



**ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA MEDIDA DE PRISIÓN  
PROVISIONAL.**

FRANCISCO JOSÉ TORRES BUJALDÓN

TUTORA: ELENA BEATRIZ FERNÁNDEZ CASTEJÓN

TRABAJO DE FIN DE GRADO EN DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

AÑO ACADÉMICO 2019-2020

## RESUMEN

La medida de prisión provisional, o preventiva, ya ha sido objeto de estudio y crítica en múltiples ocasiones a lo largo de la historia de nuestra democracia. Sin embargo, la cuestión sobre su procedencia y correcta aplicación ha cobrado popularidad en las conversaciones cotidianas de los últimos tiempos, debido a una serie de casos de una alta relevancia mediática que pueden sorprender, bien por su contenido o por la forma de exponerlos en los medios.

En el presente Trabajo de Fin de Grado pretendemos exponer de forma clara la regulación actual referente a esta medida cautelar, apuntando los defectos que encontramos en esta y ofreciendo una serie de alternativas respecto de la misma. Asimismo, analizaremos la cuestión referente a la alarma social como justificación de su procedencia, y las implicaciones sociales al respecto, no solo de la aplicación fundada en la alarma social, si no de la aplicación no justificada y fundada, en general, de la misma. Por último, intentaremos dar una serie de medidas alternativas a la prisión provisional, menos lesivas, pero igual de efectivas para el fin que se persiga, evitando así el abuso de esta, y siendo más respetuosa con los derechos del investigado y consecuentes con lo que se esperaría de un Estado democrático y constitucional.

**Palabras clave:** Prisión provisional, medida cautelar, alarma social, aplicación errónea, excepcionalidad, medidas alternativas.

## ABSTRACT.

The provisional or preventive detention measure has already been the object of study and criticism on multiple occasions throughout the history of our democracy. But the question of its origin and correct application has gained popularity in the daily conversations of recent times, due to a series of cases of high media relevance that may surprise, either due to its content or the way of exposing them in the media.

In this Final Degree Project, we intend to clearly expose the current regulation regarding this precautionary measure, pointing out the defects that we find in this and offering a series of alternatives regarding it. Likewise, we will analyze the question regarding social alarm as justification for its origin, and the social implications in this regard, not only of the application based on social alarm, but also of the unjustified and generally based application of it. Lastly, we will try to provide a series of alternative measures to provisional detention, less damaging, but just as effective for the purpose pursued, thus avoiding its abuse, and being more respectful of the rights of the person being investigated and consistent with that would be expected from a democratic and constitutional state.

**Keywords:** preventive detention, precautionary measure, social alarm, wrong application, exceptional, alternative measures.



## ABREVIATURAS

**Art./Arts. – Artículo/ Artículos**

**AN – Audiencia Nacional**

**CE – Constitución Española**

**CP – Código Penal**

**INE – Instituto Nacional de Estadística**

**LECrím – Ley de Enjuiciamiento Criminal**

**LO – Ley Orgánica**

**LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial**

**STC – Sentencia del Tribunal Constitucional**

**STS – Sentencia del Tribunal Supremo**

**TC – Tribunal Constitucional**

**TEDH – Tribunal Europeo de Derecho Humanos**

**TS – Tribunal Supremo**



## ÍNDICE.

<b>1. INTRODUCCIÓN.</b>	
1.1. Objetivo general.....	7
1.2. Objetivos específicos.....	7
1.3. Metodología.....	7
<b>2. REGULACIÓN ACTUAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.</b>	
2.1. Concepto, naturaleza jurídica y finalidad de la medida.....	8
2.2. Duración de la prisión provisional.....	9
2.2.1. Plazos ordinarios.....	9
2.2.2. Reglas excepcionales en el art. 504.....	10
2.3. Clases o modos de cumplimiento de la prisión provisional.....	11
2.3.1. Ordinaria.....	11
2.3.2. Incomunicada.....	11
2.3.3. Atenuada.....	13
2.4. Procedimiento para su aplicación.....	14
2.4.1. Solicitud de ingreso.....	14
2.4.2. Órgano competente.....	16
2.4.3. Formas de finalización de la medida.....	18
2.5. Presupuestos para su adopción.....	19
2.5.1. Generales a todas las medidas cautelares.....	19
2.5.2. Específicos de esta.....	20
<b>3. LA ALARMA SOCIAL Y LA PASTILLA AZUL DE MATRIX.</b>	
3.1. Introducción: respecto de la alarma social y los medios de comunicación.....	23
3.2. La alarma social como argumento inválido por sí mismo.....	25
3.3. Análisis estadístico en torno a la aplicación de la medida.....	27
<b>4. CONSECUENCIAS POR LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN.</b>	
4.1. Regulación en cuanto al resarcimiento del investigado.....	30
4.2. Jurisprudencia relevante al tema.....	34
4.3. Especial mención al Caso Sandro Rosell.....	40
<b>5. ALTERNATIVAS SUGERIDAS.</b>	
5.1. Introducción.....	45
5.2. Medidas menos lesivas para el fin perseguido.....	46
5.2.1. Orden de no abandonar un determinado territorio.....	47
5.2.2. Medidas para la protección de la víctima.....	47
5.2.3. Delegación de funciones sobre el Ministerio Fiscal.....	49
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>51</b>

<b>7. REDACCIÓN BIBLIOGRÁFICA Y DE FUENTES EMPLEADAS.</b>	
7.1. Bibliografía.....	55
7.2. Páginas Web.....	56



# 1. INTRODUCCIÓN.

## 1.1. Objetivo general.

El objetivo de este trabajo de fin de grado es, en general, ofrecer un análisis crítico sobre la figura de la prisión provisional atendiendo tanto a su regulación actual como a la numerosa base doctrinal y jurisprudencial; Así mismo también se pretende analizar su impacto social atendiendo a la, en numerosas ocasiones, exagerada y costumbrista generalización mediática de esta medida cautelar.

## 1.2. Objetivos específicos.

En primer lugar, vamos a examinar la regulación actual de esta medida cautelar, recogida tanto en la LECrim y el CP, como en su regulación menor mediante una revisión jurisprudencial restringida y una revisión doctrinal en base a la opinión fundada de diversos autores de reconocido prestigio. Una vez expuesta la regulación actual al respecto, pasaremos a analizar si puede y/o debe considerarse la alarma social y el pánico colectivo como presupuesto válido, o legítimo, para la imposición de esta medida por sí mismo, poniéndolo en contexto junto a los presupuestos que la ley establece necesarios, e incluso interpretando si, alguno de los mismos, pueden considerarse o no cautelares en sí mismos.

Por último, se pretende exponer la gravedad de las lesiones producidas a los derechos del investigado, por la posible aplicación de esta medida de modo erróneo, genérico, o sin la justificación mínima y fundada. Asimismo, nombraremos una serie de alternativas, igual de eficientes para los fines perseguidos y propios de las medidas cautelares, que, de una forma menos lesiva y prudente, puedan sustituir y paliar el excesivo uso de esta medida.

## 1.3. Metodología.

El presente trabajo de fin de grado se pretende realizar por un lado mediante una revisión jurisprudencial, tanto de sentencias del TS y el TC, como de distintos Tribunales, como TEDH o la Audiencia Nacional. Asimismo, realizaremos una revisión doctrinal, en base a los argumentos proporcionados por autores expertos en la materia, cuya opinión colectiva puede también justificarse científicamente en base a los datos contrastados.

## 2. Regulación actual de la prisión provisional.

### 2.1. Concepto, naturaleza jurídica y finalidad de la medida.

Como dice José M<sup>a</sup> Asencio Mellado, la prisión provisional o preventiva es una medida cautelar, de carácter personal, que se resuelve en la privación de libertad del investigado y adoptada en el seno de un proceso penal, por la autoridad judicial competente para los fines previstos en la constitución y los previstos en la ley<sup>1</sup>. A esta definición podemos añadirle, como dice Vicente Gimeno Sendra, que el auto mediante el cual el juez de instrucción, el cual es autoridad competente para determinar la aplicación de la medida cautelar, debe de estar “especialmente motivado”<sup>2</sup>, lo cual ya nos da una aproximación general sobre la idea de que esta no es, ni mucho menos, una medida de aplicación genérica o un trámite cuya función sea salvaguardar un abstracto sentimiento de miedo amparado en el “¿y si pasa algo luego que?” sin una justificación plena y fiable. Así, para profundizar en el concepto de prisión preventiva o provisional, hay que atender a una serie de notas o puntualizaciones necesarias, las cuales nombramos a continuación.

En primer lugar, hay que entender que la prisión provisional siempre es Jurisdiccional, lo que quiere decir que solo un órgano judicial ostenta la potestad de adoptarla, impidiéndole entonces a la autoridad gubernativa, y como es obvio, a los particulares. Profundizando más aún y con la finalidad de destacar su excepcionalidad, se destaca que dentro de los órganos judiciales, sólo pueden decretarla el órgano competente, es decir el juez de instrucción. Esta medida, debe de instarse siempre en favor del cumplimiento de determinados fines los cuales deben estar lo suficientemente motivados, ya que la medida conlleva la infracción del derecho fundamental de libertad del art. 17 CE. Y, por último, hay que destacar que, como su nombre indica, tenemos que atender a la provisionalidad de la medida. Tiene sentido, y ya no solo porque el mismo nombre de la medida lleve aparejada esta connotación de temporalidad, que se establezcan pues unos plazos máximos los cuales no puedan ser sobrepasados, en función de los distintos fines que se pretendan preservar en cada situación. Si el derecho penal se erige como última medida a adoptar frente a las conductas reprochables, no cabe esperar otra cosa que su limitación temporal en función de la duración previsible a la pena correspondiente al delito imputado.

---

<sup>1</sup> ASENCIO MELLADO, J.A.: *DERECHO PROCESAL PENAL*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2015.

<sup>2</sup> GIMENO SENDRA, V.: *MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL*, COLEX, MADRID, 2008.

En cuanto a la finalidad de esta, ya nos dice expresamente la Lecrim, en su art. 503.3, que será válida la aplicación de prisión preventiva en caso de que se persigan uno de los tres siguientes fines:

- A) “Asegurar la presencia del investigado o encausado cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga”.
- B) “Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos que exista un peligro fundado y concreto”.
- C) “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 art. 173.2 CP”

## 2.2. Duración de la prisión provisional.

En este apartado se va a, esencialmente, hacer referencia a su regulación en el art. 504 LECrim, el cual regula tanto los plazos especiales como el plazo ordinario, si bien abstracto, de la prisión preventiva.

### 2.2.1. Plazos ordinarios.

En cuanto al plazo ordinario establecido en el art. 503 LECrim, me refiero a este mismo como abstracto, en el sentido de que, deja abierta la duración de la medida a decisión del órgano judicial y la casuística, ya que al regularse esta medida sobre la idea de unos plazos máximos, no le queda más remedio al art. 503.1 que decirnos que la prisión provisional “Durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en cuanto subsistan los motivos que justifican su adopción”. Sin embargo, esta libertad de decisión sobre lo que sería el tiempo imprescindible, se ve reducida y claramente limitada, en los siguientes puntos del artículo, estableciendo unos límites máximos que acotan y restringen el plazo al que pueda someterse al encausado a la medida de prisión preventiva, estableciendo unos máximos que ya dan una idea más metódica de lo que puede ser el funcionamiento general de la institución judicial, respecto esta medida. Hay que destacar que, aunque la ley establezca unos plazos máximos acordes a la valoración de las circunstancias, como pueden ser la naturaleza y complejidad de la causa, comportamiento del investigado o incluso actividad desplegada por el órgano judicial<sup>3</sup>, sí que contempla al mismo tiempo la ley, una serie de prórrogas en determinados supuestos, los cuales procedemos a exponer.

---

<sup>3</sup> *MEMENTO PRACTICO PROCESAL*, FRANCIS LEFEBVRE, MADRID, 2018.

