

Trabajo Fin de Grado

La prisión preventiva frente a la presunción de
inocencia en el ordenamiento jurídico español

The preventive prison in front of the presumption of innocence in
the Spanish legal system

Autor/es

Lorena Cano Lamana

Director/es

José Antonio Parroque Lázaro

Programa Conjunto Derecho y ADE
Facultad de Derecho
2019

Resumen

El presente trabajo se centra en la controversia existente entre, el uso de la prisión preventiva o prisión provisional, y la garantía de dos de los derechos fundamentales protegidos por nuestra constitución: la libertad y la presunción de inocencia.

Debido precisamente a ese choque de intereses, y a los posible daños que puedan derivarse de un uso abusivo de la misma, la prisión preventiva debe ser utilizada únicamente de manera excepcional; por ello, la Ley de Enjuiciamiento criminal recoge los requisitos que deben darse a la hora de aplicar esta medida en un procedimiento penal.

Ante esta condición, parece que la prisión preventiva se aplicaría únicamente a casos aislados. Sin embargo, en la práctica no suele ser así. Son muchas las críticas recibidas debido precisamente al abuso de esta medida por parte de los tribunales. Por lo que parece necesario conocer, más allá de lo que dicta la LECrim, cuál o cuáles son las motivaciones que llevan a los jueces a tomar esta decisión y qué ocurre cuando finalmente el sujeto es declarado inocente.

Abstract

The present work focuses on the existing controversy between the use of preventive prison or provisional prison, and the guarantee of two of the fundamental rights protected by our constitution: freedom and the presumption of innocence.

Due precisely to this clash of interests, and to the possible damages that may result from an abusive use of the same, the preventive prison must be used only exceptionally. Therefore, the criminal prosecution law includes the requirements that must be met when applying this measure in criminal proceeding.

Given this condition, it seems that preventive prison would only apply to isolated cases. However, in practice this is not usually the case. There are many criticisms received precisely because of the abuse of this measure by the courts. For what seems necessary to know, beyond what dictates the LECrim, what are the motivations that lead the judges to make this decision and what happens when finally the subject is declared innocent.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL: CONCEPTO, FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS.	3
1.	CONCEPTO Y NATURALEZA	3
2.	REGULACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL	4
3.	FINALIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	5
4.	FORMAS DE DESTRUCCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	6
5.	IN DUBIO PRO REO	8
III.	LA PRISIÓN PROVISIONAL.....	9
1.	CONCEPTO Y NATURALEZA CAUTELAR DE LA PRISIÓN PROVISIONAL	9
2.	REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL	10
3.	JUSTIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL	12
4.	FUNCIONES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.....	14
4.1.	Función cautelar	15
4.2.	Función de prevención.	16
5.	CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.....	17
5.1.	Jurisdiccionalidad.....	17
5.2.	Legalidad	17
5.3.	Instrumentalidad.....	18
5.4.	Proporcionalidad	18
5.5.	Provisionalidad y Temporalidad	20
5.6.	Variabilidad	21
5.7.	Motivación	21
6.	PRESUPUESTOS ESTABLECIDOS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL	22
6.1.	Requisitos Constantes	22
6.2.	Requisitos causales o eventuales.....	23
7.	RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO Y MODALIDADES.....	25
8.	DURACIÓN	28
9.	PROCEDIMIENTO	30
IV.	DECISIÓN JUDICIAL Y SU JUSTIFICACIÓN. JURISPRUDENCIA.....	31
V.	ABONO DE PRISIÓN PREVENTIVA	38

VI. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ANTE LA PRISIÓN PROVISIONAL INDEBIDA.....	39
VII. VALORACIÓN PERSONAL Y CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	47

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAP MU: Auto de la Audiencia Provincial de Murcia

AAP V: Auto de la Audiencia Provincial de Valencia

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

CE: Constitución Española

Cit.: Obra ya citada

CP: Código Penal

Ed.: Editorial

FGE: Fiscalía General del Estado

Fj.: Fundamento Jurídico

Íbidem: Nota idéntica a la anterior.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LGP: Ley General Penitenciaria

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

Nº: Número

Num.: Número

P.: Página

Ss.: Siguietes

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Triunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia

Vid.: Véase

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata de enfocarse en el conflicto al que da lugar el uso de la figura de la prisión provisional o prisión preventiva en España; ya que la aplicación de esta medida trae consigo una limitación de dos de los derechos fundamentales más importantes de nuestro sistema jurídico: el derecho a la libertad y la presunción de inocencia.

La prisión provisional conlleva la privación de libertad para aquél que encontrándose inmerso en un proceso penal, todavía no ha sido declarado culpable. En este caso, el acusado ingresa en prisión durante el tiempo de investigación criminal, sin haberse dictado aún sentencia firme; lo que conlleva el riesgo de causarle un daño irreparable en caso de que finalmente sea declarado inocente. Por este motivo el uso de esta figura debe ser excepcional, y debe aplicarse únicamente de forma subsidiaria, es decir, cuando no exista otra medida menos gravosa para el acusado que nos permita alcanzar los mismos objetivos, y se cumplan los requisitos fijados por la LECrim.

No obstante, si bien es una figura de uso excepcional, durante los últimos años se ha hecho un uso abusivo de la misma. Tal y como señalaba ANA CASCARROSA en el año 2011: *“España es el país europeo con más presos preventivos cuando, sin embargo, estamos a la cola en cuanto al nivel de delincuencia y violencia”*¹. Esto implica, aparte del problema expuesto al inicio, dos nuevos interrogantes. Por un lado la sobrepoblación reclusa, y con ella la necesidad de ampliar las instalaciones penitenciarias, destinando un elevado presupuesto para ello. Por otro, la necesidad de analizar las decisiones jurisprudenciales en la práctica, para ver así si se ha producido un reblandecimiento a la hora de interpretar los presupuestos necesarios para aplicar esta figura.

Los **objetivos**, por tanto, son claros: exponer la problemática entre dos de las figuras más disputadas en materia penal; conocer cuándo y por qué se antepone el uso de la prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia; adentrarnos en el estudio de la prisión provisional, las características de la misma y sus modalidades; analizar los supuestos excepcionales en los cuales se da cabida a la aplicación de esta

¹VELEZ, E. “Entrevista a ANA CASCARROSA, Inspectora del Consejo General del Poder Judicial”, La nueva España, Diario independiente de Asturias, Oviedo, 25 Junio 2011, <https://www.lne.es/oviedo/2011/06/25/doloroso-espana-pais-ue-presos-preventivos/1094259.html>, consulta realizada el 15 de junio de 2019.

medida; conocer y analizar qué es lo que valoran los Jueces a la hora de tomar la decisión de aplicar la prisión provisional ante un caso concreto, así como qué ocurre cuando una vez el sujeto juzgado, que ha sido sometido a prisión provisional es declarado inocente. Finalmente, estudiado todo lo anterior, ser capaces de aportar una valoración completa sobre el tema objeto de estudio, señalando tanto sus puntos fuertes como las posibles disparidades encontradas.

Para ello, nos centraremos en estudiar ambas figuras. La idea es clarificar qué razones y qué requisitos tienen que darse para que una persona, que aún no ha sido declarada culpable, entre en prisión quedando limitados sus derechos de libertad y presunción de inocencia. Vistos los requisitos establecidos en la legislación, pasaremos a analizar las decisiones judiciales en la práctica. Se pretende, a través del análisis jurisprudencial correspondiente, conocer qué es lo que los jueces valoran, más allá de lo que marca la ley, a la hora de tomar esta decisión. Por último, se estudiará la responsabilidad del Estado en aquellos casos en que habiendo sido decretada la prisión preventiva a un sujeto, tras el procedimiento judicial este haya resultado inocente.

Me he decantado por este tema a la hora de realizar mi trabajo de fin de grado, en primer lugar, por mi interés particular en la materia, ya que las ramas de derecho penal y derecho penitenciario son las que más atraen mi atención desde que comencé la carrera. Por ello, cuando se me presentó la oportunidad no dudé en solicitar las prácticas curriculares en el centro penitenciario de Zuera. Durante mi estancia en el mismo, una de las cosas que más llamaron mi atención fue la cantidad de presos preventivos que entraban cada semana. Algunos no entendían cómo era posible que a una persona se le arrebatara su libertad, dañando su imagen y vida laboral futura, cuando aún no había una sentencia que cómo tal les hubiese declarado culpables. Otros lo entendían, y esperaban resignados, pensando que eso les suponía menores posibilidades de cara a su defensa.

Esto me hizo reflexionar, y comencé a indagar un poquito más en ese conflicto de intereses; y aquí el resultado de ese estudio. A mi parecer es un tema de gran actualidad, muy controvertido; ya que, si bien, la prisión provisional es necesaria, en determinadas ocasiones un uso incorrecto o abusivo de la misma puede ser muy perjudicial tanto para el reo; por el daño irreparable que se produce si finalmente es declarado inocente como para la sociedad, por la pérdida de seguridad jurídica a la que el uso de esta medida puede dar lugar. Los ciudadanos tienden a sentirse más desprotegidos al saber que aun

no siendo declarados culpables pueden pasar un tiempo en prisión. Por ello, es necesario conocer cuáles son los límites en la aplicación de esta medida y qué valoran los jueces a la hora de enfrentarse a una decisión tan importante como esta.

II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL: CONCEPTO, FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS.

“Todo el mundo tiene derecho a la defensa. Si no creemos que todo el mundo es inocente hasta que se demuestra su culpabilidad, el sistema se derrumba”

Eduardo Torres-Dulce, quinta edición de Desayuno & Inspiración de Lefebvre, 2016.

Tal y como se desprende de la afirmación anterior la presunción de inocencia es un derecho esencial de todos los ciudadanos, así como garantía máxima de equilibrio en el proceso penal. De no existir este principio, nos encontraríamos ante un sistema arbitrario, donde bastaría una mera denuncia para que el acusado fuera condenado.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA

JESÚS M^a BARRIENTOS² define la presunción de inocencia como un derecho de formulación constitucional que implica que toda persona acusada de un hecho delictivo o cualquier otra conducta sancionable en el ordenamiento jurídico, debe ser considerada inocente, a todos los efectos, hasta que se demuestre lo contrario en un procedimiento judicial, realizado con las garantías necesarias.

De este modo, la presunción de inocencia se configura en nuestro sistema jurídico como uno de los derechos fundamentales del ciudadano, reconociéndose como tal en el **artículo 24.2** de la Constitución Española.

Asimismo en la práctica judicial y doctrinal, tal y como señala JORDI NIEVA FENOLL³ en su artículo “La razón de ser de la presunción de inocencia”, publicado en el año 2016, ésta es considerada principio clave del sistema penal español, en cuanto que afecta a la actividad probatoria.

² BARRIENTOS, J. M., “Derecho a la presunción de inocencia” Artículo publicado en V-LEX. 2017. <https://practico-penal.es/vid/derecho-presuncion-inocencia-391378250>, consulta realizada el 15 junio 2019.

³ NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia” *InDret, Revista para el análisis del derecho*, nº 1/2016, Barcelona, enero 2016, p.4 y 10-11.

Dicho esto, diferenciamos dos vertientes⁴. Por un lado, fuera y dentro del proceso, como protección de la dignidad e imagen de la persona, lo que implica el derecho a no ser considerado como autor o participe de los hechos que se le imputan y, por tanto, a no sufrir las consecuencias de los mismos hasta que sea declarado culpable. Por otro, la necesidad de la actividad probatoria en el proceso penal⁵. De este modo, el derecho a la presunción de inocencia impide toda condena no precedida de una actividad probatoria constitucionalmente legítima, al tiempo que pone la carga de la prueba sobre la parte acusadora⁶.

No obstante, debemos tener en cuenta que estamos ante una presunción *iuris tantum*⁷, por lo que, como veremos más adelante, sus efectos pueden quedar destruidos en caso de probarse realmente la culpabilidad del acusado.

2. REGULACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

El derecho de presunción de inocencia aparece recogido dentro de los derechos fundamentales de nuestra constitución; concretamente en el **artículo 24.2**, correspondiente a la sección primera del Capítulo II del Título I, por lo que goza además de especial protección⁸.

Debido a su consideración como uno de los pilares básicos del sistema penal de cualquier Estado democrático, podemos ver como también aparece regulado en numerosos instrumentos internacionales, de los que España forma parte, como son: La **Declaración Universal de Los Derechos del Hombre**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que recoge este derecho en el apartado primero de su artículo undécimo⁹; El **Convenio Europeo de Derechos Humanos** aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, donde

⁴ Vid. OVEJERO PUENTE, A. M., “Protección del derecho a la presunción de inocencia”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, p. 431-455.

⁵ Idea introducida por la STC 31/1981, de 28 de Julio de 1981, en su fundamento jurídico nº3.

⁶ Idea que también comparte JOSE M^a BARRIENTOS en su artículo “Derecho a la presunción de inocencia” publicado en V-LEX en el año 2017 (vid. Cit., p.7), en el que hace referencia a este doble efecto, señalando que: “*será sobre la parte contraria, la acusación que postula su culpabilidad, sobre quien recaiga la carga de hacer prueba de esa culpabilidad*”.

⁷ VILLANUEVA TURNES, A. “La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 51, diciembre 2015, p. 209-222.

⁸ Vid. artículo 53 de la Constitución Española.

⁹ Artículo 11.1 Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 10 diciembre de 1948: “*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”

aparece el concepto de presunción de inocencia en el apartado segundo de su artículo sexto¹⁰; y, en El **Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos**, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, donde lo podemos encontrar en el apartado segundo de su artículo décimo cuarto¹¹. Siendo la redacción del artículo, en todos estos instrumentos, prácticamente idéntica. Así, de su recurrente aparición podemos decir que queda más que señalada la importancia de este derecho fundamental, tanto en nuestro sistema jurídico, como a nivel internacional.

3. FINALIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Interpuesta la denuncia en el proceso penal, el acusado pasa a ser considerado ya como posible autor de aquellos hechos de los que se le acusa. Este mero hecho de señalar a un individuo como sospechoso, lleva consigo un rechazo social hacia el mismo.

Cuando vemos en el telediario, en las noticias, que una persona ha sido detenida, o es sospechosa de determinados hechos delictivos, inconscientemente tendemos a creer directamente que es culpable de aquello de lo que se le acusa, y nos posicionamos a favor de la víctima. Esta suposición de culpabilidad tiene su origen en la psicología; y se debe básicamente, a que relacionamos a este individuo con la noción de peligrosidad, y lo condenamos por pura supervivencia¹².

En este punto JORDI NIEVA FENOLL¹³ destaca también la influencia que a día de hoy, sigue teniendo sobre la sociedad el antiguo sistema inquisitivo, con la idea de que todo aquel que era imputado acababa siendo condenado. Resultado que se debía a la falta de imparcialidad del sistema.

