de tiempo corto. Puede practicarla la policía e incluso cualquier persona (art. 490 LECrim), si se ha cometido un delito. El juez deberá elevar la detención a prisión provisional o dejarla sin efecto antes de setenta y dos horas (art. 497 LECrim).
- La prisión provisional: A continuación será desarrollada de manera detallada. Con ella se priva de libertad al imputado durante el tiempo imprescindible para la defensa de bienes jurídicos fundamentales.
- La libertad provisional: Es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad que trata de evitar la ausencia del imputado que queda así a disposición de la autoridad judicial y a resultas del proceso obligándose a comparecer periódicamente cuando se le cite. Aparece regulada en los arts. 528 y ss LECrim.

Existen otras medidas de carácter personal, previstas para supuestos más específicos, como las órdenes de alejamiento (art. 544 bis LECrim), la prohibición de conducir vehículos a motor (art. 529 bis y 764.4 LECrim), la suspensión de cargos públicos (art. 384 bis LECrim) o determinadas restricciones a la libertad de movimientos que se prevén en los procedimientos de extradición y menores como alternativas a la prisión provisional.

Las medidas cautelares reales son aquellas que se dirigen contra los bienes del encausado. Pretenden garantizar que éste hará frente a sus responsabilidades económicas.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal se prevén las siguientes medidas patrimoniales:

- La fianza. Es una medida que busca la disponibilidad de dinero de forma inmediata, ya sea en efectivo o mediante la afección de bienes. Es una medida subsidiaria al embargo. La fianza puede ser personal (art. 592 LECrim), pignorativa o hipotecaria (arts. 593 a 595 LECrim) y también se puede efectuar mediante caución.
- El embargo. La LECrim configura el embargo como una medida subsidiaria a la fianza. El embargo consiste en la aceptación provisional y anticipada de bienes del

investigado para el supuesto en que no pueda prestar fianza. Es de carácter preventivo y no procederá la vía de apremio en tanto no exista sentencia de condena.

CAPÍTULO II: LA PRISIÓN PROVISIONAL

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La prisión provisional (o preventiva) entraña una privación de libertad al encausado durante la tramitación del proceso penal para evitar su fuga, la eliminación y desaparición de ciertas fuentes de prueba, la reincidencia delictiva y así poder garantizar la efectividad de la sentencia que pueda recaer y el proceso penal que corresponda en su caso.

Se trata de una medida cautelar de carácter personal que aparece regulada en los artículos 502 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim).

La privación de libertad se produce en el trámite de un proceso penal cuando todavía no ha recaído sentencia condenatoria.

El art. 502 dispone que la prisión provisional sólo se adoptará cuando sea necesaria, y cuando no haya otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

El Tribunal Constitucional ha declarado en varias ocasiones que la prisión provisional es una medida cautelar sometida al principio de legalidad, excepcional, subsidiaria y provisional al logro de fines constitucionalmente legítimos.⁴

La prisión provisional podrá ser acordada por el Juez de Instrucción a través de un auto motivado.

Esta medida cautelar personal, consistente en la privación de libertad del investigado ya encausado durante el tiempo estrictamente imprescindible.

Para hablar del fundamento, primero debemos hacernos una pregunta; ¿por qué se impone esta medida cautelar?

En primer lugar se impone la prisión provisional como una garantía; esta garantía es, asegurarse el Juez de que el investigado no se va a dar a la fuga, esto es, la posibilidad de que el investigado en caso de estar en libertad provisional pueda evadirse de manera

⁴ Cfr. SSTC 127/1984 de 12 de diciembre (EDJ 127/1984), 241/1994 de 20 de julio (EDJ 1994/10589), 128/1995 de 26 de julio (EDJ 1995/3567), 147/2000 de 29 de mayo (EDJ 2000/9372) y 305/2000 de 11 de diciembre (EDJ 2000/46402).

voluntaria de la justicia. Para imponerla se analizan la situación personal del investigado así como la gravedad del hecho delictivo.

Otra de las garantías, es asegurarse de que no van a ser destruidas ningún tipo de pruebas o perjudicar a la investigación que se lleva en curso.

También otro de los motivos por los que se decide imponer la prisión preventiva es evitar que atente contra bienes e intereses de la víctima o el hecho de reincidir delictivamente.

2. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Los principios rectores son aquellos que orientan el procedimiento penal de nuestro país en esta materia. Son la guía de las diferentes disposiciones procesales penales.

Estos principios rectores, dan las pautas para actuar al investigar y juzgar en todo momento.

El Tribunal Constitucional, en diferentes sentencias, ha señalado, que una medida como esta, se encuentra sujeta a diversos principios de observancia estricta, como son entre otros, los siguientes:⁵

A) Principio de legalidad

La privación de la libertad solo se puede dar en los casos expresa y taxativamente previstos por la Ley y siempre y cuando se cumplan los presupuestos, los requisitos o las condiciones expresamente establecidos por la misma. Y con las garantías que la ley concede a toda persona detenida.

El Tribunal Constitucional ha venido declarando que la prisión provisional constituye una medida cautelar sometida al principio de legalidad, excepcional, subsidiaria y proporcionada al logro de fines constitucionalmente legítimos.⁶

En otra sentencia del TC se estableció que “*Por lo que se refiere al principio de legalidad, hemos reiterado la exigencia constitucional de que la decisión judicial de*

⁵ Cfr. STC Pleno 19 de enero de 2017 (EDJ 2017/1047), STC Sala 1^a de 11 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/46402)

⁶ Cfr. STC 128/1995, de 26 de julio (EDJ 1995/3567)

*decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional esté prevista en uno de los supuestos legales (uno de los “casos” a que se refiere el art. 17.1 CE) y que se adopte mediante el procedimiento legalmente regulado (en la “forma” mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que se diga reiteradamente que el derecho a la libertad pueda verse conculado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como contra lo que la ley dispone”.*⁷

B) Principio de presunción de inocencia

La presunción de inocencia se trata de un derecho en el que toda persona acusada de un hecho delictivo, debe considerarse inocente hasta que se establezca una sentencia firme que diga lo contrario.

En España, el derecho a la presunción de inocencia se encuadra en la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución, concretamente en el artículo 24.2 in fine.