Por un lado, cuando los fines perseguidos sean los de riesgo de fuga del investigado, o el riesgo de reiteración delictiva, y el delito imputado tenga señalada una pena igual o superior a 3 años, la duración máxima no podrá ser superior a 1 año, estableciéndose una posible prórroga de 6 meses a esta. Aún con esto, cuando los fines perseguidos sean los mismos que los anteriores, se prevé una duración distinta para los supuestos en los que la gravedad del delito imputado sea superior, en concreto, cuando su correspondiente pena sea mayor a 3 años. En estos casos la duración de la prisión preventiva no podrá superar los 2 años, siendo prorrogable por otros 2. Esto no deja de ser como mínimo llamativo, ya que nos podríamos encontrar en la práctica con supuestos en los que, siendo la pena correspondiente al delito de 3 años y 1 día, el investigado podría, si se valorará que concurren los presupuestos necesarios, estar en prisión preventiva más tiempo del que estaría preso si la sentencia fuera condenatoria. Por último, establece la LECrim en su art. 504.3 un plazo máximo de 6 meses sin opción de prorrogarse en el tiempo, para los casos en los que se pretenda impedir la destrucción, alteración u ocultación de fuentes de prueba relevantes para el proceso.

### 2.2.2. Reglas excepcionales en el art. 504.

Con todo esto, el art. 504 no deja de establecer, una serie de reglas especiales o excepcionales que acaben de dejar bien establecidas y atadas las situaciones que pueden darse en la práctica. El art. 504.2, párrafo segundo, nos dice que cuando el sujeto hubiera sido condenado con anterioridad en primera o ulteriores instancias la prisión provisional, siendo aún la condena no firme, puede extenderse hasta la mitad de la pena efectivamente impuesta. En cuanto a al cómputo de los plazos, el punto 5 del artículo nos dice claramente que “se tendrá en cuenta el tiempo que el investigado o encausado hubiere estado detenido o en prisión provisional por la misma causa”, lo cual no deja de ser otro golpe sobre el clavo que es la idea de que en un estado Democrático, no puede utilizarse ni el cómputo de los plazos, ni cualquier medida indisciplinadamente, para poder alargar la estancia del investigado en prisión. Aún con esto, si establece la ley que “Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en el que la causa sufriere dilaciones no computables a la administración de justicia” parece que en clara referencia a aquellas en las que se diera mala fe por parte del investigado. Sin embargo, el punto 4 del artículo dispone que el transcurso de estos plazos máximos no quita ni impide que se pueda acordar de nuevo la medida en caso de que el investigado no acuda, sin motivo legítimo, a cualquier llamamiento judicial. Dice Asencio Mellado<sup>4</sup> que esto está en contradicción con el punto 5º del mismo artículo, además de la naturaleza excepcional de la prisión provisional como del derecho de presunción de inocencia. Comenta, denotando la gravedad de dilatar en demasía la medida, que “La opción del legislador carece de justificación y hace recaer

---

<sup>4</sup> ASENCIO MELLADO, J.A.: *DERECHO PROCESAL PENAL*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2015.

sobre el investigado los efectos del mal funcionamiento de la administración de justicia (...) Si en los plazos previstos legalmente, ya suficientemente dilatados la causa no puede ser enjuiciada no parece admisible que pueda ser de nuevo acordada por incomparecencia del tribunal”, llegando incluso a decir que esta norma, además de ser opuesta a una reiterada doctrina del TC, es manifiestamente inconstitucional.

### 2.3. Clases o modos de cumplimiento de la prisión provisional.

Ahora que ya hemos hablado de la naturaleza y definición de la prisión preventiva, y visto cuales son los plazos a los que puede someterse al investigado, es hora de ir un paso más allá, y ver cuáles son los modos puede cumplirse la prisión preventiva una vez decretada:

#### 2.3.1. Prisión provisional ordinaria.

La modalidad ordinaria, como su nombre indica, es el modo de cumplimiento base y sin excepcionalidades que se prevé en la ley, sin perjuicio de que más tarde dudemos de si esto debería o no ser así. Se corresponde con el cumplimiento de la medida y, por tanto, con la restricción de la libertad del investigado, en un establecimiento penitenciario, si bien, pese a estar en prisión les son aplicables un régimen penitenciario distinto al aplicable a los penados, el cual está recogido en los art. 521 y ss. de la LECrim (Entre ellos el famoso derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable). Otra característica esencial de esta modalidad que nos ayudará a ponerla en contraposición con la siguiente es, el derecho del investigado en prisión preventiva a mantener comunicaciones, ya sean escrita u orales.

#### 2.3.2. Prisión provisional Incomunicada.

Como en la anterior modalidad, podemos partir otra vez del nombre que se le da a este modo de cumplimiento para hacernos una idea de lo que estamos hablando. La prisión incomunicada como bien se indica, consiste en el modo de cumplimiento de la medida restringiendo el derecho del preso a comunicarse con otros, el aislamiento de este buscando conseguir unos determinados fines, o más bien, la no obstrucción e incluso destrucción de los propios de la prisión provisional. Obviamente al referirnos así a la finalidad de aplicar esta modalidad al preso preventivo, estamos hablando principalmente de casos en los que el contacto del preso con el exterior pueda causar la destrucción de medios de prueba relevantes, o la obstrucción de la investigación por parte de este, como parece establecer el art. 509 LECrim en su apartado 1.b), cuando cita que podrá aplicarse cuando concurra “necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal”. No parece racional por otra parte, que deba aplicarse al preso la modalidad incomunicada conforme establece el apartado 1. a) del mismo artículo,

cuando dice que podrá aplicarse esta cuando exista “Necesidad urgente de evitar graves consecuencias que pueden poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona”, ya que esta es en sí misma una de las finalidades de la prisión provisional. Antes de la modificación de este apartado del artículo por la L.O. XXX/2015 (Para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas para la investigación tecnológica) la LECrim establecía que “el juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicada para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos”; Parece entonces que el apartado 1.a. del actual artículo solo ha matizado cuales son los bienes jurídicos que se pretende proteger (intentando a mi parecer causar alarma hablando de la vida y libertad), y que ya se incluían en la definición anterior de la ley. Con esto no pretendo decir que el anterior apartado de la ley estaba mejor o peor argumentado, puesto que me parecen semánticamente lo mismo, así que voy a acogerme a la crítica que hace Francisco Ramos Méndez, la cual va dirigida a la anterior ley pero que, a mi parecer, nos sirve también para la actual. Ramos Méndez ya adelanta antes de exponer el contenido legal, que este se dispone “con gran desacierto”, para pasar a decir que esta ley “no ha acertado a objetivar ni uno solo de los presupuestos que pueden justificar la incomunicación. La mayoría de los enumerados en el párrafo 1 del artículo son increíbles en relación con una persona que, por hipótesis, está presa y no añaden nada a los presupuestos genéricos de la prisión provisional”. No obstante, y basándome en el mismo apartado del libro de Ramos Méndez, sí que deja esta la puerta abierta a la aplicación de esta medida en el supuesto que establece el apartado 1.b) del actual artículo 509, argumentando que “Puede, no obstante, excepcionalmente, ser relevante para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito (...). Es decir, se circunscribe al control de las fuentes de la investigación criminal”<sup>5</sup>.

Una vez explicada la excepcionalidad con la que debe tratarse esta modalidad de prisión preventiva, es hora de enumerar cuales son esos derechos, relacionados con la incomunicación, que pueden ser restringidos en base al art 527 de la LECrim. Son esencialmente cuatro los derechos que pueden restringirse, según enumera el apartado 1 del artículo, siendo estos el derecho a designar un abogado de su confianza, entrevistarse reservadamente con aquel que se le designe, comunicarse con todas o algunas de las personas con las que tenga derecho a hacerlo (a excepción de la autoridad judicial, el ministerio fiscal y el médico forense) e incluso a acceder él o su abogado a las actuaciones a excepción de los elementos esenciales para poder

---

<sup>5</sup> RAMOS MENDEZ, F.: *ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. DECIMA LECTURA CONSTITUCIONAL. PROCESSUS IUDICII. SPANISH EDITION. 1.<sup>A</sup> EDICIÓN*, ATELIER LIBROS S.A., BARCELONA, 2011.

impugnar la legalidad de la detención. En relación con los reconocimientos médicos hace referencia el apartado 3 del artículo a que deberán realizarse al menos 2 cada veinticuatro horas, según el criterio facultativo.

### 2.3.3. Prisión provisional atenuada.

Por último, hay que hablar de la que es la modalidad menos lesiva para los derechos del investigado, y por esta misma razón, plantearnos si hubiera de ser o no, esta modalidad más laxa, la regla general en cuanto a los modos de aplicación de la prisión preventiva.

La peculiaridad de esta modalidad, y característica esencial de su menor lesividad, consiste en la localización en la que se haga efectiva la privación de libertad del investigado o encausado, si bien se efectuarán todas las medidas de vigilancia que sean convenientes, como es obvio. Lo cierto es que la LECrim sólo establece, en su art. 508, dos supuestos en los cuales deba de acordarse el establecimiento de esta modalidad. Es decir, que lejos de interpretar la ley esta medida como una que deba aplicarse siempre que sea posible y las circunstancias, pese a su gravedad, puedan subsanarse solamente con la restricción de libertad en el domicilio del investigado con las medidas pertinentes, la ley lo interpreta como una modalidad que se supedita como dice Asencio Mellado “a razones estrictamente humanitarias”<sup>6</sup>. La primera de ellas establece, en el art. 508.1, que “El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional se verifique en su domicilio, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud”. También matiza este artículo que el juez o tribunal podrá autorizar que el encausado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa. La otra situación en la que corresponde su aplicación, está regulada en el siguiente apartado del mismo artículo, el 508.2, estableciendo su procedencia “En los casos en los que el investigado o encausado se hallare sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pueda frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o una organización legalmente reconocida para la continuación del tratamiento”. En este sentido la ley, aunque se sobreentiende, recalca que el investigado no podrá salir de dicho centro sin autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida.

En contraposición con la argumentación de Asencio Mellado al defender que esta modalidad responde a estas razones y que está lejos de adoptarse en la generalidad de los casos, encontramos, otra vez, la opinión de Francisco Ramos Méndez, el cual nos llega a decir que esta modalidad debería ser la regla general, argumentando de tal

---

<sup>6</sup> ASECIO MELLADO, J.A.: *DERECHO PROCESAL PENAL*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2015.

modo que: “(...) en materia de derechos fundamentales la interpretación de la norma ha de ser la más favorable para el respeto a tales derechos, no parece que existan reparos para seguir reclamando la vigencia de tal posibilidad, como la medida más adecuada al actual espíritu constitucional de las medidas cautelares restrictivas de libertad. (...) La modalidad habitual de la prisión provisional habría de ser pues la atenuación de la medida. Según la norma ello se consigue mediante el arresto en el propio domicilio, con la vigilancia que se considere necesaria.”<sup>7</sup>. Parece suficiente la explicación que da Ramos Méndez para como mínimo, hacernos pensar que el legislador está primando el abstracto derecho a la paz social por encima de los derechos fundamentales individuales, o bien, y siendo esta posibilidad mucho más perjudicial, que ni siquiera hayan contemplado la posibilidad de analizar el caso concreto. Parece de sentido común que existiendo esta modalidad menos lesiva, no se haya contemplado su posibilidad más allá de las posibilidades que la ley enumera. Parece lógico que pese a que la casuística es impredecible y variada, se pueden ver claramente un conjunto de casos (por fin perseguido) en los que pueda ser beneficioso aplicarse la privación de libertad en el mismo domicilio con medidas de vigilancia estrictas, por ejemplo, no tendría sentido contemplar esta posibilidad en casos de violencia de género, donde precisamente se pretende mantener alejado al presunto agresor de la víctima y en la mayoría de casos estas conviven bajo el mismo techo; Sin embargo, tampoco parece racional aplicar la prisión preventiva ordinaria en lugar de la atenuada en casos en los que se pretenda prevenir la destrucción de medios de prueba u obstaculización de la investigación cuando estas se encuentren fuera del alcance del domicilio del investigado.

