































































































situación de prisión (...), siendo, como es, una prisión preventiva en nada afecta a dicha presunción; tanto es así, que el resultado del presente juicio es una sentencia absolutoria (...). Si a una persona se la presume inocente y se la mantiene en prisión preventiva únicamente por un riesgo de fuga, se entiende que existe una duda, un “no me fio”, al menos de que les podamos juzgar, pero es que la duda, por interpretación judicial, hay que resolverla siempre a favor del reo (“in dubio pro reo”) y no contra el reo. En este caso, a los dos días de iniciado el juicio y una vez declararon los acusados, se les puso en libertad, con retirada del pasaporte y obligación diaria de comparecer al resto de las sesiones del juicio. Pero entonces, si antes del juicio había riesgo de fuga, cabe pensar que este también existiría una vez iniciado. Si se fugan antes del juicio pueden prescribir los delitos, pero una vez iniciado el juicio, si fueren condenados, pueden prescribir las penas. La Sentencia estudiada, finaliza esta cuestión afirmando que: “Y terminamos este apartado reiterando que, culpabilidad no declarada, no solo presunción de inocencia consolidada, sino que, en ningún momento, debió ser puesta en entredicho.”. Con esto, da la impresión de que la Sentencia, en este aspecto, comienza a fijar las bases de una eventual defensa del Estado ante una demanda por responsabilidad patrimonial contra el mismo por prisión preventiva indebidamente sufrida.

Decíamos que el final, en ocasiones puede ser el principio de algo. Y en este caso, la absolución del Sr. Rosell tras haber sufrido una larga situación de prisión preventiva, suponemos tendrá “consecuencias por la falta de justificación” de la medida, que así es como enunciamos el presente epígrafe de este TFG.

El caso aquí referido, sirve como ejemplo de las posibles consecuencias jurídicas ante esa injustificación. Por un lado, el Sr. Rosell, ha presentado una querrela contra la jueza que instruyó el caso, y que en varias ocasiones le negó la libertad provisional, por presuntos delitos de prevaricación y falsedad documental. La jueza que instruyó el caso y atribuyó al Sr. Rosell el lavado de millonarias comisiones ilegales, llegó a afirmar que podría “haber hecho del delito su forma de vida”. Por otro lado, el Sr Rosell, demandará al Estado, exigiendo la responsabilidad patrimonial del mismo, por todos aquellos perjuicios causados a su persona y su patrimonio durante el tiempo que estuvo privado de libertad. Las cifras que se barajan son mareantes, al parecer los peritos están valorando dichos perjuicios económicos sufridos. Se ha llegado a publicar que la reclamación superará los 10 millones de euros, lo que, sin duda generaría de estimarse la petición, un serio precedente para el Estado, llegándose a decir que esto podría “socavar los fundamentos de la prisión preventiva”<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup>En

Internet:  
<https://www.elmundo.es/deportes/futbol/2020/03/03/5e5eaf1121efa06b2d8b4659.html> (19 de junio de 2020).

Según palabras del propio Sandro Rosell: ¿Qué valen dos años de cárcel, dos años de muerte, dos años de no vida? Todo. Vale todo. Todo. ¿60.000 euros? Ni 600.000, ni 6 millones, dos años en la cárcel no se pagan con nada, no hay precio. Te han robado dos años de vida”<sup>60</sup>.

Buena parte de los anteriores datos ha sido información extraída de notas de prensa y televisión, a raíz de entrevistas recientemente concedidas por el Sr. Rosell<sup>61</sup>



---

<sup>60</sup> En Internet: [https://www.lasexta.com/programas/lo-de-evole/mejores-momentos/rosell-defiende-su-inocencia-y-destapa-una-conspiracion-contral-el-me-dijeron-que-cuando-fuera-presidente-del-barca-irian-a-por-mi\\_202005035eaf25614f9cd50001a24f4e.html](https://www.lasexta.com/programas/lo-de-evole/mejores-momentos/rosell-defiende-su-inocencia-y-destapa-una-conspiracion-contral-el-me-dijeron-que-cuando-fuera-presidente-del-barca-irian-a-por-mi_202005035eaf25614f9cd50001a24f4e.html) (19 de junio de 2020).

<sup>61</sup> En Internet: <https://www.mundodeportivo.com/temas/sandro-rosell> (19 de junio de 2020).

