



UNIVERSITAS
Miguel Hernández



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO CURSO 2022-2023

LA PRISIÓN PROVISIONAL

AUTOR: **ARTURO M^a MARCO FLORES**

TUTOR: **MÁXIMO JOSÉ PERTUSA GUILLÉN**

“Ser bueno es fácil; lo difícil es ser justo”

(Victor Hugo)



ÍNDICE

1. ABREVIATURAS.....	5
2. RESUMEN	6
3. INTRODUCCIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	7
3.1. Consideraciones generales de las medidas cautelares	7
3.2 Clases de medidas cautelares	8
3.2.1 Medidas cautelares personales	8
3.2.2. Medidas cautelares reales.....	10
4. LA PRISIÓN PROVISIONAL	14
4.1. El derecho a la libertad y a la presunción de inocencia.....	14
4.2. Concepto y regulación.....	15
4.3. Naturaleza.....	16
4.4. Fines constitucionalmente legítimos	17
4.4.1. Aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso..	17
4.4.2. Evitación de la ocultación y destrucción de pruebas.....	18
4.4.3. Evitación atentados contra bienes jurídicos de la víctima.....	19
4.4.4. Prevención de la reiteración delictiva.	19
4.5. Características.	21
4.5.1. Jurisdiccionalidad.....	21
4.5.2. Legalidad	21
4.5.3. Instrumentalidad.....	23
4.5.4. Proporcionalidad	23
4.5.5. Excepcionalidad	24
4.5.6. Subsidiariedad	25
4.5.7. Provisionalidad.....	26
4.5.8. Variabilidad	26
4.5.9. Motivación	27
4.5.10. Temporalidad.....	27

4.6. Presupuestos	28
4.6.1. Fumus boni iuris.....	28
4.6.2. El periculum in mora.....	30
4.7. Modalidades de prisión provisional	34
4.7.1. Prisión provisional comunicada	34
4.7.2. Prisión provisional incomunicada	35
4.7.3. Prisión provisional atenuada	37
4.8. Duración	38
4.8.1. Sistema legal de plazos	39
4.8.2. Cómputo	40
4.9. Órgano Competente y procedimiento.....	41
4.10. Abono de condena en la prisión provisional	44
4.11. Indemnización por inexistencia de hecho.....	45
4.12. Anteproyecto de reforma de la LECrim de 2020	47
5. CONCLUSIONES	53
6. JURISPRUDENCIA.....	56
7. BIBLIOGRAFÍA	57

1. ABREVIATURAS

STC: Sentencia

Art./Arts: Artículo/ Artículos

TC: Tribunal Constitucional

Pág: Página

CE: Constitución española

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

MF: Ministerio Fiscal

CP: Código Penal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

CC: Código Civil

LO: Ley Orgánica

Op.cit: *Opus citatum*, “obra citada con anterioridad”

Prff: Párrafo

TFG: Trabajo de Fin de Grado

Ibid: Referencia a la cita, obra, etc, citada inmediatamente antes

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

AP: Audiencia Provincial

LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

BOE: Boletín Oficial del Estado

UE: Unión Europea

2. RESUMEN

La finalidad de las medidas cautelares es garantizar la eficacia y el éxito del proceso penal y evitar así que el imputado pueda entorpecer la correcta resolución del mismo. Haremos referencia durante el TFG a todas las medida cautelares que recoge nuestro legislador, para después centrarnos en la medida que da nombre al mismo, la prisión provisional.

La razón de realizar el trabajo sobre esta medida cautelar es por ser considerada la más perjudicial por limitar tan gravosamente los derechos fundamentales del imputado, en especial el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, sin la existencia de una sentencia condenatoria. Durante el mismo expondremos sus notas características, la duración de la misma, el órgano que está legitimado para adoptar la medida y el procedimiento que se tiene que llevar a cabo, sus fines constitucionalmente legítimos, así como las modalidades de prisión provisional existentes, adelantando en esto último que hay una modalidad distinta a la ordinaria que limita todavía más los derechos del imputado.

Todo esto y más será expuesto en este trabajo con el fin de dar visibilidad a una medida que, aunque es excepcional, está muy presente en la actualidad de nuestro país y en mi opinión despierta el interés de la sociedad.

Palabras clave: medidas cautelares, derechos fundamentales, proceso penal, prisión provisional, imputado, limitación, LECrim.

3. INTRODUCCIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES

3.1. Consideraciones generales de las medidas cautelares

El DPEJ¹ define la medida cautelar como: el Instrumento procesal de carácter precautorio que adopta el órgano jurisdiccional, de oficio o a solicitud de las partes, con el fin de garantizar la efectividad de la decisión judicial mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e intereses que corresponde dilucidar en el proceso.

Además, podemos definir el derecho a la cautela tutelar como el que asiste a las partes procesales a obtener del Juez o del Tribunal la adopción de las medidas que, en cada caso, resulten necesarias para asegurar la total efectividad del futuro pronunciamiento de fondo, admitiéndose en la jurisdicción penal otros fines procesales como evitar la desaparición de fuentes de prueba, o eludir el riesgo de que el imputado pueda cometer otros hechos delictivos.²

La aplicación de las medidas cautelares ha sido destacada por la doctrina del TC³, el cual ha establecido “*la trascendencia constitucional de las medidas cautelares y su relación con los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en el Texto Constitucional, especialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE*”⁴.

Es necesario hacer hincapié en lo referido a los derechos fundamentales y libertades públicas, cuya importancia veremos durante todo el trabajo, ya que todos los derechos fundamentales, excepto el derecho a la vida, podrán ser limitados en mayor o menor

¹ Diccionario panhispánico del español jurídico. Boletín de la Real Academia Española.

² JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA Y CORTINA, *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch 1ªed (2005), pág 30.

³ STC nº 218/1994, de 18 de julio.

⁴ Art. 24.1 CE: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*”

medida en el proceso penal, siempre que esa limitación esté legítimamente amparada en los casos y en la forma previstos por la ley⁵ y respaldada por un interés procesal.

3.2 Clases de medidas cautelares

Los actos procesales cautelares se pueden dividir en dos grandes grupos, según tiendan a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio. A los primeros les llamaremos actos cautelares personales, y a los segundos, actos cautelares reales.⁶

Cabe añadir, que otros autores han realizado denominaciones y clasificaciones distintas, como por ejemplo, distinguiendo entre medidas cautelares penales y medidas cautelares civiles, o con atención al sujeto habilitado para la adopción de la medida, medidas judiciales y medidas policiales.

3.2.1 Medidas cautelares personales

Se pueden definir las medidas cautelares de carácter personal o penal como aquellas resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales y en el curso de un proceso penal, se limita la libertad de movimientos del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia que en su día se pronuncie.⁷

Son requisitos o presupuestos de las medidas cautelares personales tanto el *periculum in mora*, que hace referencia a la concurrencia de un determinado peligro que hace necesaria la utilización de la medida cautelar, y la concurrencia de *fumus boni iuris*, que trata de anticipar los efectos de una futura sentencia.

⁵ Art. 17, 1) CE 1978.

⁶ MIGUEL FENECH NAVARRO, *Apéndice al Derecho procesal penal*, (1986), como se citó en MARIA DEL MAR DUTÚ I GURI, *Los derechos fundamentales: derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*, J.M. Bosch Editor, (2013), pág. 150.

⁷ ASECIO MELLADO, JOSÉ M^a, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia (2019). pág. 279.

Son medidas cautelares personales:

- **La citación:** es la medida cautelar más básica, y está regulada en los arts. 486⁸, 487⁹ y 488¹⁰ LECrim. Constituye la solicitud por parte de la autoridad judicial para que la persona citada se presente con el fin de poder esclarecer los hechos objeto de investigación.
- **La detención:** se puede definir la detención como aquella privación de libertad, de carácter provisionalísimo, adoptada por los particulares, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial con fines múltiples y variados, tales como la puesta del detenido a disposición judicial y la realización de las investigaciones más urgentes.¹¹

Existen dos clases de detención: en razón del sujeto que la realiza y en razón a su forma de cumplimiento.

La detención queda sujeta a ciertos límites temporales, en virtud del art. 17.2 CE que establece que: “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. Esto también viene recogido en el art. 520.1¹² y 520 bis.1¹³ LECrim.

⁸ Art. 486 LECrim: *La persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención.*

⁹ Art. 487 LECrim: *Si el citado, con arreglo a lo prevenido en el artículo anterior, no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención.*

¹⁰ Art. 488 LECrim: *Durante la instrucción de la causa, el Juez instructor podrá mandar comparecer a cuantas personas convenga oír, por resultar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad.*

¹¹ ASENSIO MELLADO, JOSÉ M^a, (2019), *op.cit*, pág. 281.

¹² Art. 520.1 prrf 2º LECrim: *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*

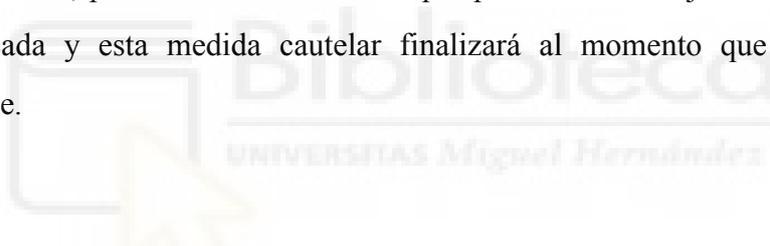
¹³ Art. 520 bis 1 LECrim: *Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis, integrantes de bandas armadas o grupos terroristas, será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.*

Además el art. 520.2 LECrim menciona una serie de derechos que asisten al detenido.

- **La prisión provisional:** Esta medida cautelar personal es el tema central del TFG y le dedicaremos la especial atención que merece en el apartado cuarto.
- **La libertad provisional:** La doctrina del TC¹⁴ define la libertad provisional como: “La medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que quedará así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso”.