No obstante, debe recordarse que, en sus orígenes, este derecho se positiviza con la finalidad de garantizar la libertad e integridad tanto personal como patrimonial que tenían los ciudadanos. Se trataba de una garantía frente al *ius puniendi* del Estado.⁸

La doctrina jurisprudencial declara que "el derecho a la presunción de inocencia alcanza solo a la total ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales SSTS 7.4.92 y 21.12.99"⁹

Por ello el derecho a la presunción de inocencia alcanza solo a la total carencia de prueba y no a aquellos casos en que los autos se hallen reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las garantías procesales STS 26.9.03.¹⁰

⁷ STC Sala 2^a de 16 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/260743)

⁸ Cfr. OVEJERO PUENTE, ANA MARIA, *Constitución y presunción de inocencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 100

⁹ Cfr. STS Sala 2^a de 28 de marzo de 2001 (EDJ 2001/1439)

¹⁰ Cfr. STS Sala 2^a de 15 de junio de 2005 (EDJ 2005/108835)

C) Principio de proporcionalidad

La prisión provisional debe ser necesaria, idónea e imprescindible para poder asegurar el proceso. Esto quiere decir que se acordará este tipo de prisión cuando sea la medida cautelar más adecuada para el investigado y para el proceso penal. Será aplicable en el caso en el que el resto de medidas no resulten suficientes ni proporcionales a la necesidad y a la utilidad de garantizar el proceso.

El principio de proporcionalidad no vincula sólo al legislador. Vincula también al juez en cuanto agente de la fase final del proceso de formación y lo hace, *mutatis mutandis*, con los mismos parámetros. El principio de proporcionalidad es así definidor siempre de cualquier decisión judicial.¹¹

Los criterios de proporcionalidad le servirán también para interpretar las cláusulas abstractas de justificación o de disminución de lo injusto. Asimismo, de las posibilidades de elección de sanción que ofrece la norma, debe elegir, en primer lugar, la mínima eficaz para los fines de protección que la norma persigue y, si dicha sanción se revela como estricta o internamente desproporcionada en comparación con la entidad del comportamiento perseguido, y si la norma no le permite la falta de subsunción, o la justificación del comportamiento, debe sancionar mínimamente y exponer al Gobierno lo que estime conveniente acerca de la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, así lo establece el artículo 4.3 de nuestro CP.

D) Principio de provisionalidad

El art. 17.4 CE dispone que la ley prevé un plazo máximo de duración para la prisión provisional.

En el art. 504 LECrim se establece un sistema de plazos para evitar que se prolongue excesivamente, variando los plazos en función de la duración de la pena imputada.

¹¹ Cfr. STS Sala 2^a de 6 de julio de 2011 (EDJ 2011/210606)

Dicho artículo también establece *que la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.*

Las medidas cautelares han de ser siempre provisionales y como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero, con anterioridad a dicho término, pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas, siempre que se modifiquen los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción. Las medidas cautelares se encuentran, por lo tanto, sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, es decir, sólo deben permanecer en tanto subsistan las razones que han justificado su adopción.

El legislador ha determinado que las medidas cautelares sean, además de provisionales, temporales. En estos casos la ley establece un plazo máximo de duración de la medida. Esta es también el caso de las consecuencias accesorias aplicadas en su calidad de medidas cautelares, ya que tanto la clausura como la suspensión y la intervención se prevén con duración temporal -no pudiendo superar el plazo de 5 años (CP art. 33.7 c) y d)) - y su adopción con carácter de medida cautelar también debe respetar dicho plazo (CP art. 129.3).

E) Principio de excepcionalidad

Este principio se aplica a casos excepcionales. Va ligado al principio de necesidad ya que solo se puede aplicar cuando no haya otra medida menos gravosa aplicable, para conseguir los mismos fines.

La excepcionalidad de esta medida cautelar impone la vigencia del principio *favor libertatis* o *in dubio pro libertate*, en cuya virtud la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen.¹²

El TC ha reiterado que la prisión provisional o preventiva para que sea reconocida como constitucional debe cumplir tales principios, precisando que las causas que justifican esta medida son: a) La presunción (sólida) de que el imputado habría cometido un delito, b) El peligro de fuga y la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria.

¹² Cfr. STC Sala 2^a de 3 de junio de 2002 (EDJ -2002/24305)

El TC también establece que el carácter excepcional y subsidiario, por un lado, y transitorio, por otro, de la prisión provisional se ha reafirmado también en nuestra legislación procesal desde que los arts. 502 y ss LECrim fueron reformados por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre. Esta reforma ha trasladado a nivel legal la regulación internacional y la doctrina constitucional sobre los fines a que pretende atender la prisión provisional, y que ahora se expone en el art. 503.1.3º.¹³

3. CARACTERES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Debemos analizar qué es lo que caracteriza a esta medida cautelar.

La configuración y aplicación de la prisión provisional se rige por principios comunes a la afección de todo derecho fundamental: jurisdiccionalidad y proporcionalidad; y a su vez, hay otras características comunes a las medidas cautelares, estas son la instrumentalidad, provisionalidad y homogeneidad.¹⁴

Jurisdiccionalidad: Esta medida será acordada por un Juez o Tribunal en un procedimiento judicial.

Dicha medida, sólo puede ser decretada por el órgano que sea competente.

En el Artículo 22 sexies de la LOPJ se establece que “*Los Tribunales españoles serán competentes cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. Serán también competentes para adoptar estas medidas si lo son para conocer del asunto principal.*”.

Cuando surjan nuevos elementos fácticos se puede alzar dicha medida.

Instrumentalidad: Debe cumplir los fines que se encuentran previstos en el artículo 503.3 de la LECrim. No tiene una suficiente autonomía e independencia, por lo tanto se encuentra condicionada al objeto de litigio al que se refiere. Carece de autonomía e independencia y está condicionada por el objeto del litigio a que se refiere, así aparece reflejado en el artículo 726.1.1º LEC.

¹³ Cfr. STC 8/2002, de 14 de enero (RTC 2002,8)

¹⁴ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIDES, P., *La prisión provisional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 61 y 62.

Provisionalidad: Este carácter hace referencia al tiempo, es decir, ninguna medida es permanente, sino que dura un cierto tiempo y desaparece. No puede exceder de la duración del proceso. Esto aparece regulado en el art. 504 LECrim. Los Autos que acuerdan la prisión y libertad provisional son reformables durante todo el curso de la causa, pudiendo el imputado ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente (art. 539 LECrim).