Así este autor afirma la existencia de un prejuicio social de culpabilidad, añadiendo que, antes de existir el derecho de presunción de inocencia, en ocasiones, personas que eran claramente inocentes desde el punto de vista de un Juez, acababan siendo declaradas culpables debido a esa condena social¹⁴.

¹⁰ Artículo 6.2. Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre 1950: *“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”*.

¹¹ Artículo 14.2 Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre 1966: *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley”*.

¹² NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción...”, cit., p. 6-9.

¹³ NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción...”, cit., p. 7.

¹⁴ NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción...”, cit., p. 6.

Precisamente con la finalidad de evitar estas sentencias injustas, surge la presunción de inocencia, la cual requiere, para su correcto funcionamiento, la imparcialidad del sistema¹⁵. Si bien la policía únicamente puede desempeñar sus funciones vulnerando la presunción de inocencia, ya que de no ser así no detendría nunca a los posibles responsables; *“sus hipotéticas conclusiones solo pueden ser tenidas en cuenta a la hora de analizar los indicios de la comisión de un posible hecho delictivo, pero nunca deben ser consideradas desde el primer momento como ciertas”*¹⁶. Por su lado, el Ministerio fiscal tampoco debe confirmar las conclusiones de la policía, simplemente interponer la denuncia de acusación si entiende que de la investigación realizada se derivan hechos que podrían ser calificados como delito, qué con posterioridad serán probados o no el proceso judicial. Al mismo tiempo, el Juez de instrucción nunca debe exponer conclusión alguna sobre los hechos investigados¹⁷. Solo así se llega a un juicio con un juez verdaderamente imparcial, el cual se limitara a juzgar lo que se desprenda de las pruebas presentadas en el proceso judicial.

No obstante, si bien trata de conseguirse esa imparcialidad, NIEVA FENOLL¹⁸ considera que tampoco las ideas propias de los jueces apuntan a favor de la presunción de inocencia, y estos acaban considerando como ciertas, con demasiada facilidad, las conclusiones llevadas a cabo por el resto de actores; de ahí, la gran cantidad de sentencias condenatorias y el uso extendido de la prisión preventiva. Lo que refuerza más aún la necesidad de esta figura en nuestro proceso penal.

4. FORMAS DE DESTRUCCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El derecho de presunción de inocencia implica que el acusado es inocente hasta que se demuestre lo contrario en un procedimiento judicial, realizado con las garantías necesarias. Por tanto, tal y como señala JOAN PICÓ I JUNOY¹⁹, este derecho solo podrá ser destruido cuando, estando inmersos en un proceso judicial, llevado a cabo bajo los principios de igualdad, contradicción, publicidad, oralidad e inmediación, se

¹⁵ PECES, J., “Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia, la imparcialidad del juez como núcleo del derecho a la presunción de inocencia”, Revista La Ley nº 3977, 1996, p. 1755-1759.

¹⁶ NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción...”, cit., p. 8.

¹⁷ NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción...”, cit., p. 9: *“el juez de instrucción es –debiera ser– simplemente un juez de garantías, que intenta asegurar los vestigios y las fuentes de prueba así como su respeto por los derechos fundamentales, pero del que no se espera ni puede esperarse conclusión alguna sobre la culpabilidad”*.

¹⁸ NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción...”, cit., p. 9.

¹⁹ PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Jose María Bosch, Barcelona, enero 2012, p. 191-202.

demuestre la culpabilidad del acusado a través de la actividad probatoria legalmente practicada²⁰.

Así, según este autor²¹ bastaría para destruir o desvirtuar el derecho de presunción de inocencia, aquellas pruebas que logren demostrar los hechos constitutivos de delito, presentadas legalmente en el proceso judicial; Pero también, añade aquellas otras actuaciones que, de igual manera, adquieran fuerza probatoria tales como: las **diligencias sumariales de investigación** que se hayan llevado a cabo bajo la intervención del juez de instrucción y que no sea posible reproducirlas en el momento de realización del juicio oral, siempre que haya habido intervención de la parte defensora y se haya procedido a su lectura durante la celebración del juicio oral²²; las **pruebas indirectas o indiciarias** que demuestren la realización de unos hechos, que si bien no son los constitutivos de delito, pueden inducir a la realización de estos, siempre que sean plenamente probados y exista un nexo claro entre estos hechos y los constitutivos del delito; o las **declaraciones** del imputado llevadas a cabo durante la instrucción de la causa²³, así como las de los coimputados, los testigos y las de la propia víctima.

A sensu contrario, no será suficiente para destruir la presunción de inocencia aquellas actuaciones que no tengan eficacia probatoria. En este punto, PICÓ I JUNOY²⁴ hace referencia a las siguientes: el **atestado policial**, cuando este no haya sido ratificado ante el órgano judicial a través de la declaración testifical de los policías que intervinieron en el mismo; las **diligencias sumariales de investigación**, cuando no se den los requisitos mencionados en el párrafo anterior; la **identificación de una persona en una rueda de**

²⁰ Esto es a lo que el TC y el TS hacen referencia cuando mencionan el requisito de “prueba de cargo”. STS 967/2018 de 22 de marzo, Fj. 2: “aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediatez, publicidad e igualdad.”

²¹ PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales... cit.*, p. 191-202.

²² STC 2/2002, de 14 de enero, Ant. 2: “Y si efectivamente tales manifestaciones inculpativas no pudieron ser ratificadas en el acto de juicio oral, (...)sin embargo tales diligencias sumariales, practicadas con todas las formalidades legales, fueron introducidas en el marco contradictorio del juicio oral integradas como prueba documental por el Ministerio Fiscal, sin que la defensa del acusado en esa fase de juicio, hiciera protesta o reserva alguna a los efectos pertinentes, (...) constituyen prueba de cargo bastante para acreditar la participación de dicho acusado”.

²³ PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales... cit.*, p. 191-202: “Las declaraciones que el imputado pueda efectuar ante el juez instructor pueden valorarse por el Tribunal sentenciador a pesar de que sean, posteriormente, rectificadas durante la celebración del juicio oral. En este caso, el T.C. tiene sentada la doctrina según la cual el juzgador puede escoger, de forma motivada, la declaración que estime más convincente o verosímil (...) Alguna resolución del Alto Tribunal permite que el contraste de declaraciones puede incluso tener lugar con las efectuadas en sede policial y presencia letrada.”

²⁴ PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales... cit.*, p. 191-202.

reconocimiento, que, si bien sirve para identificar al inculpado, no basta por sí sola para destruir la presunción de inocencia; o aquellas **pruebas**, que a pesar de demostrar los hechos constitutivos de delito, han sido **obtenidas de forma ilícita**²⁵.

No obstante, para poder desvirtuar por completo la presunción de inocencia, a la aportación de los medios de prueba que cumplen las condiciones mencionadas, debe acompañarse la **motivación o fundamentación** de la decisión del juez²⁶, en la que explique el proceso valorativo que ha llevado a cabo hasta declarar la adopción de la medida de prisión provisional en el caso concreto. De modo que la falta de dicha motivación implicaría de igual manera la lesión del derecho a la presunción de inocencia²⁷.

5. IN DUBIO PRO REO

Conocida la figura de la presunción de inocencia, es necesario diferenciarla de su pariente más próximo: el “in dubio pro reo”.

El “in dubio pro reo” es también, como señala JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ²⁸ un principio característico del proceso penal, que viene a decir que “ante la duda, a favor del reo”; Sin embargo, existe una diferencia esencial entre ambos, y es su **ámbito de aplicación**. Mientras que el principio de presunción de inocencia presenta un carácter objetivo y se enfoca en la carga de la prueba, estableciendo la necesidad de una mínima actividad probatoria para condenar a un sujeto; el principio “in dubio pro reo” presenta un carácter más subjetivo, y entra en juego a la hora de valorar dicha prueba, actuando como norma de interpretación procesal²⁹. Por tanto, presentada la prueba; si el Juez o Tribunal a la hora de valorarla duda sobre la concurrencia o no de los hechos

²⁵STC 114/1984, de 29 de noviembre, establece, en su fundamento jurídico cuarto la prohibición absoluta de valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Por lo que se excluye la posibilidad de entender enervada la presunción de inocencia con fundamento en dichas pruebas.

²⁶ STS 153/2013 de 6 de marzo de 2013, la cual señala la falta de motivación del auto que dicte prisión provisional como uno de los modos de vulneración de este derecho.

²⁷ STC 128/1995, de 26 de julio, Fj.4: “la falta de motivación de la resolución que determine la prisión provisional afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma”.

²⁸ ÁLVAREZ LÓPEZ, J. C., “In dubio pro reo y presunción de inocencia”, Artículo publicado en Legaltoday, marzo de 2009, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/in-dubio-pro-reo-y-presuncion-de-inocencia>, consulta realizada 15 de junio de 2019.

²⁹ La STS 1425/2005 de 5 de diciembre señala en su Fj. 1 la diferencia entre ambos conceptos, estableciendo las diferentes fases en las que actúa cada uno. De su lado, la STS 4464/2017, de 13 de diciembre señala que: “El principio “in dubio pro reo”, presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas.”

delictivos o de si el acusado ha participado en ellos, deberá resolver siempre a favor del acusado.

Asimismo, la presunción de inocencia se configura en nuestro sistema jurídico, a parte de como garantía procesal para el acusado, como derecho fundamental de especial protección; por lo que tiene abierta la vía al recurso de amparo, cosa que no ocurre con el “In dubio pro reo”, el cual se configura más bien como norma de interpretación procesal, o regla de valoración de la prueba que tiene su razón de ser en un convencimiento subjetivo e íntimo del órgano judicial, por lo que carece de transcendencia constitucional.

III. LA PRISIÓN PROVISIONAL

En este punto, analizaremos la figura de la prisión provisional. El reto no es otro que lograr un punto de equilibrio entre ambos conceptos; configurando así la armonía entre el interés del Estado en garantizar la efectividad del proceso penal y las libertades individuales o derechos fundamentales del acusado.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA CAUTELAR DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

La CE garantiza a través del derecho a la libertad personal (art.17 CE) y el derecho a la presunción de inocencia, la no privación de libertad a aquel que habiendo sido acusado de un hecho delictivo, no haya sido declarado culpable en un procedimiento jurisdiccional realizado bajo las garantías necesarias. Sin embargo, hay una serie de supuestos en los que el Juez que lleva a cabo la investigación de los hechos puede adoptar diferentes medidas con la finalidad de asegurar el desarrollo correcto de la misma. Dentro de estas medidas tenemos la prisión provisional.

JOSÉ FLORS MATÍES³⁰ hace referencia a dos tipos de medidas cautelares: reales, cuando están destinadas a asegurar las responsabilidades pecuniarias asociadas a un hecho delictivo; y personales, cuando afectan a la libertad del individuo; clasificando la prisión provisional en este segundo grupo.

³⁰FLORS MATÍES, J., *Medidas cautelares personales. Detención y prisión provisional. La libertad provisional y otras medidas cautelares personales. El procedimiento de “habeas corpus”* perteneciente al Tema 13 de RODA ALCAYDE, J., LÓPEZ EBRI, G. A., FLORS MATÍES, J., y MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de derecho Procesal penal para acceso a las carreras judicial y fiscal* Volumen 1, 6ª edición, Tirant lo blanc, Valencia, 2010, p. 13/1

De este modo CRISTINA GUERRA PEREZ ³¹, define la prisión provisional, precisamente, como una **medida jurisdiccional preventiva** de carácter personal, adoptada durante el desarrollo de un proceso penal en curso; que implica el ingreso en prisión del imputado, con carácter provisional y por tiempo limitado; con la finalidad de asegurar la presencia del acusado en el proceso, evitar la destrucción u obstrucción de la actividad probatoria y garantizar la ejecución de la futura pena, en caso de que resulte declarado culpable.

Como medida cautelar que es, FLORS MATÍES ³² señala para su aplicación la existencia de dos presupuestos: el *fumus boni iuris* o *fumus comisi delicti*, lo que viene a ser que, a raíz de una comprobación de los indicios, sea verosímil la atribución del hecho delictivo al imputado; y el *periculum libertatis* o *periculum in mora*, es decir, la existencia de un riesgo para la eficiencia del proceso penal.

2. REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional, si bien, entra en contradicción con dos de los derechos fundamentales protegidos por nuestra CE; ha sido admitida como un “mal necesario” en nuestro ordenamiento jurídico, siendo reconocida tanto por el derecho constitucional como por las Convenciones internacionales, ya que, resulta imprescindible para una administración eficiente de la justicia penal³³.

El primer párrafo del **artículo 17 de la CE** establece que: “*Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este mismo artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*” para concretar en su apartado cuarto: “*Por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*”. Así, este artículo abre la puerta al legislador para determinar una serie de casos en los que sí puede privarse a un determinado sujeto de su libertad, al tiempo que hace referencia a la existencia de la prisión provisional; siendo la Ley de Enjuiciamiento Criminal la que desarrolla esta posibilidad.

³¹ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión preventiva*, tirant lo blanch, Valencia 2010, p.40-43.

³² FLORS MATÍES, J., *Medidas cautelares personales. Detención y prisión provisional. La libertad provisional y otras medidas cautelares personales. El procedimiento de “habeas corpus”* perteneciente al Tema 13 de RODA ALCAYDE, J., LÓPEZ EBRI, G. A., FLORS MATÍES, J., y MONTERO AROCA, J., “*Contestaciones al programa de derecho Procesal penal...*”, cit., p. 13/2.

³³ MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, *La prisión provisional en el derecho español*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980 p.344. Estos autores señalan que la institución de la prisión provisional se apoya en el principio de necesidad de los poderes públicos de adoptar las medidas indispensables, adecuadas y suficientes para asegurar la persecución penal eficaz en el ámbito del proceso penal, siempre dentro de los límites marcados.

La LECrim configura, en los **artículos 502 - 519**, correspondientes al Capítulo III, del Título VI, del Libro II, los presupuestos o requisitos que deben darse a la hora de aplicar esta medida, así como las características de la misma. De esta forma, el **artículo 502 LECrim**, nos dice que únicamente debemos recurrir a ella cuando sea necesaria y no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos objetivos. Por su lado, el **artículo 503** recoge los requisitos que deben tener lugar para que el juez pueda adoptar esta medida, así como las finalidades para las que está prevista.

De la determinación del tiempo máximo que puede durar esta medida se encargan los **artículos 504 y 505 de la LECrim**. Así, el **artículo 504** establece que la prisión provisional *“durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos (...) y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”*, y como máximo un año, cuando el delito juzgado tenga señalada una pena igual o inferior a tres años; o dos años en caso contrario. No obstante, para aquellos casos en los que la causa no pueda ser juzgada en dichos plazos, el juez o tribunal puede acordar una prórroga de la misma, en los términos establecidos en el **artículo 505**.