## 5. ALTERNATIVAS SUGERIDAS.

### 5.1. Introducción.

Con el paso del tiempo, parece que nuestro ordenamiento jurídico se ha ido nutriendo de distintas medidas, que, a modo de auxilio, como dice el profesor Faustino Gudín Rodríguez-Magariños, van “forjando una serie de posibilidades (...) para poder eludir la aplicación de esta draconiana medida”. En la misma obra, Faustino Gudín nos recuerda que el carácter “absolutamente subsidiario” de la prisión preventiva: “sólo cabe cuando otras medidas menos gravosas se muestran ineficaces. No sólo es lícito, sino que también es un deber instar e investigar la adopción de medidas alternativas”<sup>62</sup>.

El artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948, ya establecía que “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. Este precepto, y todos en general, habría que conectarlo con la efectividad social de los derechos fundamentales de toda persona, y que, en opinión de De Castro Cid, depende de los sistemas de garantías formales introducidos por las Declaraciones o Convenios y del impacto que estas garantías produzcan en el transcurso de las relaciones sociales<sup>63</sup>. “Pende, pues, de la propia actitud de los individuos, de los grupos y de los pueblos” y en esto “el papel que ha de jugar la enseñanza en esta lucha por la conquista de la plena efectividad de los derechos humanos es irremplazable.”<sup>64</sup>.

Así pues, en el buen hacer y ejecutar del derecho penal, se ha de tratar en este caso de aplicar una medida cautelar menos lesiva que la de prisión provisional; podría ser la retirada de pasaporte, presentación periódica o la fijación de una fianza, actuando siempre en beneficio del reo, de tal forma que la medida cautelar no trate de “matar una mosca a cañonazos”. La medida cautelar debe tener un carácter finalista o instrumental y preguntarse a qué va dirigida. Por ejemplo, en el caso de un extranjero al que se ingresa en un CIE (Centro de Internamiento de Extranjeros), la finalidad sería la expulsión del extranjero de territorio nacional, pero si esta finalidad no se va a poder producir en el plazo legalmente establecido (60 días) dicho ingreso carece de sentido. El criterio finalista impone buscar alternativas reales sin dejar de ser eficientes, como

---

<sup>62</sup> GUDIN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *LA PAULATINA ERRADICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: UN ANÁLISIS PROGRESIVO BAJO LAS POTENCIALIDADES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS*, DIALNET Nº2078, 2009.

<sup>63</sup> DE CASTRO CID, B.: *EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHO HUMANOS*, TECNOS, MADRID, 1982.

<sup>64</sup> DE CASTRO CID, B.: *EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHO HUMANOS*, TECNOS, MADRID, 1982.

las ya citadas al principio de este párrafo. Y, en este sentido, entiendo que debe ser el Estado el que debe de proporcionar y buscar los medios alternativos a esta cuestión, siempre en beneficio de reo.

## 5.2. Medidas menos lesivas para el fin perseguido.

Cuando una persona se encuentra en régimen de prisión preventiva, desde el punto de vista penitenciario, el objeto es claro: “retener al interno a disposición de la autoridad judicial”<sup>65</sup> rigiendo el principio de presunción de inocencia. También debe regir el principio de la menor coactividad y el principio de intervención mínima, en opinión de Muñoz Conde<sup>66</sup> y Vives Antón<sup>67</sup>. Así pues, lo que se pretende es enumerar a continuación una serie de medidas que puedan, respetando estos principios, cumplir con el objeto y las finalidades de la prisión preventiva con intervención menor en los derechos del investigado, pero con misma eficacia.

Algunas de las medidas alternativas ya nos las indica en cierto modo Majada, apuntando que como medidas sustitutorias de la prisión preventiva, en reuniones de organismos internacionales, se han propugnado las siguientes: “la vigilancia domiciliaria, la orden de no abandonar determinado lugar salvo autorización del Juez, la obligación de comparecer periódicamente, incluso cada día, ante la autoridad judicial o la policial en quien delegue, la retención del pasaporte y de la documentación de identificación personal, y la adopción de diversas garantías.”<sup>68</sup>. En esta línea, se ha propuesto también el control por ordenadores con implantación de un brazalete electrónico, con el que tener localizada a la persona en una zona asignada, de tal forma que, si se alejara de la misma, manipulase o dañase el aparato, la Policía lo percibiría a través de una señal, poniendo en marcha los mecanismos de busca y captura. La mayoría de estas medidas las encontramos ya reguladas en el la LECrim, en concreto en los arts. 528 y ss., destinados a la regulación del Título VII “de la libertad provisional del procesado”. Seguidamente vamos a citar los preceptos legales, acompañados de algunas notas de autores relevantes, de las medidas más significativas, y en mi opinión, eficaces:

---

<sup>65</sup> Art. 5 de la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre General Penitenciaria, revisión de 02/07/2003.