Proporcionalidad: como anteriormente ya he expuesto, la medida cautelar deberá ser adecuada a los fines que con ella se persiguen y proporcional a los hechos ocurridos y a su gravedad. Si es posible sustituir la medida cautelar por otra con la misma eficacia pero menos perjudicial, entonces se optará por denegar la más gravosa.¹⁵

Homogeneidad: las medidas cautelares son homogéneas pero no idénticas. Esta característica hace que la medida cautelar sea similar o parecida a la medida ejecutiva que se acuerde para que sea efectiva la Sentencia.¹⁶

4. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS PARA ACORDAR SU ADOPCIÓN

Para poder acordar la adopción de la prisión provisional es necesario la concurrencia de una serie de presupuestos (propios de la prisión provisional y materializados en el art. 503.3.a, b y c de la LECrim).

Estos presupuestos son tres: *fumus boni iuris, periculum in mora* y la resolución judicial.

El TC ha señalado como presupuesto imprescindible para esta medida cautelar, no sólo la existencia de indicios racionales de la comisión de la comisión de una acción

¹⁵ Cfr. MORENO, V. y CORTÉS, V., *Derecho Procesal penal*, Tirant Lo Blanch, 7^a Ed., Valencia, 2015, p. 299.

¹⁶ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, UNED, Madrid, 2015, p. 447.

delictiva, sino también, como presupuesto objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida.¹⁷

A) El *fumus boni iuris*

El *fumus boni iuris* o también denominado apariencia del buen derecho implica que ha de parecer verosímil la existencia del derecho o del interés jurídico existente. Esto quiere decir que sea suficiente para que la resolución principal declare el derecho en sentido favorable al solicitante de esta medida cautelar.

Al solicitante de la medida cautelar se le exige la presentación de los datos, los argumentos y las justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, así aparece reflejado en el artículo 728.2 de la LEC.

El núcleo fundamental del *fumus boni iuris* consiste en el que el juez determina si la demanda puede tener éxito o no. Hay dos formas de valoración totalmente opuestas. Por un lado, la labor del árbitro o del juez podría limitarse a acordar la adopción de las medidas cautelares ante la mera solicitud del demandante.¹⁸

Por otro lado, nos encontramos con un sistema en el que se reproducen todas las exigencias existentes respecto al enjuiciamiento que se realiza en el proceso principal. Esta opción debe excluirse cuando se encuentren inconvenientes. Los más evidentes son la dilación en la adopción de las medidas cautelares y la duplicación de la adopción procesal.¹⁹

¹⁷ Cfr. SSTC 56/1997, 14/2000, 47/2000, 207/2000 y 217/2001 citadas por MORENO, V. y CORTÉS, V., *Derecho Procesal penal*, Tirant Lo Blanch, 8^a Ed., Valencia, 2015, p. 319.

¹⁸ Cfr. PÉREZ DAUDI, V, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, cit. por SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La teoría general de las medidas cautelares*. Por su parte BARONA VILAR, S., (en *Medidas cautelares en el arbitraje*) cit. por SERRA DOMÍNGUEZ, afirma que esta posibilidad supondría incurrir en un supuesto de indefensión en cuanto no se da posibilidad al demandado contra el que se adopta la medida cautelar, de defenderse.

¹⁹ Cfr. ALONSO FURELOS, J.M., “Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar”, p.370, ob.cit. MALLANDRICH MIRET, N., “*Medidas cautelares y arbitraje*”, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010, p. 118; CALDERÓN CUADRADO, M^a P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso penal*, p.42; PÉREZ DAUDI. V., “*Las medidas cautelares*”, en *Instituciones del nuevo Proceso Civil*, p. 574. ORTELLS RAMOS, M. *Las medidas cautelares*, p 167. Obras citadas por MALLANDRICH MIRET, N., “*Medidas cautelares y arbitraje*”, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010, p. 118.

En el proceso penal, la verosimilitud viene dada por el *ius puniendi* del Estado respecto del encausado. En el caso de la prisión provisional, el juicio de probabilidad afirmativo sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y el sentido condenatorio de la futura sentencia que finalice el proceso, con la imposición de una pena a dicho sujeto.²⁰

B) El *periculum in mora*

Se trata de otro de los requisitos básicos para la adopción de las medidas cautelares.

“El requisito más importante para que una medida cautelar sea adoptada, es que exista un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración; el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución -*periculum in mora*”.²¹

Se trata de la demora temporal que conlleva la tramitación del proceso en que se solicita la adopción de la medida; pues desde la presentación de la demanda hasta que se resuelve el asunto definitivamente transcurre un espacio de tiempo por los plazos procesales para la práctica de las sucesivas actuaciones que componen el proceso, al que hay que añadir el derivado de las posibles incidencias que alteren su curso normal. “El *periculum in mora* o la posible frustración del proceso por el tiempo que transcurre hasta la resolución del mismo”²².

“Respecto a la concurrencia del segundo de los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar esto es el peligro en la demora (*periculum in mora*), el mismo supone valorar la necesidad de adoptar las medidas que se solicitan al objeto de determinar si, de no tomarse las medidas solicitadas, la eventual sentencia estimatoria que se dictase carecería de efecto práctico por ser ineficaz, ilusoria o carente de contenido material sobre el que hacerla efectiva ”.²³

²⁰ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIDES, P., ob.cit, p. 125.

²¹ Sentencia Tribunal Constitucional de 29 abril 1993(EDJ 1993/4006)

²² Auto Audiencia Provincial de Madrid 8 junio 2006 (EDJ 2006/315358)

²³ Auto Audiencia Provincial Tarragona 7 junio 2007 (EDJ 2007/164965)

"El "*periculum in mora*", según el artículo 728.1º LEC, significa la existencia de un riesgo de transformación de la situación fáctica sobre la que deba recaer la resolución a adoptar en el proceso principal, que determine su posible inejecución, ya sea total o parcial "

Tras la modificación de la LO 12/2003, la LEcrim, de acuerdo con la doctrina del TC, dispone que la prisión provisional sólo puede ser decretada cuando se persiga alguno de los siguientes fines (art. 503.1.3º):

Que se asegure la presencia del investigado, conjurando un peligro de fuga y evitando que se sitúe fuera del alcance de la justicia. (art. 503.1.3º.a), evitar que el investigado oculte, manipule o destruya las fuentes de prueba (art. 503.1.3º. b), evitar la reiteración delictiva (art. 503.2).

C) La resolución judicial

Este es el tercer presupuesto para la prisión preventiva, se trata de que venga decretado por una resolución judicial motivada, en forma de auto.

Tal auto deberá estar suficientemente motivado y razonado, deberá expresar los motivos por los que se considera necesaria tal medida y proporcionada respecto de los fines que proporcionan su adopción; así lo establece el art. 506.1 LEcrim.