Por otra parte, los **artículos 506 y 507** se centran en cuestiones más procesales: el **artículo 506** establece que las resoluciones que se dicten sobre la situación personal adoptarán forma de auto, el cual deberá estar motivado, y contra el que, tal y como se recoge en el **art. 507**, podrá ejercitarse recurso de apelación.

Finalmente, los **artículos 508 y ss.** recogen las diferentes modalidades de cumplimiento de la prisión provisional como son la prisión provisional en el domicilio del acusado, la prisión incomunicada o la prisión provisional declarada en situación de rebeldía.

No obstante, también se hace referencia a esta figura en otros instrumentos legislativos como: **El Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero** o **La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria**, que recoge el término de prisión provisional en su artículo quinto³⁴. Finalmente, **el Código penal, aprobado por Ley Orgánica 1/1995, de 23 de noviembre** recoge, en su

³⁴ Artículo 5 LGP: *“El régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos.”*

artículo 34, la naturaleza cautelar de la prisión provisional diferenciándola de la pena de prisión³⁵.

Junto a la normativa nacional tenemos el **Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977**, el cual establece en su artículo noveno que la prisión preventiva nunca debe aplicarse como regla general, pero sí en aquellas ocasiones en que se deba garantizar la comparecencia de acusado en el acto del juicio o la ejecución del fallo. Y, finalmente, bajo la protección de Naciones Unidas, en el **Octavo Congreso sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana en 1990**, se establecieron como únicos supuestos posibles para la adopción de la prisión provisional: el riesgo de fuga del acusado, la posible reiteración delictiva y el entorpecimiento de la administración de la justicia.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional se ha querido justificar, en numerosas ocasiones, bajo las premisas de control social, orden público o seguridad ciudadana³⁶. También en la existencia de un modelo de justicia imperfecto, con largos tiempos de espera³⁷, haciéndose hincapié en la necesidad de garantizar la efectividad del procedimiento o el posible riesgo de fuga del acusado³⁸.

Si bien es cierto que el Estado debe perseguir de manera eficaz la comisión de un hecho delictivo, el fin no siempre justifica los medios, y por tanto, el Estado debe aplicar las medidas necesarias, pero también **proporcionales** a la hora de perseguir esa eficacia³⁹. Surge así el conflicto entre, el deber por parte de los poderes públicos de perseguir eficazmente el delito y el deber, también por parte de estos, de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano. La solución la trae consigo la **regla de proporcionalidad**. De forma que, la prisión provisional únicamente estará justificada cuando obedezca a un fin

³⁵ Artículo 34.1 CP: “No se reputarán penas la detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal”.

³⁶ BANALOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1996, p.186-187.

³⁷ RAWLS, J. Y HABERMAS J., *Debate sobre el liberalismo político*, Ediciones Paidó, Barcelona, 1998, p. 129-130.

³⁸ SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y Derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p.72.

³⁹ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión... cit.*, p.52-53.

legítimo y respete los principios constitucionales de nuestro de nuestro ordenamiento, así como el principio de proporcionalidad⁴⁰.

En cuanto a la justificación basada en el orden público, el conflicto que surge es similar. Por un lado tenemos el deber del Estado de garantizar la seguridad y protección de la ciudadanía. Por otro, el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia. Es decir, se contraponen la protección o el bienestar colectivo, frente a la libertad individual o dignidad humana. Dado que ambos son principios válidos, debemos dilucidar cual tiene un peso mayor en nuestro sistema jurídico. En este punto GUERRA PEREZ, C⁴¹ señala que mientras la seguridad ciudadana se configura en nuestro ordenamiento como un bien constitucionalmente protegido, la libertad individual lo hace como un derecho fundamental de rango mayor. Por ello, para que la finalidad del Estado de tutelar la seguridad ciudadana pueda limitar el ejercicio de la libertad individual, de nuevo debe recurrirse a la **proporcionalidad** de la medida, siendo esta limitación la mínima indispensable. De forma que el sacrificio del derecho a la libertad no sea excesivo en relación a la finalidad perseguida.

Otro argumento de justificación de la prisión provisional, viene de la mano del derecho a la tutela judicial efectiva, y su naturaleza como medida cautelar, que implica, entre otras, la efectividad de las resoluciones judiciales. Nuestro ordenamiento jurídico configura las medidas cautelares como un instrumento necesario para el cumplimiento efectivo de la futura resolución. De esta forma quedaría fuera la justificación de la prisión provisional por fines punitivos o de anticipación de la condena⁴².

Finalmente, se debe hacer referencia al derecho a la presunción inocencia. Si hiciéramos una interpretación estricta del mismo, tal y como señala GUERRA PEREZ, C.⁴³ no

⁴⁰ Así en la STC 98/1997, de 20 de mayo, Fj.3 el tribunal hacía referencia a este conflicto señalado que: "La prisión provisional es una medida excepcional que se justifica como la respuesta más razonable a una situación en la que se impone la necesidad de optar entre el derecho a la libertad de una persona que no ha sido declarada culpable, de una parte, y el aseguramiento de la Administración de justicia penal, de otra".

⁴¹ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.55-57.

⁴² STC 128/1995 de 26 de julio fj nº3: "La prisión provisional responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva. Por el contrario, lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los imputados, etc. Todos estos criterios ilustran, en fin, la excepcionalidad de la prisión provisional que tantas veces ha subrayado este Tribunal".

⁴³ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.60-61.

sería posible justificar ninguna detención y, menos aún la prisión preventiva. Quedarían así prohibidas las medidas de investigación e instrucción criminal, por lo que muchos de los delitos no podrían ser castigados. Así pues, debemos optar por la compatibilidad de estas dos figuras⁴⁴. Para GUERRA PEREZ⁴⁵ esto se logra, entendiendo la presunción de inocencia como garantía procesal y protección del inculpado hasta que se pruebe o exista certeza de su culpabilidad, sin que ésta llegue a evitar la prisión preventiva; pero, sí la reduzca a unos límites⁴⁶. Al mismo tiempo, señala el deber de la prisión provisional de respetar la filosofía y los fines del derecho a la presunción de inocencia. Lo que se consigue a través de: la prohibición a las autoridades públicas de que manifiesten actitudes o convicciones sobre la culpabilidad de un sujeto; la no aplicación de esta medida ante la existencia de duda; la no aplicación de esta con fines punitivos o de anticipación de pena; y, la aplicación de la misma únicamente cuando existan indicios racionales de la comisión de los hechos delictivos.

4. FUNCIONES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

El **artículo 503 de la LECrim** recoge como fines de esta medida: asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto; evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima; o, finalmente evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.

Dicho esto BARALLAT LÓPEZ⁴⁷ diferencia dos vertientes. Como medida preventiva, su función principal sería la cautelar, la cual engloba aquellos fines dirigidos a garantizar el desarrollo del proceso o la aplicación de la futura condena. Junto a esta tendrían lugar las funciones de prevención, dirigidas más bien a garantizar la seguridad y el orden público. Si bien, algunos autores consideran que todas aquellas funciones que

⁴⁴ LLOBET RODRIGUEZ LL.M.J., “La presunción de inocencia y la prisión preventiva según la doctrina alemana” *Revista de derecho procesal* nº2, 1995, p. 547-571.

⁴⁵ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.62-65.

⁴⁶ En este punto GUERRA PEREZ, C considera el derecho fundamental a la presunción de inocencia como límite teleológico de los fines constitucionalmente legitimadores de la prisión provisional. GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.63.

⁴⁷ BARALLAT LÓPEZ, J., *Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional*, en “*Régimen jurídico de la prisión provisional*”, coordinado por DORREGO DE CARLOS, A., Editorial Sepín, Madrid, 2004, p.113-133.

se alejen de la función cautelar no son válidas⁴⁸, nuestro ordenamiento si prevé estos otros motivos, concretamente la reiteración delictiva y la protección a las víctimas. No obstante, para una interpretación adecuada GUERRA PEREZ señala el deber de considerar dos niveles diferentes, de forma que la función cautelar será siempre la principal y el resto de fines podrán usarse cuando estos no hayan podido ser satisfechos a través de otras medidas menos gravosas⁴⁹. De esta forma quedan fuera aquellas otras funciones no reconocidas en la legislación, y por supuesto nunca puede ser utilizada como adelanto de condena⁵⁰.

4.1.Función cautelar

Como medida cautelar, la prisión preventiva no persigue otro fin que asegurar el desarrollo del proceso, así como el posible resultado que pueda derivarse del mismo⁵¹.

En el primero de los casos, GUERRA PEREZ dota a esta la cautela el carácter singularmente procesal. Se pretende garantizar el correcto funcionamiento del proceso judicial, de un lado manteniendo al imputado a disposición del órgano judicial, de otro, garantizando la clara exposición de la actividad probatoria. La ausencia del acusado podría afectar al desarrollo normal del proceso, ya que no se podrían llevar a cabo aquellas diligencias de investigación que precisaran de su presencia, lo que llevaría a la suspensión de la causa. Así mismo se trata de evitar que estando en libertad, el acusado manipule o destruya las posibles pruebas que puedan presentarse en su contra⁵².

En el segundo de los casos, se hace referencia a la función de aseguramiento de la eventual condena. Es decir, garantizar que el acusado, de ser declarado culpable, cumpla efectivamente su pena. Esta finalidad se vincula a la prisión provisional desde el

⁴⁸ GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, Colección Monografías num.297, Aranzadi, Navarra, 2004, p115-122.

⁴⁹ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.66..

⁵⁰ ASECIO MELLADO, J.M., señala en “Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”, *Diario La Ley* nº6211/2005, 2005, p.2. el error de que la prisión provisional aparezca como una auténtica pena anticipada, ya que esta función que afectaría a la neutralidad con la que se debe dotar este sistema, poniendo en peligro el cumplimiento de sus objetivos.

⁵¹ HASSEMER, W., *Los presupuestos de la prisión preventiva*, en *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva* (traducción de Patricia S. Ziffer), 2º edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p.126-127, hacia referencia a la función cautelar de la prisión provisional del siguiente modo: *la prisión preventiva es irrenunciable y legítima, en tanto se pretenda ejecutar el procedimiento en presencia del imputado, averiguar la verdad y asegurar las consecuencias penales del procedimiento”*.

⁵² GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.66-67.

Derecho Romano, donde se alzaba cómo único fin de esta figura⁵³. Así, la prisión provisional se configuraba como un medio para impedir la fuga de aquellos que aguardaban el juicio.

4.2. Función de prevención.

En ocasiones, debido a la “peligrosidad” que se le achaca al acusado, bien por su grado de reincidencia o por la gravedad del hecho delictivo objeto de la investigación, la prisión provisional actúa como “medida de seguridad”⁵⁴. Lo que se pretende es prevenir que el imputado “vuelva a cometer otros hechos delictivos”, así como proteger a la víctima, especialmente en aquellos casos en los que ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal⁵⁵.

Además cuando los hechos delictivos causen cierta alarma social, como ocurre con los casos mediáticos, la prisión provisional puede cumplir una función tranquilizadora de cara a la sociedad⁵⁶. No obstante, esta no puede funcionar como fin único a la hora de

⁵³ RODRIGUEZ LOPEZ, M., “La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Aldaba, Revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, nº18, 1992. P. 9-30.

⁵⁴ En este punto existe una gran disputa. Así, autores como HASSEMER (HASSEMER, W., *Los presupuestos de la prisión ... cit.*, p.118-119.) rechazan esta configuración, considerando que un concepto tan difuso como el de peligrosidad no debería ser suficiente como para justificar la privación de libertad. En cambio, autores como CARRARA, MATTES o AGUILERA DE PAZ, si con partidarios de esta función preventiva. Ver CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, traducción de Ortega Torres y Guerrero, Temis, Vol. II, nº 897, Bogotá, 1957, p.375; AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, Tomo IV, Editorial Reus, Madrid, 1934, p.188 y ss.

⁵⁵ Cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

⁵⁶ Así, RODRIGUEZ RAMOS, L. *La Detención*, Akal, Torrejón de Ardoz (Madrid), 1987, p.10, hace referencia a esta función como una función de prevención general y positiva. No obstante, otros autores, como ASECIO MELLADO (ASENCIO MELLADO, J.M., “Reforma de la prisión... cit., p.2) consideran que debe protegerse la neutralidad en este tipo de situaciones. A este respecto debe tenerse en cuenta que a raíz de la reforma de la LECrim, en materia de prisión provisional, introducida por La Ley Orgánica 13/2003, se eliminó la alarma social como uno de los motivos que podían justificar la adopción de esta medida cautelar. FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI (GASCON INCHAUSTI, F., *La Reforma de la Prisión Provisional en España* Publicado en *Temas de Derecho Procesal Penal de México y España*, obra colectiva coordinada por David Cienfuegos Salgado, Carlos F. Natarén Nandayapa y Carlos Ríos Espinosa, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2005, págs. 237-274.) señaló que su empleo como criterio para adoptar una medida restrictiva del derecho fundamental a la libertad personal no se encontraba suficientemente justificado. No obstante, a pesar de que en la nueva regulación se ha borrado cualquier rastro de la alarma social como motivo o finalidad de la prisión provisional, esta puede tener relevancia, como circunstancia que genere alguno de los peligros si contemplados en la Ley. Así, un elevado grado de alarma social puede inducir al imputado a fugarse, ante el temor de ser objeto de agresiones o represalias; o resultar perjudicial para una correcta investigación de los hechos, sobre todo en los momentos iniciales de la instrucción.

aplicarse la medida, sino que deberá ir siempre acompañado de algún riesgo de los establecidos por la ley.

5. CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Dado el problema que arrastra consigo la aplicación de la prisión provisional, al suponer la limitación de la libertad y del derecho a la presunción de inocencia, ésta está condicionada a diversos principios o requisitos vinculados a toda afeción a un derecho fundamental, como son: la jurisdiccionalidad, legalidad, proporcionalidad o la motivación⁵⁷. Por otro lado, como medida cautelar presenta las características de instrumentalidad, provisionalidad y variabilidad⁵⁸. Finalmente, debido a la gravedad de sus efectos aparecen otras características que la definen. Aquí entran en juego la subsidiariedad, excepcionalidad y la duración limitada de esta medida.

5.1. Jurisdiccionalidad

La primera característica de la prisión provisional a la que haremos referencia es la jurisdiccionalidad. Esta implica que dicha medida cautelar, únicamente puede ser adoptada por los órganos judiciales, y concretamente, tal y como establece el artículo **502.1 LECrim**, por el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, o el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa. La razón no es otra que, son precisamente los órganos judiciales, como órganos independientes, los únicos autorizados a limitar un derecho fundamental (art. 117.1. CE), y aún en mayor medida, el derecho a la libertad, configurado como valor superior e informador de todo el ordenamiento jurídico.