## 2.4. Procedimiento para su aplicación.

### 2.4.1. Solicitud de ingreso.

El comienzo del procedimiento para la adopción de la prisión provisional se encuentra en lo que se denomina “audiencia previa”, denominación ésta que nos llama la atención, semánticamente hablando, por coincidir con el trámite de la audiencia previa en el juicio ordinario del proceso civil, pero cuya denominación la recogen varios autores, principalmente Gimeno Sendra. Dicho trámite es una comparecencia ante el órgano jurisdiccional, donde acuden las partes y efectúan sus alegaciones con posible práctica de prueba, medios de prueba que podrán practicarse en el acto o dentro de las 72 horas que dura la detención judicial.

---

<sup>7</sup> RAMOS MENDEZ, F.: *ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. DECIMA LECTURA CONSTITUCIONAL. PROCESSUS IUDICII. SPANISH EDITION. 1.<sup>A</sup> EDICIÓN*, ATELIER LIBROS S.A., BARCELONA, 2011.

Efectivamente, Gimeno Sendra nos dice que: “Se entiende por audiencia previa la vista que, previa solicitud de las partes acusadoras ha de practicarse ante el Juez de Instrucción y ello como presupuesto necesario para que el Juez de instrucción con la presencia del imputado asistido por su Abogado y del MF a fin de que, como resultado de tales alegaciones pueda decidir con imparcialidad acerca de la situación personal del imputado”<sup>8</sup>. En esta definición, actualmente, el término imputado, debe sustituirse por el de investigado o encausado, según la nueva redacción terminológica.

Cabe destacar que la prisión provisional se puede adoptar tanto si la persona está detenida, como si no lo está. En el primer supuesto, esto es que nos encontremos ante una persona detenida investigada, el art. 505.1 LECrim dispone que “Cuando el detenido fuere puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza.”.

Esta audiencia previa se tiene que realizar en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta a disposición judicial y a ella se cita al investigado asistido de su abogado que puede ser de turno de oficio o de libre designación, al Ministerio Fiscal y a las demás partes acusadoras que se encuentren personadas, a tenor del art. 505.2 LECrim. Es de destacar, sería el segundo supuesto antedicho, que la nueva regulación de la figura que estudiamos, contempla la posibilidad de que se celebre la comparecencia, no ya sólo para el investigado detenido, sino que también se exige tanto para solicitar y eventualmente decretar prisión provisional de la persona investigada no detenida o su libertad provisional bajo fianza (art. 505.2 in fine LECrim), como para investigados que gozando de libertad provisional, se pretenda sustituir dicha medida cautelar por la de prisión provisional o por la de libertad provisional con fianza, y, todo ello, claro está siempre que medie previa solicitud del Ministerio Fiscal o resto de partes que ejerzan la acusación (art. 539 en su párrafo 3º LECrim), o sea, a instancia de parte. En estos casos, estamos hablando de que existe una modificación peyorativa de las medidas cautelares preexistentes, que se considera han de ser modificadas.

No tiene sentido ni razón de ser, evidentemente, la celebración de comparecencia o audiencia previa, cuando el juez que vaya a determinar la situación personal del individuo vaya a adoptar la libertad provisional sin fianza continuando las diligencias de investigación, la modificación de la libertad provisional como más favorable<sup>9</sup> o, la libertad plena procediendo al sobreseimiento de las diligencias. En otro caso, la audiencia previa será preceptiva y a instancia de parte, por lo que en la

---

<sup>8</sup> GIMENO SENDRA, V.: *MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL*, COLEX, MADRID, 2008.

<sup>9</sup> Art. 539 párrafo 5º LECrim.

misma rige el principio dispositivo, lo que hace que ya no sea solo semánticamente en lo que se acerca al juicio ordinario del proceso civil. Igualmente, se aplica el principio de contradicción, puesto que acusación y defensa mantendrán posturas contradictorias en sus planteamientos.

Por su parte, Asencio Mellado habla de esta medida cautelar, considerando la existencia de cierto prejuzgamiento, al estar anticipando los efectos de una posterior sentencia condenatoria.<sup>10</sup>

La resolución que se adopte, lo será siempre por medio de Auto, el cual ha de ser motivado, es decir, expresará los hechos, los fundamentos de derecho y el juicio lógico que el juez realice, ateniéndose al art. 503 LECrim.

El auto de prisión provisional será reformable de oficio o a instancia de parte durante todo el curso de la causa, pudiendo el Juez levantar la prisión con puesta de libertad, sin la previa petición de parte –aunque lo habitual es que lo haya solicitado el Abogado defensor- y en el momento en que el Juez considere que las circunstancias que se tuvieron en cuenta para adoptarla han variado (art. 539 LECrim). En relación con el no requisito de la petición de parte, el Juez podrá adoptar de oficio y provisionalmente las medidas procedentes, cuando no pueda celebrarse la audiencia inicialmente convocada, o el investigado se halle en situación de libertad provisional y esta situación sea conveniente reformarla. En estos casos la audiencia debe convocarse para dentro de las siguientes 72 horas a la resolución judicial. No será necesaria tampoco la petición de parte, cuando se acuerde la libertad provisional sin fianza o mejorar dicha libertad provisional, ni tampoco para supuestos de prohibición de residencia o de estancia en determinados lugares acordada en el seno de una orden de protección, en relación todo ello a los artículos 505.1, 539 pfo. 5º y 544 bis LECrim. El Auto que se dicte, es recurrible en apelación, con o sin reforma previa, como establecen los arts. 507 y 766 LECrim.

#### 2.4.2. Órgano competente.

En principio, la celebración de la audiencia se realizará ante el Juez de Instrucción que fuere competente, pero se puede presentar el caso de su realización ante un Juez que careciese de competencia para continuar con las diligencias de investigación. Ejemplos de esta situación son varios: pensemos en una persona sobre la que pesa una requisitoria de busca y captura, y es detenida en un lugar a muchos kilómetros de distancia del Juzgado que tramita las diligencias; o, la persona detenida en tiempo posterior (días, meses, años) a la comisión de los presuntos hechos de investigación; o, persona detenida por actos de violencia de género (criterio de especialidad de este tipo de juzgados). En todos estos casos, tomará declaración al

---

<sup>10</sup> ASCENCIO MELLADO, J.A.: *DERECHO PROCESAL PENAL*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2015.

detenido investigado y, en su caso, celebrará la preceptiva comparecencia o audiencia previa, el Juez de Instrucción que estuviere en funciones de guardia, está claro que este juez va a resultar ser “incompetente” y es un Juez o Tribunal distinto del que conoce o le corresponde conocer la causa o procedimiento, y esto supone ciertamente un imprevisto o eventualidad, más aún cuando el detenido no puede ser puesto a disposición del Juez competente en el plazo de las 72 horas. Dicha situación, viene resuelta en la LECrim en su artículo 505.6, permitiendo al Juez “incompetente” celebrar la audiencia o comparecencia del artículo 505, y, una vez remitidas las diligencias al Juez competente, éste “oír al investigado o encausado, asistido de su abogado, tan pronto cuando le fuera posible y dictará la resolución que proceda.”. Ni que decir tiene, por continuar con los ejemplos expuestos, que la persona detenida que estaba en busca y captura pasará a disposición del Juez o Tribunal que lo estaba buscando; la detenida en tiempo posterior pasará a disposición del Juzgado de Instrucción que estuviere de guardia cuando se cometieron los hechos; y, el detenido por actos de violencia de género, pasará a disposición del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer competente, siguiendo criterios de especialidad.

En resumen, caben tres posibilidades en cuanto al órgano competente para adoptar la prisión provisional, siempre en forma de auto, y conforme al art. 502 LECrim, a saber: como caso normal, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa; el que resultara incompetente conforme al art. 505.6 LECrim; y, ya en fase de juicio oral, los tribunales que se encarguen del enjuiciamiento de la causa. De forma excepcional, se permite celebrar la audiencia mediante videoconferencia (arts. 306.4 y 325 LECrim).

El Profesor Asencio Mellado apunta la posibilidad de que en las diligencias se hubiese decretado el secreto de las actuaciones, lo cual, si se adopta la medida de la prisión provisional, no exime que el auto, siempre motivado, sea notificado a las partes, aunque en forma que no afecte “a la consecución de las finalidades perseguidas”<sup>11</sup>.

Teresa Armenta Deu apunta que en la copia que se notifique a las partes, se “omita aquellas cuestiones imprescindibles para preservar la finalidad del secreto”<sup>12</sup>. Armenta Deu, en la obra ya citada, añade dos casos concretos que se pueden presentar por el “juego de los recursos”. El primero es que, el órgano competente para dictar el auto de prisión provisional sea el Juez u órgano superior jerárquico

---

<sup>11</sup> ASENCIO MELLADO, J.A.: *DERECHO PROCESAL PENAL*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2015.

<sup>12</sup> ARMENTA DEU, T.: *LECCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL*, MARCIAL PONS, MADRID, 2010.

(normalmente la Audiencia Provincial) al Juez de instrucción, si aquél estima el recurso interpuesto contra la decisión del Juez de instrucción de no acordar la prisión provisional (arts. 507 y 766.5 LECrim). El segundo es que el órgano competente sería quien hubiere de dictar la sentencia definitiva, si ésta ha sido recurrida y se ha acordado prorrogar la medida de la prisión provisional, igualmente será competente el órgano superior jerárquico (Audiencia Provincial, TSJ Sala de Lo Penal o Tribunal Supremo) al estar pendiente de resolverse el recurso de apelación o de casación.<sup>13</sup>

Para finalizar este apartado, mencionaremos el Proceso de Menores, el cual presenta la característica especial de que a la comparecencia de adopción de medidas cautelares, tienen que asistir, además de las partes habituales ya citadas, un representante del Equipo Técnico y otro de la Entidad Pública de protección de los menores, los cuales han de ser también necesariamente oídos respecto a la conveniencia de la medida a adoptar por el Juez de menores. Además, en el Proceso de Menores, se reduce a 24 horas el plazo para la práctica de prueba.

### 2.4.3. Finalización de la medida

Ya hemos comentado que la existencia de esta medida no puede ni debe prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines perseguidos con su adopción.

En el momento de dictar el auto de prisión provisional, éste lleva consigo, y se unen al mismo, que el Juzgado expida dos mandamientos, para que pueda llevarse a efecto, uno de ellos es para la Policía judicial encargada de la custodia y traslado del preso preventivo, y el otro, para el director del establecimiento penitenciario en donde va a quedar ingresado el preso preventivo<sup>14</sup>. Lógicamente, cuando se modifique la situación personal del mismo y quede en libertad, el Juzgado expedirá igualmente un mandamiento dirigido al director de la prisión<sup>15</sup>.

Conviene señalar que el Juez instructor dispone de amplias facultades para decretar la prisión o la libertad del detenido o investigado, y esa decisión se puede modificar en cualquier momento en un sentido u otro, atendidas las circunstancias, y tal como hemos dicho. Si adopta una medida de prisión provisional, desde el punto de vista de la defensa, se va a pretender que la misma finalice en libertad provisional,

---

<sup>13</sup> ARMENTA DEU, T.: *LECCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL*, MARCIAL PONS, MADRID, 2010.

<sup>14</sup> Art. 511 LECrim.

<sup>15</sup> ARMENTA DEU, T.: *LECCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL*, MARCIAL PONS, MADRID, 2010.

incluso con una fianza lo más reducida posible si fuere necesario, pero el caso es que llegue la libertad cuanto antes. La solicitud de libertad provisional ante una medida de prisión preventiva, en ocasiones se solicita y solicita por el Abogado defensor en reiterados escritos, hasta conseguir el ansiado fin: la libertad de su cliente o defendido. Libertad plena o libertad provisional. No hemos de olvidar que la libertad de una persona está en juego, y lo que es peor, que esa persona al final del proceso puede ser declarado inocente y quedar absuelta de todo cargo, por lo que el investigado o encausado en situación de prisión provisional, debe tener carácter preferente en la tramitación de la instrucción, la cual debe ser prioritaria y llevarse si cabe, con mayor y especial diligencia.