La resolución del Juez atañe no solo a la eventual limitación o restricción de un derecho fundamental como es la libertad personal del imputado, sino que alude a la misma seguridad y al desarrollo del proceso; pero que igualmente concierne a la necesidad de garantizar la legítima potestad jurisdiccional y punitiva del Estado, y la debida tutela jurisdiccional y el derecho de la víctima a obtener un justo amparo y resarcimiento.

El Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho a la libertad personal no es un derecho absoluto. Ello quiere decir que es susceptible de ser limitado en su ejercicio. No obstante, es claro que las eventuales restricciones que se puedan imponer no están libradas a la entera discrecionalidad de la autoridad que pretende limitar su ejercicio. En ese sentido, la legitimidad de tales restricciones radica en que ellas deben ser dispuestas

con criterios objetivos de razonabilidad y proporcionalidad, a través de una resolución judicial motivada.²⁴

²⁴ STC de 11 de abril de 2011 (EDJ 2011/47879)

CAPÍTULO III: FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

1. FINES LEGÍTIMOS

Esta medida cautelar se impone al investigado con la intención de que se lleven a cabo una serie de finalidades, las cuales hagan efectiva la sentencia dictada.

Estos fines o finalidades son evitar que el investigado se dé a la fuga, que se deshaga de los medios de prueba que existen o que se produzca la reincidencia delictiva.

*“La medida de prisión provisional debe responder a los fines constitucionalmente legítimos de la misma y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito”.*²⁵

1.1. Riesgo de fuga

Frente a la existencia de este peligro, el art. 503.1.3º.a) LECrim establece que se atiende a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena del investigado, a su situación laboral, económica y personal.

En el caso de que se estime riesgo de fuga para asegurar la presencia del investigado, se impondrá prisión preventiva cuando se hayan dictado al menos dos requisitorias en los dos años anteriores. (Art. 503 LECrim)

1.2. Ataque a las fuentes de prueba

La obstrucción de la instrucción penal es introducida en la reforma de 2003 de la LECrim en nuestro Ordenamiento por primera vez.

Hay casos en los que el investigado pretende ocultar, alterar o destruir las fuentes de prueba necesarias para el proceso penal. (art. 503.1.3º b)). Para que esto no ocurra, se impone la prisión provisional. Se trata de una garantía, se asegura que los medios de prueba obtenidos se podrán presentar en el procedimiento establecido.

²⁵ STC Pleno de 17 de febrero de 2000 (EDJ 2000/817)

Para que este fin se lleve a cabo, es necesario que concurran una serie de requisitos:

- Que las fuentes de prueba que se pretenden asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal principal, es decir, para la decisión sobre si es inocente o culpable el investigado, lo que excluye las fuentes de prueba tendentes a acreditar las responsabilidades civiles.
- Que el peligro de la actividad ilícita del imputado sea concreto y fundado, para lo cual se atenderá a su capacidad para acceder por sí o por terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, peritos.²⁶

La duración máxima será de 6 meses en el caso de que la prisión preventiva se imponga con el fin de evitar alteración o destrucción de las fuentes de prueba, así lo dispone el art. 504.3 LECrim.

1.3. Reiteración delictiva

Otra de las causas por las que se dicta prisión provisional es evitar que el imputado vuelva a delinquir.

En el art. 503.2 se establece que podrá acordarse prisión provisional “para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos”.

El TC habla de la “conjuración de ciertos riesgos relevantes para el desarrollo normal del proceso o para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad que parten del imputado: su sustracción de la acción de la Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto, aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva”.²⁷

Con la imposición de esta medida cautelar se pretende prevenir la comisión de futuros delitos durante la tramitación del proceso, hasta que recaiga sentencia firme.²⁸

La evitación de comisión de futuros delitos comporta el que la prisión provisional actúe con una naturaleza de medida preventiva.²⁹

²⁶ Cfr. GIMENO SENDRA, V., ob. cit, p. 489

²⁷ STC 128/1995 de 26 de julio, SSTC 128/1995 de 26 de julio; 44/1997 de 10 de marzo

²⁸ Cfr. GUTIERREZ DE CABIEDES, P., ob. cit, p. 108

Conforme al artículo 5º 1c) del Convenio Europeo, para el TEDH el peligro de reiteración constituye un elemento digno de ser considerado a los efectos de decretar la detención preventiva. Dicho criterio también es relevante a la hora de determinar si procede o no prolongar la duración de la prisión provisional.

²⁹ Cfr. GUTIERREZ DE CABIEDES, P., ob.cit, p. 112

CAPÍTULO IV: CLASES DE PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional puede ser de tres tipos; estos son: la prisión provisional comunicada, la incomunicada y prisión provisional atenuada. En la LECrim aparece regulada la prisión provisional comunicada, y a partir de ahí establece el motivo por el cual se puede imponer cualquiera de los dos restantes.

A) PRISIÓN PROVISIONAL COMUNICADA

Esta modalidad de prisión provisional representa la forma habitual de acordar la prisión provisional. Se trata de internar al investigado en un centro penitenciario.³⁰

En los arts. 522 a 527 de la LECrim se regula el cumplimiento que se debe llevar a cabo.

En el artículo 521 de dicha Ley se establece que los presos estarán separados los unos de los otros, en la medida de lo posible.

Para la realización de esta separación se tiene en cuenta el grado de educación del detenido, su edad y la naturaleza del delito que se le impone.

La Ley General Penitenciaria en su art. 16 hace constar que, en la medida de lo posible, habrá una separación entre los presos preventivos y aquellos que estén cumpliendo condena.

A demás en el artículo 8 LGP se establece que en el caso en el que no existieran establecimientos preventivos para mujeres y jóvenes, se les ingresará en los centros de hombres con una total y absoluta separación.

El preso preventivo en régimen de comunicación gozará de los siguientes derechos:

- Tendrá derecho a ser informado de las razones de su privación de libertad.
- Podrá no declarar contra sí mismo (art. 520.2 b).
- Tendrá derecho a la asistencia de un letrado , podrá designar libremente a su Abogado o en caso contrario se le adjudicará uno de oficio. También podrá

³⁰Cfr. MORENO, V. y CORTÉS, V., *Derecho Procesal penal*, Tirant Lo Blanch, 8^a Ed., Valencia, 2017, p. 328.

solicitar que el Abogado asista e intervenga en todas las diligencias referidas al preso (art. 520.2 c).