5.2. Legalidad

El principio de legalidad exige que para que sea posible adoptar la prisión provisional, ésta debe estar prevista en nuestro ordenamiento jurídico, y concretamente en una norma con rango de ley. Así lo establecen los artículos 5.1 CEDH y 17.1 CE⁵⁹.

Esta característica implica además, tal y como señalan las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre y 160/1986, de 16 de diciembre, que cuando el órgano judicial competente

⁵⁷ GUERRA PÉREZ, C. La decisión judicial de prisión... cit., p.72.

⁵⁸ JUAN JUAN SANJOJÉ, RAFAEL, “Las medidas cautelares”, artículo publicado por Burgera abogados, 2013. <https://www.burgeraabogados.com/las-medidas-cautelares-por-rafael-juan-juan-sanjose/>, consulta realizada el 16 de junio de 2019.

⁵⁹ En este punto, la STC 147/2000, de 29 de mayo, establece, en su fundamento jurídico cuarto que: “La prisión provisional sólo puede ser impuesta en la medida en que esté prevista expresamente por la ley, hasta el punto de que cabe formular la máxima nulla custodia sine lege”.

decrete la prisión provisional lo debe hacer “*en los casos y en la forma previstos en la ley*”⁶⁰, es decir, únicamente cuando se cumplan los supuestos que permiten su adopción y siguiendo el procedimiento establecido; lo que garantiza la no arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales, que quedan vinculados a los casos marcados por la ley.

5.3. Instrumentalidad

La instrumentalidad está unida a la naturaleza de la prisión provisional como medida cautelar, y viene a decir que ésta funciona como instrumento del proceso, por lo que la adopción de la misma únicamente puede tener lugar una vez iniciado el proceso judicial, al tiempo que debe extinguirse cuando éste finalice, momento en el que se alzaría la medida o se convertiría en ejecutiva⁶¹.

5.4. Proporcionalidad

GUERRA PEREZ⁶² Considera la proporcionalidad como característica principal de la prisión provisional, ya que es la que recoge el conflicto último de la misma. La legislación debe buscar un equilibrio, o punto intermedio, entre el derecho a la libertad y la presunción de inocencia y la eficacia en la persecución de un hecho delictivo. Al mismo tiempo, los jueces no deben aplicar la prisión provisional de forma automática cuando se den los requisitos que establece la ley, sino que deben llevar a cabo un juicio de ponderación, valorando si existe o no proporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo ⁶³ . Así, el Tribunal Constitucional define la proporcionalidad como exigencia estricta a la hora de llevar a cabo cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental⁶⁴.

⁶⁰ SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5, y 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 4: “*el derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos en la Ley: En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita*”.

⁶¹ GUERRA PEREZ, C, *La decisión judicial de prisión...* cit., p.76.

⁶² GUERRA PEREZ, C, *La decisión judicial de prisión...* cit., p.76-78.

⁶³ Tal y como señala FAIRÉN GUILLÉN en “Lagunas de la Ley de 28 de diciembre de 1988 de reforma procesal en materia de medidas cautelares y necesidad de integrarla”, *Revista Tapia*, diciembre 1989, p.55: “de nada sirve el principio de proporcionalidad de la pena si ha sido precedida ésta de medidas cautelares desproporcionadas”.

⁶⁴ STC 26/1981, de 17 de Julio, Fj.5 y STC 37/1989, de 15 de febrero Fj.8,: recalcan la obligatoriedad de esta característica “*la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental*”.

Para que exista proporcionalidad, el TC establece el cumplimiento de tres requisitos o subprincipios⁶⁵: la idoneidad o adecuación de la medida; el carácter excepcional y subsidiario de la misma; y, la proporcionalidad en sentido estricto.

A) Idoneidad o Adecuación

El requisito de idoneidad implica, tal y como señala la STC 167/2001 de 16 de julio, que la prisión provisional debe ser **adecuada para alcanzar el fin perseguido**. En nuestro ordenamiento todas las medidas reguladas en la legislación son idóneas por naturaleza. Sin embargo, GUERRA PEREZ, C. y GONZALEZ CUELLAR SERRANO, indican que serán los jueces quienes tendrán que valorar la idoneidad en cada caso concreto teniendo en cuenta experiencias pasadas, así como la práctica habitual de los órganos jurisdiccionales⁶⁶.

Así mismo estos autores, señalan la vinculación de la proporcionalidad a la pena esperada, teniendo en cuenta los posibles agravantes o atenuantes que puedan aplicarse al caso concreto. Por ello, no debe aplicarse la prisión provisional cuando la pena sea multa o si, siendo ésta privativa de libertad, la duración de la medida excede la de pena prevista.

B) Principio de Necesidad o Exigibilidad

En segundo lugar el principio de proporcionalidad toma forma a través del principio de necesidad o exigibilidad, recogido en el **artículo 502 LECrim**, el cual se materializa, a su vez, en las exigencias de **excepcionalidad y subsidiariedad**.

La prisión provisional nunca puede definirse como regla general, podrá ser aplicada únicamente cuando sea **absoluta y estrictamente necesaria** para los fines previstos en la ley⁶⁷. Aquí, el TC destaca la autorización de su aplicación cuando se cumplan los requisitos establecidos, sin ser, bajo ningún concepto, obligatoria.

⁶⁵ STC 207/1996, de 16 de diciembre, Fj.4: “A tal efecto, conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: (...) que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo” y STC 169/2001, de 16 de julio, Fj.9: “Plasmación de las exigencias constitucionales de la proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales son los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

⁶⁶ GUERRA PEREZ, C. “La decisión judicial de prisión...cit., p.79.

⁶⁷ Artículo 9.3. del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo” al cual hace referencia la STC 147/2000 de 29 de mayo en su Fj.5.

En cuanto al **carácter subsidiario** de esta medida. Aun cumpliéndose los requisitos previstos por la ley que posibilitan la aplicación de la prisión provisional, el Tribunal Constitucional establece que debe analizarse si existe otra alternativa menos gravosa, que logrando los mismos objetivos, no suponga el sacrificio del derecho a la libertad del acusado⁶⁸, como por ejemplo: la aplicación de la libertad provisional con o sin fianza, la retirada de pasaporte, u otras medidas de control judicial, como podrían ser: la prohibición de residencia en el mismo lugar que la víctima, las medidas de alejamiento o incluso la aplicación de la prisión atenuada en el domicilio del imputado.

C) Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.

La adopción de la prisión provisional debe ser siempre proporcional, en sentido estricto, y no solamente a la hora de adoptarla sino durante todo el tiempo que dure la misma, a la finalidad perseguida. Así, el Tribunal Constitucional declara la existencia de proporcionalidad en sentido estricto cuando *“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”*⁶⁹. Por tanto debe haber un equilibrio entre el sacrificio de los intereses individuales y la importancia del interés estatal, que viene a ser, el desarrollo del proceso, y la protección de otros derechos fundamentales.

5.5.Provisionalidad y Temporalidad

Tanto la provisionalidad como la temporalidad hacen referencia a la duración limitada de la medida. No obstante ambas deben ser diferenciadas.

La provisionalidad encuentra su base en la instrumentalidad de la medida. Las medidas cautelares están subordinadas al proceso judicial y a la resolución del mismo, por lo que una vez finalizado el proceso, estas desaparecen. En cambio cuando hablamos de temporalidad, el fundamento es otro. Es la legislación la que establece unos plazos concretos, dotando a la prisión provisional de una duración limitada. De forma que una vez transcurrido ese periodo de tiempo la prisión provisional debe ser alzada, haya o no finalizado el proceso⁷⁰.

⁶⁸ STC 169/2001 de 16 de julio, Fj.9 define la subsidiariedad como el requisito de: *“que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto”*.

⁶⁹ STC 169/2001 de 16 de julio. FJ 9.

⁷⁰ CALAMANDREI, P., en *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (traducción de Sentís Melendo, S.), Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p.36 hace referencia a dicha distinción; señalando que si bien ambas dan lugar a la duración limitada de la medida,

5.6. Variabilidad

Cuando hablamos de variabilidad hacemos referencia a lo establecido en el artículo **504.1 de la LECrim**: *“La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”*. De forma que, de modificarse las circunstancias que provocaron la adopción de esta medida, también deberá modificarse la misma. Por su parte el artículo **539** de esta misma ley, refuerza esta idea: *“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”*.

5.7. Motivación

El artículo **506.1. LECrim** indica que la decisión de adoptar o mantener la prisión provisional se realizará en forma de auto, en el cual se deberá expresar los motivos que justifiquen su adopción. Esta exigencia de motivar las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, y concretamente las que afectan a la libertad personal tiene su razón de ser en la gravedad que supone la aplicación de esta medida cautelar, siendo puesta de manifiesto en numerosas ocasiones por el TC⁷¹.

La motivación exigida por la legislación debe ser suficiente y razonada. Así, GUERRA PEREZ hace referencia al deber del órgano judicial de ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifican la adopción de esa medida ajustándose al caso concreto y justificar la finalidad que se persigue, así como la relación existente entre ese fin y las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta tanto las circunstancias personales como las objetivas⁷².

De esta forma se garantiza, por un lado, la no arbitrariedad en el uso de esta medida; y, por otro, el conocimiento, para el acusado, de las razones que han llevado a restringirle

la primera depende de la subsistencia de los presupuestos que justifican su mantenimiento, mientras que la segunda, viene determinada por el mero paso de un plazo de tiempo determinado.

⁷¹ Así, la STC 54/1996 de 26 de marzo Fj.7 hace referencia a la doctrina de este tribunal en relación con la exigencia de motivación en aquellas resoluciones judiciales limitativas o restrictivas de un derecho fundamental, declarando que *“cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses por los que se sacrificó”*. De este mismo modo la STC 26/1981 de 17 de julio establece la motivación como requisito riguroso a la hora de sacrificar estos derechos, y en este mismo sentido, afirma también que: *“toda resolución que limita o restringe el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma que las razones justificativas de tal limitación puedan ser conocidas por el afectado”*.

⁷² GUERRA PEREZ, C, *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.90-93.

su derecho fundamental, permitiéndole ejercitar los posibles recursos; y, facilitando al Tribunal la comprobación de la justificación de la medida⁷³.

6. PRESUPUESTOS ESTABLECIDOS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Los presupuestos o requisitos que deben darse a la hora de aplicar la prisión provisional aparecen recogidos en el artículo **503 LECrim**. En este punto GUERRA PEREZ distingue entre **requisitos constantes** y **requisitos causales o eventuales**⁷⁴.

6.1.Requisitos Constantes

El artículo 503 LECrim comienza señalando, como primer requisito, que los **hechos** que se atribuyan al acusado sean **constitutivos de delito**. No obstante, no nos vale cualquier delito, sino que éste debe estar **castigado con pena privativa de libertad de al menos dos años**⁷⁵, exceptuando aquellos casos en los que el acusado cuente con antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, por delito doloso, así como otras excepciones previstas en la ley⁷⁶.

En segundo lugar, este artículo hace referencia al requisito de **responsabilidad criminal**. No es suficiente con que los hechos atribuidos al acusado sean constitutivos de delito, en los términos expresados, sino que además, debe haber motivos bastantes para señalar como culpable a la persona sobre la que se va a decretar el auto de prisión provisional⁷⁷. Esto es lo que conocemos como *Fumus boni iuris* o *apariencia de buen derecho*⁷⁸. Es decir, de las actuaciones practicadas se debe deducir razonablemente y con un alto nivel de certeza, que el acusado ha participado en la comisión del hecho

⁷³STC 128/1995 de 26 de julio, Fj.4 señala la motivación como: “explicitación del fundamento de Derecho en el que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión- y las circunstancias fácticas que legitiman la privación preventiva de libertad, pues sólo en aquella van a ser cognoscibles y supervisables éstas”.

⁷⁴ GUERRA PEREZ, C, “*La decisión judicial de prisión...cit.*”, p. 134.

⁷⁵ Vid. Artículo 503.1.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁷⁶ Cuando el fin perseguido sea el de asegurar la presencia del investigado en el proceso, el artículo 503.1.3º.a) LECrim señala que habiendo sido dictadas dos requisitorias por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores, no será necesario que el delito investigado en la causa este castigado con pena mínima de 2 años, ya que se presume que el acusado ha huido, y peligra la efectividad del proceso. Este límite de pena también es eliminado cuando el fin perseguido es el de protección de la víctima, especialmente en los casos de violencia doméstica; o cuando se quiera evitar que el imputado cometa otros hechos delictivos, y se deduzca que este actúa con otras personas de forma organizada o delinque con habitualidad. Lo que se quiere es evitar que continúen o se agraven los efectos del ilícito penal.

⁷⁷ Vid. Artículo 503.1.2º Ley de Enjuiciamiento Criminal

⁷⁸ STC 62/1996, de 15 de abril, FJ.5 define la necesidad del *fumus boni iuris* a la hora de tomar cualquier medida cautelar, y establece que: “Este ha de consistir necesariamente en la existencia de razonables sospechas de la comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida”.

delictivo⁷⁹. Así, el juez debe llevar a cabo un **juicio de verosimilitud**⁸⁰ sobre la responsabilidad criminal del imputado.

Como requisitos constantes, éstos deben concurrir siempre. No puede aplicarse prisión provisional cuando los hechos no sean constitutivos de delito, por mucho que el acusado sea el posible responsable. Ni, mucho menos, cuando siendo los hechos constitutivos de delito, no haya motivos para creer que el acusado es responsable de los mismos.

Finalmente, como tercer y último requisito constante, es necesario también que con la adopción de esta medida cautelar **se persiga alguno de los cuatro fines** previstos en la legislación⁸¹. Así, dependiendo del fin perseguido deberán cumplirse unos requisitos u otros; dando lugar a los requisitos eventuales o causales, que pueden concurrir o no en cada caso concreto.

6.2. Requisitos causales o eventuales

Los requisitos causales o eventuales aparecen vinculados a la finalidad perseguida con la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional.

A) Riesgo de fuga

En ocasiones debido a la extensa duración del proceso penal, el acusado puede llevar a cabo comportamientos que limiten la efectividad del mismo. Aquí es donde entra el ***Periculum in mora***⁸². Deben examinarse aquellas situaciones o circunstancias que constituyan un riesgo para la demora del proceso. Este riesgo generalmente se vincula a la gravedad de los hechos delictivos, y, principalmente, a la posible fuga del acusado. En aquellos supuestos en los que es necesaria la presencia del acusado para poder continuar con el proceso y que este sea juzgado, debe ser posible adoptar la prisión provisional, ya que la ausencia del imputado podría provocar la suspensión del juicio.