Debemos mencionar que existen varias clases de libertad provisional como son: la libertad provisional con fianza, con retirada de permiso de conducir, con obligación *apud acta*, libertad provisional con retención de pasaporte y libertad provisional con imposición de obligaciones diversas

Es importante añadir que no existe una duración máxima de la medida cautelar de libertad provisional, podrá mantenerse el tiempo que la autoridad judicial lo estime de forma justificada y esta medida cautelar finalizará al momento que se dicte una sentencia firme.



3.2.2. Medidas cautelares reales

Se pueden definir las medidas cautelares reales como "medidas de carácter provisional adoptadas en un proceso penal mediante las que se trata de asegurar los pronunciamientos de la sentencia sobre la responsabilidad civil, costas procesales, comiso y penas pecuniarias". Las medidas cautelares reales o civiles son medidas aseguradoras de la pretensión civil acumulada a un proceso penal en curso.¹⁵

Esta medida de protección de los intereses de la víctima la recoge el art. 116 C.P.¹⁶

¹⁴ STC 85/1989 del 10 de mayo.

¹⁵ GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, (2021), pág. 407.*

¹⁶ Art. 116 CP: *Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.*

Cabe añadir que esta acción civil podrá ser ejercitada tanto por el perjudicado como por el MF¹⁷ actuando como sustituto procesal.

Como hemos señalado anteriormente en las medidas cautelares personales, también son presupuestos o requisitos en las medidas cautelares reales el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Son medidas cautelares reales previstas en la LECrim:

- **La fianza:** Es la primera medida que puede ser utilizada para asegurar la responsabilidad civil. Esta medida está regulada en los arts. 589¹⁸ y ss de la LECrim. También aparece regulada en el Código Civil¹⁹ aunque los términos en los que es regulada en una y otra ley no son del todo idénticos. La cuantía que deberá satisfacerse en esta medida también viene reflejada en el mencionado art. 589 LECrim.

Existen tres clases de fianza según la LECrim: la personal, la pignoratícia o hipotecaria y mediante caución.

- La fianza personal es la que más se identifica con la definición que da el Código Civil, consiste en la asunción de una persona distinta de la del imputado, es decir, de una tercera persona, que se obliga a pagar en nombre del investigado, garantizando este la responsabilidad económica derivada del proceso penal. Son requisitos para ser fiador personal los recogidos en el art. 592 LECrim.
- La fianza pignoratícia supone la entrega de bienes muebles o valores por parte del investigado en forma de prenda que serán depositados y destinados a satisfacer el pago de las responsabilidades resultantes del proceso. La fianza hipotecaria se

¹⁷ Art. 108 LECrim: *La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.*

¹⁸ Art. 589 LECrim: *Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza. La cantidad de ésta se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias.*

¹⁹ Art. 1822 CC: *Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste.*

otorgará por escritura pública o *apud acta* consistiendo en el establecimiento de una hipoteca por el obligado.

- Respecto a la fianza mediante caución, el DEPJ define este término como: la garantía pecuniaria que se exige durante la tramitación de un proceso judicial para garantizar la satisfacción de un derecho de crédito que constituye la pretensión principal que se sostiene en dicho proceso.

Finalmente debemos puntualizar que la fianza puede ser modificada mediante auto, si se considera y existen motivos bastantes para creer que las responsabilidades pecuniarias excederán o serán insuficientes de la cuantía prefijada en un momento anterior del proceso. (art. 611 y 612 LECrim)

- **El embargo:** Consiste en una afección provisional y anticipada de bienes del encausado que es acordada por el Juez en el caso de que la fianza no fuera prestada. Podemos decir que tiene carácter subsidiario. De esta manera viene recogido en la LECrim.²⁰

Debemos señalar que aunque digamos que el embargo actúa de manera subsidiaria respecto de la fianza, esta subsidiaridad podríamos catalogarla de inmediata, por el breve plazo concedido: “Si en el día siguiente al de la notificación del auto dictado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 589 no se prestase la fianza...”²¹

Las diligencias para ejecutar el embargo requiere de tres momentos claramente diferenciados: la investigación del patrimonio del deudor, la afectación de los bienes y el establecimiento de medidas de garantía de la afección.²² Se puede ampliar o reducir de oficio el embargo, en la forma indicada al tratar de la fianza (artículos 611 y 612 LECrim).

Para finalizar y respecto a la aplicación supletoria de la LEC:

²⁰ Art. 597 LECrim: *Si en el día siguiente al de la notificación del auto dictado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 589 no se prestase la fianza, se procederá al embargo de bienes del procesado, requiriéndole para que señale los suficientes a cubrir la cantidad que se hubiese fijado para las responsabilidades pecuniarias.*

²¹ *Ibid.*

²² AGUSTÍN-JESÚS PEREZ-CRUZ MARTÍN, XULIO-XOSÉ FERREIRO BAAMONDE, *Derecho Procesal Penal*, Civitas, segunda edición (2010), pág. 440

Tras la reforma introducida por la Ley 38/2002 en la LECrim, se establece que el juez o tribunal a los efectos de adoptar las medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas, aplicará las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.²³



²³ ASECIO MELLADO, JOSÉ M^a, (2019), *op.cit*, pág. 321.

4. LA PRISIÓN PROVISIONAL

4.1. El derecho a la libertad y a la presunción de inocencia.

Como hemos comentado anteriormente, el derecho a la libertad viene recogido en el art.17.1 CE²⁴. Esta libertad atiende a su dimensión personal, como individuo, es decir, por la propia voluntad de la persona.

Así pues, el derecho a la libertad se erige como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y, a su vez, junto con el derecho a la vida y a la integridad física, como uno de los bienes mas preciados de cada individuo.²⁵

Este derecho a la libertad, además de en la Constitución Española, ha sido recogido por diversos Tratados Internacionales como son la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, cuyo art. 5.1, es idéntico al art. 17.1 de nuestra CE.

Por otro lado, el derecho a la presunción de inocencia, que es aquel derecho de toda persona acusada de alguna infracción penal a no sufrir una condena salvo que la culpabilidad haya quedado establecida en una sentencia firme tras un juicio justo, viene recogido en el art. 24.2 CE²⁶, además de estar reconocido de igual forma en los Tratados Internacionales mencionados anteriormente.

Para Vincenzo Manzini²⁷, dicha pretendida presunción de inocencia es irracional ya que se contradice con el arresto y la presión cautelar del sospechoso. Si se le presume

²⁴ Art. 17.1 CE: *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en el artículo y en los casos y formas previstos en la ley.*

²⁵ MARIA DEL MAR DOTÚ I GURI. (2013), *op.cit*, pág. 116.

²⁶ Art. 24.2 CE: *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, y a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

²⁷ Reconocido autor y jurista italiano. 1872-1957.

presunción de inocencia es inexplicable su detención y privación de libertad, sosteniendo que la presunción de inocencia es una ficción.

La prisión provisional es una medida cautelar que ha sido en numerosas ocasiones objeto de crítica ya que supone la privación de libertad de una persona con anterioridad a cualquier sentencia que suponga la condena de la misma. De este modo, y fundamentalmente en virtud de constituir un atentado a la presunción de inocencia, ha sido considerada por la mayoría de la doctrina, como de difícil justificación, en la medida en la que se resuelve en una restricción de la libertad anterior a la sentencia.²⁸

La STC nº 41/1982 del 2 de julio afirma que la institución de la prisión provisional, está situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano.

4.2. Concepto y regulación

Puede definirse la prisión provisional como la medida jurisdiccional preventiva adoptada en el seno de un proceso penal pendiente, en los casos previstos en la Ley, consistente en el ingreso en prisión de un imputado judicialmente en el mismo, cuando y en tanto sea estrictamente necesario y proporcionado para conjugar los riesgos de sustracción a la acción de la justicia, destrucción o ilícita obstrucción probatoria o relevante comisión de hechos delictivos por parte de quien haya de padecer esta excepcional medida, y por el tiempo imprescindible para la consecución de dichos fines, y limitado en todo caso a un plazo máximo y razonable.²⁹

Gimeno Sendra³⁰ da una definición distinta de la prisión provisional: *“la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial*

²⁸ JOSE MARIA ASECIO MELLADO. *La prisión provisional*. Civitas,(1987), pág. 29.

²⁹ PABLO GUTIERREZ DE CABIEDES. *La prisión provisional (A partir de las Leyes 13/2003, de 24 de octubre y 15/2003, de 25 de noviembre)*. Aranzadi. (2004), pág. 49.

³⁰ Jurista, profesor universitario y Magistrado del TC. 1949-2020

gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral”.

Esta medida cautelar está regulada principalmente en los arts. 502-519 LECrim, los cuales sufrieron una importante reforma con la entrada en vigor de la LO 13/2003, de 24 de octubre y la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Cabe señalar que dichas reformas se llevaron a cabo con la finalidad de adaptar determinadas sugerencias a tenor de la STC nº 47/2000, de 17 de febrero.

Para adoptar esta medida cautelar es necesario que se cumpla alguno de los requisitos del art. 503.1.1º LECrim: “Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.”

4.3. Naturaleza

En cuanto a la naturaleza jurídica de la prisión provisional, podemos decir que esta tiene naturaleza cautelar. Esta medida será de aplicación al imputado cuando concurren determinadas circunstancias que puedan afectar a la eficacia del proceso.

Es importante hacer hincapié en su naturaleza cautelar ya que la LECrim³¹ establece que “la prisión provisional solo se adoptará cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.”

Dicha naturaleza cautelar está íntimamente unida a los fines o finalidad de la misma, y en ellos profundizaremos en el siguiente apartado.

³¹ Art. 502.2 LECrim.