- Otro de sus derechos es ser asistido de manera gratuita por un intérprete, en caso de ser extranjero o no hable castellano. (art 520.2 e)
- Ser reconocido por un médico forense o por cualquier otro médico.
- Tiene derecho a que se ponga en conocimiento de un familiar u otra persona el hecho de su privación de libertad y el lugar en donde se encuentre en cada momento (art. 520 d)
- Así, tiene derecho a procurarse todas las “comodidades u ocupaciones” compatibles con la reglamentación penitenciaria (art. 522 LECrim)
- Ser visitado y mantener correspondencia y comunicación oral y escrita.

La vulneración de estos derechos puede provocar tanto la responsabilidad disciplinaria o penal de la autoridad que la cause, como la petición de *habeas corpus* por parte del privado de libertad (art. 1 d de la Ley 6/1984, de 4 de mayo).

B) PRISIÓN PROVISIONAL INCOMUNICADA

Esta modalidad, como su propio nombre indica, supone un total aislamiento del investigado, de manera que no pueda salir al exterior ni realizar ni recibir comunicaciones.³¹

Este tipo de prisión provisional sólo se puede imponer en supuestos excepcionales y con una justificación suficiente.

La prisión provisional incomunicada aparece en el art. 506 y ss. LECrim.

El abogado del preso al que se le haya impuesto este tipo de prisión tendrá que ser de oficio (art. 527).

Esta incomunicación no podrá durar más de cinco días como regla general, así aparece previsto en el art. 506 LECrim.

³¹ Cfr. MORENO, V. y CORTÉS, V., *Derecho Procesal penal*, Tirant Lo Blanch, 8^a Ed., Valencia, 2017, p. 328.

C) PRISIÓN PROVISIONAL ATENUADA

Esta modalidad ha sido introducida en la LECrim por la Ley de 10 de septiembre de 1931.

Se impone prisión provisional atenuada cuando por razón de enfermedad del investigado el internamiento entrañe grave peligro para su salud y cuando el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de un tratamiento de desintoxicación, siempre que el tratamiento se haya iniciado después de haberse cometido el delito (art. 508).³²

En caso de enfermedad, es posible el internamiento del investigado en su propio domicilio, con todas las medidas necesarias de vigilancia, así se regula en el art. 508.1.

En el segundo caso, antes mencionado, se podrá ingresar al investigado en un centro oficial o en una organización legalmente reconocida para que siga con el tratamiento de desintoxicación, y en caso de que quisiera salir del centro será necesaria autorización judicial, esto se regula en el art. 508.2.

³² Cfr. MORENO, V. y CORTÉS, V., ob. cit, p. 330.

CAPÍTULO V: LA DURACIÓN

En el artículo 17.4 de la CE de 1978 se establece la obligación de determinar “el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

La LECrim determina los plazos máximos de duración de la prisión preventiva, dependiendo de cuál sea la pena señalada al delito enjuiciado y también dependiendo del fin de la medida.³³

Cuando la prisión provisional es decretada para evitar la huida del imputado o la comisión de hechos delictivos, incluyendo el ataque a la víctima (art. 504.2 LECrim), el plazo de duración no podrá exceder de:

- a) Un año, si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años.
- b) Dos años, en el caso de que la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años.

Cuando la causa no pueda ser juzgada en estos plazos, el juez o tribunal podrá acordar una sola prórroga mediante auto, así lo establece el art. 505 LECrim. La prórroga será de:

- a) Hasta seis meses si el delito tiene señalada pena igual o inferior a tres años
- b) Hasta dos años, si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad superior a tres años.

Cuando la prisión provisional es acordada con el fin de evitar la ilícita ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba, el art. 504.3 establece que si duración no podrá exceder de seis meses.

En este caso no se establece la posibilidad de prórroga de la medida (art. 504.2), y la duración de la prisión preventiva en este caso será más reducida.

El TC en relación al plazo razonable, viene diciendo que debido al carácter excepcional de la medida, y aunque la Constitución sólo impone de manera expresa al legislador la

³³ Cfr. GUTIERREZ DE CABIDES,P., ob.cit, p 249.

obligación de fijar plazos, sin imponer un límite preciso para la duración máxima de prisión provisional, nuestra jurisprudencia, en consonancia con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha asumido el requisito de que la prisión provisional esté sometida a un plazo razonable (art. 9.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5.3 CEDH), un concepto que ha de ser integrado en cada caso concreto, atendiendo por un lado a la duración efectiva de la prisión provisional, y por el otro a la naturaleza y complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial y al comportamiento del recurrente. Se trata de que la necesidad de prolongar la prisión, a los efectos de asegurar la presencia del imputado en el juicio oral, no obedezca ni a una conducta inactiva del Juez de Instrucción, ni sea provocada por una actividad obstrucionista de la defensa, a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional.³⁴

³⁴ Cfr. STS 98/2002, de 29 de abril (RTC 2002,98)

CAPÍTULO VI: EL ABONO

Una vez finalizado el proceso y se ha dictado sentencia firme, si ésta es condenatoria y establece una pena privativa de libertad, puede producirse el abono de condena. Consiste esta posibilidad en que el tiempo que se haya sufrido de privación preventiva de libertad se computa como tiempo cumplido de condena.³⁵

El abono de la prisión provisional aparece recogido en los artículo 58 y 59 del CP, en los que se establece que “*el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa*”.

Se deberán abonar en su totalidad las privaciones de los derechos acordados cautelarmente, además del tiempo en el que el investigado haya estado preso provisionalmente, detenido o haya sufrido arresto domiciliario, en el caso de que se imponga una pena privativa de libertad o una no privativa.³⁶

Tal y como establece el artículo 58 CP, el abono puede tener lugar en la misma causa por la que sufrió las medidas cautelares, o en causa distinta.

El abono en la misma causa será realizado por el propio juez o tribunal sentenciador.

En cuanto al abono en causa distinta, la jurisprudencia se basa en un principio general del Derecho, en el que al producirse un mal, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, acudiendo sólo a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su propia naturaleza.³⁷

³⁵ Cfr. GUTIERREZ DE CABIDES, P., ob. cit, p.285.

³⁶ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, BARONA VILAR Silvia et al, *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 267.

³⁷ STS Sala 2^a de 22 de noviembre de 2000 (EDJ 2000/52676)

En este caso, y según se establece en el artículo 58.2 CP, el abono se hará de oficio o a petición del penado, previa comprobación de que no ha sido ya abonado en otra causa por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en el que se encuentre el penado, y oído el Ministerio Fiscal.

Con base en el artículo 58.3 de dicha ley, el abono en causa distinta sólo es posible cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

En cuanto al tiempo, la LO 15/2003 habla de “tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente”.