<sup>66</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL*, B DE F, BARCELONA, 1975.

<sup>67</sup> VIVES ANTON, T.S.: *INTRODUCCIÓN: ESTADO DE DERECHO Y DERECHO PENAL. EN COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN PENAL. TOMO 1. DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN*, EDESA, MADRID, 1982.

<sup>68</sup> MAJADA, A.: *PRACTICA PROCESAL PENAL. VOLUMEN 1*, BOSCH, BARCELONA, 1990.

### 5.2.1. Orden de no abandonar un determinado territorio.

Para la efectividad y consecución de este objetivo la LECrim en su art. 530 prevé dos medidas o modos aseguramiento de la permanencia del sujeto investigado en el territorio: La retirada del pasaporte y la comparecencia apud acta. Dice el art. 530 literalmente: “El investigado o encausado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte”. Estas medidas ya se contemplaban en la doctrina de la Fiscalía General del Estado desde el año 1988, pero no es hasta la reforma de la LECrim en 2003 cuando se le da cobertura legal, de esta forma. Esta medida, como se ve en el propio texto del articulado, lleva aparejada la decisión de mantener al investigado en libertad provisional, lo cual, en ciertos casos previstos, incluso subsistiendo fundamentos para instar la prisión preventiva con todas sus garantías, puede ser beneficioso para el interés general del estado como, por ejemplo, en el caso de las personas drogodependientes. En estos casos, es conveniente solicitar la libertad provisional y que esta persona pueda ingresar en un centro de rehabilitación. En la práctica, los jueces no son muy dados a conceder esta medida, ya que, según Ríos Martín, la concesión del levantamiento de una medida cautelar, al ingreso en el centro, es positivo y hay que solicitarlo “no sólo porque es una motivación para que la persona inicie un programa de rehabilitación, sino para que posteriormente en la sentencia pueda quedar reflejada toda la voluntad recuperadora y facilitar la concesión de una medida alternativa a la prisión que le permita no abandonar el tratamiento.”<sup>69</sup>. Además, no hay que olvidar que el mandato constitucional es que las penas tienen que orientarse a la reinserción y reeducación. Siendo la drogodependencia un “elemento criminógeno de primer orden”, si el toxicómano superase su adicción, quedaría salvaguardada la defensa social.

### 5.2.2. Medidas para la protección de la víctima.

Si bien en las anteriores alternativas se ve que el fin propio de la prisión preventiva que se pretende salvaguardar, de un modo menos lesivo, es el de evitación de riesgo de fuga, en su mayoría, en este caso es claro que lo que se pretende salvaguardar es la evitación del riesgo de que el encausado pueda actuar contra bienes

---

<sup>69</sup> RIOS MARTIN, J.C.: *MANUAL DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA. DEFENDERSE DE LA CÁRCEL. (2ª Ed.)*, COLEX, MADRID, 2001.

jurídicos de la víctima, abarcando la posibilidad de que se prevea un posible riesgo de reiteración delictiva. Ya citábamos en el apartado correspondiente a dicho presupuesto de la medida, que la LECrim prevé para los supuestos de violencia doméstica y de género, que si bien no son el total de casos son una parte importante, la correspondiente orden de protección, en su art. 544 Bis. Dicha orden de protección se establece de modo que “en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del CP (Homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico), el juez o tribunal podrá, de forma motivada, y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa a determinadas personas”. Si bien para estos casos existen a su vez otras alternativas, creo que esta es una medida muy a considerar y que, según la gravedad y ponderación de la causa, y con posibilidad de modificación conforme avanza la investigación criminal, esta es una medida que debería de considerarse por ser, además, más adecuada a la cuestión de prevención de reiteración delictiva o comisión de otros delitos contra la víctima que la prisión preventiva, como hemos expuesto en apartados anteriores. Para casos concretos y en los que procedan, en el sentido de que puedan ser útiles, podrían también establecerse medidas de similar naturaleza, como podría ser por ejemplo la suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, tutela o administración de bienes, el tiempo que dure la investigación criminal, en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 CP, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada (Art. 544 quinquies LECrim).