Por tanto, cuando la finalidad del órgano judicial sea asegurar la presencia del acusado, para adoptar la prisión provisional, el artículo 503.1.3º.a) requiere la existencia de

⁷⁹ GUERRA PEREZ, C, *La decisión judicial de prisión...cit.*, p. 134-138.

⁸⁰ CALVO GONZALEZ, J., “Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud” *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, ISSN-e 1138-9877, N°. 15, 2007 p.4. De esta forma CALVO GONZALEZ señala que el juez “*formulará criterio apreciando críticamente, mediante confirmaciones e infirmaciones, cuánto en las hipótesis fácticas y/o jurídicas propende a disminuir o aumentar, debilitar o reforzar, las probabilidades favorables o contrarias respecto de una efectiva ocurrencia o resultancia, siendo la verosimilitud, en fin, expresa aquí la fe de creer ahora probable en espera de ver luego probado*”.

⁸¹ Artículo 503.1.3º y 503.2 Ley de Enjuiciamiento criminal.

⁸² STC 62/1996, de 15 de abril, Fj.5, el TC señala que el requisito de periculum in mora: “debe integrarse con la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, entre los que se destaca el de conjurar el riesgo de sustracción a la acción de la Justicia”.

riesgo de fuga. La existencia o no de este riesgo es un requisito abstracto que los jueces deben valorar, en cada caso concreto, atendiendo al tipo delictivo, las circunstancias que rodean la comisión del mismo, la actitud evasiva o colaboradora del acusado, la gravedad de la pena, si el investigado dispone de conexiones con otros países, si dispone de movilidad adecuada, y fundamentalmente, si el imputado tiene arraigo personal, familiar o laboral en el lugar en el que se quiere que permanezca, así como su situación económica⁸³.

B) Riesgo de destrucción probatoria

Así mismo, si la finalidad pretendida es la de **aseguramiento de las fuentes de prueba**, no podremos decretar prisión provisional únicamente porque el investigado no preste colaboración⁸⁴. Sino que el artículo **503.1.3ºb) LECrim** requiere la existencia de una posibilidad mínima de acceso a las fuentes de prueba por parte del acusado; un poder de influencia sobre las mismas; o como mínimo, que el acusado haya realizado con anterioridad ese tipo de comportamientos⁸⁵. Es decir, se requiere **riesgo de destrucción probatoria**. Este riesgo también puede deducirse cuando los hechos delictivos deriven de una actuación organizada, puesto que es mucho más factible que trabajen en equipo y se coordinen para destruir los medios de prueba⁸⁶.

C) Riesgo de reiteración delictiva

Si, por el contrario, el fin perseguido es **evitar que el imputado cometa otros hechos delictivos**, es necesario, además de que el delito del que se le acusa sea delito doloso; la existencia de **riesgo de reiteración delictiva (artículo 503.2 LECrim)**. En este caso el juez a la hora de valorar si existe este riesgo o no, deberá tener en cuenta las

⁸³ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión... cit.*, p. 150-161. Así mismo la STC 62/1996 de 15 de abril, señala en su Fj.5 que: “*el peligro de fuga del imputado, no puede nunca llegar a subsumirse o identificarse absolutamente con el fumus boni iuris, pues el Juez siempre ha de ponderar otros estándares, tales como el arraigo, cargas familiares, etc., que puedan acreditar la ausencia del peligro de fuga del imputado*”.

⁸⁴ Circunstancia señalada expresamente por el artículo 503.1.3º,b) de la Ley de enjuiciamiento criminal.

⁸⁵ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p. 161-165.

⁸⁶ PEREZ LOPEZ J. A., “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”, *Derecho y Cambio Social*, Año 11, nº36, ISSN: 2224-4131, 2014, p.22 y 23; engloba dentro del concepto riesgo de destrucción probatoria: “*la posibilidad de destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar fuentes de prueba; influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; e Inducir a otros a realizar tales comportamientos*”.

circunstancias del hecho, la gravedad del tipo delictivo al que se hace referencia y la existencia o no de antecedentes penales o policiales⁸⁷.

D) Riesgo de que el imputado pueda actuar contra la víctima

Finalmente, cuando se trate de **proteger a la víctima (artículo 503.1.3ºc LECrim)** lo que el juez debe valorar es si existe o no una **probabilidad fundada** de que el imputado lleve a cabo de nuevo la actividad delictiva sobre la misma, centrando únicamente en las circunstancias y gravedad del hecho delictivo⁸⁸.

7. RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO Y MODALIDADES

Dentro de la figura de la prisión provisional podemos diferenciar tres regímenes de cumplimiento o modalidades: la prisión provisional comunicada, la prisión provisional incomunicada y, la prisión provisional atenuada; siendo considerada ésta última, más bien, como una medida alternativa, cuando se dan una serie de condiciones⁸⁹.

Tal y como establece el **artículo 520 de la LECrim**, *la prisión provisional deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso*. Por lo que, la prisión provisional **comunicada** será el régimen general u ordinario de esta medida cautelar, siempre que el juez no señale lo contrario.

El acusado que se encuentre bajo prisión provisional comunicada gozará de todos los derechos reconocidos con carácter general en la Ley, y fundamentalmente de los correspondientes a los artículos **17.3 CE y 520 LECrim**⁹⁰: derechos relativos al derecho de defensa del acusado, como serían la asistencia de letrado, información de su detención, derecho a intérprete, solicitud de asistencia jurídica gratuita, derecho a entrevistarse de forma reservada con su abogado, etc.; comunicación con el mundo exterior, entre ellos el derecho a recibir visitas, o enviar y recibir correspondencia. Y, por supuesto, de aquellos derechos propios del régimen penitenciario común.

⁸⁷ En este punto GUTIERREZ DE CABIEDES (GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional...cit.*, p.110 y ss.) considera que debería exigirse la existencia de antecedentes penales relacionados con el delito objeto de estudio, siendo estos de la misma naturaleza que los delitos anteriores. Por el contrario GUERRA PEREZ (GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.169-170 se decanta por la no existencia de tal obligación, ya que considera que “*pueden producirse variedad de víctimas afectadas y de tipologías delictivas cometidas, incluso de mayor gravedad aunque de distinta naturaleza que los delitos anteriormente cometidos*”.

⁸⁸ GUERRA PEREZ, C., “*La decisión judicial de prisión...cit.*”, p.170-176.

⁸⁹ GUERRA PEREZ, C., “*La decisión judicial de prisión...cit.*”, p.213.

⁹⁰ El artículo 520 LECrim incrementó el listado de estos derechos a raíz de la reforma introducida por la Ley Orgánica 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.

Por el contrario, cuando exista necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o bien de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal; el Juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, y mediante resolución motivada, **la prisión provisional incomunicada**⁹¹.

En este segundo caso, estamos, como bien recalca este artículo, ante una situación excepcional, ya que esta modalidad de cumplimiento, conlleva una limitación de los derechos del preso⁹². Especialmente, pueden limitarse, aquellos derechos recogidos en el **artículo 527 LECrim**⁹³. No obstante, autores como GUERRA PÉREZ⁹⁴ consideran que el artículo 527 LECrim, no presenta una lista cerrada, dejando abierta en su apartado segundo la posibilidad de que puedan restringirse otros derechos de los referidos en el apartado anterior, siempre que sea acordado por auto.

Dentro de los derechos señalados por el 527 LECrim, se encuentra el de comunicarse con sus familiares y/o a poner en conocimiento de estos la situación del procesado; a este respecto algunos autores, entre ellos JORGE BARREIRO⁹⁵, han caracterizado esta limitación como excesiva y desproporcionada; ya que: *”El desconocimiento del paradero de una persona, puede ocasionar, en sus familiares más directos, una situación de inquietud y desazón, que no puede justificarse de manera alguna”*. Por ello proponen como alternativa la no comunicación de inmediato de su detención, pero sí comunicar esta, una vez los familiares comparezcan ante las autoridades para solicitar información.

El **artículo 509.2 LECrim** hace referencia a la duración de la incomunicación, señalando que *“la incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia los peligros a que se refiere el apartado anterior (...)”*, fijando a

⁹¹ Artículo 509 LECrim.

⁹² JUAN SANCHEZ, R., “El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, nº 4/2017, Barcelona, 2017. P.5

⁹³ El artículo 527 LECrim recoge el listado de aquellos derechos de los que puede ser privado el preso que se halle bajo el régimen de prisión provisional incomunicada, siendo estos: el derecho a designar un abogado de su confianza; el derecho a comunicarse con todas o algunas de las personas con las que tuviera derecho a hacerlo, exceptuando la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Medio forense; el derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado; o, el derecho de acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

⁹⁴ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.213-222.

⁹⁵ BARREIRO, J., “La reforma de la prisión provisional y la doctrina del Tribunal Constitucional II” *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, nº52, Madrid, marzo 2015, p.42 y ss.

continuación una duración máxima de 5 días⁹⁶. Excepcionalmente la incomunicación podrá prorrogarse otros 5 días cuando el delito sea uno de los reflejados en el **artículo 384 bis** o se haya llevado a cabo de forma concertada u organizada por dos o más personas. Esto es así, dada la particular forma de comisión del delito en grupo, lo que incrementa el riesgo de que la comunicación del preso con el exterior pueda perjudicar el proceso.

En último lugar, tenemos la **prisión provisional atenuada**, regulada en el **artículo 508 LECrim**. En este caso el acusado no entra en prisión, por lo que no se da el presupuesto característico de la prisión provisional. De ahí, que a pesar de que la ley la regule como una modalidad más, algunos autores la consideran como una medida alternativa a ésta, más próxima incluso a la situación de libertad vigilada⁹⁷.

La prisión provisional atenuada puede darse en dos situaciones distintas. En primer lugar, cuando por razón de enfermedad el ingreso del acusado en prisión entrañe grave peligro para su salud. En este caso el Juez o tribunal puede acordar que la medida de prisión provisional se lleve a cabo en el domicilio del investigado, con las medidas de vigilancia oportunas⁹⁸. La segunda posibilidad se da en aquellos casos en los que el investigado o encausado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento. En este segundo caso se sustituye, la medida de prisión provisional por el internamiento en un centro oficial o en una organización legalmente reconocida para la continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. Siendo así el investigado o encausado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida.

⁹⁶ Artículo 509.2 LECrim: “La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días.”

⁹⁷ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.213-222 y GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional...cit.*, p.201.

⁹⁸ El art. 508 LECrim también contempla la posibilidad de que el juez autorice al investigado a salir del domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

8. DURACIÓN

Al hablar de las características de la prisión provisional se hizo referencia a la temporalidad de la medida. El **artículo 17.4 CE** establece que: “*por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*”. Y así, lo hace el **artículo 504 LECrim**.

El art. 504 recalca que la prisión provisional durará el **tiempo imprescindible** para alcanzar el fin para el que se hubiera adoptado y siempre que subsistan los motivos que justificaron su adopción. Es decir, como señala GUTIERREZ DE CABIEDES no se permite agotar la duración máxima de la prisión provisional en tanto no exista motivo que la justifique⁹⁹.

A continuación el apartado segundo determina el **sistema legal de plazos**, haciendo depender el plazo de duración posible de la medida de: la pena señalada por la ley para ese delito en concreto, reforzando así la proporcionalidad de la medida; y del fin con el que se haya adoptado la misma¹⁰⁰. Cuando la finalidad de la prisión provisional sea la de evitar la alteración de pruebas, la duración máxima será de **seis meses**, sin posibilidad de prórroga alguna. Mientras que si la prisión se hubiere decretado para asegurar la presencia del imputado en el proceso, evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima o para evitar el riesgo de que el acusado cometa otros hechos delictivos; la duración no podrá exceder de un año, si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, siendo esa prorrogable hasta 6 meses más si la causa no pudiere ser juzgada en ese plazo; o de dos si la pena privativa de libertad señalada para ese delito fuera superior a tres años, siendo en este caso prorrogable hasta dos años más si la causa no pudiere ser juzgada¹⁰¹. En ambos

⁹⁹ GUTIERREZ DE CABIEDES, P., “*La prisión...cit.*”, p.243 y ss.

¹⁰⁰ Con anterioridad a la reforma, el artículo 504 únicamente hacía depender la duración de la medida de la pena impuesta, sin tener en cuenta los motivos que justificasen la adopción de la misma.

¹⁰¹ STC 9/1994, de 17 de enero Fj.3 señala que cuando se hace referencia a la duración de la pena privativa de libertad se atiende no a la pena abstracta sino al marco penal concreto. De forma que para garantizar la proporcionalidad de la medida se debe extraer que la pena señalada para ese delito debe configurarse en función del grado de ejecución del delito, la forma de participación, o las posibles atenuantes o agravantes que puedan aplicarse en el caso concreto. “*No puede compartirse la tesis expuesta por el Ministerio Fiscal, (...) en el sentido de entender que dicha resolución estaba perfectamente ajustada a Derecho por cuanto la prisión preventiva del recurrente había sido acordada en virtud de la imputación de un delito que lleva aparejada una pena de reclusión menor, con absoluta independencia de la pena en concreto solicitada por la acusación en función del grado de ejecución delictiva o la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. Pues, de aceptarse tal conclusión, ello implicaría tomar como punto de referencia, a efectos de la aplicación del art.504.4 de la LECrim., un delito -el del homicidio consumado- no realizado en el caso de autos y, por lo tanto, una pena de imposible imposición al demandante de amparo. La errónea determinación de la pena prevista en abstracto para el delito en cuestión desvirtúa por completo la ratio del precepto acabado de citar, ya*

casos, si el acusado es declarado culpable, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en dicha sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida. Esto es así, porque la cualidad de culpable del acusado deja de ser un mero indicio, para convertirse en certeza, demostrada en un proceso contradictorio, aunque no firme¹⁰².

El apartado cuarto del art.504 parece exceptuar la efectiva vigencia del límite máximo absoluto e improrrogable de duración de la prisión provisional cuando el investigado o encausado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal. Ya que esta situación podría motivar de nuevo la aplicación de la medida. No obstante, GUERRA PEREZ¹⁰³ aclara que esto no quiere decir que la prisión provisional se configure de manera indefinida, ya que los diferentes periodos en los que el acusado permanezca en este régimen se acumulan.