Respecto a los arts. 58 y 59 es preciso ocuparse de las penas a las cuales puede alcanzar el abono. Estas son “tiempo de privación de libertad” y a penas de “distinta naturaleza”.

Respecto a las penas de “tiempo de privación de libertad”, se pueden compensar el tiempo de prisión provisional y el tiempo de pena privativa de libertad impuesta en sentencia, por ser ambas de idéntica naturaleza.

Como ya he mencionado anteriormente, también es posible el abono a penas distintas de la privación de libertad. Aparece regulado en el art. 59 CP y establece que “cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada”.

La aplicación del abono es preceptivo, aparece reflejado en el art. 58.2 CP que establece que no es necesaria la instancia de parte, también podrá hacerse de oficio.

El abono debe efectuarse en fase de ejecución sin ser necesario que se disponga explícitamente en la sentencia.³⁸

El abono se realiza de forma directa sobre la pena impuesta, antes de su ejecución efectiva. En caso de remisión condicional de la pena, el abono se aplica con anterioridad.³⁹

³⁸ Cfr. SSTS de 19 de octubre de 1989 (RJ 1989,7719) y de 17 de diciembre de 1991 (RJ 1991,9453)

³⁹ Cfr. STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999,6178)

La resolución del abono podrá ser recurrible en casación, así se establece en el art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901.

CAPÍTULO VII: EL PROCEDIMIENTO

1. COMPETENCIA

A) Competencia funcional

La LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional, atribuye ya con claridad y precisión la competencia funcional para la adopción de esta medida (imposición, mantenimiento, alzamiento) a distintos órganos jurisdiccionales, dependiendo del momento procesal en que se encuentre la causa.

El art. 502.1 LECrim establece 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.

Durante la fase de instrucción, conforme al art. 502, es competente el Juez de Instrucción o Magistrado instructor que esté conociendo de la causa.

También puede darse la posibilidad de que decrete la medida el juez que forme las primeras diligencias, a las que se refiere el art. 499 y que se regulan en el art. 13 LECrim, dado que por razones de urgencia o lugar donde se halle el imputado, puede resultar no competente para conocer de la causa.

Durante la fase de juicio oral, le corresponderá decretarla al órgano jurisdiccional que esté conociendo del caso; al Juez de lo Penal o Tribunal que conozca de la causa.

Durante la sustanciación de los recursos que se interpongan contra la sentencia, le corresponderá la competencia al Juzgado o Tribunal que conoció en primero o única instancia. El art. 861 bis a) LECrim hace referencia en concreto al recurso de casación.

Con respecto al tratamiento procesal de esta competencia, se trata de un presupuesto procesal indisponible, y por tanto el carácter improrrogable de la misma (art. 8 LECRim), trata de una cuestión de orden público y afecta al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24 CE). Por tanto:

- Las actuaciones jurisdiccionales llevadas a cabo con infracción de dicho presupuesto y de las normas que lo fijan deben reputarse viciadas de nulidad de pleno derecho (art. 238.1º LOPJ)

- Conforme al art. 240.2 LOPJ y arts. 19 y ss. y 25 LEcRim, el órgano jurisdiccional puede y debe controlar y apreciar de oficio su competencia en cualquier momento y estado del proceso y las partes podrán denunciar su falta (art.240.1 y 2 LOPJ).

Los arts. 502 y ss. LEcRim determinan las condiciones formales y materiales en que es posible la privación cautelar de libertad. Entre dichas condiciones tiene relevancia constitucional la que establece la garantía jurisdiccional en la restricción de este derecho fundamental. Tal garantía jurisdiccional se define por mediación de la ley, que confiere únicamente al “Juez o Tribunal que deba conocer de la causa” la potestad para acordar la privación cautelar de libertad.⁴⁰

La naturaleza de la prisión provisional se opone a una negación radical “ex Constitutione” de la posibilidad de que el Juez que ha instruido pueda decretarla. Esto es, la sustitución del Juez instructor en la decisión relativa a la prisión provisional, si bien puede ciertamente contribuir a reforzar la imparcialidad objetiva, no alcanza a erigirse en garantía única e imprescindible de la incolumnidad de derecho fundamental.⁴¹

B) Imparcialidad objetiva

En los últimos tiempos, se ha planteado en la doctrina si la atribución de la competencia funcional para la adopción y modificación de medidas cautelares no resulta contraria a dicha imparcialidad objetiva con respecto a otras funciones que desempeña el mismo juez en el proceso.⁴²

En cuanto a la compatibilidad de la actuación judicial instructora y cautelar, se ha apuntado que el Juez de instrucción puede hallarse “contaminado” para decretar la prisión provisional por los perjuicios derivados de la instrucción.⁴³

Una de las sentencias del TC establece que “*la específica garantía que ahora exige el demandante de amparo como componente inexcusable de la imparcialidad objetiva, es decir, la sustitución del Juez instructor en la decisión relativa a la prisión provisional, si bien puede ciertamente contribuir a reforzar dicha imparcialidad, no alcanza a*

⁴⁰ Cfr. STC 146/1997, de 15 septiembre (RTC 1997/146)

⁴¹ Cfr. STC 98/1997, de 20 de mayo (RTC 1997/98)

⁴² Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión Provisional*, Thomson Aranzadi, p. 207

⁴³ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIDES, P., *La Prisión Provisional*, Thomson Aranzadi, p. 208

*erigirse en garantía única e imprescindible de la incolumidad del derecho fundamental. Sin necesidad, en efecto, de recordar la proyección que en esta garantía ocupa su propio carácter judicial, la imparcialidad objetiva de quien viene instruyendo y decide, además, la privación preventiva de libertad puede venir suficientemente avalada por exigencias tales como la postulación de esta medida por parte de la acusación, la celebración de un debate contradictorio previo, así como la existencia de un recurso inmediato ante un órgano judicial ajeno a la instrucción y con arreglo a una tramitación necesariamente acelerada”.*⁴⁴

Referente a la compatibilidad de la actuación o función cautelar y la sentenciadora, puede plantearse tanto en los casos en que el órgano encargado del enjuiciamiento y fallo acuerde la adopción de la prisión provisional, como en aquellos en que ratifique la resolución en que aquélla se impone por vía de recurso contra la resolución del Juez de Instrucción. Esta circunstancia se puede dar tanto en la fase intermedia como en la de juicio oral.⁴⁵

El TS ha señalado que tiene “una doctrina clara” en el sentido de que el derecho al Juez imparcial no se quiebra “por el hecho de que el Tribunal sentenciador haya resuelto previamente al enjuiciamiento de recursos cuya resolución le compete por Ley, ya sean denegatorios de libertad o confirmatorios del procesamiento”.⁴⁶

El TC señala que “no cabe entender que por el mero hecho de haber confirmado previamente, en vía de recurso de apelación, el mantenimiento de la situación de prisión provisional del hoy recurrente, la Audiencia Provincial viese comprometida su imparcialidad”.⁴⁷ También TS ha sostenido últimamente este criterio.⁴⁸

2. LA COMPARCENCIA

El art. 539, LECrim establece que se acordará la prisión o la libertad provisional con fianza o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada se requerirá

⁴⁴ V. STC 98/1997, de 20 de mayo

⁴⁵ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIDES, P., *La Prisión Provisional*, Thomson Aranzadi, p. 210 y 211.