4.4. Fines constitucionalmente legítimos

Antes de adentrarnos en los fines que se persiguen con la prisión provisional, que se encuentran recogidos en el art. 503 LECrim, es importante subrayar que el hecho de que se de alguno de los motivos para aplicar esta medida cautelar no implica su aplicación automática. Es imprescindible hacer un juicio de proporcionalidad a la hora de llevar a cabo este mecanismo cautelar y evaluar si la legislación en este caso cumple con los fines recogidos en la constitución ya que, como hemos comentado, tiene una naturaleza cautelar y puede colisionar con los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia. La doctrina del TC³², siguiendo la del TEDH³³ afirma que para que concurra el uso legítimo de la prisión provisional es necesario que se conjuren ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado.

Dicho esto, el mencionado artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recoge cuatro finalidades o fines que se pretenden lograr con la aplicación al imputado de la prisión provisional:



4.4.1. Aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho y a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado.

“Se procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores”. (art.503.1.3ª) LECrim)

Así, y atendiendo a la STC nº 62/1996, de 15 de abril, el sólo dictado de una inicial sentencia condenatoria por un delito grave puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo.³⁴

³² STC nº 128/1995 de 26 de julio.

³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

³⁴ JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA, (2005), *op.cit*, pág. 90.

También son motivos a tener en cuenta al momento de adoptar esta medida cautelar: la capacidad económica del imputado, ya que una capacidad económica superior puede incrementar el riesgo de fuga; y el arraigo, que depende de los vínculos que tenga el imputado en el territorio, puede suponer un riesgo de fuga superior (por ejemplo, no trabajar en el territorio y ser extranjero), o menos probable (por ejemplo, estar casado y con hijos en el país).

Estos conceptos los veremos de nuevo de forma más extendida en los presupuestos específicos de la prisión provisional.

4.4.2. Evitación de la ocultación y destrucción de pruebas.

Otro fin de la adopción de la prisión provisional es 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.

“Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo”. (art. 503.1.3º.b) LECrim)

Este mismo artículo señala que “no procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación”.

Este precepto señalado es un argumento lógico, ya que la ley³⁵ permite al acusado ejercitar su derecho de defensa con plenas garantías, no prestar declaración si no desea hacerlo, a guardar silencio, a no declarar sobre sí mismo y a no confesarse culpable.

³⁵ Art. 118 LECrim.

El uso de la prisión provisional para obtener medios de prueba o facilitar la investigación de un delito sin existir el citado riesgo de ocultación o destrucción de pruebas sobrepasa los límites constitucionales.

4.4.3. Evitación atentados contra bienes jurídicos de la víctima.

La prisión provisional se podrá adoptar igualmente para “evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2³⁶ del Código Penal”. (art. 503.1.3º.c))

Esta protección de la víctima en el proceso penal también viene recogida en el art. 8 de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001: “los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención de perturbar su vida privada”.

4.4.4. Prevención de la reiteración delictiva.

Respecto a la reiteración delictiva del imputado, que hace referencia a aquellos supuestos en que a un mismo sujeto le son imputables varias realizaciones de uno o algunos tipos penales, el art. 503.2 LECrim señala que: “También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del

³⁶ Art. 173.2 CP: *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o 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, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados...*

apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos”. “Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer”.

Esta finalidad también obtiene fuerza del art. 5.1.c) CEDH³⁷: “Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.”

El TEDH utiliza como criterios básicos la experiencia y el grado de capacidad del imputado para facilitar la repetición de los actos delictivos, la continuación prolongada de los actos punibles, la gravedad de los perjuicios sufridos por las víctimas y la nocividad del acusado.³⁸

La STC nº 217/2001 de 29 de octubre y la STC 23/2002 de 28 de enero, son ejemplos en los que el TC comparte la doctrina del TEDH en las que acepta la reiteración delictiva como fin legítimo para adoptar esta medida cautelar.

Una vez expuestos los fines constitucionalmente legítimos para adoptar la prisión provisional, debemos señalar que existen otros fines ilegítimos, que no tienen cabida hoy en día para poder adoptar esta medida, ejemplo de ello es el adoptado como finalidad de neutralizar la alarma social. Este fin fue recogido por D. José María Asencio Mellado³⁹, señalando que diversos autores consideraban dicha finalidad válida como medida de ejemplaridad social y con el sentido de velar por el interés social común, pero que al mismo tiempo existía otro sector de la doctrina que rechazaba que la

³⁷ *Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

³⁸ JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA, (2005), *op.cit*, pág. 111.

³⁹ JOSÉ MARÍA ASENSIO MELLADO, (1987), *op.cit*, pág 39, en su apartado <Satisfacer las demandas sociales de seguridad>

prisión provisional pudiera cumplir este tipo de función, afirmando que un sentir social no podía tener como consecuencia la adopción de la prisión provisional.

Tanto es así, que nuestro ordenamiento jurídico no contempla dicha función como propia de la prisión provisional. En efecto, la alarma social ha sido rechazada tras ser objeto de crítica como fin para acordar la prisión provisional y como tal, ha venido reflejado en la STC nº 98/1997, de 20 de mayo y la STC nº47/2000, de 17 de febrero.

4.5. Características.

4.5.1. Jurisdiccionalidad

Debemos empezar hablando de una de las características esenciales para entender la prisión provisional. Viene reflejada principalmente en el art. 502.1 LECrim.⁴⁰

De este precepto se deduce que la competencia para adoptar esta medida cautelar corresponde a los Jueces y Tribunales.

Al ser una medida tan excepcional y gravosa para el imputado, parece lógica la necesidad de la intervención judicial para decidir la adopción o no de dicha medida, así como su mantenimiento durante el tiempo que estimaran necesario durante el proceso.

No es posible llevar a cabo esta medida cautelar si no es de manera jurisdiccional.

Prueba de ello, es la STC nº 147/2000, de 29 de mayo, donde podemos encontrar la exigencia de esa motivación judicial.

4.5.2. Legalidad

La legalidad, como característica de la prisión provisional, implica que esta debe estar correctamente motivada como previsión legal.

⁴⁰ Art. 502.1 LECrim: *Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa.*

En virtud de la STC n° 49/1999, de 5 de abril, el TC ha admitido que: *“por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo, o limite o condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal”*.

Por tanto, podemos señalar que la prisión provisional solo puede establecerse en los supuestos y del modo expresamente previstos en la ley.

Este principio de legalidad se puede extraer también del ya conocido art. 17.1 CE: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en las formas previstos en la Ley.”*

Esta legalidad trae consigo que la ley, en este caso procesal, debe disponer los presupuestos y contenidos de la prisión provisional.

En este momento debemos hacer mención de un concepto cuyo uso se remonta en el tiempo, el argumento a contrario. Tarello define este argumento de la siguiente manera: *“dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto o a una clase de sujetos, se debe evitar extender el significado de aquel término de tal modo que comprenda a sujetos o clases de sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo”*.⁴¹

Este argumento viene a señalar, que si el legislador se refiere a un caso en concreto, dicha regulación se refiere solamente a ese caso concreto. Con este concepto del argumento a contrario, se declina cualquier hipótesis que no haya sido considerada por el legislador.

Para finalizar este punto, es digno de mención que esta característica de la prisión provisional garantiza la seguridad jurídica, asegurando al imputado la certeza de que su

⁴¹ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milán, (1980), pág 348, como se citó en FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS, *El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional*, San Sebastián, (1986).

situación solo podrá ser modificada mediante leyes y procedimientos ya establecidos con el total respeto de sus derechos.

4.5.3. Instrumentalidad

Esta característica hace referencia a que las medidas cautelares están ligadas a un procedimiento judicial, al cual se subordinan. Estas medidas podrán adoptarse cuando el proceso se haya iniciado y tienen que extinguirse como máximo una vez finalizado el proceso principal y exista una resolución firme.

Por tanto, son un instrumento al servicio del proceso, no tienen sentido por sí mismas, sino que la prisión provisional como medida cautelar en este caso, pretende garantizar y asegurar el correcto funcionamiento y la eficacia del mismo.

4.5.4. Proporcionalidad

El DPEJ define la proporcionalidad procesal como: la nota característica del procedimiento de medidas cautelares en cuya virtud se adopta siempre la medida que resulte menos gravosa para el fin que se pretende.

Por tanto y atendiendo a esta definición de proporcionalidad, podemos añadir que debe existir una relación entre el medio que se utiliza y el fin que se aspira alcanzar con la adopción de una determinada medida.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos llegar a la conclusión de que resulta necesario hacer un contrapeso entre el derecho fundamental que se verá afectado, en nuestro caso con la prisión provisional, como es el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia y los fines que se pretenden conseguir o asegurar mediante la adopción de esta medida cautelar.

La LECrim no se refiere a la proporcionalidad como tal, pero es verdad y atendiendo a la redacción de los artículos 502.3 LECrim: “el Juez o Tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado...”, 503.1 LECrim: “atendiendo a la gravedad de la pena...” y 504 LECrim: “durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos...”, sí que nos da a entender que el legislador quiere transmitir que esta medida debe ser aplicada de forma proporcional a los fines que se pretenden asegurar.

Más expreso resulta este carácter proporcional de la medida en la Recomendación (80) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27/6/80 6º: “La prisión provisional no debe decretarse si la privación de libertad es desproporcionada con relación a la naturaleza de la infracción alegada y a la pena prevista para la misma”.

El VIII Congreso de Naciones Unidas sobre protección de delito y tratamiento del delincuente también se inclinó en este sentido: “no se ordenará la prisión preventiva si la consiguiente privación de libertad sería desproporcionada en relación con el presunto delito y la sentencia prevista”.

La base de este carácter proporcional de la prisión provisional tiene que ver de nuevo con el respeto a la libertad y a la presunción de inocencia que se ven perjudicados de manera gravosa con la adopción de esta medida.

4.5.5. Excepcionalidad

Poniendo de nuevo la libertad y la presunción de inocencia como derechos fundamentales y elementales del Ordenamiento Jurídico (art. 17 y 24.2 CE) , otra de las características que definen a la prisión provisional es su carácter excepcional. La prisión provisional no ha de ser la regla general.