En caso de sentencia condenatoria, si la misma fuese recurrida, la prisión provisional puede prorrogarse o, más bien prolongarse, y ello con un límite, que es hasta la mitad de la pena que haya sido impuesta al penado. En estos casos de sentencia condenatoria, son de abono en su cumplimiento, los días en que el ya penado ha sufrido la prisión provisional, a tenor del artículo 58 del Código Penal.

## 2.5. Presupuestos para su adopción.

Con presupuestos para la adopción de la medida de prisión provisional nos estamos refiriendo, como hace la ley de enjuiciamiento criminal, a los requisitos que se establecen para ello, los cuales básicamente se traducen como los fines que se le atribuyen. Antes de entrar a ello creo conveniente hablar del límite penológico, el cual en la última reforma ha sido drásticamente rebajado de 3 a 2 años de pena de prisión en abstracto (o incluso inferior si el investigado tuviere antecedentes penales no cancelados), lo que se traduce como un uso mayor de esta medida, por mera estadística, y que indica que a día de hoy al legislador le parece que la privación provisional de libertad es o más necesaria, o menos lesiva de lo que se pensaba, ambas deducciones erróneas en un estado que tiene las herramientas para suplir esta medida en los casos más leves (como serían la retirada del pasaporte o presentación periódica ante el juzgado).

### 2.5.1. Generales a todas las medidas cautelares.

Son dos los presupuestos generales a todas las medidas cautelares, en el caso de la que nos atañe, regulados en el art. 503 LECrim.

Por una parte, el Art. 503.1-2º, establece como presupuesto general el llamado *fumus boni iuris*. Se estipula en la ley como requisito estableciendo la necesidad de que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer culpable criminalmente a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión, del delito o delitos imputados. Esto se concreta entonces con la existencia de una imputación delictiva,

con lo que se presupondrá cumplido este requisito sólo cuando el sujeto o sujetos de la medida hayan adquirido previamente la condición de investigado.

Por otro lado, la aplicación de la medida de prisión provisional debe de ampararse en la existencia del llamado *periculum in mora*. Este requisito significa en abstracto, el peligro a que por la propia demora en el enjuiciamiento del investigado y su correspondiente sentencia condenatoria o absolutoria, puedan concurrir una serie de supuestos contrarios a los fines que estipula la norma para la adopción de la medida. El art. 503.2 establece que para valorar la existencia o no de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer. Así mismo solo podrá acordarse la prisión provisional cuando el hecho delictivo imputado sea doloso.

Al exponer de esta forma cuales son los dos requisitos generales y comunes al resto de medidas cautelares, nos damos cuenta de que realmente es en el segundo, el *periculum in mora*, en el que nos vamos a detener a analizar los fines que la prisión provisional persigue en concreto. La ley enumera estos fines de manera taxativa y exclusiva, es decir, que solo son estos los que conforman justificación suficiente para su aplicación, lo que en ningún momento debería de negar la sustitución de ésta por una medida menos gravosa si esta fuera más adecuada, y por supuesto, cuando la prisión preventiva no fuera objetivamente necesaria.

### 2.5.2. Específicos de esta.

Son entonces presupuestos o requisitos específicos de la prisión preventiva los que se disponen en el art. 503 LECrim, más en concreto los que enumera su apartado 1.3:

- a. “Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga”. Para valorar la existencia de este peligro la ley contempla varios factores o criterios que habrán de tenerse en cuenta, si bien las circunstancias pueden ser muy variadas. Establece entonces la ley que se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado, a la situación familiar, laboral y económica de este, así como la inminencia del juicio oral, especialmente en los casos de los llamados “juicios rápidos”. En este último caso, los juicios rápidos pueden ser una navaja de doble filo a la hora de determinar necesaria o no la aplicación de prisión preventiva. Podemos entender por una parte que al ser más inmediata la celebración del juicio, es menos necesaria la restricción de libertad del investigado, sin embargo, no sería descabellado imaginar que, si el enjuiciamiento y su previsible condena son más cercanos en el tiempo, podría intensificarse el riesgo de fuga y evasión de la justicia.

Por otro lado, parece que la ley prevé como excepción, menguando paradójicamente la excepcionalidad de la medida, que cuando el afectado no hubiera concurrido en los dos años inmediatamente anteriores a llamamientos judiciales por motivos no justificados, se podrá establecer esta medida pese a que el delito imputado conlleve una pena inferior a dos años de privación de libertad.

- b. “Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento de los casos en que exista un peligro fundado y concreto”. En cuanto a este presupuesto, nos dice Teresa Armenta Deu que el fin no es simplemente preservar las fuentes de prueba en general, ya que dicha configuración atentaría contra la exigencia de proporcionalidad, por tanto, el objetivo se circunscribe a aquellas relevantes para el enjuiciamiento y sobre las que se aprecie, además, la existencia de un peligro fundado y específico<sup>16</sup>. Establece en esta línea la ley que, para efectuar esta valoración se atenderá a la capacidad del sujeto para acceder por sí mismo o a través de terceros a las repetidas fuentes, o bien, para influir sobre otros imputados, testigos, peritos o quienes pudieran serlo.
- c. “Evitar que el encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del CP”. Al hablar de esta forma la ley sobre el existente peligro de una posible reiteración delictiva por parte del sujeto, nos vemos obligados a definir cuáles son criterios que nos permitan ver claramente si existe o no tal riesgo. Lo primero que deberíamos de valorar entonces, es la naturaleza del delito imputado, más en concreto si nos encontramos ante un delito doloso. Como dicen Joaquín Cuello Contreras y Borja Mapelli Caffarena: “El dolo es conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias constitutivas del tipo de injusto a través de la acción que el autor ejecuta (...) el dolo es conocimiento de los elementos de la infracción penal”<sup>17</sup>, por tanto, teniendo en cuenta que para su aplicación la pena correlativa al delito ha de ser de 2 años o superior, siendo además este doloso, no es absurdo pensar que el sujeto pueda causar daños aún mayores sobre los bienes jurídicos de la víctima de forma deliberada. Con todo esto, no basta con que se tengan indicios abstractos o inexactos de las circunstancias que pueden confirmar el riesgo de reiteración delictiva, estos indicios deben de ser justificados y debidamente acreditados en las actuaciones.

---

<sup>16</sup> ARMENTA DEU, T.: *LECCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL*, MARCIAL PONS, MADRID, 2010.

<sup>17</sup> CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B.: *CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. DERECHO - BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE EDITORIAL TECNOS. SPANISH EDITION*, TECNOS, MADRID, 2011.

Para finalizar, no hay que pasar por alto, por su frecuencia y gravedad, que en el artículo anterior (503.1-3º C), al referirse especialmente a los casos enumerados en el art.173.2 CP, debemos destacar “el que habitualmente ejerza violencia física sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre la persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. Obviamente dentro de esta definición entra el concepto de violencia doméstica, y sin dejar de menos esta o los supuestos siguientes del mismo apartado (los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, así como los menores o personas con discapacidad a su cuidado o tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de su cónyuge o conviviente) debemos de destacar, los supuestos de violencia de género. Esta atención especial al tema tiene un sentido real y plasmado en las estadísticas y los datos, que hablan más claro que muchos discursos políticos insustanciales. Según el Instituto Nacional de Estadística El número de mujeres víctimas de violencia de género aumentó un 7,9% en el año 2018, hasta 31.286, mientras que las víctimas de violencia doméstica ascienden a 7.388. Esto denota la mayor gravedad de la situación que vivimos y no es de extrañar que se contemplen medidas adicionales para frenar el crecimiento de casos y víctimas, que resulta escandaloso. Ya prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 544 la pertinente orden de protección para los casos de violencia doméstica y de género, en los que proceda su aplicación, pero por otra parte habremos de plantearnos si es correspondiente o no la medida cautelar de prisión provisional. Respecto de esto, cierto personaje de ficción interpretado por Al Pacino en “El Padrino II”, nos diría que hay que mantener a tus enemigos más cerca aún que a tus amigos. Michael Corleone se equivoca. Estando redactada la Ley de Enjuiciamiento Criminal de la manera en la que lo está, la medida de prisión preventiva no solo ha de considerarse también en estos casos, si no, que además no hay que entenderla como una medida alternativa al incumplimiento de la orden de protección del art. 544, cuando ésta consista en el alejamiento o prohibición de acercarse a la víctima. Siempre que se den los presupuestos para su adopción, y sean justificados, esta medida se deberá emplear también, exactamente igual que con el resto de sus presupuestos.

### 3. LA ALARMA SOCIAL Y LA PASTILLA AZUL DE MATRIX.

#### 3.1. Introducción: respecto de la alarma social y los medios de comunicación.

“Si tomas la pastilla azul fin de la historia, despertarás en tu cama y creerás lo que quieras creerte” -Morfeo (*Matrix*, 1999).

En muchas ocasiones, la mayoría de la población tomamos apenas sin darnos cuenta esta “pastilla azul” a la hora de informarnos, al encender el telediario y escuchar lo que nos dice el periodista al que se le supone entendido, o al menos objetivo sobre el tema. No es ninguna novedad que los medios de comunicación más convencionales suelen dramatizar y enfatizar unos u otros aspectos y matices dependiendo del corte político al que sean más propensos, sin hablar de las distintas presiones que puedan existir por parte de los distintos grupos políticos, como ya se ha visto en alguna ocasión. ¿Qué tiene que ver esto con la prisión preventiva? Pues tiene que ver que por la propia naturaleza de la medida los medios de comunicación, raramente informados como se debería sobre las cuestiones jurídicas, crean una imagen de la medida que si bien puede estar mejor o peor enfocada, influye en la población.

Al dar visibilidad a una u otra opinión, normalmente de carácter político, sucede que estas opiniones públicas enmascaradas en un aire de profesionalidad, como si por ello fueran objetivas cuando meramente están dando una opinión, dan cobertura o avalan el inicio de movimientos sociales que producen una alarma social, a veces incluso justificada sobre la falsa idea de que ya existe una alarma social en población. Un ejemplo de esto último sería la alarma generada a causa de las declaraciones de integrantes del partido político Vox sobre la situaciones de los menores extranjeros no acompañados (menas), en las cuales, como por ejemplo manifestó la presidenta de Vox Madrid Rocío Monasterio el 4 de Noviembre del año pasado, aseguraban que “no son fácilmente integrables y estamos teniendo un problema también con los asistentes sociales que trabajan en los centros de menas porque están sufriendo agresiones”, sin hacer referencia a ninguna fuente ni aportar ningún dato estadístico avalado por una institución competente. Estas declaraciones junto al resto del discurso político de este partido se basan en una alarma social

preexistente que como mínimo no se podría decir que está fundada, ya que los propios vecinos de las zonas a las que se hacían referencia salieron a desmentir el mal comportamiento de menas. Pero las consecuencias de esta “no fundada” alarma social, se tradujeron en la otra cara de la moneda, una alarma social creada a partir del lanzamiento de un artefacto explosivo a un centro de acogida para menas en el barrio de madrileño de Hortaleza.

El problema de todo esto, más allá de los problemas políticos o sociológicos, es que afecta directamente al derecho y en concreto al derecho penal. No es ninguna novedad que vivimos en un momento en el que los medios de comunicación buscan el titular, la gran noticia que impacte al público, la exclusiva. Ni sería la primera ni seguramente la última vez que un sector de la población, enfadada e incluso alentada por lo que se dice y como se dice en los medios de comunicación, acuse directamente a uno u otro cargo político, a uno u otro grupo social, llegando a dar declaraciones del tipo “debería de estar ya en la cárcel”, o “Es muy peligroso que siga en libertad” sin saber cuáles son las circunstancias, e incluso muchas veces sin ser conocedores del derecho penal. Creo que aquí procede hablar de uno de los principios troncales del derecho penal, el principio de culpabilidad. El reconocimiento de este principio supone afirmar que sólo se puede castigar a alguien por lo que hace en el ejercicio normal de su autonomía personal, es decir, para que un individuo pueda ser castigado con una pena, es necesario que el hecho injusto le sea personalmente reprochable, partiendo de la premisa de que el ser humano es responsable de sus actos<sup>18</sup>. Es por tanto este principio totalmente contrario a la actitud de generalización del derecho penal que vemos día a día en la sociedad, y esta actitud, si bien viene de la desinformación de la población respecto de estos temas, no ayuda el hecho de que gran parte del periodismo de moda (sin entrar en la difícil distinción entre periodista y twitterero hoy en día) opine de estos desde una posición de conocimiento, cuando no es así.