⁴⁶Cfr. STS de 10 de Enero de 2002 (RJ 2002/2628)

⁴⁷ Cfr. ATC 100/1998, de 22 de abril (RTC 1998/ 100 AUTO)

⁴⁸ Cfr. STS de 11 de julio de 2003 (RJ 2003/6343)

solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el art. 505, LECrim .

La audiencia tras la puesta a disposición del detenido es imperativa, salvo que se decrete su libertad provisional sin fianza.

Se celebrará en el plazo más breve posible dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta a disposición judicial. (art. 505.2 LECrim)

Se citará al Ministerio Fiscal y a las partes personadas y al investigado, que deberá estar asistido de letrado. El Ministerio Fiscal y el investigado tendrán obligación de comparecer.

En dicha audiencia, las partes podrán, en caso de que el Ministerio Fiscal o alguna acusación hayan solicitado la prisión provisional o la libertad provisional con fianza, efectuar sus alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes, sin rebasar en ningún caso las setenta y dos horas. (art. 505.3 LECrim)

El Abogado del investigado tendrá acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado.

El juez o tribunal acordará si procede o no la prisión o la imposición de fianza. Si ninguna de las partes instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del detenido.

Contra las resoluciones que se dicten sobre la procedencia o no de la libertad provisional cabrá recurso de apelación (sólo con efecto devolutivo) ante la Audiencia Provincial. (art. 507 LECrim)

Los autos de prisión y libertades provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa.

El TS prevé que aun reconociendo que la audiencia no es irrelevante para la adopción de la prisión provisional, dado que en dicha audiencia es posible discutir tanto la concurrencia o no de las circunstancias determinantes para acordar la libertad o la continuación de la prisión provisional como la eventual modificación de las inicialmente apreciadas, la comparecencia previa no constituye una garantía

directamente exigida por la Constitución, pues en ocasiones puede resultar no sólo innecesarias, sino dilatoria y perturbadora para la concreta tramitación del procedimiento.⁴⁹

Por otro lado, el TC viene diciendo en una de sus sentencias que el órgano judicial competente lleva a cabo el juicio de legalidad ordinaria por el que determina si resulta exigible dicha comparecencia, pudiendo rechazarla de manera razonada. El hecho de que no se convoque la comparecencia del art. 505 LEcrim antes de adoptarse la decisión carece de relevancia constitucional. Esta garantía no figura en la LEcrim ni parece directamente exigible por la Constitución para los supuestos de prórroga de prisión provisional por sentencia condenatoria. En consecuencia, el incumplimiento del trámite no pasaría de ser, en su caso, una mera irregularidad del procedimiento, sin repercusión en los derechos fundamentales del interesado, a menos que éste acredite haber padecido indefensión material en razón a no haber dispuesto de aquel turno de intervención. Esta indefensión queda enervada no obstante de haber podido recurrir contra la decisión de prórroga.⁵⁰

3. EL AUTO DE PRISIÓN.

Una vez celebrada la comparecencia el Juez dictará resolución, lo hará en forma de auto, tal y todo lo establecen los artículos 501 y 506 LEcrim, para adoptar o prolongar la prisión provisional.

Dicho auto deberá estar correctamente motivado. El art. 506.1 LEcrim establece que “las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán forma de auto”, también dispone que “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”.

Una vez dictado el auto, deberá ser notificado al imputado y a las demás partes pertenecientes al proceso, tanto a las partes personadas como a los ofendidos y perjudicados.

⁴⁹ Cfr. STS 25 noviembre de 2008 (RJ 2009,1611)

⁵⁰ Cfr. STC 50/2009, de 23 de febrero (RTC 2009,50)

La falta de motivación atenta contra el derecho a la libertad personal, la motivación es una exigencia constitucional.

El art. 506.2 LECrim establece que “si la causa ha sido declarado secreta, en el auto de prisión se expresarán los particulares del mismo que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse”.

Viene ello a decir que al dictar el auto en el que se acuerde la prisión provisional, el órgano jurisdiccional puede declarar secretos ciertos datos que podrían afectar a la efectividad de la actuación jurisdiccional.

En cuanto a la ejecución de este auto, la LECrim prevé dos personalidades que tengan la capacidad de llevarlo a efecto; estos son la Policía o Agente Judicial y el Director del establecimiento penitenciario al que deba ir el preso.

4. RECURSOS

En el procedimiento ordinario, contra el auto de prisión provisional cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, previa interposición del recurso de reforma (art. 504 bis y art. 222 LECrim)

Sin embargo, contra el auto dictado en el procedimiento abreviado no cabe interponer el recurso de apelación, sino el de queja (art. 787 LECrim), con la previa interposición del recurso de reforma.

La interposición de los recursos contra el auto de prisión tiene como singularidad que se pueden impugnar, esto lo puede hacer el propio imputado incluso de palabra (art. 501 LECrim).

La aplicación judicial del principio de proporcionalidad en el tratamiento del derecho a la libertad personal puede ser revisada por la vía de los recursos de apelación y de casación:⁵¹ la revisión de la individualización de la pena dentro del marco penal es procedente en el recurso de casación, pero siempre que se ponga de manifiesto una clara desproporción entre la pena aplicada y la gravedad de la culpabilidad del acusado.