En cuanto a la cuestión de la graduación de severidad e incidencia en derechos de las medidas nombradas (tanto estas como las del apartado anterior), debemos de tener en cuenta, como indican Majada, Ribó Durán y Ribó Bonet que, para demostrar la existencia de los condicionantes referidos legalmente, y estos no son otros que la existencia de peligro de fuga, peligrosidad en la supresión de pruebas y de comisión de nuevas infracciones, se tratará de probar que el detenido tiene domicilio fijo y conocido, trabajo, obligaciones familiares y propiedades, y que todo ello demuestre un arraigo e interés en permanecer a disposición del Juzgado. También es importante a la



hora de ponderar la medida más eficaz, carecer de antecedentes penales o que éstos estuvieren cancelados o en trámite de ello<sup>70</sup>.

### 5.2.3. Delegación de funciones sobre el Ministerio Fiscal.

No sería ninguna locura que, si la decisión de adoptar o no la medida de prisión provisional proviene del riesgo que conlleva para los fines perseguidos por la misma, la libertad del sujeto investigado durante la dilación del proceso penal, y esta dilación es muy en parte consecuencia del “atasco” jurisdiccional en el que nos encontramos, que para agilizar las instrucciones de las causas penales se delegara competencia estas al Ministerio Fiscal, como ya se viene haciendo el proceso de menores.

En cuanto a este tema, acudimos a la opinión de Gimeno Sendra: “(...) en nuestro Estado de Derecho debe afirmarse la regla general de que las limitaciones al derecho de libertad tienen que obedecer a un presupuesto material, la fundada sospecha de la comisión de un delito de especial gravedad, y han de cumplir con la observancia de dos requisitos de índole formal: la privación ha de ser dictada por un Juez de lo penal y en el curso de un proceso penal.”, sucediendo en la práctica dentro de la fase instructora. Plantea Gimeno Sendra, que dentro de la fase instructora existen diversidad de actos heterogéneos de muy diversa naturaleza y que no todos ellos son jurisdiccionales en sentido estricto como las medidas cautelares o los actos de aseguramiento de prueba, sino que, además, existen otros actos de investigación “de una marcada naturaleza policial o administrativa”, por lo que este autor sugiere, al igual que sucede en países anglosajones o Alemania, que este tipo de actos de investigación sean realizados por otros órganos, especialmente por el Ministerio Fiscal. Si bien, matiza Gimeno Sendra, que nunca esta delegación podría alcanzar a la prisión provisional, por cuanto “la detención o la prisión provisional no constituyen acto de investigación alguno, sino que participan de la naturaleza de las medidas cautelares de carácter personal.”, con todas las notas propias de la misma<sup>71</sup>.

Gimeno Sendra, plantea entonces esta interrogante sobre si el Ministerio Fiscal español podría asumir funciones judiciales en cuanto a adoptar resoluciones limitativas de la libertad, y ello en base al art. 5. 3º del CEPDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos) al decir que la prisión habrá de ser dispuesta por el “Juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer funciones judiciales”. El TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en el asunto SCHIESSER contra el

---

<sup>70</sup> MAJADA, A./RIBO DURAN, L./RIBO BONET, A.: *PRACTICA PROCESAL PENAL. VOLUMEN VI*, BOSCH BARCELONA, 1997.

<sup>71</sup> GIMENO SENDRA, V.: *EL PROCESO DE HABEAS CORPUS*, TECNOS, MADRID, 1985.

Estado suizo<sup>72</sup> resolvió en sentido afirmativo en base a que la legislación del Cantón de Zúrich otorgaba al Ministerio Público toda la instrucción y en ella la potestad de adoptar prisión provisional, y que el concepto “autoridad habilitada por la ley para ejercer funciones judiciales” debe incluir a todo órgano independiente, mereciendo a su juicio esta calificación el Ministerio Fiscal suizo.

En el actual sistema español, con excepción de la jurisdicción de menores en que el Ministerio Fiscal, en lugar del juez, asume la instrucción de las diligencias o expedientes de menores (decidiendo el juez la situación personal o medida de internamiento), y, aunque últimamente son muchas las voces, si bien con un tono más político que otra cosa, que pretenden conceder al Ministerio Fiscal mayor protagonismo y decisión en la instrucción de las causas, buscando la similitud con la jurisdicción de menores, lo cierto es que esta opción hoy por hoy no es viable. Y no lo es, porque en palabras del propio Gimeno Sendra: “el M.F. español, y a diferencia del del Cantón de Zúrich, no es elegido en sufragio universal”<sup>73</sup>, y, aunque con el art. 124 de la C.E. y su propio Estatuto Orgánico tenga la misión de velar por la “independencia de los Tribunales” concediéndole cierto grado de autonomía, el ordenamiento jurídico español no permite esta posibilidad. El Fiscal es un órgano colaborador de la Jurisdicción, según Gimeno, pero su independencia no es similar a la de los órganos judiciales, sino todo lo contrario, puesto que está sometido al principio de dependencia jerárquica, y no es absolutamente independiente del Ejecutivo, así resulta que el Fiscal General del Estado es designado por el Rey a propuesta del Gobierno. Así, el art. 5. 2º del EOMF (Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) le prohíbe “la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos”, y, si bien le permite este artículo ordenar la detención preventiva, la prisión provisional sólo puede adoptarla el juez instructor competente.