La prisión provisional es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el "status" de libertad personal del inculcado y por lo mismo, es con

toda evidencia restrictiva del derecho fundamental reconocido en los apartados 1º y 4º del artículo 17 de la Constitución.⁴²

Así lo refleja la STC nº 117/1987, de 8 de julio según la cual la prisión provisional es una decisión judicial de carácter excepcional y admitiendo que en *“materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos”*.

4.5.6. Subsidiariedad

Entendemos por subsidiariedad, que la prisión provisional sólo puede ser acordada cuando no haya otras medidas alternativas menos perjudiciales o gravosas para alcanzar los mismos fines.

El TEDH ha reiterado que existe una presunción a favor de la libertad provisional entretanto se celebra el juicio oral. Si el Juez tiene constancia que pueden alcanzarse los mismos fines que se pretenden durante el proceso a través de medidas menos gravosas deberá admitir éstas.

Debemos poner en valor que esta característica de subsidiariedad de la prisión provisional, junto a otras como son la de proporcionalidad, provisionalidad y temporalidad, desembocan en la necesidad de adoptar medidas distintas que resulten menos perjudiciales contra el derecho a la libertad y presunción de inocencia. (art. 17 y 24.2 CE).

Son ejemplos de medidas alternativas menos gravosas para el imputado, entre otras:

- La comparecencia obligatoria ante la autoridad judicial.
- Prohibición de residir o acudir a determinado lugar.
- Prohibición de aproximarse a determinadas personas.

⁴² Manuel Rodríguez López, Presidente de la AP de Málaga, *La prisión provisional en la doctrina del TC*, pág 7.

- Prohibición o limitación provisional en el ejercicio de determinadas actividades, funciones o derechos.

4.5.7. Provisionalidad

Para entender mejor esta característica vamos a exponer nuevamente la definición que nos ofrece el DPEJ sobre la provisionalidad: “es la nota característica del procedimiento de medidas cautelares en cuya virtud la medida cautelar que se adopte no tiene carácter definitivo sino que se trata de una solución temporal hasta que se dicte la sentencia definitiva.”

Esta característica está, ligada a la instrumentalidad que hemos explicado anteriormente, dependientes y vinculadas ambas al proceso principal y es la nota más importante para entender la naturaleza cautelar de la prisión provisional.

Hemos comentado que las medidas cautelares, y en nuestro caso concreto, la prisión provisional, tiene carácter provisional. Estas medidas que se adoptan durante el procedimiento no pueden convertirse en concluyentes.

Hay que añadir, finalmente, que esta característica de provisionalidad está fuertemente relacionada también con la de temporalidad, aludiendo a la duración limitada de la medida, que explicaremos en los siguientes apartados.

4.5.8. Variabilidad

La adopción de la prisión provisional queda sometida siempre a una implícita cláusula *rebus sic stantibus*, debiendo de oficio promover su cesación el Fiscal y acordarlo así el órgano jurisdiccional en cuanto proceda, y ello porque como dice el TC “...no existe límite mínimo en relación al tiempo que debe mantenerse...”⁴³. Por tanto, y en virtud de

⁴³ JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA, (2005), *op.cit*, pág 65.

la regla *rebus sic stantibus* la adopción y la continuidad de estas medidas durante el proceso depende de la concurrencia de circunstancias que las motiven.

Por lo expuesto, la medida adoptada puede ser modificada en caso de que cambien las circunstancias por las que se adoptó. Ello viene expuesto en el art. 504.1 LECrim: “en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”.

4.5.9. Motivación

Característica de la prisión provisional es que la medida debe ir acompañada de una resolución judicial motivada. El DPEJ entiende por resolución judicial motivada: “la exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva relativa al deber del órgano jurisdiccional de explicitar los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos”.

Esta característica de motivación de la resolución judicial también la dispone el art. 506.1 LECrim: “Las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del investigado o encausado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción”.

Y de igual manera, la doctrina del TC, en concreto la STC nº 29/2001, de 29 de febrero, exige que una resolución judicial debe contener una motivación suficiente y razonable.

4.5.10. Temporalidad

La temporalidad es una nota característica del procedimiento de medidas cautelares en cuya virtud la medida cautelar que se adopte tiene una duración limitada a la duración del juicio principal.

Para que la medida cautelar pueda considerarse que es un recurso inevitable para salvaguardar el buen fin del proceso, y no una pena anticipada, debe tener una limitación clara, pues no es acorde con la presunción de inocencia una situación indefinida de privación de libertad.⁴⁴

La temporalidad de esta medida cautelar también viene recogida en el art. 17.4 CE: “por la ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional,” y en el art. 504 LECrim, del que después haremos mención mas detalladamente.

Como comentamos anteriormente en la explicación de las características de provisionalidad, la temporalidad está estrechamente ligada con ésta, con la diferencia de que la provisionalidad se basa en la instrumentalidad o accesoriedad de las medidas cautelares respecto del proceso y la resolución principal cuya eficacia garantizan.

La temporalidad se refiere de manera más concreta a ese límite o duración máxima de la cual esta medida cautelar no puede exceder ni sobrepasar el plazo máximo fijado por la ley.

4.6. Presupuestos

4.6.1. Fumus boni iuris

Este presupuesto hace referencia a la apariencia de buen derecho. Es uno de los criterios utilizados por la jurisprudencia para determinar provisionalmente si existen elementos de juicio suficientes que, sin prejuzgar el fondo del asunto, permitan adoptar medidas

⁴⁴ AGUSTÍN-JESÚS PEREZ-CRUZ MARTÍN, XULIO-XOSÉ FERREIRO BAAMONDE, (2010), *op.cit*, pág 398.

cautelares mientras dure la sustanciación del procedimiento. El *fumus boni iuris* no hace alusión a un supuesto de certeza sobre la responsabilidad criminal de una persona, esto solo puede darse en la sentencia final.

Para poder llevar a cabo esta medida debe existir una imputación penal sobre esa persona y que los Jueces o Tribunales consideren que existen motivos bastantes para adoptarla. La adopción de esta medida debe estar suficientemente motivada y existir indicios racionales de criminalidad.

En este sentido, los artículos 503.1.1º y 2º LECrim establecen dos requisitos:

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

De este precepto podemos extraer la necesidad de que exista una imputación por delito, lo que significa que el hecho que determina la prisión provisional debe ser anterior a la adopción de la medida, hechos de los cuales ya tiene conocimiento el órgano jurisdiccional y por los cuales se ha incoado un proceso penal.

No podrá adoptarse la prisión por base a suposiciones, la imputación debe de ser por delito, *nulla poena sine crimine*.⁴⁵

Seguidamente hay que añadir que cuando el precepto se refiere a “*hechos que presenten caracteres de delito*”, hay que acudir a los requisitos por los cuales un hecho se considera delito, acción, típica, antijurídica, culpable y punible. Por tanto se requiere que esos hechos sean delictivos. Si estando en prisión el sujeto se demuestra que el hecho no es punible deberá ser puesto en libertad.

⁴⁵ JOSE MARIA ASENCIO MELLADO, (1987), *op.cit*, pág. 110.

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

Cuando en este segundo punto se hace alusión a “*motivos bastantes*”, implica que el imputado sea responsable criminalmente. A parte de tener que demostrar que un sujeto ha participado en un delito, habrá que comprobar si el mismo es responsable criminalmente. (ej: menor)

4.6.2. El *periculum in mora*

El DPEJ define el *periculum in mora* o peligro de mora procesal como: el presupuesto que ha de concurrir para la adopción de una medida cautelar y que pretende justificar la existencia de riesgos por la duración temporal del proceso.

Podemos hablar de la existencia de un presupuesto general, el llamado límite penológico, y unos presupuestos específicos, como son: 1) el riesgo de fuga, 2) el riesgo frente a las fuentes de prueba, 3) el riesgo de reiteración delictiva y 4) la prevención de violencia de género.

En cuanto al límite penológico, la gravedad de la pena señalada al hecho delictivo imputado ha sido tradicionalmente un elemento tomado en cuenta por la ley para considerar existente un *periculum in mora*.⁴⁶

Obviamente se exige que el hecho imputado tenga una pena privativa de libertad.

El imputado en el proceso, para poderse adoptar la prisión provisional, debe estar sancionado con una pena privativa de libertad cuyo máximo sea igual o superior a dos años; este límite tiene su fundamento en que en penas inferiores a dos años podría no ejecutarse la pena privativa de libertad que se haya impuesto en una sentencia ya firme.

⁴⁶ PABLO GUTIERREZ DE CABIEDES, (2004), *op.cit*, pág. 132.

Hay que añadir, que además de poder adoptar la prisión provisional del imputado en base al límite penológico de la sanción, existen unas excepciones en los que no se atiende a un límite mínimo de pena impuesta para poder adoptar esta medida:

- Antecedentes penales: podrá adoptarse la prisión provisional con pena privativa inferior a estos dos años cuando el investigado tuviera antecedentes penales, no cancelados, por delitos dolosos (art. 503.1.1º LECrim).
- Dos requisitorias: procederá a acordarse la prisión provisional cuando hubieran sido dictadas un mínimo de dos requisitorias para el llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores (art. 503.1.3º.2º prrf. LECrim).
- Delincuencia organizada: podrá adoptarse de igual manera prisión provisional para el investigado que hubiera actuado con otras personas de forma organizada en la comisión del delito (art.503.2.2º prrf LECrim).

Son presupuestos específicos del *periculum in mora*, los enumerados anteriormente y que vamos a desarrollar a continuación:

1) El riesgo de fuga

Entendemos que la adopción de la prisión provisional para evitar la fuga del imputado, se debe a que existe un interés en garantizar la presencia del mismo en el proceso.