El artículo 504.5 LECrim fija el dies a quo para la duración de la prisión provisional en el momento en que el investigado o encausado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa¹⁰⁴. Tal y como ocurre con las penas privativas de libertad (art. 58 CP¹⁰⁵). Es decir, el tiempo que el investigado hubiere estado detenido entra dentro del cómputo, a efectos de establecer la duración máxima de esta medida. Por otra parte el segundo párrafo del art. 504.5 LECrim excluye del cómputo el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia. Esto, según algunos autores, entre ellos MENDO ESTRELLA¹⁰⁶ es inadmisibles ya que “*el sujeto ha sido privado de libertad y no tiene por qué sufrir esta consecuencia que puede haber sido ocasionada si no por la propia Administración de la Justicia por la parte acusadora*”. No obstante, realmente este apartado está destinado a aquellas maniobras procesales fraudulentas que lleve a cabo el propio preso preventivo destinadas a

que, si en el mismo se hace dependiente la mayor o menor duración de la prisión provisional de la mayor o menor duración del marco penal imponible en abstracto, ello obedece sin duda a una voluntad expresa de que el tiempo transcurrido en dicha situación guarde la debida proporción con la duración máxima de la pena privativa de libertad que habría de abonar el preso preventivo caso de resultar condenado.

¹⁰² GUERRA PEREZ, C., “La decisión judicial de prisión...cit., p.176-189.

¹⁰³ GUERRA PEREZ, C., “La decisión judicial de prisión...cit., p.176-189.

¹⁰⁴ Cuando el artículo 504.5 LECrim hace mención expresa a “la misma causa” viene a señalar que si el imputado es acusado de varios delitos en una misma causa, el cómputo de la prisión provisional no se realiza por separado en cada uno de ellos. GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.184.

¹⁰⁵ Artículo 58 CP: “El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada”.

¹⁰⁶ MENDO ESTRELLA, A., “La reforma y la contrarreforma de la prisión provisional” en *La Ley, Revista de Jurisprudencia* año XXV, nº 5998, Madrid, abril 2004, p. 1838-1843.

prolongar la causa, como plantear recursos improcedentes o incidentes dilatorios, para que la prisión provisional alcance el límite máximo y el juez se vea obligado a acordar la puesta en libertad del acusado¹⁰⁷.

9. PROCEDIMIENTO

El procedimiento para decretar la medida de prisión provisional aparece regulado en el **art. 505 LECrim**. Por lo que nos limitaremos a destacar las principales características del mismo:

En primer lugar, tal y como se extrae de los **artículos 519 y 544 de LECrim**, así como del **763 LECrim** para el procedimiento abreviado, todas las diligencias de prisión provisional se deben sustanciar en **pieza separada**. Sin perjuicio de aquellas pruebas llevadas a cabo en el procedimiento principal tendentes a acreditar precisamente la aplicación de esta medida, que podrán llevarse a la pieza separada en forma de testimonio, sin la necesidad de volver a practicarlas.

En segundo lugar, cabe destacar la necesidad de **comparecencia previa**, introducida por el artículo **505 LECrim** a raíz de la LO 5/1995 de 22 de mayo. De esta forma, para poder decretar prisión provisional es necesario convocar una audiencia en la que participen ambas partes. Se requiere un proceso contradictorio. Tal y como establece el 505.1 LECrim cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez o tribunal que deba conocer de la causa, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, deberá convocar dentro de las 72 horas siguientes dicha comparecencia. Si el procedimiento está referido al enjuiciamiento rápido de delitos, la audiencia se realizará ante el Juez de Guardia¹⁰⁸. En caso de que el detenido fuere puesto a disposición de juez distinto del juez o tribunal que conociere o hubiere de conocer de la causa, y el éste no pudiese ser puesto a disposición de este último en el plazo de 72 horas, resolverá el primero. Una vez que el juez o tribunal de la causa reciba las diligencias, oirá al investigado o encausado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y confirmará o revocará la solución dictada por el juez anterior.

Sin embargo, la Ley prevé de forma excepcional en el **art. 505.5 LECrim** la posibilidad de adoptar la prisión o libertad provisional sin previa audiencia de las partes, cuando esta no pudiese celebrarse y concurriesen los presupuestos habilitantes del art. 503

¹⁰⁷ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión...cit.*, p.185.

¹⁰⁸ Vease artículo 505.2 en relación con el art. 798 LECrim. Circular 2/1995, de 22 de noviembre, de la FGE.

LECrim. En caso de que esto ocurra, 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.

Otra de las características del proceso de adopción de prisión provisional, es que esta únicamente puede decretarse a **instancia de parte**. Así, el artículo **505.4 LECrim** establece que si ninguna de las partes instase la prisión provisional, el juez acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del investigado o encausado que estuviere detenido.

En cuarto lugar, celebrada la comparecencia, el Juez debe resolver acerca de la adopción o no de la prisión provisional. Esta resolución debe adoptar forma de **auto**, tal y como establecen los **artículos 501 y 506 LECrim**, el cual deberá expresar los motivos por los que se adopta la medida. Dictado el auto este debe notificarse al acusado, al resto de partes personadas y a todos aquellos perjudicados por el delito. Al mismo tiempo, el artículo 511.1 LECrim requiere la emisión de dos mandamientos: uno a la policía o Agente Judicial que haya de ejecutarlo, y otro al Director del centro penitenciario que deba recibir al preso. En ambos aparecerán los datos personales del imputado, el delito que ha dado lugar al procedimiento, y la modalidad de ejecución de la medida.

Finalmente, destacar que, tal y como señala el artículo **507.1 LECrim** contra el auto que decreta, prorrogue o deniegue la prisión provisional podrá ejercitarse recurso de apelación en los términos previstos en el art. 766 LECrim, que gozará de tramitación preferente, sin interrumpirse el curso del procedimiento.

IV. DECISIÓN JUDICIAL Y SU JUSTIFICACIÓN. JURISPRUDENCIA.

A la hora de abordar el análisis de la decisión judicial debemos distinguir entre los requisitos propios de la decisión, donde se englobarían aquellos presupuestos, variables y fines que la ley señala que deben tenerse en cuenta a la hora de dictar la resolución; y la decisión en sí misma, que englobaría las motivaciones subjetivas que conducen a los jueces a tomar la decisión final.

En cuanto a los requisitos propios de la decisión, en todas las resoluciones analizadas¹⁰⁹ se observa la existencia de los dos requisitos que la ley señala que deben cumplirse siempre a la hora de aplicar la medida de prisión provisional: que los hechos por los que se juzgará al acusado sean constitutivos de delito castigado con pena privativa de libertad igual o superior a 2 años¹¹⁰; y la existencia de razones bastantes para señalar como culpable a la persona sobre la que se va a decretar el auto de prisión provisional. Si bien el primero de los requisitos, es un requisito objetivo, es decir, o concurre, si la pena señalada por la ley es superior al mínimo exigido, o no concurre, en caso contrario; los indicios que señalan la posible culpabilidad o no del acusado dependen en mayor medida de la subjetividad del órgano jurisdiccional que se encargará de dictar resolución.

En este punto, es imprescindible destacar aquellas variables más utilizadas por los jueces a la hora de considerar la existencia o no de estos indicios. Así, los órganos jurisprudenciales justifican la posible culpabilidad del acusado en: el **reconocimiento fotográfico** del mismo, obtenido generalmente a raíz de imágenes captadas por cámaras de seguridad instaladas en la zona (Auto nº 623/2019 de la Audiencia Provincial de Valencia, Roj: AAP V 1787/2019; Auto nº 592/2019, Roj: AAP V 1641/2019; Auto nº 542/2019, Roj: AAP V 1691/2019; y Auto nº 539/2019, Roj: AAP V 1530/2019); las **declaraciones de las víctimas y testigos** realizadas durante la fase de instrucción (Auto nº 638/2019 de la Audiencia Provincial de Valencia, Roj: AAP V 1943/2019; Auto nº 590/2019, Roj: AAP V 1666/2019; Auto nº 688/2019, Roj: AAP V 1648/2019; y Auto nº 261/2019 de la Audiencia Provincial de Murcia, Roj: AAP MU 283/2019); el **hallazgo en el domicilio del acusado, o en su poder, de enseres, objetos u otras pruebas que determinen su relación con los hechos con los que se le relaciona**, como podrían ser: el cuerpo del delito en el caso de delitos de homicidio o asesinato, cantidades considerables de sustancias tóxicas en los casos de delito contra la salud pública (Auto nº 615/2019 de la Audiencia Provincial de Valencia, Roj: AAP V 1730/2019; Auto nº 547/2019, Roj: AAP V 1646/2019¹¹¹, o Auto nº 533/2019, Roj:

¹⁰⁹ Muestra de 21 resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales de Valencia, Zaragoza, Madrid y Murcia, correspondientes a los años 2018 y 2019, todas ellas en relación con recursos interpuestos en la materia que se nos ocupa.

¹¹⁰ Con las excepciones señaladas en el apartado 6.1. de este mismo texto.

¹¹¹ Auto nº 547/2019, Roj: AAP V 1646/2019, Fj.2: en el que se incauta en el domicilio de los acusados *“importantes cantidades de sustancias objeto de la presente investigación así como enseres e instrumentos que generalmente se utilizan para preordenar al tráfico las mismas”* Dicho hallazgo, junto

AAP V 1555/2019), el vehículo utilizado durante la comisión de los hechos (Auto 539/2019 de la Audiencia Provincial de Valencia, Roj: AAP V 1530/2019); o incluso la tenencia de número de teléfono relacionado con los hechos investigados (Auto nº 540/2019, Roj: AAP V 1529/2019); el **reconocimiento en rueda del acusado** (Auto nº 576/2019, Roj: AAP V 1612/2019) o las **prácticas recogidas en el atestado policial** (Auto 638/2019; Roj: AAP V 1943/2019) yendo siempre, éstas dos últimas, acompañadas de otros posibles indicios que refuercen la idea de culpabilidad del acusado¹¹².

En cuanto al resto de requisitos que marca la ley de Enjuiciamiento Criminal, el órgano jurisprudencial al decretar la medida de prisión provisional, deberá tener en cuenta unas variables u otras, en función de cual sea la finalidad perseguida con la aplicación de dicha medida.

En la mayoría de los casos analizados la aplicación de la prisión provisional se justifica, si bien junto a otros fines, con el objetivo de “*asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga*”; para lo cual, como marca el artículo 503.1.3.a) LECrim, los jueces deberían valorar conjuntamente: la **naturaleza del hecho**, la **gravedad de la pena** que pudiera imponerse al investigado o encausado, la **situación familiar, laboral y económica** de éste, o la **inminencia de la celebración del juicio oral**. Sin embargo en la práctica la justificación de esta premisa suele atender en un primer momento únicamente a la **gravedad del delito**, la **alta extensión de la pena impuesta** o la **pronta celebración del juicio oral**, quedando fuera aquellas otras variables correspondientes a las circunstancias concretas de cada caso y las personales del imputado; y dando lugar a una escasa individualización de la medida, que solo aparecerá tiempo después cuando en un momento posterior el órgano jurisprudencial deba decidir si mantener o no la aplicación de la misma. Así en varios de los autos analizados la Audiencia Provincial hace referencia a la identificación, por parte del Tribunal Constitucional de “*dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar. El primero exige*

a la cantidad de dinero incautada a los mismos lleva al órgano jurisdiccional a decretar la existencia de razones bastantes para creer la culpabilidad del acusado.

¹¹² Ya que tal y como señalaba JOAN PICÓ I JUNOY estas no bastan por sí solas para destruir la presunción de inocencia del acusado. Vid. PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales... cit.*, p. 191-202. y los Autos nº 688/2019, Roj: AAP V 1648/2019 y nº261/2019, Roj: AAP MU 283/2019 que añaden junto a estos indicios, otros como, la tenencia de escritos relacionados con los hechos en posesión del acusado, así como de un teléfono móvil relacionado con la comisión de los hechos; la declaración de la víctima o testigos, o incluso la tenencia por parte del acusado de documentación falsificada.

tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores (...) En suma, la medida de prisión provisional debe responder en todo momento 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”¹¹³.

De este modo, puede explicarse el incremento del uso, por parte de los órganos jurisdiccionales, de la medida de prisión provisional, ya que acaba aplicándose en un primer momento de forma prácticamente automática cuando la pena que podría imponerse al acusado es considerablemente alta o los hechos son considerados de determinada gravedad, variables que si bien el TC considera que constituyen de por sí un aliciente para la fuga no tienen por qué determinar por sí solas la existencia de un riesgo real de que el investigado pretenda huir de la justicia.

Es por tanto, cuando el órgano jurisprudencial tiene que valorar el mantenimiento o no de la medida de prisión provisional cuando entra en mayor medida a valorar aquellas otras variables que guardan mayor relación con las características del hecho y las características personales del acusado, como serían las **circunstancia propias que rodean la comisión del hecho** o la **situación familiar, laboral o económica del imputado**, teniendo en cuenta si este posee o no bienes inmuebles, trabajo fijo remunerado, negocio que le obligue a permanecer vinculado al territorio del que se

¹¹³ Vid. STC 44/1997 , Fj. 5.b); Auto nº 590/2019, Roj: AAP V 1666/2019, Fj.2; Auto nº 538/2019, Roj: AAP V 1528/2019, Fj.3; Auto nº 820/2019, Roj: AAP V 1612/2019, Fj.3; y Auto nº 542/2010, Roj: AAP V 1691/2019, Fj.3

quiere evitar que desaparezca¹¹⁴, o mujer e hijos con los que conviva o se relacione. No obstante, en la práctica se añaden otras variables, que si bien no están previstas como tal en la legislación, si están relacionadas con estas otras, como serían la **falta de arraigo del imputado**, el **nacimiento de este en el extranjero**, o la **relación del mismo con otros países**, y la **posible movilidad de la que éste disponga**. Ejemplo de ello serían: el Auto nº 605/2019, Roj: AAP V 1770/2019, el cual en su Fj.2 señala: *“la necesidad de mantenimiento de la medida por posible riesgo de fuga, pues, pese a no tener antecedentes penales y ser española, lo cierto es que fue detenida cuando venía de Bogotá, habiendo hecho escala en Frankfurt, no aporta prueba de medios de vida ni arraigo personal, los hechos investigados son graves y las penas que pudieran corresponder también.”*; Auto nº 552/2019, Roj: AAP V 1635/2019, donde se hace referencia, junto a la gravedad de la pena impuesta a *“la nacionalidad extranjera y la falta de arraigo bastante, pues se habría desplazado con facilidad hasta el momento por el territorio nacional”*, lo que *“junto a la ausencia de domicilio auténtico, revelan un riesgo de fuga que debe ser conjurado con la medida de prisión adoptada”*; el Auto nº 590/2019, Roj: AAP V 1666/2019, donde la AP justifica el mantenimiento de la medida debido al *“origen libanés de Saturnino y los posibles vínculos con dicho país”*, considerando *“que el tiempo transcurrido desde que fue acordada la prisión no conjure el riesgo de fuga por más que el mismo tenga la nacionalidad española”*; o el Auto nº 817/2019, Roj: AAP V 1529/2019, donde en su Fj.2 la AP señala que *“el investigado carece absolutamente de arraigo acreditado, no reside en España, es de nacionalidad Francesa, se encuentra indocumentado y no constan respecto del mismo vínculos familiares, sociales o laborales que pudieran desincentivar un riesgo de fuga que se deduce de la propia entidad de la pena prevista para el delito investigado”*.