---

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 4 de diciembre, 1979.

<sup>73</sup> GIMENO SENDRA, V.: *EL PROCESO DE HABEAS CORPUS*, TECNOS, MADRID, 1985.

## 6. CONCLUSIONES.

La prisión provisional, o preventiva, ha sido una medida cautelar cuya aplicación ha estado siempre en constante crítica y estudio en nuestro país durante los últimos tiempos, debido tanto al interés estatal en su correcta aplicación, como a la peligrosidad para los derechos individuales derivada de la aplicación generalizada o injustificada de la misma.

Todo lo anteriormente visto y argumentado en el presente trabajo, nos permite sacar una serie de conclusiones y valoraciones en cuanto a la aplicación de la medida, las cuales en conjunto dan cobertura a la premisa inicial de que la regulación actual en nuestro país, cuyas fallas en algunos ámbitos hemos destacado, se traduce en una aplicación errónea, ineficiente y generalizada de la medida en cuestión. En base a esto exponemos también las consecuencias que esta situación puede producir, y al mismo tiempo ofrecemos una serie de medidas alternativas que puedan paliar a futuro la aplicación errónea de la medida de prisión provisional.

Seguidamente vamos a recopilar las conclusiones principales y correlativas propuestas que se han expuesto en el trabajo:

- Hemos visto al exponer en el punto dos del presente trabajo la regulación actual de la prisión preventiva que, en distintos aspectos de la misma, no acompaña, ya no solo a la opinión de distinguidos autores, si no a la propia esencia de la medida y yendo más lejos, del propio espíritu de un estado constitucional. Entre estas destacamos la disposición del art. 504.4 de la LECrim, el cual establece la posibilidad de que, habiendo transcurrido los plazos máximos de duración para la prisión provisional, esto no impediría la nueva adopción de la medida en caso de que el investigado no acudiera a cualquier llamamiento judicial. Esto no es otra cosa que, como apunta el profesor Asencio Mellado, hacer recaer el mal funcionamiento de la administración de justicia sobre el investigado, teniendo en cuenta la dilatación en el tiempo de los plazos para el enjuiciamiento de la causa, e incluso sin tener en cuenta esto, esta es una regulación opuesta a la reiterada doctrina del TC, por lo que sería manifiestamente inconstitucional.

Dejando de lado la duración de la prisión preventiva, entramos en los modos de cumplimiento. Ya hemos visto en el apartado correspondiente que, fundamentando en base a las puntualizaciones del profesor Ramos Méndez, en cuanto a la prisión incomunicada, la ley no aporta realmente unos motivos reales que justifiquen la incomunicación en su primer párrafo, dejando la aplicación de esta a la finalidad establecida en su apartado 1.b), referente al control de la investigación criminal. Pero lo realmente interesante y útil para la cuestión que nos atañe es la opinión que da en cuanto a la aplicación de la prisión provisional atenuada. Lo característico de esta modalidad de prisión

provisional es que la privación del derecho fundamental de libertad que conlleva no se realiza en un centro penitenciario. En la regulación actual esta modalidad sólo está pensada para dos situaciones tasadas, las cuales a primera vista dejan ver que el fundamento de su establecimiento es puramente por razones humanitarias tales como, que el investigado contraiga una enfermedad grave o que vaya a cometerse a un tratamiento de desintoxicación interno en un centro especializado. Pero, siendo el derecho del que se priva un derecho fundamental, siendo estrictamente excepcional la aplicación de esta medida cautelar, cabría esperar que la ley previera un uso más amplio de esta medida, con lo que se minimizaría el impacto en el derecho a la libertad, al realizarse la reclusión en el propio domicilio del investigado con la vigilancia o medidas alternativas que se piensen necesarias (algunas de las cuales ya hemos expuesto en este trabajo), así como se minimizaría también el daño y consecuencias producidas por una posible aplicación errónea de la medida, tanto en el investigado (al ser moralmente menos lesivo) como para el Estado desde el punto de vista económico, al preverse menos indemnizaciones al respecto (nos remitimos al apartado 4 del trabajo), como desde el punto de vista jurídico, al regular una alternativa menos lesiva para con los fines propios de la Constitución.