Respecto a este presupuesto el art. 503 LECrim regula la prevención del riesgo de fuga sin establecer criterios específicos que deban ser valorados judicialmente. Existen algunos criterios que son meramente indicativos, no constituyen criterios vinculantes, ni mucho menos una lista cerrada de causales para invocar la justificación de la prisión provisional en el ámbito de la necesaria neutralización del riesgo de fuga.⁴⁷

Son criterios que pueden ser utilizados para medir el riesgo de fuga del imputado:

A) Arraigo: hace referencia a las circunstancias personales del imputado. Cualquier hecho o elemento que produzca un vínculo con el lugar. Que no existan esos vínculos

⁴⁷ ASENCIO MELLADO, JOSÉ M^o, (2019), *op.cit.*, pág. 296.

que pueda tener el imputado en el territorio en el que se encuentre puede dar lugar a que exista un riesgo de fuga.

Existen distintos tipos de arraigo dependiendo de la situación del imputado:

- Arraigo domiciliario, haciendo alusión a la tenencia de bienes inmuebles y domicilio en el territorio.
- Arraigo familiar, atendiendo a su relación, lazos familiares y la dependencia que existe entre ellos.
- Arraigo profesional, mediante la comprobación de si desempeña su trabajo en el territorio y si consiste éste en su medio de vida.
- En relación a su capacidad económica, ésta no implica que tenga vínculos con el territorio, pero también puede comportar la existencia de un riesgo de fuga debido a que el imputado cuanto mayor capacidad económica más opciones podría tener de abandonar el territorio.

B) Gravedad de la pena: atendiendo a la característica de proporcionalidad ya explicada de la prisión provisional, hay que ser suficientemente prudente con este criterio, y apreciarlo en relación a otros. Es verdad que con el temor de una pena demasiado grave, el imputado puede valorar la fuga, pero, y en concordancia al TEDH se necesita tener precaución con no adoptar la prisión provisional solo por la existencia de una pena grave.

C) Alarma social: ya vimos que la alarma social no era un fin legítimo para poder adoptar la prisión provisional, y por tanto, tampoco puede ser una situación determinante de un *periculum in mora*. De ningún modo puede justificar la aplicación de esta medida cautelar el “velar por el interés social”.

D) La inminencia del juicio oral: la proximidad del juicio oral puede llevar al imputado a poner en riesgo el correcto funcionamiento del proceso llevando a cabo la fuga del territorio. Esto puede deberse al temor de enfrentarse a una condena perjudicial que acarree una pena de prisión grave.

2) El riesgo frente a las fuentes de prueba

En atención a las fuentes probatorias, el art. 503.1.3º b) LECrim señala que se podrá adoptar prisión provisional para: “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.”

Como bien dice el artículo, debe existir un peligro fundado y concreto, esas fuentes de prueba deben ser relevantes para el procedimiento, desechando la idea de adoptar esta medida para proteger pruebas que sean irrelevantes.

Que el imputado haga uso del derecho de defensa, no quiera declarar ni confesarse culpable, y no quiera contribuir en el procedimiento, no es motivo para la aplicación de la prisión provisional.

3) El riesgo de reiteración delictiva

Este riesgo de reiteración delictiva incluye criterios como habitualidad o crimen organizado, pero no existe un concepto claro sobre el mismo.

La autoridad judicial deberá valorar el riesgo de comisión de hechos delictivos en el futuro, en esa valoración debe exigirse la creencia de que exista una probabilidad relevante, no una mera posibilidad.

La evitación de la reiteración delictiva constituye un fin de dudosa construcción constitucional, en la medida que es evidente que se está ante una función preventiva, una medida de seguridad predelictual, que no pertenece al ámbito de la tutela cautelar.⁴⁸

4) La prevención de la violencia de género

Es posible acordar prisión provisional para salvaguardar los bienes jurídicos de la víctima, por riesgo a que pueda actuar contra ellos, como protección de las personas

⁴⁸ ASECIO MELLADO, JOSÉ M^a, (2019), *op.cit*, pág. 300.

referidas en el art. 173.2 CP, (art. 503.1.3ºc) LECrim) y en concreto a la víctima de violencia de género.

Resulta razonable que se le brinde esta protección a la víctima, ya que ésta es fuente de prueba en el procedimiento y a su vez constituye objeto de protección mientras dure el mismo.

4.7. Modalidades de prisión provisional

4.7.1. Prisión provisional comunicada

Es la modalidad de prisión provisional por defecto, salvo que el Juez o Tribunal acuerde lo contrario.

El modo de llevarse a cabo el cumplimiento de la prisión provisional comunicada y los derechos que tienen los presos preventivos están regulados en los arts. 520 a 527 LECrim.

A continuación enumeraremos los derechos más relevantes de los que podrá gozar el preso preventivo:

- Derecho de ser informado por escrito y de manera inmediata de las razones motivadoras de su privación de libertad (art. 520.2 LECrim).
- Derecho a guardar silencio y no confesarse culpable (art. 520.2 a) LECrim).
- Derecho a no declarar contra sí mismo (art. 520.2 b) LECrim).
- Derecho a designar abogado y a ser asistido (art. 520.2 c) LECrim).
- Derecho a que su situación se ponga en conocimiento de un familiar o persona que desee (art. 520.2 e) LECrim).

Además de esta recopilación de derechos enunciados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la LOGP⁴⁹ también recoge una serie de derechos y formas de cumplimiento

⁴⁹ LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

de la prisión provisional, y podemos destacar en especial, los referentes a la diferenciación entre presos preventivos y condenados, como es el caso de:

- Diferenciación de los establecimientos penitenciarios dependiendo de si se tratan de establecimientos de preventivos, establecimientos de cumplimiento de penas o establecimientos especiales (artículo séptimo LOGP).
- Los establecimientos de preventivos son centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos. (artículo octavo LOGP).
- Los detenidos y presos estarán separados de los condenados (artículo dieciséis b) LOGP).

Por último, cabe añadir que la vulneración de los derechos que tiene el preso en esta modalidad de prisión provisional puede llegar a ocasionar responsabilidad disciplinaria, incluso la solicitud de *habeas corpus*⁵⁰ del preso preventivo.

4.7.2. Prisión provisional incomunicada

La prisión provisional incomunicada es una modalidad de prisión provisional en la que se prohíben los derechos del preso a comunicarse con terceras personas. Es una forma de evitar que se frustre la finalidad del proceso, mediante el aislamiento con el exterior.

Los requisitos para poder acordar esta modalidad de prisión provisional están contemplados en el art. 509.1 LECrim: “El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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

⁵⁰ Procedimiento judicial al que puede acudir cualquier persona privada de libertad si estima que lo está ilegalmente, a fin de que un juez verifique la legalidad de la citada privación.

Esta modalidad de prisión provisional es por tanto más gravosa y más restrictiva de derechos que su modalidad ordinaria, y es por eso que la incomunicación no podrá exceder de cinco días, y solo podrá extenderse hasta un máximo de cinco días más en los delitos a los que se refiere el art. 384 bis LECrim, y otros delitos cometidos de forma organizada.

Además, el preso preventivo en esta modalidad queda condicionado a lo establecido principalmente en el art. 510 LECrim:

“1. El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias en que le de intervención esta ley cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación.

2. Se permitirá al preso contar con los efectos que él se proporcione siempre y cuando a juicio de juez o tribunal no frustren los fines de la incomunicación.

3. El preso no podrá realizar ni recibir comunicación alguna. No obstante, el juez o tribunal podrá autorizar comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada y adoptará, en su caso, las medidas oportunas.

4. El preso sometido a incomunicación que así lo solicite tendrá derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos.”

Y también queda excluido de los derechos de los que goza el preso en la modalidad de prisión provisional comunicada, y así lo enuncia el art. 527.1 LECrim, en virtud del cual, el preso preventivo en modalidad incomunicada podrá ser privado de:

- Designar abogado de su confianza.
- Comunicarse con las personas que hubiera tenido derecho a hacerlo, excepto el MF, el médico forense y la autoridad judicial.
- Entrevistarse con su abogado reservadamente.
- Acceder a las actuaciones.

4.7.3. Prisión provisional atenuada

La prisión provisional atenuada no está prevista como una medida cautelar específica, sino que se trata de una medida que se adopta en función de las circunstancias del caso concreto y la valoración del juez o tribunal del proceso.

Debemos de puntualizar que en otros países de nuestro entorno, es regulada como una medida cautelar diferenciada de la prisión provisional, como “control judicial”, lo cual parece mas lógico desde el punto de vista en que el cumplimiento de la misma no se lleva a cabo en prisión y de esta manera el concepto que se le da a esta modalidad no atiende a la verdadera realidad de la misma.

Esta institución fue introducida en la LECrim por la ley de 10 de septiembre de 1931.⁵¹

Esta variante de la prisión provisional sufrió su última reforma y adaptación con la introducción de la las Leyes Orgánicas 13/2003 y 15/2003, con la que se introdujo una normativa mas clara respecto a la misma.

Y así lo plasma el art. 508 LECrim:

1. “El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del investigado o encausado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias...”
2. “En los 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, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento...”. En este punto se tiene que añadir, que el investigado debe estar recibiendo ya el tratamiento como presupuesto previo para poder acordar esta modalidad atendiendo a este requisito.

⁵¹ PABLO GUTIERREZ DE CABIEDES, (2004), *op.cit.*, pág. 198.

Por tanto esta prisión provisional atenuada no es una medida que se adopte con frecuencia, ya que es en estos supuestos excepcionales cuando se podrá recurrir a ella. Además, si el imputado incumple de forma reiterada las condiciones con las que se le impuso prisión provisional atenuada se podrán ejercitar contra él, acciones mas restrictivas.

Esta variante de la prisión provisional tiene su fundamento en el respeto de los derechos fundamentales del imputado, por ser cualquier otra modalidad de la prisión provisional excesivamente gravosa para la situación del mismo, pero, garantizando y salvaguardando los intereses del proceso.

4.8. Duración

En cuanto a la duración de la prisión provisional, establece el art. 17 CE: “por la ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”

Y ya se expone en la STC nº 155/2004, de 20 de septiembre, en la que se alude a que el legislador podrá variar los plazos máximos que se presenten en la ley, pero deberá guardar especial respeto al mandato constitucional.