Por otro lado, cuando la finalidad perseguida por el órgano judicial sea la de *evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba*, la ley marca que deberá atenderse a la capacidad del investigado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo. En este punto, considera el tribunal como variable significativa de la posibilidad de ejercer dicha influencia, la **cercanía del sujeto a la víctima o**

¹¹⁴ Así la AP señala en Auto nº 261/2019, Roj: AAP MU 283/2019 Fj.5 que el acusado *“solo tiene un trabajo de fin de semana y la expectativa de un trabajo no acreditado constando que además se marchó a Francia y le consta una requisitoria del Juzgado de lo Penal al no haber comparecido al cumplimiento de la pena a la que fue condenado en su día”*, reforzándose así la idea de riesgo de fuga.

posibles testigos de los hechos. Así, la AP señala en el Auto nº 542/2010, Roj: AAP V 1691/2019 que existe dicha posibilidad al “*encontrarse en una población pequeña y teniendo en cuenta el modus operandi del investigado*”.

Si por el contrario, la finalidad perseguida a la hora de aplicar la medida de prisión provisional es la de *evitar que el procesado actúe contra bienes jurídicos de la víctima*, los jueces deben entrar a valorar en mayor medida las **circunstancias del caso concreto**, así como la propia **gravedad de los hechos**. En este punto la AP considera que existe probabilidad fundada de que el acusado atente contra bienes jurídicos de la víctima cuando **las personas del entorno del procesado han presionado a la misma para que retire la denuncia**¹¹⁵, existen **cartas, llamadas o amenazas** hacia la misma, o el acusado ha cometido un **quebrantamiento de una orden de alejamiento previamente impuesta**¹¹⁶

En último lugar, cuando la finalidad perseguida sea evitar la reiteración delictiva, si bien el artículo 503.2 LECrim, señala que los jueces deberán atender de la misma manera, tanto a las **circunstancias del hecho** como a la **gravedad del hecho delictivo**, en la práctica se produce de nuevo una escasa individualización a la hora de decretar la medida de prisión provisional, considerándose en la mayoría de las ocasiones la existencia de este riesgo siempre que el investigado o encausado tenga **antecedentes penales o policiales**. Ejemplo de ello serían: el Auto nº 623/2019, Roj: AAP V 1787/2019, en el que la AP considera acertada la aplicación de la prisión provisional decretada por el Juzgado de Instrucción nº 16 de Valencia debido a “*la experiencia y la desinhibición fruto de la larga experiencia en ilícitos y que resulta no solo del número de detenciones, incluida la reciente por hechos similares, sino también de la hoja de antecedentes histórico delictivos*”; el Auto nº 638/2019, Roj: AAP V 1943/2019 donde la AP establece que: “*no pudo obviarse el riesgo de reiteración delictiva, dados los propios datos que obran en el atestado, esto es, antecedentes policiales (le constan catorce reseñas) y la implicación en los hechos denunciados por doña Eugenia , objeto de otras diligencias*”; el Auto nº 615/2019, Roj: AAP V 1730/2019 que hace referencia a que el acusado “*tiene numerosos antecedentes policiales, algunos de los cuales están relacionados con delitos contra la salud pública, como las presentes diligencias previas.*”; el Auto nº 576/2019, Roj: AAP V 1612/2019, en el que la AP alude a la

¹¹⁵ Auto nº 590/2019, Roj: AAP V 1666/2019, Fj.2

¹¹⁶ Auto nº 261/2019, Roj: AAP MU 283/2019 Fj.5.

detención del imputado por un presunto delito de robo con violencia anterior cometido el día 15 de abril de 2019 y la atribución de un hecho similar en el mes de agosto de 2018; así como los Autos nº 823/2019, Roj: AAP V 1635/2019 y nº 472/2019, Roj: AAP C 448/2019; que hacen referencia respectivamente al alto número de detenciones previas y a la cantidad de delitos que se le podrían imputar, como denotaciones evidentes del riesgo de reiteración delictiva.

En definitiva, tal y como señala GUERRA PEREZ *“a la hora de tomar la decisión los jueces valoran las variables marcadas por la ley, principalmente aquellas que pueden dar lugar a la existencia de riesgo de fuga, y, aquellas otras, que si bien no están tasadas por el legislador, indican certeza de que el imputado va a ser condenado”* haciendo ésta referencia a los posibles indicios incriminatorios que puedan encontrarse, y teniendo en cuenta finalmente *“la existencia de antecedentes penales”* ¹¹⁷.

¹¹⁷ GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión... cit, p.403-405.*

V. ABONO DE PRISIÓN PREVENTIVA

Cuando finalizado el proceso penal, el acusado, que ha permanecido en prisión preventiva, sea declarado culpable, tal y como establece el **artículo 58 del Código Penal**, se abonará a la condena privativa de libertad el tiempo que éste haya permanecido como detenido o preso preventivo en la misma causa por la que esté cumpliendo condena o en otra distinta, siempre y cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar¹¹⁸.

En este punto el TS perfila la afirmación anterior, considerado que lo que debe tenerse en cuenta no es la anterioridad de los hechos delictivos a la situación de prisión provisional sino su anterioridad al momento en el que el acusado tiene conocimiento de la sentencia absolutoria, señalando que: *“en los casos en que el reo es conocedor de su situación y de sus posibilidades de cómputo para hechos futuros, no debe serle abonada la privación de libertad preventiva que no pudo amortizar en la causa que la sufrió, ya que el saberse titular de un «crédito» o «saldo» positivo en sus cuentas con la Administración de Justicia produciría un sentimiento de impunidad; causante de un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria (o condenatoria de pena inferior), dictada en la causa en que la medida cautelar fue acordada”*¹¹⁹, por lo que en línea con esta interpretación teleológica se permite el abono de prisión preventiva en hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión preventiva siempre que estos sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió, o impuso pena menor a la prisión sufrida, no pudiendo producirse en caso contrario dicho abono.

Por otro lado, el segundo párrafo del **artículo 58.1. CP** excluye de esta premisa, el abono de prisión preventiva cuando la permanencia del acusado en dicho régimen haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en causa distinta, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. No siendo posible bajo ningún concepto el abono de prisión preventiva de un mismo periodo en más de una causa. Así, el TS,

¹¹⁸ Artículo 50.3 CP.

¹¹⁹ Vid. STS 808/2000, de 11 de mayo; STS 2394/2001; STS 1021/2005 y “Aplicación de la doctrina de abono de la prisión preventiva sufrida a otra causa cuyos hechos son posteriores a la medida cautelar, pero anteriores a la Sentencia absolutoria” en [derechopenitenciario.com](http://www.derechopenitenciario.com); <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=4095>, consulta realizada el 22 de Junio de 2019.

hace referencia a esta idea, señalando que: *“las prisiones provisionales simultáneas realmente sólo conllevan una privación de libertad única y la pluralidad de las mismas no deja de ser a estos efectos meramente formal o, incluso, precautoria ante posibles decisiones de libertad provisional dictadas por un Juzgado y no por otro u otros. En consecuencia no es posible computar doblemente la prisión provisional cuando ya ha sido aplicada en la causa en la que se acordó o, en su caso, en otra causa distinta, de conformidad con las previsiones contenidas en la redacción anterior y actual del art. 58 CP, según la LO 15/2003.”*¹²⁰

VI. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ANTE LA PRISIÓN PROVISIONAL INDEBIDA.

Si tras haber permanecido el investigado en régimen de prisión provisional, el procedimiento termina sin dictarse resolución condenatoria, y siempre que el sujeto no pueda compensarse el tiempo que ha permanecido en régimen de prisión provisional a través del abono de condena en causa distinta; éste se habrá visto privado de un derecho fundamental, como es la libertad, del que no va a ser restituido. Esta privación del derecho a la libertad del sujeto, junto al daño moral, económico o laboral que se le haya podido causar con la aplicación de esta medida, deberá ser reparado en la medida de lo posible.

De esta forma la Constitución Española recoge en el art. 106.2 el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, contemplando de manera específica en el art. 121 la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, reconociendo así el derecho a ser indemnizado por los daños causados por error judicial o consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Derecho que desarrollan los arts. 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial; recogiendo los dos supuestos genéricos mencionados e incluyendo un supuesto específico de error judicial para aquellos casos en que los que la prisión preventiva ha ido seguida de absolución o sobreseimiento libre por inexistencia del hecho¹²¹.

De este modo el artículo 294.1 señala que: *“Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por **inexistencia del hecho***

¹²⁰ STS 414/2010, de 17 de marzo de 2010, Fj.3.

¹²¹ Vid. Artículo 294 LOPJ.

imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

No obstante, si bien como señala ÁNGELA ALEMANY ROJO¹²², “*este artículo se introdujo con la idea de dar cabida de forma directa a la responsabilidad del Estado para las personas que habían sufrido prisión preventiva y posteriormente eran absueltas, el desarrollo jurisprudencial del concepto de “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.*”

Con anterioridad a la doctrina introducida por las sentencias STS 6717/2010 y STS 6698/2010 de 23 de noviembre de 2010, el Tribunal Supremo entendía que “*el art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial era de aplicación tanto a los supuestos de “inexistencia objetiva” del hecho imputado por el que se decretó la prisión provisional (supuesto que abarcaba los casos en los que no hubiera existido materialmente los hechos delictivos y también aquellos en los que existiendo los hechos estos fueran atípicos), como a los de “inexistencia subjetiva” (supuesto concurrente en aquellos casos en que resultara probada la falta de participación del inculpado, procesado o acusado en el hecho que se le hubiese atribuido, es decir, hecho delictivo existente con prueba de no haber participado en él)*”¹²³, de forma que únicamente se excluían de este precepto, “*los supuestos de prisión preventiva seguidos de sentencia absolutoria por falta de prueba de la participación del afectado o la absolución por concurrir causas de exención de la responsabilidad criminal, ya sea por exclusión de la antijuridicidad, de la imputabilidad, de la culpabilidad o de la punibilidad, o, en términos más generales, cuando existieran causas de justificación o de inimputabilidad.*”¹²⁴; haciéndose una interpretación más extensiva de este precepto. En cambio la llegada de estas sentencias supuso una importante modificación en la doctrina, considerando que en el marco del art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial solo tenía cabida la “inexistencia objetiva”, ya que la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador. La STS 3176/2015, de 21 de Julio refuerza esta idea disponiendo que: “*la responsabilidad*

¹²² ALEMANY ROJO, A. “La responsabilidad del Estado frente a la prisión preventiva indebida”, artículo publicado en LEFEBVRE el 26 de octubre de 2015: <https://elderecho.com/la-responsabilidad-del-estado-frente-a-la-prision-preventiva-indebida>, consulta realizada el 18 de Junio de 2019.

¹²³ STS 3176/2015 de 21 de Julio de 2015, Fj.1.

¹²⁴ *Ibíd*em

patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia, no tiene la naturaleza de objetiva propia de la responsabilidad de los poder públicos, sino que es presupuesto necesario la concurrencia de un funcionamiento anormal o de un error judicial, supuesto éste del error judicial que tiene un régimen especial en el supuesto del artículo 294.1º, porque resulta manifiesto el error cuando se ordenan la prisión preventiva a una persona por unos hechos que no han existido o no tienen relevancia penal, en cuyo supuesto la decisión adoptada por el Orden Penal es suficiente para la procedencia de la responsabilidad”.

De esta forma, la indemnización marcada por el 294 LOPJ ya no resultaba aplicable a todos los supuestos en los que la prisión preventiva acababa en sentencia absolutoria, sino que pasa a comprender sólo y exclusivamente el supuesto de inexistencia objetiva del hecho imputado, y no la llamada inexistencia subjetiva invocada en la denuncia por la recurrente. No obstante ha de señalarse, tal y como marca la STS 1828/2017 que “*ello no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de dicho precepto, sino que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el art. 293 de la LOPJ*”.¹²⁵

Por otro lado, para que el derecho a la indemnización marcado por el art. 294 LOPJ sea reconocido, el periodo que el investigado ha permanecido bajo el régimen de prisión provisional debe haberle causado un perjuicio *efectivo, evaluable económicamente e individualizado*¹²⁶. De lo contrario, tampoco sería posible indemnizar al sujeto sobre el que se adoptó dicha medida. No obstante, en la práctica la mera permanencia en régimen de prisión preventiva, por los motivos recogidos bajo la inexistencia objetiva del hecho y sin la posterior condena es considerada ya como perjuicio suficiente para

¹²⁵ STS 1928/2017, Fj.1 y STS 3176/2015 de 21 de Julio de 2015, Fj. 3: “*A la vista de que la Sala de instancia considera que para la recurrente se dictó auto de sobreseimiento provisional, y que el hecho con relevancia penal por el que se iniciaron las actuaciones existió, como demuestra la ulterior condena, aunque fuera a un tercero, no procedía declarar la responsabilidad por haber sufrido prisión provisional, de acuerdo con lo establecido en el ya mencionado artículo 294.1º.(...) ello supondría, no la inexistencia objetiva del hecho, entendida en el sentido que se interpreta el precepto citado, sino una inexistencia subjetiva, conforme a la jurisprudencia anterior, que la misma sentencia recoge, de tal forma que habiendo existido el hecho por el que se iniciaron las actuaciones criminales, a juicio de la sentencia de instancia, la vía de la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados a la recurrente no podrían haberse declarado por lo establecido en el ya mencionado artículo 294.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino por la regla general del error judicial a que se refiere el artículo 293, de dicha Ley.*”

¹²⁶Vid. Art. 292.2 y 294.1 LOPJ

llevar a cabo dicha indemnización¹²⁷. Siendo además la cuantía de la indemnización fijada en “*función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido*”¹²⁸. Dándose, en el resto de supuestos, la necesidad de que dicho perjuicio sea probado.

Finalmente, en cuanto a la tramitación de la petición indemnizatoria, el tercer apartado del artículo 294 señala que deberá ajustarse a lo establecido en el artículo 293.2 LOPJ. Por lo que el interesado deberá dirigir dicha petición directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del estado. Siendo posible ejercitar contra la resolución de la misma recurso contencioso-administrativo.

¹²⁷ TORRES BENITO, E. “De nuevo sobre la indemnización de perjuicios causados por haber sufrido prisión preventiva indebidamente”, artículo publicado en la página web del CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO <https://www.abogacia.es/2017/03/09/de-nuevo-sobre-la-indemnizacion-de-perjuicios-causados-por-haber-sufrido-prision-preventiva-indebidamente/> el 9 de marzo de 2017, consulta realizada el 18 de junio de 2019.

¹²⁸ Artículo 294.2 LOPJ.