- En el punto tres, hemos analizado la validez y legitimidad de la alarma social como justificación o argumento para la adopción de la medida cautelar de prisión preventiva, para luego ir más allá, e incluso cuestionar la validez que otorga la ley al peligro de reiteración delictiva como presupuesto válido para su adopción. En cuanto a la alarma social, en síntesis, nos referimos al principio de culpabilidad, así como a numerosas sentencias del año 1997, pero especialmente a las STC 98/1997 de 20 de mayo, en la cual Manuel Jiménez de Parga y Cabrera formula en su voto particular su discrepancia total a considerar la alarma social como motivo, causa o razón para decretar la prisión provisional. Pero si vamos lejos, nos encontramos que en la actualidad la alarma social está íntimamente ligada al peligro de reiteración delictiva, del cual, como ya viene promulgando Asencio Mellado, no es argumento válido para la adopción de la prisión preventiva, por no poder ser considerada ésta como una función puramente cautelar, si no como una medida de seguridad predelictual, es decir, la prevención de comisión de nuevos delitos. Esta no es una pretensión ilegítima, y es cierto que puede ser útil para este fin si existieran otros de los presupuestos establecidos para la misma, los cuales sí pueden ser calificados como cautelares, y fueran suficientes por sí mismos para adoptar la medida, pero si esto no fuera así, y se basara la adopción de la medida únicamente en la previsión de nuevos hechos delictivos, se estaría desvirtuando la naturaleza de la prisión provisional, y confundiendo con una

de las funciones propias de la pena, “el control de la peligrosidad asociada al autor del delito y de la disposición criminal latente en la sociedad”<sup>74</sup>.

Analizamos también en el apartado tres, como ha variado el ejercicio de la prisión provisional en nuestro país en los últimos años, y la conclusión obtenida tampoco es agradable. Tras revisar los datos proporcionados tanto por el Ministerio del Interior como por páginas webs especializadas en el tema como [Institucionpenitenciaria.es](http://Institucionpenitenciaria.es) o [Prison-insider.com](http://Prison-insider.com), y Diarios Digitales como Crónica Global, hemos podido comprobar que el uso de la prisión preventiva en España ha ido aumentando progresivamente en los últimos años, un 2,6% respecto del año pasado, el cual también aumentó un 4,6% respecto del 2017, siendo el total de presos preventivos a diciembre de 2019 de 9.452. En cuanto a la estancia en prisión de los reclusos preventivos encontramos que la media es de 6 meses, lo cual llama la atención teniendo en cuenta la existencia de casos cuya duración es tan exagerada como el “Caso Sandro Rosell” o el caso de “el crimen de Almonte” (ambos objeto de estudio en el presente trabajo), por lo que deducimos que existen numerosos casos en los cuales la estancia es menor de 6 meses, y como exponemos en su correspondiente apartado, habría que, caso por caso, ver si estas causas cuya duración se puede prever “corta” podría ser sustituida por una de las medidas alternativas que se proponen, como podría ser la retirada del pasaporte o la detención vigilada en el propio domicilio, ya que esta dilación en el proceso podría ser considerada insuficiente para la aplicación per se de esta medida cautelar.

- En el punto cuatro hemos expuesto tanto la regulación referente a las consecuencias de la errónea aplicación de la medida, que dan lugar al resarcimiento del investigado, así como la jurisprudencia relevante en cuanto al tema, junto a los comentarios de distintos autores. Y lo que encontramos una vez analizados los artículos respectivos de la LOPJ y el CP, principalmente el art.294 LOPJ y 121 CP, es que efectivamente se prevé legalmente que los ciudadanos puedan, por una parte, pedir una indemnización por los perjuicios producidos tanto por error judicial o funcionamiento anormal de la administración, atendiendo al tiempo de privación de libertad como a las consecuencias personales y familiares padecidas; así como también se prevé, como apuntan Cuello Contreras y Mapelli Caffarena<sup>75</sup> en base al art. 121 CP, una responsabilidad civil ex delicto, la cual sería compatible con la responsabilidad patrimonial de la administración derivada del mal

---

<sup>74</sup> RODRIGUEZ RAMOS, L.: *COMPENDIO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*, DYKINSON S.L., MADRID, 2006.