En cuanto se agote el plazo máximo que tiene reconocido la medida, supondrá la excarcelación del preso bajo ninguna condición.

El TEDH ha reconocido que para acordar un plazo razonable en la imposición de la prisión provisional como medida se tienen que atender las circunstancias del imputado, atendiendo a la dificultad de la investigación.⁵²

Para el TC, siguiendo al TEDH, la valoración del plazo razonable ha de estimarse, teniendo en cuenta, de un lado, la duración efectiva de la prisión provisional y, de otro, el examen de complejidad del asunto. No debe computarse el periodo de rebeldía del inculpado (STC nº 8/1990, de 18 de enero)⁵³

⁵² STEDH de 12 de diciembre de 1991, *Clooth contra Bélgica*, STEDH de 26 de diciembre de 1992, *W. contra Suiza*.

⁵³ JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA Y CORTINA, (2005), *op.cit*, pág. 119.

Si la medida cautelar se llevara a cabo a través de distintos periodos, estos se deben sumar conjuntamente al momento de poder calcular el plazo máximo (STC nº 147/2000, de 29 de mayo).

Como bien hemos comentado anteriormente la prisión provisional es una medida cautelar que se encuentra sometida al proceso principal. La característica de temporalidad, ciñe a un sistema de plazos determinando la duración máxima de esta medida, límite que no podrá superarse.

En razón de la característica de la provisionalidad, la prisión provisional puede cesar por la extinción del proceso principal; o por la aplicación de la regla “*rebus sic stantibus*”, que surge en la verificación del cambio de los presupuestos o condiciones, que, en su momento, justificaron su adopción.⁵⁴

Por tanto la prisión provisional sólo durara mientras existan los motivos por los que se adoptó.

A continuación explicaremos los plazos que vienen recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se pueden diferenciar unos plazos generales, y un plazo especial.

4.8.1. Sistema legal de plazos

En cuanto al sistema legal de plazos de la prisión provisional se encuentra regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y establece unos plazos máximos para la duración de esta medida. En concreto, el artículo 504.2 de la LECrim establece:

- La prisión provisional no podrá durar más del plazo máximo de dos años, en el caso de delitos castigados con pena grave, en los que la pena fuera superior a tres años.
- No podrá durar más de un año, en el caso de delitos castigados con pena menos grave, igual o inferior a tres años.

⁵⁴ ASECIO MELLADO, JOSÉ M^o, (2019), *op.cit*, pág. 302.

En este artículo también se contempla la prórroga de esta medida, en los casos en los que la instrucción del proceso se haya dilatado por causas imputables al imputado, el plazo de la prisión provisional se podrá prorrogar hasta en seis meses más, en el caso de delitos castigados con pena grave, o hasta en tres meses más, en el caso de delitos castigados con pena menos grave. Además, en casos de terrorismo, el plazo máximo de la prisión provisional se eleva a tres años.

Es necesario que para llevar a cabo la prórroga de la prisión provisional se solicite con antelación a la terminación del plazo inicial, pudiéndose estimarse vulnerado cuando no se llevan a cabo dentro de este plazo, como así lo recoge la STC nº 55/2004, de 20 de septiembre.

Debemos añadir, que como excepción, se establece un plazo máximo inferior, de seis meses, si se hubiera acordado la prisión provisional con la finalidad de evitar la ocultación, alteración o destrucción de pruebas, en virtud del art. 504.3 LECrim.

En todo caso, el juez o tribunal competente deberá revisar la medida de prisión provisional cada seis meses y comprobar si se mantienen las circunstancias que la motivaron. Es importante destacar que estos plazos son considerados como máximos y que la duración de la prisión provisional siempre debe estar justificada por la existencia de motivos fundados y razonables que la justifiquen. Además, el imputado tiene derecho a solicitar la revisión de la medida de prisión provisional y a recurrirla en cualquier momento del proceso, pudiendo ser revocada o modificada si se aprecian cambios en las circunstancias.

4.8.2. Cómputo

El cómputo de la prisión provisional empieza a contar desde la fecha en que se dicta el auto de prisión provisional o, en su caso, desde la fecha en que se acuerda la prórroga de la medida.

Establece el art. 504.5 LECrim que “para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa”.

En los casos en los que se haya producido dilaciones no computables al imputado quedará excluido del cómputo la duración de la dilación. Estas dilaciones no computables pueden deberse a la actuación de un tercero o a la complejidad del asunto. Así lo ha señalado la STC 98/2002, de 29 de abril.⁵⁵

Por otro lado, en los casos en los que se haya prorrogado el plazo de la prisión provisional por causas imputables al imputado, el cómputo del plazo se iniciará desde la fecha en que finalice la prórroga, sin tener en cuenta el tiempo que se haya prorrogado.

Respecto al cómputo de plazos discontinuos, esto es, la existencia de fases intermedias de libertad entre periodos de prisión provisional, no pueden ser sumados para computar el plazo máximo de prisión.

4.9. Órgano Competente y procedimiento

Como ya vimos al explicar la característica de jurisdiccionalidad de la prisión provisional, el art. 502.1 LECrim señala que tendrán competencia para adoptar esta medida los Jueces o Magistrados, ya sean los instructores, los que formen las primeras diligencias o el que conozca la causa. De este precepto podemos entender que esta medida cautelar podrá ser, por tanto, adoptada por diferentes órganos jurisdiccionales durante las fases del proceso.

⁵⁵ “No puede sostenerse que la inclusión entre las dilaciones que permiten suspender el cómputo del plazo de la prisión provisional de aquellas no derivadas de la conducta del sujeto sometido a la medida, sino del comportamiento de terceros, sea una interpretación restrictiva constitucionalmente válida”

Es de suma importancia entender quién es competente para adoptar la prisión provisional para evitar que los actos procesales sean nulos de pleno derecho.⁵⁶

En cuanto al procedimiento para adoptar la prisión provisional, es necesario una comparecencia previa o audiencia en la que estén las partes del proceso para exponer sus alegaciones y pruebas.

Para que el órgano jurisdiccional pueda adoptar la resolución de prisión provisional del imputado, esté o no detenido, debe celebrarse previamente una audiencia del órgano jurisdiccional con las partes, en las que se desarrollen las alegaciones y prueba sobre su procedencia, con vistas a la resolución sobre este objeto.⁵⁷

Esta audiencia deberá celebrarse en las setenta y dos horas siguientes de la puesta del detenido a disposición judicial, en caso de no poder celebrarse en el plazo el Juez o Tribunal podrá acordar una prórroga de otras setenta y dos horas solicitándola antes del vencimiento del plazo inicial.

Otro requisito necesario es el de tramitación en pieza separada, que la define el DPEJ como la “parte de un proceso judicial que se sustancia al margen de los autos principales, por afectar a una cuestión que es susceptible de tratamiento procesal autónomo y que resulta conveniente tramitar por separado de dicha cuestión principal, aunque siempre en relación con esta”, y así lo dispone el art. 519 LECrim, señalando que todas las diligencias de prisión provisional se sustanciarán en pieza separada, y el art. 544 LECrim que de igual manera afirma que las diligencias de prisión y libertad provisionales y fianzas se sustanciarán en pieza separada.

Es necesario la concurrencia de instancia de parte para acordar la prisión provisional, art. 505.1 LECrim: “el Juez o Tribunal...convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado”, y añadiendo el art. 505.4 LECrim que... “si

⁵⁶ Art. 238.1º LOPJ: *Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1º Cuando se produzcan por o ante tribuna con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.*

⁵⁷ PABLO GUTIERREZ DE CABIEDES, (2004), *op.cit.*, pág. 219.

ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del investigado o encausado que estuviere detenido”.

Si nadie lo requiere el Juez o Tribunal no podrá decretar la prisión provisional y acordará su puesta en libertad.

Tras esto, el juez dictará una resolución en forma de auto, la motivación de los autos que acuerden o prorroguen la prisión provisional no solo es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sino también del propio derecho a la libertad (art. 17 CE)⁵⁸. Es por esto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que dicho auto de adopción de la prisión provisional esté suficientemente motivado (art. 506.1 LECrim).

Este auto de prisión deberá ser notificado a las partes del proceso, en base a dos fundamentos, el primero de ellos es la debida motivación que requiere la adopción de esta medida cautelar, por lo que el imputado deberá recibir la resolución que acuerde la entrada en prisión. El segundo de ellos hace referencia a la protección procesal de la víctima, informándole de la situación del imputado, ya que podría tener una inferencia en su seguridad.

Una vez notificado el auto de prisión se procederá a su ejecución, en el que el imputado deberá ser trasladado al centro donde cumplirá la medida, haciendo entrega de dos mandamiento de prisión, uno a la Policía Judicial y el otro al director del centro penitenciario como motivo de ser preso preventivo (art. 511 LECrim), (recordemos que los presos preventivos están separados de los condenados en sentencia firme), en dicho mandamiento y a razón de este artículo se consignarán los datos personales del imputado, el delito y la modalidad de prisión provisional.

Para finalizar, y respecto de los recursos que se podían interponer frente el auto de prisión provisional, el art. 507.1 LECrim señala que será el recurso de apelación el que pueda ser interpuesto, en los términos previstos en el art. 766 de la misma ley. Este

⁵⁸ MARIA JOSE CASTAÑON ALVAREZ, FERMIN JAVIER ECHARRI CASI, XABIER ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Práctica procesal penal*, Ed. Dykinson. Madrid (2020), pág. 272.

recurso goza de carácter preferente y deberá resolverse en el plazo máximo de treinta días.

4.10. Abono de condena en la prisión provisional

En cuanto a su concepto y regulación el abono, consiste en que el tiempo que has estado en prisión provisional te compute como tiempo cumplido en la condena final.

Operación mediante la cual el tiempo que una persona ha permanecido en prisión provisional se le descuenta de la condena impuesta en la causa en la que en su momento se decretó dicha medida cautelar.