VII. VALORACIÓN PERSONAL Y CONCLUSIONES

Conocido el régimen sobre el que se asienta la figura de prisión provisional en nuestro ordenamiento jurídico, no cabe duda alguna sobre la necesidad de la misma en aquellas situaciones en las que deba garantizarse: la presencia del acusado en el proceso, así como el correcto desarrollo del mismo; la integridad de las posibles víctimas; la no comisión de nuevos hechos delictivos por parte del mismo sujeto investigado; o la tutela judicial efectiva, plasmada en la efectividad de la posible condena; y, siempre que estas garantías no puedan satisfacerse a través de otras medidas menos gravosas.

No obstante, debido a la limitación del derecho a la libertad individual que se produce a la hora de aplicar dicha medida, y al perjuicio que puede derivarse de un uso abusivo de la misma, ésta debe aplicarse únicamente de manera excepcional y atendiendo en todo caso al principio de proporcionalidad. De forma que debe encontrarse un equilibrio entre el derecho a la libertad y la presunción de inocencia y la finalidad perseguida con la aplicación de la prisión provisional. Por ello, como hemos señalado con anterioridad, los jueces no deben aplicar la prisión provisional de forma automática cuando se den los requisitos que establece la ley, sino que deben llevar a cabo un juicio de ponderación, valorando si existe o no proporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo, y atendiendo en todo caso a las circunstancias de cada caso concreto.

Si bien, esta misma idea puede desprenderse de la redacción del articulado correspondiente a la materia en la ley de Enjuiciamiento Criminal; no se ve plasmada en el día a día de la práctica judicial, donde se observa un incremento de la utilización de esta figura en los últimos años.

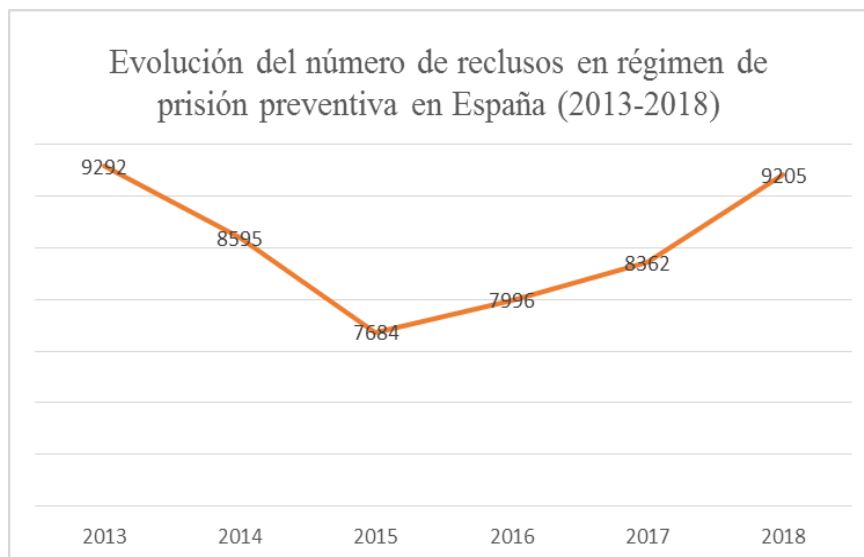


Ilustración 1. Evolución del número de reclusos en régimen de prisión preventiva en España (2013-2018)

Fuente: Estadística Penitenciaria. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

Tal y como puede desprenderse del gráfico anterior, desde el año 2015 se experimenta un crecimiento constante en el número de reclusos que se hayan en situación de prisión preventiva; lo que como hemos observado, a raíz del análisis jurisprudencial llevado a cabo, tiene su razón de ser en la escasa individualización a la que atienden los jueces a la hora de decretar la aplicación de la misma ante un caso concreto; aplicando la medida de prisión provisional prácticamente de forma automática en un primer momento, cuando los hechos delictivos con los que se relaciona al investigado estén castigados con una pena elevada, y estos se consideren de determinada gravedad, el juicio se encuentre próximo a su celebración o el acusado cuente con antecedentes penales o policiales. Sin entrar a valorar aquellas otras características que señala la ley en relación a las circunstancias concretas de cada caso y a las personales del individuo.

Esta posibilidad marcada por el TC y a la que se acogen los jueces, cada vez en mayor medida, a la hora de decretar la medida de prisión provisional, no es acorde, a mi consideración, con las características propias de la prisión provisional, y principalmente con las de subsidiariedad y excepcionalidad de la medida, que exigen precisamente que esta se aplique únicamente cuando sea estrictamente necesaria y no puedan satisfacerse los objetivos perseguidos con otras medidas menos gravosas, no siendo por tanto, la regla general. Si bien la duración elevada de la posible pena impuesta o la gravedad de los hechos cometidos pueden implantar temor en el acusado, no son indicios que por sí

solos indiquen un riesgo real de fuga, siendo necesario siempre atender a las circunstancias personales del sujeto: si este tiene familia, trabajo indefinido, o domicilio conocido; de igual manera el hecho de que el investigado tenga antecedentes penales o policiales, tampoco es motivo suficiente para aplicar de forma automática la medida de prisión provisional, ya que si bien es un dato importante a tener en cuenta, debería ir acompañado en todo caso de las circunstancias de cada caso concreto, atendiéndose a la posible reincidencia en relación con los hechos delictivos con los que se le relaciona, y no a la no realización de hecho delictivo alguno por parte del acusado que nada tenga que ver con el caso que se nos presenta.

Por tanto, respondiendo a la pregunta planteada al inicio, podemos observar que efectivamente se produce un reblandecimiento en los requisitos que tienen en cuenta los órganos judiciales a la hora de aplicar esta medida. De manera que si bien la legislación si menciona la necesidad de atender a las circunstancias personales del individuo, la posibilidad introducida por el TC aleja a los tribunales de la obligatoriedad de la misma, pasando a ser una variable a considerar únicamente en segundo plano.

Por otro lado, también se ha detectado, como variable que puede influir en el incremento del uso de la prisión provisional, la escasa imparcialidad de los órganos que participan en el procedimiento, y principalmente, del órgano encargado de dictar resolución, la cual se ha tildado de necesaria para garantizar el núcleo de la presunción de inocencia.

Este uso excesivo de la medida de prisión provisional por parte de los tribunales conduce al segundo de los problemas detectados; la reducción del ámbito de aplicación del artículo 294.1 LOPJ correspondiente a la modalidad especial de responsabilidad del estado en aquellos casos en los que tras haber permanecido un tiempo en prisión provisional, finalmente el investigado no es declarado culpable. En este caso se observa de nuevo que a raíz del cambio de jurisprudencia introducido por las STS 6717/2010 y STS 6698/2010 de 23 de noviembre de 2010, quedan fuera de esta especialidad aquellos supuestos en los que a pesar de que haya resultado probada la falta de participación del inculpado en los hechos que se le hubiesen atribuido, estos sí hubiesen tenido lugar. Debiendo recurrirse en estos casos a la modalidad general recogida en el artículo 293, lo que supone una menor protección con respecto al sistema anterior.

Desde mi punto de vista, debido al grave perjuicio que supone para el investigado la aplicación de la prisión provisional indebida tanto en el caso de que los hechos hayan

tenido lugar, como si no; esto no debería ser así, y así, lo entendía también el Tribunal Supremo con anterioridad a dicha jurisprudencia, la cual únicamente se justifica en que debe atenderse al tenor literal de la ley. Por ello, parece necesaria la modificación de dicho articulado, debiendo abarcar el supuesto especial, la totalidad de los casos en los que el perjudicado haya permanecido en este régimen y posteriormente no deba cumplir condena, sin que quepa distinción alguna.

Finalmente, es necesario señalar que las posibles conclusiones obtenidas a raíz del análisis llevado a cabo en el presente estudio bien podrían ser distintas, si el horizonte temporal designado para el mismo hubiese sido más amplio, ya que todas las resoluciones analizadas corresponden a los años 2018 y 2019, sin tener en cuenta aquellas valoraciones llevadas a cabo por los jueces en periodos anteriores. Así mismo, la muestra analizada no es lo suficientemente significativa como para trasladar dichas conclusiones a la generalidad de los casos acaecidos en la práctica, ya que únicamente se han analizado en profundidad 21 resoluciones correspondientes al tema objeto de estudio, dictadas éstas en su mayoría por la Audiencia Provincial de Valencia.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, Tomo IV, Editorial Reus, Madrid, 1934.

ALEMANI ROJO, A. “La responsabilidad del Estado frente a la prisión preventiva indebida”, artículo publicado en LEFEBVRE el 26 de octubre de 2015: <https://elderecho.com/la-responsabilidad-del-estado-frente-a-la-prision-preventiva-indebida>, consulta realizada el 18 de Junio de 2019.

ÁLVAREZ LÓPEZ, J. C., “In dubio pro reo y presunción de inocencia”, Artículo publicado en Legaltoday, marzo de 2009, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/in-dubio-pro-reo-y-presuncion-de-inocencia>, consulta realizada 15 de junio de 2019.

“Aplicación de la doctrina de abono de la prisión preventiva sufrida a otra causa cuyos hechos son posteriores a la medida cautelar, pero anteriores a la Sentencia absolutoria”, artículo publicado en [derechopenitenciario.com](http://www.derechopenitenciario.com); <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=4095>, consulta realizada el 22 de Junio de 2019.

ASENCIO MELLADO, J.M., “Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”, *Diario La Ley*, nº6211/2005, 2005.

BANALOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1996.

BARALLAR LÓPEZ, J., *Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional*, en “*Régimen jurídico de la prisión provisional*”, coordinado por DORREGO DE CARLOS, A, Editorial Sepín, Madrid, 2004.

BARREIRO, J., “La reforma de la prisión provisional y la doctrina del Tribunal Constitucional II” *Jueces para la Democracia*, Información y Debate, nº52, Madrid, marzo 2015.

BARRIENTOS, J. M., “Derecho a la presunción de inocencia” Artículo publicado en V-LEX. 2017. <https://practico-penal.es/vid/derecho-presuncion-inocencia-391378250>, consulta realizada el 15 junio 2019.

CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (traducción de Sentís Melendo, S.), Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

CALVO GONZALEZ, J., “Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud” *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, ISSN-e 1138-9877, N°. 15, 2007.

CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, traducción de Ortega Torres y Guerrero, Temis, Vol. II, n° 897, Bogotá, 1957.

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

FAIRÉN GUILLÉN, V. “Lagunas de la Ley de 28 de diciembre de 1988 de reforma procesal en materia de medidas cautelares y necesidad de integrarla”, *Revista Tapia*, diciembre 1989.

FLORS MATÍES, J., *Medidas cautelares personales. Detención y prisión provisional. La libertad provisional y otras medidas cautelares personales. El procedimiento de “habeas corpus”* perteneciente al Tema 13 de RODA ALCAYDE, J., LÓPEZ EBRI, G. A., FLORS MATÍES, J., y MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de derecho Procesal penal para acceso a las carreras judicial y fiscal Volumen 1*, 6º edición, Tirant lo blanc, Valencia, 2010.

GASCON INCHAUSTI, F., *La Reforma de la Prisión Provisional en España* Publicado en *Temas de Derecho Procesal Penal de México y España*, obra colectiva coordinada por David Cienfuegos Salgado, Carlos F. Natarén Nandayapa y Carlos Ríos Espinosa, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2005.

GUERRA PEREZ, C., *La decisión judicial de prisión preventiva*, tirant lo blanch, Valencia, 2010.

GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, Colección Monografías num.297, Aranzadi, Navarra, 2004.

HASSEMER, W., *Los presupuestos de la prisión preventiva*, en *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva* (traducción de Patricia S. Ziffer), 2º edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

JUAN JUAN SANJOÉ, R., “Las medidas cautelares”, artículo publicado por Burgera abogados, 2013. <https://www.burgueraabogados.com/las-medidas-cautelares-por-rafael-juan-juan-sanjose/>, consulta realizada el 16 de junio de 2019.

JUAN SANCHEZ, R., “El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, nº 4/2017, Barcelona, 2017.

LEY ORGÁNICA 1/1979, de 26 de septiembre, GENERAL PENITENCIARIA

LEY ORGÁNICA 1/1995, de 23 de noviembre, del CÓDIGO PENAL.

LEY ORGÁNICA 6/1985, de 1 de julio, del PODER JUDICIAL.

LLOBET RODRIGUEZ LL.M.J., “La presunción de inocencia y la prisión preventiva según la doctrina alemana” *Revista de derecho procesal* nº2, 1995, p. 547-571.

MENDO ESTRELLA, A., “La reforma y la contrarreforma de la prisión provisional” en *La Ley, Revista de Jurisprudencia* año XXV, nº 5998, Madrid, abril 2004.

MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, *La prisión provisional en el derecho español*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980.

NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia” *InDret, Revista para el análisis del derecho*, nº 1/2016, Barcelona, enero 2016.

OCTAVO CONGRESO SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE, celebrado en La Habana en 1990,

OVEJERO PUENTE, A. M., “Protección del derecho a la presunción de inocencia”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

PECES, J., “Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia, la imparcialidad del juez como núcleo del derecho a la presunción de inocencia”, *Revista La Ley* nº 3977, 1996.

PEREZ LOPEZ J. A., “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”, *Derecho y Cambio Social*, Año 11, nº36, ISSN: 2224-4131, 2014.

PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Jose María Bosch, Barcelona, enero 2012.

RAWLS, J. Y HABERMAS J., *Debate sobre el liberalismo político*, Ediciones Paidó, Barcelona, 1998.

REAL DECRETO de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

REAL DECRETO 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el REGLAMENTO PENITENCIARIO.

RODRIGUEZ LOPEZ, M., “La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Aldaba, Revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, nº18, 1992.

RODRIGUEZ RAMOS, L. *La Detención*, Akal, Torrejón de Ardoz (Madrid), 1987.

SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y Derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

TORRES BENITO, E. “De nuevo sobre la indemnización de perjuicios causados por haber sufrido prisión preventiva indebidamente”, artículo publicado en la página web del Consejo General de la Abogacía del Estado <https://www.abogacia.es/2017/03/09/de-nuevo-sobre-la-indemnizacion-de-perjuicios-causados-por-haber-sufrido-prision-preventiva-indebidamente/> el 9 de marzo de 2017, consulta realizada el 18 de junio de 2019.

VELEZ, E. “Entrevista a ANA CASCARROSA, Inspectora del Consejo General del Poder Judicial”, *La nueva España, Diario independiente de Asturias*, Oviedo, 25 Junio

2011, <https://www.lne.es/oviedo/2011/06/25/doloroso-espana-pais-ue-presos-preventivos/1094259.html>, consulta realizada el 15 de junio de 2019.

VILLANUEVA TURNES, A. “La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 51, diciembre 2015.