<sup>75</sup> CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B.: *CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. DERECHO - BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE EDITORIAL TECNOS. SPANISH EDITION*, TECNOS, MADRID, 2011.

funcionamiento de los servicios públicos, sin que esta suponga una duplicidad indemnizatoria. Esto se traduce en que, si una demanda del perjudicado por los daños sufridos no prosperase en la jurisdicción penal, siempre se podría acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. En cuanto a la cuestión indemnizatoria de entre las múltiples sentencias que nombramos, destacamos una de actualidad, la STC 85/2019, la cual declara como inconstitucional la limitación de casos indemnizables por prisión preventiva indebida sólo a los que terminaban en absolución por inexistencia del hecho imputado o los que por esta misma causa daban lugar a auto de sobreseimiento libre, pasando a ser procedente la indemnización a la totalidad de casos en los que habiendo sufrido prisión preventiva, sean absueltos o se haya dictado sobreseimiento libre, cuando se hayan irrogado perjuicios.

Finalmente, habiendo concluido todo lo anterior, en el punto 5 recopilamos una serie de medidas alternativas a la prisión provisional, las cuales creemos que, si se impulsaran y regularan de manera apropiada, podrían ser de utilidad para paliar la errónea e ineficaz aplicación de la prisión preventiva. Entre estas medidas, podríamos destacar la retirada del pasaporte y comparecencia apud acta, principalmente en cuanto al aseguramiento de la permanencia del investigado en el territorio nacional; la aplicación en los casos más graves, sin que sea necesaria estrictamente la prisión provisional ordinaria o incomunicada, de la prisión atenuada; el uso legalmente establecido de la orden de protección para casos de violencia doméstica y de género, los cuales desgraciadamente suponen una parte importante dentro del presupuesto de evitación de que el investigado actúe contra bienes jurídicos de la víctima, como ya hemos expuesto en el correspondiente apartado. Y, por último, hay que destacar una medida que consideramos útil en tanto en cuanto minoraría el uso de prisión provisional, al aligerar las instrucciones de causas penales en situaciones de “atasco” jurisdiccional, como en la que nos encontramos en nuestro país: La delegación de competencias sobre el Ministerio Fiscal. Esto es algo que ya se viene haciendo en los procedimientos de menores, en los que el Ministerio Fiscal asume la instrucción de las diligencias o expedientes de menores, pero la realidad es que, hoy en día esta ampliación de poderes no sería posible en nuestro sistema jurídico. Esto es así porque el actual sistema español, como ya apunta Gimeno Sendra en comparación con la legislación del Cantón de Zúrich en donde resulta posible, la Fiscalía General del Estado no es elegida por sufragio universal, si no por el Rey a propuesta del Gobierno, por lo que la incidencia del poder ejecutivo sobre el poder judicial sería más intensa de lo acostumbrado ya en nuestro país, y por este motivo, esta medida alternativa no podría ser aprovechada, actualmente, por nuestro sistema judicial.