El abono se llevará a cabo en las situaciones y de modo previsto en el art. 58 CP:

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

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar”.

En cuanto al tipo de penas que se pueden abonar, el art. 58 CP habla de las penas privativas de libertad las que serán susceptibles de abono, cosa que parece lógica al ser hechos de la misma naturaleza. Sin embargo el art. 59 CP señala que cuando las medidas cautelares y las penas impuestas sean de diferente naturaleza, el Juez o

Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que se este compensada.

Por tanto aquí lo que se le pide al Juez o Tribunal es que actúe con equidad respecto al alcance de ese abono atendiendo a que son hechos de distinta naturaleza.

Respecto al modo de aplicación del abono, debemos señalar que este es obligatorio, y no una facultad que pueda tener el Juez o Tribunal, no es necesaria la instancia de parte ya que podrá ser aplicado de oficio.

Deberá efectuarse en la ejecución aunque también existe la posibilidad de que se disponga de forma explícita en la sentencia. Se realiza de forma directa sobre la pena impuesta, antes de su ejecución efectiva. Así, en caso de remisión condicional de la pena, el abono se aplica con anterioridad.⁵⁹

Cabe añadir que la resolución obtenida respecto al abono de condena podrá ser recurrida en casación, aunque la interposición de este recurso no venga expresamente prevista en la ley.

4.11. Indemnización por inexistencia de hecho

Esta medida consiste en el pago de una indemnización por parte de la Administración en los supuestos en los que se ha producido una inexistencia de hecho que ha derivado en una sentencia absolutoria o por el dictamen de un auto de sobreseimiento libre, con la finalidad de contrarrestar o reparar los efectos perjudiciales de esta privación de libertad.

Viene regulada en el art. 294.1 de la LOPJ, el cual establece que “tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

⁵⁹ PABLO GUTIERREZ DE CABIEDES, (2004), *op.cit.*, pág. 293.

Estos efectos perjudiciales seguida de la correspondiente indemnización a la persona privada de libertad injustamente también vienen recogidos en el art. 292 LOPJ: “los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título”.

De este precepto hay que extraer dos conceptos clave que hay que analizar. Uno es el error judicial, entendido como un error injustificable de una resolución judicial, que puede dar lugar a la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca.

Y por otro lado, el funcionamiento anormal entendido como: “conducta consistente en el retardo, falta de coordinación, o falta de actividad, imputables no a un Juez en concreto, aunque ello podría admitirse, sino a la Administración de Justicia”.⁶⁰

Hay que añadir que tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia.

Respecto a la cuantía de la indemnización, el art. 294.2 LOPJ señala que se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido, así pues, el Ministerio de Justicia deberá valorar todas las circunstancias que hayan influido en el imputado por el perjuicio causado, evaluando económicamente todas ellas que no tengan un valor económico por sí mismas.

⁶⁰ JOSE MARIA ASENCIO MELLADO , (1987), *op.cit*, pág. 307.

4.12. Anteproyecto de reforma de la LECrim de 2020

El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020, con la finalidad de sustituir la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque todavía no ha entrado en vigor debido a que tiene pendiente una serie de formalidades. En el mismo Anteproyecto se indica que entrará en vigor a los seis años de su publicación en el BOE, hecho que todavía no ha sucedido.

Este Anteproyecto tiene como objetivos fundamentales:

- Modernizar el proceso penal en España, mediante una transformación digital, con el fin de lograr unas comunicaciones y actuaciones más rápidas y cómodas para todas las partes.
- El cumplimiento del Plan Justicia 2030, cuyo objetivo es el de lograr un acercamiento de los ciudadanos al proceso y una mayor eficacia del mismo.
- Armonizar el proceso penal con el derecho de la UE.
- Lograr una mayor imparcialidad objetiva del órgano judicial, mediante la cual sea el MF el encargado de la instrucción.

En lo que atañe a la **prisión provisional**, este Anteproyecto también presenta ciertas modificaciones y variaciones respecto a lo dispuesto en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre esta medida cautelar, que afecta a sus fines, presupuestos, duración, a las modalidades de la misma y al procedimiento de indemnización por prisión provisional.

En cuanto a los presupuestos y fines de la prisión provisional son recogidos por el Anteproyecto en sus arts. 246 a 248 y son similares a los que recoge el art. 502 y 503 LECrim, aunque con algunas diferencias.

En atención a los criterios que recoge el art. 248 del Anteproyecto, en el primero de ellos, el riesgo de fuga (248.1), se ha añadido o modificado alguno de sus requisitos, pero manteniendo la base de la redacción del art. 503 LECrim.

Respecto al riesgo de destrucción, alteración u ocultación de fuentes de prueba (248.2) no se han producido cambios.

En cuanto a la existencia de peligro de atentar contra bienes jurídicos de la víctima y al peligro de comisión de otros delitos (248.3 y 248.4) se añaden determinados criterios de valoración y determinadas circunstancias pero sin afectar de manera notable a la actual redacción de la LECrim.

Una modificación importante del Anteproyecto respecto de la LECrim, es que el art. 503.1.1º LECrim dice que la prisión provisional podrá ser adoptada:

“Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión...”,

La modificación, es que el Anteproyecto elimina esta segunda parte del precepto de la LECrim: “...o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.”

También elimina el Anteproyecto la adopción de la prisión provisional por debajo del límite de los dos años en los supuestos del dictamen de dos requisitorias por cualquier órgano judicial, que sí viene recogido en el art. 503.1.3º LECrim.

Estas modificaciones que recoge el Anteproyecto referidas a los presupuestos de la prisión provisional, tienen su fundamento en la pretensión del uso de esta medida por la comisión de delitos que tengan una naturaleza grave, y no tanto por los antecedentes que pudiera tener el encausado ni por su carácter reincidente, y todo esto en virtud del buen uso del principio de proporcionalidad, por ser la prisión provisional una medida tan excepcional y gravosa.

En cuanto a la duración de la prisión provisional, viene recogida en los arts. 249 y 250 del Anteproyecto, los equivalentes al art. 504 LECrim y también suscita determinadas modificaciones.

En la redacción de la LECrim, si el delito señalado tuviera pena privativa de libertad superior a tres años, la duración de la prisión provisional no podrá exceder de dos años,

pudiendo acordar una prórroga de hasta dos años, si el delito tuviera una duración igual o inferior a tres años, la prisión provisional no podrá exceder de un año, con posibilidad de una prórroga no superior a seis meses.

Sin embargo en el Anteproyecto, la modificación radica en que se exige una pena privativa de libertad superior en el delito cometido, y unas prórrogas menores: Su duración no podrá exceder de dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a cinco años, con la posibilidad de una prórroga no superior a un año, o de un año si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a cinco años, con la posibilidad de una prórroga que no podrá superar los seis meses.

Respecto al cómputo de los plazos establecidos, el Anteproyecto omite respecto de la LECrim, el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia (art. 250.3 Anteproyecto - art. 504.5 LECrim).

En cuanto a las modalidades de la prisión provisional, la prisión ordinaria comunicada e incomunicada las recoge el Anteproyecto en sus arts. 251 a 254 y no suponen una modificación notable respecto a la LECrim. Lo más relevante es que el Anteproyecto prevé para la prisión comunicada que el juez garantice de forma más notable que el derecho de defensa del procesado cumpla con los requisitos expuestos en el art. 252.2 del Anteproyecto:

- a) La estricta confidencialidad de las comunicaciones telefónicas y presenciales, que deberán tener lugar en departamentos adecuados.
- b) La presencia de intérprete durante la comunicación, si fuera necesario para asegurar la efectividad del derecho de defensa.
- c) El acceso de la persona privada de libertad a la totalidad de las actuaciones que no hubieran sido declaradas secretas.

En cuanto a la prisión provisional atenuada, el Anteproyecto la recoge en sus arts. 255 a 257, y presenta algunas variaciones respecto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuyo art. 508 recoge esta modalidad.

Una de estas variaciones hace referencia a la finalidad de la adopción de esta medida, ya que no es solo por la salud del preso, sino por su propia seguridad: “en interés de la salud o seguridad” (art.255.1 del Anteproyecto).

La siguiente variación es que se amplía la posibilidad de establecimientos donde pueda cumplirse esta modalidad de prisión provisional: “domicilio o lugar privado que designe”, “centro médico, psiquiátrico, de deshabitación o educativo, público o privado” siempre sujetos a límites y cumplimiento en virtud de la totalidad del art. 255 del Anteproyecto, cumplimiento que podrá acordar la autoridad judicial, pudiendo actuar de oficio.

Debemos hacer referencia de igual manera, a la introducción en este Anteproyecto de unos supuestos especiales de la modalidad atenuada por “razones humanitarias” en virtud del art. 256 del mismo.

En cuanto a su duración, no podrá superar los plazos establecidos para la prisión provisional (art. 257 del Anteproyecto).

En cuanto al procedimiento de indemnización por prisión provisional, el Anteproyecto presenta dos introducciones al respecto:

- Previsión de un régimen indemnizatorio compuesto por los supuestos indemnizables que harán referencia a cualquier tipo de sentencia absolutoria o de sobreseimiento libre, y criterios de fijación de las cantidades de dicha indemnización, el llamado *quantum*.
- Introducción de un procedimiento específico para reclamar la indemnización por prisión provisional.

El procedimiento para obtener una indemnización por prisión provisional es un procedimiento civil simplificado con trazas de procedimiento administrativo. *Sic et simpliciter*.⁶¹

Se presentará a instancia de parte, mediante reclamación o demanda, indicando el tiempo en prisión injusta, los daños percibidos y el importe de los mismos.

En mi opinión, el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, en lo referido a la regulación de la prisión provisional, es necesario, ya que creo que esta medida cautelar necesita modificaciones tales como las introducidas en éste.