También a través del amparo constitucional, por mucho que la legalidad de la decisión judicial comporte también una suerte de presunción inicial de proporcionalidad. Puede

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2^a de 3 de febrero de 2004 (EDJ 2004/3305)

ser así que el control abstracto de proporcionalidad de una norma en el tratamiento de un derecho fundamental depare un juicio global positivo y que, sin embargo, sin necesidad de que dicho control haya comportado una sentencia interpretativa, puedan corregirse en sede de jurisdicción de amparo algunas interpretaciones y aplicaciones de la norma que sean excesivas en el sentido proscrito por el principio de proporcionalidad. En este control de amparo convergería el tratamiento desproporcionado del derecho restringido por la pena y la vulneración del derecho a la legalidad penal, en cuanto proscribe las interpretaciones de las normas penales imprevisibles para los destinatarios de la normas; entre ellas se encuentran las interpretaciones axiológicamente irrazonables por su oposición a los valores y principios constitucionales.⁵²

⁵² Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 2^a de 21 de julio de 1997 (RTC 1997,137)

CAPÍTULO VIII: INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL INJUSTA

Se entenderá que se ha sufrido una prisión provisional de manera indebida e injusta cuando en vez de dictar una resolución condenatoria se dicta una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

Si la prisión provisional sufrida es indebida, se deberá compensar de forma específica, mediante la institución del abono de condena recaída. Si esto no fuera posible, subsiste esa lesión o daño que será rearado mediante una indemnización dineraria.⁵³

Hay que hacer especial mención al art. 121 CE, este artículo establece que los daños causados por un error judicial, así como los surgidos por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, dan derecho a indemnización a cargo del Estado.

Para MARTIN REBOLLO⁵⁴ el error judicial “es una especie del género común del funcionamiento anormal y es más restringido que aquel en la medida en que si todos los errores judiciales pueden calificarse de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, no todo funcionamiento anormal constituye necesariamente un error judicial”.

En base a esta concepción, aparecen dos teorías relativas al contenido y aplicación práctica del error judicial.

Por una parte, se entiende que el artículo 121 CE no sólo se refiere al error de hecho, sino también al de derecho, de modo que la resolución judicial efectiva a los fines de la declaración del error no ha de ser tan sólo la dictada en un recurso de revisión, sino cualquier otra, sin que sea necesario que revista la forma de sentencia, bastaría una simple providencia o auto para constatar el error del órgano jurisdiccional.⁵⁵

Para SOLCHAGA⁵⁶ el error tan sólo se refiere al de hecho, a aquel “cometido por el juzgador de lo penal en sentencia definitiva y firme, constatado y declarado a través del recurso extraordinario de revisión”.

⁵³ Cfr. SSTS de 29-6-1993 (RJ 1993,5301)

⁵⁴Cfr. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, 1983, págs.138-139.

⁵⁵Cfr. MARTIN REBOLLO, ob.cit, pág. 139.

⁵⁶Cfr. SOLCHAGA LOITEGUI, J., “La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”, en *El Poder Judicial*, Tomo III , Madrid, 1983, págs. 2543-2544.

El error es una causa de exclusión de las formas de culpabilidad, esto es, del dolo y la culpa. El error por tanto supondría una “representación falsa, una idea que no se corresponde con la realidad”.⁵⁷

Con respecto al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, abarca todas las conductas y actuaciones de los órganos colaboradores o auxiliares y puede derivarse de un actividad defectuosa generada por un Secretario, Oficial, Médico Forense, etc.⁵⁸

El funcionamiento anormal es un concepto jurídico indeterminado que hace referencia a ciertas actuaciones ilícitas o incorrectas por parte de la Administración.

Para MARTIN REBOLLO⁵⁹, el funcionamiento anormal viene determinado por:

- a) Aquellos eventos que “tuvieran su origen en la negligencia, ignorancia o dolo penal del Juez que tradujeran, en última instancia, en un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”.
- b) Los supuestos de funcionamiento defectuoso o incorrecto, independientemente de la conducta lícita o ilícita del Juez, como por ejemplo el retraso o tardanza en la prestación de justicia.

Bajo este concepto, y en mi opinión, creo que funcionamiento anormal de la Administración debe englobar cualquier conducta que sea perjudicial para el sujeto imputado, sea de manera voluntaria, involuntaria, con negligencia o sin ella.

⁵⁷Cfr. COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1984.

⁵⁸ Cfr. MARTIN REBOLLO, ob. cit, pág 150.

⁵⁹ Cfr. MARTIN REBOLLO, ob. cit, pág 158 y ss.

CONCLUSIONES

- I.** La prisión provisional es una medida que priva de un derecho fundamental que es el derecho a la libertad cuando el investigado todavía no ha sido imputado.
- II.** La prisión provisional es una medida preventiva, cuyas finalidades anteriormente expuestas hacen que se lleve a cabo un procedimiento penal mucho más correcto.
- III.** El legislador debe ser diáfano en cuanto a la naturaleza de esta medida, y debe motivar y explicar el porqué de la adopción de ésta.
- IV.** Esta medida cautelar sólo puede ser adoptada cuando no existan otras medias menos gravosas para el investigado, las cuales puedan alcanzar los mismos fines que con esta medida cautelar.
- V.** La prisión provisional puede ser comunicada, incomunicada o atenuada. La prisión comunicada le permite al preso que se comunique y que reciba visitas. La prisión incomunicada pretende garantizar el resultado de la investigación e impide que el preso pueda comunicarse con otras personas. La prisión atenuada regula aquellas situaciones en las que por motivos de salud, se somete al preso preventivo a un tratamiento distinto del general. Cualquiera de estas modalidades debe respetar las garantías imprescindibles en todo proceso.

VI. La duración de la prisión provisional no debe prolongarse más allá de lo necesario.

BIBLIOGRAFÍA

GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuente”. *Diario La Ley*, Nº 8169, el 14 de octubre de 2013.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. Colex, Madrid, 2009.

OVEJERO PUENTE, ANA MARIA, *Constitución y presunción de inocencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MORENO, V. y CORTÉS, V., *Derecho Procesal penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 8^a Ed.

PÉREZ DAUDI, V, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Bosch, Barcelona, 1996.

ALONSO FURELOS, J.M., “Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar”, en *Justicia*, 1990.

GUTIERREZ DE CABIEDES, P., *La prisión Provisional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, 1983.

MONTERO AROCA, Juan, BARONA VILAR Silvia *et al*, *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

SOLCHAGA LOITEGUI, J., “La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”, en *El Poder Judicial*, Tomo III, Madrid, 1983.

COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1984.

LEGISLACIÓN

Constitución Española. BOE-A-1978-31229.

Ley de Enjuiciamiento Criminal BOE-A-2015-10725.

Ley Orgánica del Poder Judicial BOE-A-1985-12666.

Código Penal BOE A-1995-25444

Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE-A-2000-323

Ley Orgánica General Penitenciaria. BOE-A-1979-23708