## 7. REDACCIÓN BIBLIOGRÁFICA Y DE FUENTES EMPLEADAS.

### 7.1. Bibliografía.

- ARMENTA DEU, T.: *LECCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL*, MARCIAL PONS, MADRID, 2010.
- ASENCIO MELLADO, J.A.: *DERECHO PROCESAL PENAL*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2015.
- CARRARA, F.: *LA INMORALIDAD DE LA PRISIÓN PROVISIONAL*, DIALNET, 1872. RECURSO ONLINE: <HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/ARTICULO?CODIGO=50148>.
- CONTRERAS, C. J./CAFFARENA, M. B.: *CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. DERECHO - BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE EDITORIAL TECNOS. SPANISH EDITION*, TECNOS, MADRID, 2011.
- DE CASTRO CID, B.: *EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHO HUMANOS*, TECNOS, MADRID, 1982.
- GIMENO SENDRA, V.: *EL PROCESO DE HABEAS CORPUS*, TECNOS, MADRID, 1985.
- GIMENO SENDRA, V.: *MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL*, COLEX, MADRID, 2008.
- GUDIN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *LA PAULATINA ERRADICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: UN ANÁLISIS PROGRESIVO BAJO LAS POTENCIALIDADES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS*, DIALNET N°2078, 2009. RECURSO ONLINE: <HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/ARTICULO?CODIGO=4015032>.
- LOPEZ MARTINEZ, J.: *INDEMNIZACIÓN POR SUFRIR INDEBIDAMENTE LA PRISIÓN PREVENTIVA*, EDITORIAL JURÍDICA SEPÍN, 2019.
- MAJADA, A.: *PRACTICA PROCESAL PENAL. VOLUMEN 1*, BOSCH, BARCELONA, 1990.
- MAJADA, A./RIBO DURAN, L./RIBO BONET, A.: *PRACTICA PROCESAL PENAL. VOLUMEN VI*, BOSCH BARCELONA, 1997.
- MEMENTO PRACTICO PROCESAL*, FRANCIS LEFEBVRE, MADRID, 2018.
- MUÑOZ CONDE, F.: *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL*, B DE F, BARCELONA, 1975.
- REYES MONTREAL, J.M.: *LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR Y ANORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, COLEX, MADRID, 1987.
- PIQUE VIDAL, J./RIFA SOLER, J.M./VALLS GOMBAU, J.F./SAURA LLUVIA, L.: *EL PROCESO PENAL PRACTICO*, LA LEY, MADRID, 1990.
- PRIETO CASTRO, L., & GUTIERREZ DE CABIEDES, E.: *DERECHO PROCESAL PENAL*, TECNOS, MADRID, 1987.
- RAMOS MENDEZ, F.: *ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. DECIMA LECTURA CONSTITUCIONAL. PROCESSUS IUDICII. SPANISH EDITION. 1.ª EDICIÓN*, ATELIER LIBROS S.A., BARCELONA, 2011.
- RIOS MARTIN, J.C.: *MANUAL DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA. DEFENDERSE DE LA CÁRCEL. (2ª ED.)*, COLEX, MADRID, 2001.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.: *COMPENDIO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*, DYKINSON S.L., MADRID, 2006.
- VIVES ANTON, T.S.: *INTRODUCCIÓN: ESTADO DE DERECHO Y DERECHO PENAL. EN COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN PENAL. TOMO 1. DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN*, EDERSA, MADRID, 1982.
- ZARATE CONDE, A.: *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*, LA LEY, MADRID, 2015.

### 7.3. Páginas web.

En Internet: [https://cronicaglobal.elespanol.com/politica/espana-prision-provisional-indemnizacion\\_239664\\_102.html](https://cronicaglobal.elespanol.com/politica/espana-prision-provisional-indemnizacion_239664_102.html) (19 de junio de 2020).

En Internet: <https://www.prison-insider.com/fichapais/prisiones-esp2017?s=populations-specifiques-5d9b19c2d4a4f#populations-specifiques-5d9b19c2d4a4f> (19 de junio de 2020).

En Internet: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2017&mm=12&tm=PREV&tm2=GENE> (19 de junio de 2020).

En Internet: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2018&mm=12&tm=PREV&tm2=GENE> (19 de junio de 2020).

En Internet: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2019&mm=12&tm=PREV&tm2=GENE> (19 de junio de 2020).

En Internet: <https://derechopenitenciario.com/noticia/un-informe-internacional-denuncia-el-abuso-de-la-prision-preventiva-en-el-estado-espanol/> (19 de junio de 2020).

En Internet: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14502-el-supremo-establece-que-toda-absolucion-da-lugar-a-indemnizacion-al-perjudicado-que-haya-sufrido-prision-preventiva-indebida/> (19 de junio de 2020).

En Internet: [https://www.eldiario.es/politica/Reparacion-economica-prision-provisional-indebida\\_0\\_968703190.html](https://www.eldiario.es/politica/Reparacion-economica-prision-provisional-indebida_0_968703190.html) (19 de junio de 2020).

En Internet: <https://www.mundodeportivo.com/temas/sandro-rosell> (19 de junio de 2020).

En Internet: <https://www.elmundo.es/deportes/futbol/2020/03/03/5e5eaf1121efa06b2d8b4659.html> (19 de junio de 2020).

En Internet: [https://www.lasexta.com/programas/lo-de-evole/mejores-momentos/rosell-defiende-su-inocencia-y-destapa-una-conspiracion-contr-el-me-dijeron-que-cuando-fuera-presidente-del-barca-irian-a-por-mi\\_202005035eaf25614f9cd50001a24f4e.html](https://www.lasexta.com/programas/lo-de-evole/mejores-momentos/rosell-defiende-su-inocencia-y-destapa-una-conspiracion-contr-el-me-dijeron-que-cuando-fuera-presidente-del-barca-irian-a-por-mi_202005035eaf25614f9cd50001a24f4e.html) (19 de junio de 2020).