He querido poner en el inicio de esta introducción la cita del personaje de Samuel L. Jackson en la mítica escena de las pastillas en Matrix, haciendo una analogía entre la pastilla azul con el costumbrismo a la desinformación y a dejarnos llevar por nuestros pensamientos ético-morales al respecto del tema que toque. Pero lo cierto es que, si bien veo criticable el ejercicio actual que se hace del periodismo mayoritario, no hay que olvidar que sí que hay periodistas y expertos en la materia que se esfuerzan por dar datos y explicar cómo funcionan las diversas situaciones jurídicas al caso, vamos, por contarle a la población “hasta donde llega la madriguera de conejos”.

---

<sup>18</sup> ZARATE CONDE, A.: *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*, LA LEY, MADRID, 2015.

### 3.2. La alarma social como argumento inválido por sí mismo.

Hoy en día no cabe duda de esta afirmación ya que tanto el CP como la LECrim, y sobre todo esta última, no contemplan cosa contraria en ninguno de sus artículos. Como ya hemos visto, el art. 503 de la LECrim establece cuales son los requisitos para la adopción de esta medida, sin mencionar en ningún momento la alarma social como motivo para la misma. Pero esto no es una realidad moderna ya que el Tribunal Constitucional se ha venido pronunciando sobre este tema desde 1997, hasta en cuatro ocasiones en el mismo año, frente a recursos de amparo todas estas: la STC 156/1997 de 29 de septiembre, STC 107/1997 de 2 de junio, STC 66/1997 de 7 de abril, y por último la STC 98/1997 de 20 de mayo. Me gustaría destacar esta última, la STC 98/1997 de 20 de mayo, por la existencia de voto particular que formula el Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, en el cual expresa: “Mi discrepancia principal con esta Sentencia se centra en el modo de considerar la «alarma social» como motivo, causa o razón para decretar la prisión provisional. Creo que es un asunto importante, que nuestro Tribunal debe afrontar y resolver; la frecuencia con que los Jueces y los Tribunales fundamentan sus Autos de prisión en la «alarma social» generada por un hecho supuestamente delictivo, añade al interés teórico de la cuestión unas notables consecuencias prácticas. (...) cualquier enjuiciamiento de la «alarma social” como motivo suficiente para decretar la prisión provisional exige emplear numerosas cautelas y muchas reservas, ya que se trata de un concepto indeterminado (estándar jurídico, dicen otros), que sólo excepcionalmente, en una versión muy precisa, puede ser utilizado en el ordenamiento constitucional. La mayoría de las invocaciones de la «alarma social», a fin de justificar la prisión provisional de alguien, son inconstitucionales. Sólo la auténtica «alarma social» acaso tiene encaje en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero advirtiendo que esta circunstancia de inquietud profunda y generalizada rarísima vez se genera con la comisión de un hecho delictivo”<sup>19</sup>. Entendemos entonces que una auténtica alarma social, que esté relacionada con la posible comisión de un delito, necesariamente tendrá que concurrir con uno de los requisitos establecidos en el art. 503 de la LECrim, ya que esos son lo suficientemente generales para entender que una auténtica alarma social extendida a nivel general procedente de la comisión de un delito debería cumplir al menos uno de los requisitos para adoptar la prisión provisional.

Visto esto, en base a la concepción que podemos tener más de actualidad de “alarma social” o al menos sobre la alarma social a la que más protagonismo se le da en los medios públicos, podemos analizar a partir de cuál de los tres grandes requisitos o presupuesto propios de la prisión preventiva se vislumbra una alarma social con mayor incidencia y frecuencia. Este no es otro que el fin de prevención de reiteración delictiva. Tanto en telediarios como en diarios informativos encontramos un número

---

<sup>19</sup> Voto Particular del Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, en la STC 98/1997 de 20 de mayo.

de titulares inmensamente mayor en cuanto a la alarma generada en la población por el miedo y pánico social a que una persona investigada por delitos de abusos o agresiones sexuales, lesiones, robos con fuerza e incluso homicidios o asesinatos, pueda volver a cometerlos estando en libertad a la espera de juicio en comparación al raro miedo o alarma en la población por que un investigado huya de la justicia o destruya pruebas importantes para el enjuiciamiento, que si bien puede existir, es infinitamente menos frecuente. Pero teniendo en cuenta esto, me gustaría hacer referencia a la opinión de dos autores de gran renombre, y ya nombrados anteriormente: Francisco Ramos Méndez y José M<sup>a</sup> Asencio Mellado.

Comenzando por este último, Asencio Mellado se opone en efecto a alarma social como justificación de la prisión provisional, pero no deja esto aquí, llegando más lejos al decir que la propia finalidad de prevención de reiteración delictiva no se ajusta a los fines cautelares de la medida. Dice textualmente: “eliminar un abstracto peligro de reiteración delictiva no constituye una función cautelar, cualesquiera que sean las razones que se aduzcan en su defensa y promoción, así como la existencia o no de un interés estatal en la consecución de la paz social. (...) no se trata de una pretensión ilegítima. Otra cosa es que el mecanismo utilizado sea el adecuado”<sup>20</sup>. Pensando en esto, y como más tarde el propio autor detalla, llegamos a la conclusión de que la aplicación de prisión preventiva en base únicamente a este motivo puede fácilmente confundirse con una medida de seguridad predelictual, es decir, que su función puede verse distorsionada en tanto en cuanto se puede establecer como medida de prevención de un peligro abstracto de comisión de nuevos delitos. Esta distorsión, a nivel teórico lo que conlleva es la atribución de una finalidad de prevención del crimen a una medida cautelar establecida en el seno de un proceso en marcha, siendo esta función propia de la pena al referirse al “control de la peligrosidad asociada al autor del delito y de la disposición criminal latente en la sociedad”<sup>21</sup>.

Respecto a la postura de Ramos Méndez, la cual es posteriormente seguida por Asencio Mellado, quiero destacar en concreto un párrafo de su manual *Enjuiciamiento criminal*, el cual me parece bastante ilustrativo: “En este punto se ha vuelto a colar el fantasma de la alarma social y la reiteración de hechos delictivos, en definitiva, el orden público. Para tutelarlos se vuelve a caer en la tentación de recetar la prisión provisional con un fin claramente represivo. (...) Ciertamente que los destinatarios de la norma son los profesionales de la delincuencia organizada. Pero no debería hacerse recaer el peso de la eficacia de la lucha contra este tipo de criminalidad sobre la prisión

---

<sup>20</sup> ASENCIO MELLADO, J.A.: *DERECHO PROCESAL PENAL*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2015.

<sup>21</sup> RODRIGUEZ RAMOS, L.: *COMPENDIO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*, DYKINSON S.L., MADRID, 2006.

provisional. La esencia de esta, no se olvide, es asegurar la presencia del imputado en el juicio y la ejecución de la sentencia”<sup>22</sup>.

### 3.3. Análisis estadístico en torno a la aplicación de la medida.

Si bien antes hemos hablado de cómo los medios de comunicación nos dan a consumir la pastilla azul del titular llamativo y la ignorancia, acudir a la estadística es una forma de desintoxicarnos y tomar la pastilla roja. Observar y analizar los datos nos da una perspectiva objetiva sobre las realidades que vivimos día a día, ya que, aunque puedan ser interpretables, al final lo que hay es lo que hay, y la información que da la estadística es difícilmente maleable a conveniencia del guión de los políticos o periodistas a cuyos malabares lingüísticos ya estamos acostumbrados. Entonces, fiándonos de esto y dejando a un lado las teorías conspiranoicas, el fondo de la cuestión sería analizar cuál es el uso real que se le da a la prisión preventiva en nuestro país poniéndolo en contexto con el resto de la comunidad europea, así como analizar una serie de puntos de interés al respecto de su utilización.

Según las estadísticas del Consejo de Europa, con datos al 2017, el porcentaje de reclusos en prisión preventiva en comparación con el resto de la comunidad europea es 9 puntos inferior de media, siendo del 12’7%, respecto de la totalidad de la población carcelaria. Esto puede traducirse también en que en el año 2017 en España hubo 17,5 personas en esta situación por cada 100.000 habitantes<sup>23</sup>. Según los datos a diciembre de este mismo año proporcionados por el ministerio de interior en la página web oficial de la secretaría general de instituciones penitenciarias el dato real en cuestión es de 8.362 reclusos preventivos<sup>24</sup>. Estos datos según la asociación Prison Insider, cuyo trabajo consiste en recopilar y difundir información sobre las condiciones de reclusión en el mundo, suponen un aumento del 4’3% respecto del año inmediatamente anterior, en el que le número de reclusos preventivos fue de 7.996

---

<sup>22</sup> RAMOS MENDEZ, F.: *ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. DECIMA LECTURA CONSTITUCIONAL. PROCESSUS IUDICII. SPANISH EDITION. 1.ª EDICIÓN*, ATELIER LIBROS S.A., BARCELONA, 2011.

<sup>23</sup>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).

<sup>24</sup>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).

personas<sup>25</sup>, un aumento que no queda en este año solamente ya que en Diciembre del año 2019 el número de personas en prisión preventiva fue de 9.452 según datos del ministerio<sup>26</sup>, suponiendo un aumento del 2'6% respecto de los 9.205 reclusos preventivos a diciembre del 2018<sup>27</sup>.

Vemos entonces una clara tendencia en los últimos años al aumento del uso de la prisión preventiva por parte de nuestros tribunales, lo cual puede entenderse como un aumento de la necesidad de utilización de esta, o como un uso excesivo y desproporcionado de la misma. Esta cuestión es de gran relevancia en tanto en cuanto afecta directamente a la esfera sociológica sobre la cual incide el derecho, ya que si esta tendencia procede de la necesidad de su aplicación significará que los recursos o enfoque de las medidas de prevención del crimen están resultando ineficaces, mientras que, por otro lado, si esta tendencia es resultante de un uso inadecuado de la medida, esto conllevaría un abuso que plantea un problema más hondo en nuestro ordenamiento judicial.

En el ámbito internacional, podemos destacar un informe emitido por la organización Fair Trials, organización la cual parece tener claro el motivo del aumento de uso de la prisión preventiva al decir que el uso excesivo de la detención preventiva y la falta de medidas alternativas siguen siendo problemas sistémicos en España. Así, se destaca que, desde la última Revisión Periódica Universal, “no ha habido desarrollos legislativos o prácticos que reducirían el uso de la detención preventiva a España ni hay planes de futuro para introducir esta legislación”<sup>28</sup>. Si ponemos esta teoría en contexto con las estadísticas de duración media de la prisión preventiva en nuestro país, encontramos que según los datos del ministerio del interior la estancia en prisión de

---

<sup>25</sup> En Internet: <https://www.prison-insider.com/fichapais/prisiones-esp2017?s=populations-specifiques-5d9b19c2d4a4f#populations-specifiques-5d9b19c2d4a4f> (19 de junio de 2020).

<sup>26</sup>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).

<sup>27</sup>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).