En primer lugar, y respecto a los presupuestos y fines de la misma, creo que es positivo evitar que se pueda adoptar la prisión provisional en supuestos de reiteración delictiva y existencia de antecedentes. Para mí no es un motivo suficiente para adoptar esta medida, y en virtud del numerosas veces nombrado principio de proporcionalidad, debería limitarse la adopción de esta medida para los delitos que dispongan de una naturaleza grave, debido al carácter excepcional y gravoso de la medida. En esta misma línea, y en concordancia con lo anterior, resulta coherente que aludiendo al carácter gravoso de esta medida cautelar, este Anteproyecto requiera una pena privativa de libertad superior en el delito cometido (de tres años en la LECrim a cinco años) para adoptar la duración máxima de prisión provisional y que regule de igual manera unas prórrogas con una duración máxima menor.

Además y respecto a la modalidad de prisión atenuada, este Anteproyecto es mucho más preciso y desarrollado en su uso que lo dispuesto en el art. 508 LECrim en cuanto a esta modalidad, introduciendo la posibilidad de cumplimiento en diferentes establecimientos, legitimando al juez a poder actuar de oficio para tomar medidas necesarias para su cumplimiento y la introducción de unos supuestos especiales, aunque hay que decir que estos supuestos especiales tienen una difícil distinción respecto de los ordinarios, pues entiendo que estas mismas razones que el Anteproyecto denomina especiales, son las motivadoras y la razón de ser de adoptar la prisión provisional atenuada.

⁶¹ CORAL ARANGÜENA FANEGO, *Reflexiones en torno al anteproyecto de ley 2020*, Valencia, Tirant lo Blanch, (2022), pág. 514.

Por último añadir que desde mi punto de vista, este Anteproyecto aporta progresos o mejoras, a mi juicio necesarias en esta medida cautelar, respecto a la actual Ley de Enjuiciamiento criminal, ya que la conclusión que yo saco con esta redacción es que se pretende que la prisión provisional sea adoptada en supuestos que comporten una mayor gravedad y parece que se intenta limitar de alguna manera el abuso que se le da en ocasiones a esta medida que debe ser excepcional.



5. CONCLUSIONES

PRIMERO. La prisión provisional no puede ser considerada como una pena anticipada, es una medida cautelar personal que se adopta con el fin de garantizar el éxito del proceso y evitar que el imputado o procesado pueda entorpecer el correcto funcionamiento del mismo.

Yo considero que la prisión provisional sí es utilizada como pena anticipada, y por tanto de manera incorrecta, cuando ésta lo que persigue es un ánimo justiciero o ejemplarizante, sobre todo en los supuestos que tienen una relevancia mediática y en los que la opinión pública busca “justicia”.

Recordemos pues, que la prisión provisional es una medida preventiva excepcional para salvaguardar el correcto funcionamiento del proceso y que la alarma social, como hemos visto durante el trabajo, no es considerada un fin para poder adoptar la prisión provisional. A este concepto haremos también alusión en la conclusión novena.

SEGUNDO. La prisión provisional es una medida muy controversial y en numerosas ocasiones objeto de crítica por afectar tan gravosamente a los derechos fundamentales del imputado o procesado, en especial al derecho a la libertad y al de presunción de inocencia (arts. 17.1 y 24.2 CE), sin la existencia de una sentencia firme.

Me parece lógica la continua crítica a esta medida cautelar pues es una institución que podría dar para un largo debate, incluso para personas ajenas al mundo del derecho, considerándolo por tanto un tema de interés social, pues afecta de manera tan drástica a los derechos fundamentales, que cualquiera podría estar interesado en hacer un juicio de valor, poner en una balanza, la contraposición entre restringir los derechos a la libertad y presunción de inocencia en aras de poder impartir justicia de la manera más eficaz posible.

TERCERO. Además de los efectos negativos por afectar a los derechos fundamentales comentados en la conclusión segunda, la adopción de esta medida puede conllevar efectos perjudiciales en la vida personal, laboral y familiar del imputado o procesado, además de en su reinserción social y aislamiento. A parte de estos efectos negativos,

debemos hacer alusión también al impacto en la salud física y psicológica del preso, la cual se verá considerablemente mermada por la situación en la que se encuentra.

CUARTO. La prisión provisional tiene un carácter tan excepcional que solamente deberá ser adoptada cuando no existan otras medidas cautelares menos gravosas para el imputado o procesado con las que se pueda alcanzar la misma finalidad pretendida. Si bien es cierto que la aplicación de esta medida no es la regla general, en numerosas ocasiones se produce un mal uso de la misma.

QUINTO. La prisión provisional tiene como objeto cumplir con uno o varios de los fines constitucionalmente legítimos por los que es adoptada, como son: el aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso, la evitación de la ocultación y destrucción de pruebas, la evitación de atentados contra bienes jurídicos de la víctima y la prevención de la reiteración delictiva.

SEXTO. Las notas características de la prisión provisional definen cuales son los efectos derivados de su adopción. Existen características que son propias de todas las medidas cautelares y otras que son específicas de esta medida en concreto por producir consecuencias especialmente gravosas para el imputado o procesado.

SÉPTIMO. Esta medida cautelar en muchas ocasiones se prolonga demasiado en el tiempo. La prisión provisional, que tiene como característica fundamental la temporalidad, tiene en muchos casos una duración excesiva. Debido a esto, puede resultar en ocasiones injusta o desproporcionada si finalmente se produce una condena absolutoria. A mi parecer deberá adoptarse esta medida únicamente en los supuestos de extrema urgencia para salvaguardar el correcto funcionamiento del proceso.

OCTAVO. En cuanto a la indemnización por inexistencia de hecho, la mayoría de las sentencias absolutorias o de sobreseimiento libre se producen por falta de pruebas, y no tanto por motivo de que el imputado o procesado fuera inocente por haber cometido los hechos un tercero. La prisión provisional injusta se tiene que compensar siempre, por

ser justa esta reparación en atención al respeto de los derechos fundamentales. En mi opinión, la indemnización por inexistencia de hecho, sea ésta tanto por falta de pruebas, como por resultar el procesado inocente por haber cometido los hechos otra persona, debe ser cuantificada de la misma manera, pues el resultado ha sido el mismo, así como el perjuicio sufrido por haber sido injusta.

Aunque es cierto que la ley no regula las percepciones económicas de la indemnización, el tribunal deberá atender, a mi parecer, mediante un juicio global a las circunstancias de cada persona privada de libertad injustamente, tales como el daño moral, salud física y mental, evaluándolas de forma conjunta para determinar la indemnización que le correspondería.

NOVENO. En numerosas ocasiones la prisión provisional ha sido utilizada en España como método de disuasión, ejemplarización, y para contentar a la sociedad, más que como una medida adoptada con el fin de asegurar el éxito del proceso, con la finalidad de lograr una seguridad irreal y cada vez más aceptada por la sociedad, donde la renuncia de derechos se ha normalizado.

Que esta medida cautelar pueda ser utilizada en alguna ocasión como mecanismo de disuasión o de satisfacción de las masas lo considero bastante incoherente, pues la prisión provisional no puede decretarse por la alarma social creada. Esto no es fundamento de esta medida cautelar, pues no se puede hacer justicia con lo que la sociedad reclama.

DÉCIMO. A mi parecer, una solución para el erróneo uso que se le da a la prisión provisional en la práctica respecto a la teoría, y puesto que estamos en una época donde se ha producido un gigantesco avance en tecnología, podría ser el implementar el uso informático de sistemas de localización y rastreo para así poder ejercer un control del imputado o procesado sin la necesidad de adoptar medidas tan restrictivas de derechos, y solo adoptar esta medida en los supuestos más urgentes y gravosos en los que exista un peligro real contra el correcto funcionamiento del proceso.

6. JURISPRUDENCIA

STC nº 218/1994, de 18 de julio.

STC nº 85/1989, de 10 de mayo.

STC nº 41/1982 del 2 de julio.

STC nº 47/2000, de 17 de febrero.

STC nº 128/1995 de 26 de julio.

STC nº 62/1996, de 15 de abril.

STC nº 217/2001 de 29 de octubre.

STC nº 23/2002 de 28 de enero.

STC nº 98/1997, de 20 de mayo.

STC nº 47/2000, de 17 de febrero.

STC nº 147/2000, de 29 de mayo.

STC nº 117/1987, de 8 de julio.

STC nº 49/1999, de 5 de abril.

STC nº 29/2001, de 29 de febrero.

STC nº 155/2004, de 20 de septiembre.

STC nº 8/1990, de 18 de enero.

STC nº 147/2000, de 29 de mayo.

STEDH de 12 de diciembre de 1991, Clooth contra Bélgica.

STEDH de 26 de diciembre de 1992, W. contra Suiza.

STC nº 55/2004, de 20 de septiembre.

STC 98/2002, de 29 de abril.

7. BIBLIOGRAFÍA

- JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA Y CORTINA, Las medidas cautelares personales en el proceso penal, Bosch 1ªed 2005.
- MIGUEL FENECH NAVARRO, Apéndice al Derecho procesal penal, 1986.
- ASECIO MELLADO, JOSÉ M^a, Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- GIMENO SENDRA. Derecho procesal penal, Tirant lo Blanch, 2021.
- AGUSTÍN-JESÚS PEREZ-CRUZ MARTÍN, XULIO-XOSÉ FERREIRO BAAMONDE, Derecho Procesal Penal, Civitas, segunda edición 2010.
- MARIA DEL MAR DUTÚ I GURI, Los derechos fundamentales: derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales, J.M. Bosch Editor, 2013.
- PABLO GUTIERREZ DE CABIEDES, La prisión provisional (A partir de las Leyes 13/2003, de 24 de octubre y 15/2003, de 25 de noviembre), Aranzadi, 2004.
- JOSE MARIA ASECIO MELLADO. La prisión provisional. Civitas,1987.
- MARIA JOSE CASTAÑON ALVAREZ, FERMIN JAVIER ECHARRI CASI, XABIER ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Práctica procesal penal, Dykinson, 2020.
- CORAL ARANGÜENA FANEGO, Reflexiones en torno al anteproyecto de ley 2020, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.