<sup>28</sup>En Internet: <https://derechopenitenciario.com/noticia/un-informe-internacional-denuncia-el-abuso-de-la-prision-preventiva-en-el-estado-espanol/> (19 de junio d 2020).

los presos preventivos es menor que la de los condenados, siendo de 6 meses de media, frente a los 8'2 meses de la media europea. Que la media de estancia en prisión provisional de los presos preventivos sea de seis meses no es casualidad, ya que es una cifra muy significativa, dado que el art. 324 de la LECrim dispone que "Las diligencias de la instrucción deberán de practicarse en un máximo de 6 meses (...) No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja (...) Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de 18 meses". Esto pone de manifiesto que en España los presos preventivos están en esta situación el plazo límite para instrucciones no complejas, cosa que llama la atención ya que el mismo artículo en su apartado 2.d) establece como causa de complejidad que se exija la realización de pericias o colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicado análisis, y tanto por la propia naturaleza de excepcionalidad de la prisión provisional, como por la "a priori" necesidad que suscitan los presupuestos de la prisión provisional de realización de informes periciales (Como podrían ser la pericial contable, tasación de daños o la pericial médico-forense, entre las más comunes). Si seguimos manteniendo pues que la prisión provisional tiene como carácter intrínseco su excepcionalidad, cabría pensar que, en estas situaciones excepcionales, la investigación criminal habría de llevarse con más celo del que se presume para una cuestión ordinaria, que por el contrario es lo que dice la estadística. Está claro que lo ideal sería que tanto la instrucción como la duración de la prisión preventiva fuera lo más breve (y efectiva) posible, pero claro está que esto no sucede siempre así, y que muchas de las causas se alargan en el tiempo ya no solo por ser determinadas complejas si no por los retrasos existentes en los juzgados y tribunales debidos al numeroso trabajo que pesa sobre los mismos. Hemos visto también numerosos casos en los que se ha llegado a alargar la estancia en prisión preventiva hasta los 22 meses e incluso 3 años y medio (haremos referencia a algunas de estas en el siguiente apartado), alcanzado casi el máximo previsto. Llama entonces la atención que la media de duración este donde está, por lo que podemos decir que sabiendo que existen causas que se alargan más allá de los seis meses, para que la media sea esta debe de haber un número considerable de casos en los que la estancia en prisión preventiva sea considerablemente menor. El fondo del asunto sería entonces plantearnos si estas investigaciones de una duración, supongamos que de 2-3 meses, y que cumplan los presupuestos para la aplicación de prisión provisional sobre el investigado, suponen una dilación suficiente en el proceso como para que sea necesaria la aplicación de la medida como tal o si por otra parte, se está aplicando esta medida porque no existe otra menos lesiva en nuestro ordenamiento jurídico que sea más acorde a estas causas menos complejas y cuya investigación es "más rápida".

## 4. CONSECUENCIAS POR LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN.

### 4.1. Regulación en cuanto al resarcimiento del investigado.

Sobre si la prisión provisional como medida estaría justificada o no, tendríamos que remitirnos de entrada al artículo 24.2 de la C.E. relativo a la presunción de inocencia, y, en base al mismo, esta medida sería inconcebible por el derecho fundamental de la presunción de inocencia, pero, por otro lado, cabría considerar que la medida se puede tomar con un fin asegurativo de una eventual ejecución de la pena.

En este “choque de trenes” entre la prisión provisional y el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en el que algunos autores italianos, tan antiguos como Francesco Carrara atribuyen a la prisión provisional el carácter de inmoral<sup>29</sup>. Está claro que se dan intereses enfrentados, por un lado, como ya hemos visto, la libertad del ciudadano, y, por otro, el interés público del Estado en salvaguardar la seguridad de la sociedad. Cuando se comete presuntamente un delito, de alguna forma habrá que asegurar la presencia en juicio del presunto autor y el cumplimiento de la pena; sabemos tiene que mediar un lapso entre la detención de esa persona y el eventual juicio a la misma, durante el cual principalmente se deben realizar las investigaciones al respecto.

A partir de ahí, la pregunta que surge es: ¿Qué ocurre cuando al final del camino, nos encontramos con la falta de justificación de la medida, o lo que es lo mismo, nos encontramos con una Prisión Provisional injusta?, ¿Cómo se podrá, si es que se puede, resarcir al investigado, y cuál sería su regulación?

La respuesta a las interrogantes anteriores no solo es una cuestión legal o estadística, sino que en ella confluye un componente, sin duda, moral, de naturaleza humanitaria, la vida de una persona, de sus familiares más cercanos y sus amistades, un tiempo en que se ha estado privado de libertad, aún de forma preventiva, y de forma injusta. Supuestos en que no se es autor del delito; incluso, cuando se está más tiempo en prisión provisional a lo que se ha señalado al delito cometido.

La normativa legal, con base en el art. 294 LOPJ, venía estableciendo (los cambios jurisprudenciales al respecto serán tratados en el punto 2 de este apartado) que sólo cabe indemnización cuando el hecho imputado no ha existido. El art. 294 LOPJ contempla un supuesto muy concreto en que la prisión provisional surge como consecuencia de la injusticia cometida. La persona que haya sufrido una prisión preventiva, y resultase finalmente absuelto o se hubiese decretado el sobreseimiento

---

<sup>29</sup> CARRARA, F.: *LA INMORALIDAD DE LA PRISIÓN PROVISIONAL*, DIALNET, 1872.

libre de las actuaciones por la inexistencia de los hechos perseguidos en su contra, tendrá derecho a solicitar la responsabilidad patrimonial del Estado. Son también de aplicación, por tanto, los supuestos del art. 292 LOPJ, error judicial o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, que son el desarrollo del art. 121 CE.

La Tesis del Profesor Asencio Mellado, es que la indemnización es obligatoria, a tenor del artículo 294 LOPJ. En aquellos supuestos en que en la medida cautelar adoptada concurra error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que produjese perjuicios a la persona investigada acusada, en estos casos el Estado debe indemnizar al ciudadano las consecuencias que deriven de dichos perjuicios<sup>30</sup>.

En palabras de Ramos Méndez, “El acordar la libertad de una persona equivale a reconocerle su estado natural según la Constitución”. Siguiendo a este autor, la medida de la prisión provisional puede en ocasiones ser superflua y hasta injustificada, por eso el orden a seguir debería ser “libertad provisional, detención, prisión provisional” y no al revés, siempre optando por la solución menos gravosa e interpretando siempre a favor de la solución más beneficiosa al sujeto. Así lo ha reiterado numerosas veces el Tribunal Constitucional, en cuanto a la prisión provisional, entre otras la STC 32/1987, de 12 de marzo y 117/1987, de 8 de julio. En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado ante una prisión provisional injusta, Ramos Méndez es especialmente “inquisitivo” para con el Estado al decir que “Tan preciado es el valor libertad que cuando se atenta contra él (...)”<sup>31</sup>.

En el mismo sentido, Gimeno Sendra cuando afirma que “(...) la vinculación del imputado al proceso, el obtener su futura personación en el juicio oral, no tiene por qué necesariamente pasar por la negación de su derecho a la libertad”<sup>32</sup>. El caso Rosell u otros que abordaremos seguidamente, son buena prueba de esta afirmación del Profesor Gimeno.

Por su parte, Armenta Deu apunta que, en caso de absolución o condena a pena inferior a la cumplida como preso preventivo, estamos ante una vulneración del art. 17.4 de la C.E. y cabe solicitar una indemnización exigiendo la responsabilidad

---

<sup>30</sup> ASENCIO MELLADO, J.A.: *DERECHO PROCESAL PENAL*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2015.

<sup>31</sup> RAMOS MENDEZ, F.: *ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. DECIMA LECTURA CONSTITUCIONAL. PROCESSUS IUDICII. SPANISH EDITION. 1.ª EDICIÓN*, ATELIER LIBROS S.A., BARCELONA, 2011.

<sup>32</sup> GIMENO SENDRA, V.: *MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL*, COLEX, MADRID, 2008.

patrimonial del Estado, conforme a los arts. 121 C.E. y 294 LOPJ. Respecto a la cuantía a solicitar, en opinión de esta autora, dependerá del tiempo de privación de libertad y las consecuencias familiares y personales padecidas, lo cual parece bastante lógico. El trámite es una petición al Ministerio de Justicia y el plazo un año a partir del día en que pudo ejercitarse.<sup>33</sup>

Los profesores Cuello Contreras Y Mapelli Caffarena al hablar de la responsabilidad de la Administración, afirman que en base al art. 121 CP, apartado primero, la responsabilidad civil *ex delicto* es compatible con la responsabilidad patrimonial de la Administración que derive de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, y siempre que ésta proceda y sin que ello suponga una duplicidad indemnizatoria<sup>34</sup>. Si una demanda del perjudicado por los daños sufridos, no prospera en la jurisdicción penal, le cabe acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa por la vía del art. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), y cuya referencia a ésta en la actualidad debe entenderse hecha, por extensión al art. 32 y ss de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

Al referirse al recurso de revisión, Prieto Castro y Gutiérrez De Cabiedes se centran en la responsabilidad patrimonial del Estado por errores judiciales, la cual fue agregada al art. 960 LECrim por una Novela de 24 de abril de 1933, algo que evidentemente era exigible “por la justicia clamable por inocentes condenados”. Y es muy interesante la alusión de dichos autores al mencionado artículo de la LECrim, por cuanto las indemnizaciones civiles “a que hubiere lugar” a favor de los interesados o sus herederos, serán satisfechas por el Estado, pero éste tendrá el derecho de repetir contra el juez o el tribunal que hubiera incurrido en responsabilidad, condicionado claro está, a que se dicte una sentencia condenatoria en un proceso contra el juez o tribunal<sup>35</sup>.

Al hilo de lo anterior, hay que acudir al art. 296 LOPJ que establece la responsabilidad del Estado de los daños producidos por dolo o culpa grave de Jueces y

---

<sup>33</sup> ARMENTA DEU, T.: *LECCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL*, MARCIAL PONS, MADRID, 2010.

<sup>34</sup> CUELLO CONTRERAS, J./ MAPELLI CAFFARENA, B.: *CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. DERECHO - BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE EDITORIAL TECNOS. SPANISH EDITION*, TECNOS, MADRID, 2011.

<sup>35</sup> PRIETO CASTRO, L./GUTIERREZ DE CABIEDES, E.: *DERECHO PROCESAL PENAL*, TECNOS, MADRID, 1987.

Magistrados, debe entenderse, en el ejercicio de sus funciones, y debiendo declararse previamente la concurrencia de dicho dolo o culpa grave, según apuntan Piqué, Rifá, Valls y Saura<sup>36</sup>. El Estado, posteriormente en estos casos podrá repetir contra Jueces y Magistrados, en cuyos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal. El mencionado art. 296 LOPJ fue modificado por la L. O. 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 296: “1. Los daños y perjuicios causados por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones darán lugar, en su caso, a responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquéllos.

2. Si los daños y perjuicios provinieren de dolo o culpa grave del Juez o Magistrado, la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, podrá exigir, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido, al Juez o Magistrado responsable el reembolso de lo pagado sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que éste pudiera incurrir, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

El dolo o culpa grave del Juez o Magistrado se podrá reconocer en sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que éste determine. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido y la existencia o no de intencionalidad.”

La posibilidad, a tenor del art. 297 LOPJ, de que sean los particulares los que directamente puedan ejercitar la acción de responsabilidad civil contra el Juez o Magistrado, ya que algún autor como Reyes Monterreal fundamentaba en el carácter directo de la responsabilidad y el principio de economía procesal<sup>37</sup>, hoy no existe al haber sido derogado el mencionado art. 297 LOPJ por la L. O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, y quedar esta posibilidad vedada por el propio art. 296.1 LOPJ.

---

<sup>36</sup> PIQUE VIDAL, J./RIFA SOLER, J.M./VALLS GOMBAU, J.F./SAURA LLUVIA, L.: *EL PROCESO PENAL PRACTICO*, LA LEY, MADRID, 1990.

<sup>37</sup> REYES MONTREAL, J.M.: *LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR Y ANORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, COLEX, MADRID, 1987.

## 4.2. Jurisprudencia relevante al tema.

En principio, y con base en el art. 294 LOPJ, se establecía la vía para poder exigir una indemnización en el caso de haber sufrido una prisión preventiva injusta, bien por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La STS de 3 de junio de 1989 y el Auto del TS, Sala 2ª, de 19 de mayo de 1989 indican que para que prospere la indemnización sin una previa declaración de error judicial, la absolución tenía que ser por inexistencia del hecho o por falta de participación no extensiva a falta de prueba de su participación. También se consideró que esta indemnización debería hacerse extensiva a algunos supuestos de sobreseimiento provisional<sup>38</sup>. Para todos estos casos, obviamente sería necesario, como dispone la LOPJ, acreditar los perjuicios producidos en el reclamante y fijar una cuantía indemnizatoria en función del tiempo en prisión privado de libertad y las consecuencias personales y familiares producidas. Piqué, Rifá, Valls y Saura señalan<sup>39</sup> un supuesto de cumplimiento de condena por más tiempo del debido y en el que sobrevinieron unas lesiones, la STS de 16 de julio de 1984 señaló como criterios orientativos, salario dejado de percibir, tiempo indebido en prisión, importancia y trascendencia de las lesiones en el orden personal y profesional, y el daño moral padecido.

En un principio, cabría pensar que no estamos ante un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia cuando un Juez decreta prisión provisional aplicando la ley y en ejercicio propio de sus funciones como juez, dado que si considera que existe una apariencia delictiva podría para dicho Juez ser razón bastante. Así, autores como Arturo Majada son de la opinión que en estos casos no se puede hablar de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ni de error judicial, ya que “toda vez que la actuación judicial se ajusta a las normas que la regulan y no existe una divergencia entre la realidad formal y el juicio determinante de la decisión judicial que acuerda la prisión.”<sup>40</sup>. Cosa distinta, siguiendo a Majada, es que estemos ante una sentencia condenatoria para un juez por un delito de prevaricación, en este caso sí debe considerarse el supuesto como de error judicial si la medida de prisión preventiva se adoptó por el juez en forma dolosa o culposa sin que objetivamente existieran motivos suficientes para ello.

---

<sup>38</sup> STS de 30 de junio de 1989, Ar 4926.

<sup>39</sup> PIQUE VIDAL, J./RIFA SOLER, J.M./VALLS GOMBAU, J.F./SAURA LLUVIA, L.: *EL PROCESO PENAL PRACTICO*, LA LEY, MADRID, 1990.

<sup>40</sup> MAJADA, A.: *PRACTICA PROCESAL PENAL. VOLUMEN 1*, BOSCH, BARCELONA, 1990.

Majada, en la obra citada, concluye que, si a una prisión preventiva le sigue una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre por inexistencia de hecho, “se entiende que el propio proceso penal ha evidenciado la existencia de error judicial, de suerte que ya no será necesaria una decisión jurisdiccional en tal sentido.”<sup>41</sup>. No obstante, la jurisprudencia del TS venía siendo bastante restrictiva en este sentido, por citar un ejemplo, la STS, Sala 4ª, de 30 de enero de 1989 deniega la indemnización a una persona que, habiendo sufrido prisión preventiva, es absuelta por no participar en los hechos pero que condena a los otros acusados. Majada critica estas interpretaciones rígidas del TS porque no aprecian los criterios interpretativos de los arts. 3 y 4 del Código Civil, al no tomar “en consideración la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma del art. 294,1 de la LOPJ, ni se atiende al espíritu y finalidad de ella, se deja de ponderar la equidad y, por último, tampoco se aprecia la identidad de razón del supuesto específico objeto de la solicitud, no contemplado en la norma pero semejante al regulado en la misma.”<sup>42</sup>. Se podría decir que fue un adelantado a su tiempo. Cuando realiza estos argumentos, el TS continúa con su rigidez interpretativa, rechazando las indemnizaciones a quienes hubiesen sufrido prisión preventiva, a no ser que quedase perfectamente acreditada la inexistencia del hecho; así, el TS mantenía que había que hacer un juicio de valor<sup>43</sup>, no admitía las absoluciones por falta de prueba<sup>44</sup>, tampoco lo admitía en el archivo de diligencias si constaba la existencia del hecho<sup>45</sup>; sin embargo, como veremos posteriormente, el Tribunal Constitucional, ha declarado en la Sentencia 85/2019, de 19 de junio, la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del artículo 294.1 LOPJ.

Tema de mayor calado en estos casos, es evidentemente la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Las Sentencias del Tribunal Constitucional 36/84, de 14 de marzo, 5/1985, de 23 de enero y 50/89 de 21 de febrero, afirman que cuando no es posible el restablecimiento in natura, hay que acudir a fórmulas sustitutorias reparadoras, entre las cuales está la indemnización. Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base del art. 50 del Convenio Europeo. Pues bien, conviene analizar a la luz del criterio jurisprudencial, las pautas que han de ser tenidas en cuenta y la cantidad indemnizatoria. Como pautas a seguir, Piqué, Rifá, Valls

---

<sup>41</sup> MAJADA, A.: *PRACTICA PROCESAL PENAL. VOLUMEN 1*, BOSCH, BARCELONA, 1990.

<sup>42</sup> MAJADA, A.: *PRACTICA PROCESAL PENAL. VOLUMEN 1*, BOSCH, BARCELONA, 1990.

<sup>43</sup> STS Sala 3ª, 23 de enero de 1990, RJA 336.

<sup>44</sup> STS Sala 3ª, 24 de enero de 1990, RJA 353.

<sup>45</sup> STS Sala 3ª, 06 de febrero de 1990, RJA 950.

y Saura<sup>46</sup>, citan con base jurisprudencial lo siguiente: a) el principio de la indemnidad o de la reparación integral de todos los daños y perjuicios sufridos<sup>47</sup>; b) sólo es indemnizable el daño producido de forma real y efectiva, no el meramente conjeturado, eventual o hipotético, pero sí los morales<sup>48</sup>; c) corresponderá al solicitante acreditar el daño mediante prueba suficiente; d) la fijación de la cuantía de la indemnización, generalmente se efectuará de forma global, atendiendo a los módulos utilizados en las jurisdicciones civil, penal y laboral<sup>49</sup>. En lo referente al quantum o cantidad indemnizatoria, dichos autores establecen como requisitos: a) la producción de un daño efectivo en un bien o derecho, incluyendo tanto el daño emergente como el lucro cesante o perjuicio, ya sean materiales o morales, siendo imprescindible que exista un nexo causal entre la actividad u omisión judicial y el perjuicio ocasionado<sup>50</sup>; b) que sea evaluable económicamente<sup>51</sup>; no haber sido causado por fuerza mayor o fruto de una conducta dolosa o culposa del perjudicado; d) ser individualizada respecto de una persona o grupo de personas.

En el tema de la cuantía indemnizatoria, conviene detenerse a analizar el denominado daño moral y la valoración de este. Hemos de partir de una base, y es que estar en prisión, de entrada y en general para cualquier persona, ya supone un grave quebranto moral, por lo que para poder valorar el montante económico habrá que tener en cuenta factores tales como la edad, estado de salud, qué hechos han sido los imputados, si se tenía antecedentes penales o carcelarios, si es posible rehabilitar la honorabilidad perdida por el paso por la cárcel, el olvido social de los hechos, etc., que en cada caso concreto supondrán mayor o menor merma en la persona. Así las STS de 30 de junio de 1999 y 20 de enero de 2003. La mayor o menor duración de la prisión preventiva, también se tiene en cuenta, así STS 26 de septiembre de 1993 (EDJ, El Derecho Jurisprudencia 9575) y 16 de septiembre de 1995 (EDJ, El Derecho Jurisprudencia 5935). Como orientación, se debe atender al eventual salario dejado de percibir en atención a la profesión u oficio de la persona que reclama y a la ruptura producida en su entorno personal y familiar, aplicando como factor de corrección de la cuantía inicial y razonablemente reclamada un incremento porcentual al tiempo de prisión sufrido, devengando todo ello sus correspondientes intereses. El Memento Práctico Francis Lefebvre Procesal 2018, con cita a las STS de 20 de febrero de 1999

---

<sup>46</sup> PIQUE VIDAL, J./RIFA SOLER, J.M./VALLS GOMBAU, J.F./SAURA LLUVIA, L.: *EL PROCESO PENAL PRACTICO*, LA LEY, MADRID, 1990.

<sup>47</sup> STS de 2 de febrero, 1980; STC de 30 de diciembre, 1983; STC de 12 de julio, 1985; STC de 21 de julio, 1988.

<sup>48</sup> STS de 16 de mayo, 1977; STC de 26 de enero, 1978; STC de 16 de julio, 1984.

<sup>49</sup> STS de 3 de diciembre, 1982, STC de 13 de julio, 1983; STC de 16 de julio, 1984.

<sup>50</sup> STS de 24 de noviembre, 1986.

<sup>51</sup> STS de 9 de septiembre, 1986.

(EDJ 7546) y de 20 de enero de 2003 (EDJ 61418), señala como ejemplos, la determinación de módulos temporales de 15 o de 30 días y de porcentajes de incremento del 10%, del 25%, incluso del 50%<sup>52</sup>.

Decíamos anteriormente, que el criterio del TS en la interpretación del art. 294 LOPJ cambió a raíz de la STC 85/2019, de 19 de junio que “declaró inconstitucional la limitación de los casos indemnizables por prisión preventiva indebida 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.”. Así, la Sala 3ª del TS viene a establecer que el perjudicado tendrá derecho a indemnización tras haber sufrido prisión preventiva indebida “en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre”.

Después de dicha Sentencia del TC, que declara inconstitucionales y nulos los incisos del art. 294.1 LOPJ “por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa”, el citado artículo pasa a quedar redactado de la siguiente forma: “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”. Ello supone, según el TS que “salvo los supuestos de que no se hayan irrogado perjuicios, lo que es prácticamente imposible de sostener en el caso de haber padecido prisión injusta, en todos los demás supuestos el tiempo de privación de libertad debe ser indemnizado”.

En concreto la Sentencia del Tribunal Supremo que ha establecido este nuevo criterio, a raíz de la dictada por el TC, es la STS 3121/2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 10 de octubre de 2019, de la que ha sido Ponente D. César Tolosa Tribiño. En este caso, según informa *Noticias Jurídicas (Wolters Kluwer)* de 16/10/19, “se condena a la Administración de Justicia a abonar una indemnización de 3.000 euros a un hombre que estuvo 351 días en prisión provisional por decisión de un Juzgado de Instrucción de Hospitalet de Llobregat tras ser denunciado por un delito de violación y un delito de lesiones. La prisión se decretó el 25 de octubre de 2013, y el hombre fue absuelto el 10 de octubre de 2014 por la Audiencia de Barcelona, que decretó además su libertad provisional. La citada indemnización por prisión preventiva indebida se suma a los 6.750 euros de indemnización que ya le reconoció la Audiencia Nacional en primera instancia por las dilaciones indebidas en la tramitación de su proceso penal. Es decir, en total percibirá 9.750 euros.”. La citada página de información jurídica continúa diciendo que: “Sobre la cuantía de la indemnización por prisión indebida, el Supremo recuerda que la Ley señala que se establecerá “en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que

---

<sup>52</sup> MEMENTO PRACTICO PROCESAL, FRANCIS LEFEBVRE, MADRID, 2018.

se hayan producido”. Asimismo, indica que hay que partir de la obligación que corresponde a la parte demandante de acreditar los daños y perjuicios que se alegan causados por la prisión provisional, de forma tal que sobre ella recae la obligación de aportar los datos y circunstancias concurrentes que han de servir para determinar los daños efectivamente causados.<sup>53</sup>

En el presente caso, el TS subraya que la parte se ha limitado a solicitar una indemnización fijando una cantidad global por cada día de privación de libertad, petición que sólo viene apoyada en dos datos, de un lado la edad del demandante (31 años) y de otro, la carencia de antecedentes penales. Consiguientemente ninguna referencia se realiza a circunstancias laborales y familiares del recurrente que pudieran haberse visto afectadas por la prisión, las cuales tampoco se deducen del expediente administrativo y más en concreto de las actuaciones penales.

Se concluye pues que “Siendo esto así, los elementos a tomar en consideración para fijar la indemnización quedan reducidos, en el presente caso, al tiempo de duración de la privación de libertad y al carácter más o menos afrentoso del delito imputado, en este caso un delito de violación”, indican los magistrados.”<sup>54</sup>.

El Tribunal Constitucional, en la indicada Sentencia 85/2019, de 19 de junio, se ha basado para anular los incisos referidos del art. 294.1 LOPJ en dos principios constitucionales básicos, el principio de igualdad (art. 14 CE) y el principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y, afirma que “(...) se observa que circunscribir el ámbito aplicativo del art. 294 LOPJ a la inexistencia objetiva del hecho establece una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto a los inocentes absueltos por no ser autores del hecho al tiempo al tiempo que menoscaba el derecho a la presunción de inocencia al excluir al absuelto por falta de prueba de la existencia objetiva del hecho.”. Es de destacar, que esta STC no afecta a supuestos ya juzgados, y así lo dice la misma Sentencia: “En consecuencia, esta sentencia no permite revisar procesos fenecidos ni reabrir los plazos para formular reclamaciones indemnizatorias.”.

Julián López Martínez. Director de Sepín Administrativo y Abogado, diferencia entre el régimen jurídico e interpretación aplicable hasta noviembre de 2010 en que el

---

<sup>53</sup>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).

<sup>54</sup> 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).

TS reconocía la indemnización tras prisión preventiva si el proceso penal terminaba en sentencia absolutoria o con sobreseimiento libre, siendo contrario a si estos casos eran debidos a falta de pruebas suficientes contra quien estuvo en prisión preventiva; y el cambio en la interpretación del art. 294 LOPJ a partir de noviembre de 2010, en que la STS de 23 de noviembre de 2010 establecía que en casos de prisión preventiva solo sería indemnizable si el sobreseimiento o la absolución lo fue por no haberse cometido el delito o los hechos no eran tipificables (casos de “inexistencia objetiva” del hecho), eliminando de la indemnización casos de absolución por haberse probado su no participación en los hechos (supuestos de inexistencia subjetiva)<sup>55</sup>. Todo esto cambia con la STC aludida y la inconstitucionalidad declarada en el art. 294 LOPJ en los términos ya expuestos.

Estadísticamente, según informa *el diario.es* 29/11/2019, “Entre 2000 y 2018, el Ministerio de Justicia ha pagado 53,5 millones de euros a ciudadanos afectados por estos fallos. No hay cifras desglosadas sobre qué parte de ese dinero fue destinado a resarcir a personas que estuvieron en situación de prisión provisional de manera injusta. En los 53,5 millones están incluidas las indemnizaciones por retrasos indebidos en los procesos, extravío de pruebas o errores en las notificaciones.”. A raíz de la nueva doctrina sentada por el TC y el TS, se prevé por parte del Ministerio de Justicia un importante incremento de reclamaciones, y el departamento correspondiente “prevé una horquilla de entre 17 y 52 euros por cada día pasado en prisión preventiva de manera injusta. La parte más baja se corresponde con el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), uno de los valores más empleados como requisito de acceso a prestaciones públicas; y la más alta con el baremo de indemnizaciones para víctimas de accidentes de tráfico, utilizado para determinar qué cuantías deben pagar las aseguradoras en este tipo de siniestros.”. Se informa por este diario que a fecha 1 de enero de 2019 había en España 9.309 presos preventivos.<sup>56</sup>

Como es de ver en todas estas situaciones, existe un denominador común, esto es el tiempo que, en mayor o menor medida, una persona estuvo ingresada en un centro penitenciario, privada de libertad, y todo ello de forma injusta. Por otro lado, la indemnización, que igualmente en mayor o menor medida, intente al menos resarcir aquel tiempo privado de libertad injustamente. Cualquier perjudicado en esta cuestión, diría que ni todo el oro del mundo puede compensar el daño moral, físico,

---

<sup>55</sup> LOPEZ MARTINEZ, J.: *INDEMNIZACIÓN POR SUFRIR INDEBIDAMENTE LA PRISIÓN PREVENTIVA*, EDITORIAL JURÍDICA SEPÍN, 2019.

<sup>56</sup>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).

psicológico, económico... sufrido por esa persona y su familia. De ahí, que estos casos, algunos verdaderamente llamativos, como el que referiremos en el subapartado posterior, hagan reflexionar sobre la propia figura de la prisión provisional y si efectivamente existen otras medidas menos gravosas para todos los intereses en juego, principalmente los del individuo y también los del Estado.

Serían más convenientes argumentos como el de “Es preferible dejar a un culpable en la calle que a un inocente en prisión”. Este mensaje ha trascendido en los últimos meses en el llamado caso de “El crimen de la viuda de la CAM” cuyo juicio se celebró en la Audiencia Provincial de Alicante. La Sentencia nº 10/2019 de fecha 18 de noviembre de 2019, fue absolutoria para el procesado (yerno de la víctima). El juicio se celebró con jurado popular y en su veredicto, de los nueve miembros que componían el jurado, seis lo consideraron “no culpable”. Según el fallo, el 9 de diciembre de 2016 “una persona desconocida” asestó dos tiros en la cabeza de la víctima, que, tras varios minutos de agonía, le provocaron la muerte. La libertad provisional del finalmente procesado se produjo a las pocas semanas de su detención, con una fianza de 150.000 euros, por lo que la prisión preventiva no fue excesivamente larga, aunque siempre en estos casos, poco es mucho, por el ya citado quebranto personal, familiar y económico. Como diría el más clásico de los clásicos Marco Tulio Cicerón, “Preferiría la paz más injusta a la más justa de las guerras”.

En el que ha sido conocido como “El crimen de Almonte”, se ha producido una situación similar, por no decir más grave. Un padre y su hija de 8 años son asesinados en la localidad de Almonte (Huelva) tras recibir 151 puñaladas con arma blanca. Se detiene 14 meses después, en 2014, a la pareja de la madre de la niña y exmujer de los asesinados, como presunto autor del crimen, el cual más de 3 años después, en 2017, es declarado “no culpable” por el jurado. El Fiscal pedía 50 años de cárcel. El presunto autor, Sr. Medina, ha sido absuelto ya en tres ocasiones (Audiencia Provincial de Huelva, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y por el Tribunal Supremo). Le fue negada la libertad provisional 5 veces, durante los 3 años que estuvo en prisión preventiva. Según las propias palabras del citado Sr. Medina, tras ser absuelto “(...) y aunque dicen que existe presunción de inocencia yo he estado tres años y medio en la cárcel, no ha sido nada fácil, me han destrozado la vida”. Está claro que dicho señor, ejercitará las acciones correspondientes para que se repare de alguna forma el “sufrimiento padecido”.

#### 4.3. Especial mención al Caso Sandro Rosell.

Pero si hay un caso que se lleva la palma en lo que a la prisión provisional se refiere, por lo altamente mediático del mismo, ese no es otro que el conocido como “Caso Sandro Rosell”.

Comencemos por el final, aunque en este como en otros tantos muchos casos, ese final no sea más que el principio:

*“FALLAMOS: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE de los delitos de blanqueo de capitales y de grupo criminal, por los que, respectivamente, venían siendo acusados a: ... .*

*Se declaran de oficio las costas de este juicio.*

*Queden sin efecto cuantas medidas cautelares, personales y reales, que, contra cualquiera de los referidos acusados, se hubieren acordado con motivo de la presente causa.”.* Este es el Fallo de la Sentencia nº14/2019 de 24 de abril, dictada por la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª), en la que se absuelve a D. Alexandre Rosell Feliú, conocido como Sandro Rosell, y al resto de personas procesadas, por delitos de blanqueo de capitales y de grupo criminal.

En este mediático caso, el Ministerio Fiscal solicitaba en principio una pena total de 11 años de prisión y una multa de casi 60 millones de euros, por haberse cometido presuntamente dos delitos, uno de blanqueo de capitales (art. 301 del Código Penal) y otro de grupo criminal (art. 570 ter 1, b del Código Penal), modificando en el acto del juicio a 6 años (4 por el primer delito y 2 por el segundo) con igual multa. En resumen, los hechos eran que Sandro Rosell, presuntamente era el “cabecilla” de un entramado de sociedades que hizo que el presidente de la Confederación Brasileña de Fútbol se embolsara 19,9 millones de euros como comisiones ilegales en los contratos de derechos audiovisuales de 24 partidos de fútbol de la selección brasileña, y por un contrato de patrocinio con la firma NIKE. Por ello, siempre presuntamente, Sandro Rosell al haber actuado como intermediario, habría percibido 12 millones de euros.

En definitiva, la Sentencia, no considera probados los hechos por los que la Fiscalía acusaba, lo cual se podría resumir en cuatro palabras básicas: in dubio pro reo: “(...) consideramos que la prueba practicada no nos alcanza a ver el blanqueo de dinero de qué acusa (...). en los términos que la plantea el M.F., ha llevado consigo que no asumamos la circulación de esos 5.000.000 E por las cuentas andorranas y la participación que en los reintegros de dicha cantidad atribuye a los señores (...) y si esto ha sido porque no hemos encontrado reproche penal en la circulación desde que entran hasta que salen del control del señor Rosell (...) ha de haber un pronunciamiento absolutorio (...)”<sup>57</sup>.

Dicha Sentencia es firme y definitiva, al haber desestimado la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional el recurso interpuesto por el Fiscal, sin que éste continuará recurriendo en casación ante el Tribunal Supremo.

---

<sup>57</sup> Sentencia nº 14/2019, de 24 de abril, dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª.

En todo este periplo judicial, que acabó en absolución, Sandro Rosell junto con su socio Joan Besolí, estuvo 22 meses en prisión preventiva, 643 días, lo que la convierte en la prisión preventiva de mayor duración en la historia de la justicia española por presuntos delitos económicos. En varias ocasiones les fue denegada la libertad provisional, siempre por riesgo de fuga según la jueza instructora, sin justificación aparente, siempre por el alto riesgo de que abandonaran el país y eludieran así la acción de la justicia, sin hacer uso de otros medios, como por ejemplo la retirada de pasaporte o presentación periódica ante el Juzgado, incluso libertad bajo fianza. Es curioso que una persona tan conocida como Sandro Rosell se pudiese fugar sin llegar a ser visto por donde fuera. Es más, al Sr. Rosell le fue bloqueado todo su patrimonio, según ha afirmado él mismo, en torno a 30 millones de euros.

Se plantea si esta situación personal (casi 22 meses de prisión provisional) supone una vulneración del derecho de defensa, lesión del derecho a la libertad, al juez imparcial y a la presunción de inocencia. Es cuanto menos curiosa la respuesta que da la mencionada Sentencia nº 14/2019, de 24 de abril, a tales vulneraciones, alegadas por los abogados del Sr. Rosell y Sr. Besolí. La Sala de la Audiencia Nacional, afirma que: “La cuestión pierde relevancia desde el momento que se acordó la libertad de estos dos acusados en auto de 27/02/2019, esto es, inmediatamente después haber sido oídos en declaración (...)”, “(...) dicha medida había cumplido la finalidad para la que está contemplada en nuestro ordenamiento, de garantizar la presencia de los dos acusados, respecto de los que se podía temer un riesgo de fuga.”, “(...) en ningún momento, se cuestionaba la presunción de inocencia, sino que se reconocía que amparaba a los acusados en plenitud de efectos, lo que no era incompatible con las razones procesales que aconsejaban dicha prisión, que se mantuvo hasta el momento en que esas razones procesales cambiaron (...)”<sup>58</sup>. En los Autos de fecha 25/10/2018 y 12/11/2018 se denegaba la libertad provisional, siempre alegando riesgo de fuga. Y, como anécdota, resulta también curioso que para apoyar ese riesgo de fuga, se decía que el Sr. Besolí tampoco es que fuera mucho a visitar a su hijo al Hospital en donde estaba ingresado por lesiones medulares sufridas e irreversibles que le han dejado en una silla de ruedas, o que, el Sr. Rosell tenía una hija nacida en Brasil y esto favorecía que pudiera huir hacia ese país, vamos, como si nadie le conociese para ir paseándose por las fronteras huyendo de la justicia.

Pero en esta cuestionable relación, entre prisión preventiva y presunción de inocencia, la Sala de la Audiencia Nacional, considera que: “En efecto, no puesta en duda la presunción de inocencia que ha amparado a todos los acusados, la razón de la

---

<sup>58</sup> Sentencia nº 14/2019, de 24 de abril, dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª.

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 confundiéndose 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).