



UCAM
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y de la
Empresa

«Análisis de la aplicación de la prisión provisional
en la España actual: críticas y propuestas de mejora»

Autor:

Antonio Casado Mena

Directores:

Dr. D. Juan Carlos Vegas Aguilar
Dr. D. José María Caballero Salinas

Murcia, septiembre de 2022



UCAM
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y de la
Empresa

«Análisis de la aplicación de la prisión provisional
en la España actual: críticas y propuestas de mejora»

Autor:

Antonio Casado Mena

Directores:

Dr. D. Juan Carlos Vegas Aguilar

Dr. D. José María Caballero Salinas

Murcia, septiembre de 2022



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

AUTORIZACIÓN DE LO/S DIRECTOR/ES DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. Juan Carlos Vegas Aguilar y el Dr. D. José María Caballero Salinas como Directores de la Tesis Doctoral titulada “Análisis de la aplicación de la prisión provisional en la España actual: críticas y propuestas de mejora” realizada por D. Antonio Casado Mena en el Programa de Doctorado de Ciencias Sociales, **autorizan su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo para dar cumplimiento al Real Decreto 99/2011 de 28 de enero, en Murcia a 12 de julio de 2022.

ANTONIO
CASADO
MENA
23040144D

Firmado digitalmente por
ANTONIO CASADO
MENA 23040144D
Fecha: 2022.07.17
17:28:41 +02'00'

JUAN CARLOS
VEGAS
AGUILAR

Firmado digitalmente por JUAN CARLOS
VEGAS|AGUILAR
Nombre de reconocimiento (DN):
cn=JUAN CARLOS|VEGAS|AGUILAR,
serialNumber=25326065Y,
givenName=JUAN CARLOS, sn=VEGAS
AGUILAR, ou=CIUDADANOS, o=ACCV,
c=ES
Fecha: 2022.07.18 08:57:58 +02'00'

NOMBRE
CABALLERO
SALINAS JOSE
MARIA - NIF
27442272Y

Firmado digitalmente por
NOMBRE CABALLERO
SALINAS JOSE MARIA -
NIF 27442272Y
Fecha: 2022.07.20
18:19:30 +02'00'

RESUMEN

Desde que la prisión preventiva se implantó como medida cautelar en los sistemas jurídicos modernos, ha sido duramente criticada por la doctrina científica, especialmente desde la aparición de las nuevas tecnologías, con las que asegurar la presencia del investigado durante el proceso es sencillo, sin necesidad de tener que recurrir al cautiverio tradicional. Dada cuenta que la libertad es el valor supremo del ordenamiento jurídico y como tal debe respetarse, el autor, junto a sus directores, pretenden que la forma de entender la prisión provisional cambie en favor de la libertad del acusado durante todo el proceso, evitando, por consiguiente, la vulneración sistemática el principio de inocencia.

En base a ello, hemos considerado conveniente poner de relieve las críticas relativas a la vulneración que se hacen de la prisión provisional respecto de sus fines, así como de los principios informadores que la sustentan, y que han de cumplirse; también críticas sobre el procedimiento establecido para su adopción, ya que son numerosos los puntos en los que la literatura legal se aleja en demasía de la práctica ejercida. Hemos analizado el uso abusivo al que la misma es sometida; el efecto estigmatizante que conlleva su mal uso, generando un entorno alarmista y de inseguridad constante; la restricción implícita y explícita que implica para la libertad del encausado, ya que éste puede verse privado de su libertad y condenado socialmente, además del sobrevenido deterioro de su salud física y psicológica, dados los largos períodos a los que se extiende la prisión provisional y los juicios, prejuicios y rumores (en gran número condenatorios) a los que se ven sometidos por la sociedad.

Hemos traído a colación la conformidad del reo como fin del problema, y que puede dar lugar a que, en ocasiones, el procesado se declare culpable por hechos delictivos que no haya cometido (o han cometido de forma distinta), aunque

es rentable conformarse dada cuenta del tiempo cumplido en prisión provisional y los años de pena reducida que se quedarían con la confesión, antes que arriesgarse a un juicio en el que, el mero intento de tratar de defender la propia inocencia, la persona se expone a penas en abstracto más elevadas.

De lo más llamativo, al menos a nuestro juicio, es la falta de estadísticas en relación a los presos preventivos y la situación actual que, sobre la temática de la presente tesis, acontece, al igual que la inexplicable impunidad de la que disfrutaban el ministerio fiscal y el juez instructor ante la absolución del preso provisional, los cuales no incurrían en responsabilidad personal alguna, ante el hecho derivado de haber acordado de forma incorrecta o innecesaria la prisión provisional. Esta impunidad favorece aún más el automatismo, binomio libertad-prisión.

Asimismo, hemos profundizado en el perjuicio económico patrimonial y laboral para el investigado; la pérdida cada vez más creciente de los derechos individuales en pos de una seguridad ficticia que ofrece el Estado como garantía ante la mencionada cesión; así como el estado policial que ello acaba constituyendo, en el que vivir, se convierte en algo existencialmente peligroso.

Analizamos y reflexionamos acerca del hecho de que el derecho a información, un derecho constitucional basado en el legítimo derecho a conocer la verdad, nos está llevando a un vivir peligrosamente, donde la renuncia a parcelas cada vez mayores del derecho a la libertad del ser humano se encuentran justificadas, con el argumento de velar por una seguridad global ficticia, que cuenta cada vez con más aceptación en la sociedad. Sin libertad, no hay seguridad, o al menos, consideramos que ésta sería una seguridad condicionada, dictatorial, falaz, que es lo que finalmente ocurre con la prisión provisional; un cautiverio que, casi como en sus orígenes, vuelve a ser autoritario y déspota.

Para subsanar todo ello, en esta tesis doctoral, dada cuenta de la imperiosa necesidad de que regulación actual de la prisión provisional sea adecuada al panorama y necesidades reales del mundo actual, se propone un catálogo de mejoras, consistentes en: la modificación relativa a los extensos plazos; el uso de aplicaciones y sistema de geolocalización permanente, a fin de tener controlados a los encausados sin necesidad de ingresar en prisión; aumentar las medidas alternativas menos gravosas a la prisión provisional; generar un modelo de penas y medidas cautelares cierto y claro, lo más aproximado a un sistema tasado de «*numerus clausus*», similar al baremo previsto para los accidentes de tráfico, de tal forma, que la prisión provisional se presente como indiscutible en determinados delitos, en otros no proceda bajo ninguna circunstancia, y otros muchos en los que sea necesario un estudio profundo de las circunstancias de la persona y de los hechos para considerar si procede o no acordar el cautiverio; aumentar los supuestos indemnizables y de las indemnizaciones a todo aquel que haya sufrido una privación de su libertad y finalmente resulte absuelto o suspenda la pena; implantar un sistema de prisión provisional en régimen en semilibertad a modo de un tercer grado preventivo; modificar la regulación de la prisión provisional atenuada; reforzar la proposición de prueba respecto de las audiencias a las que hace referencia el artículo 505 LECrim, para que pueda equilibrarse el principio de igualdad de partes; establecer como condición necesaria para ingreso en prisión provisional un informe psicosocial del detenido, el cual sea emitido por el equipo técnico adscrito al juzgado, es decir, por psicólogos, trabajadores sociales y profesionales de la criminología, que valoren de forma eficaz, si el encausado ha de someterse a la más dura de las medidas cautelares personales; mejorar las condiciones de salud física, psíquica y emocional de los presos.

Por consiguiente, entendemos que, de ponerse en marcha estas propuestas de mejora que contribuirán a una mayor seguridad jurídica, a que se respete el principio de inocencia y a encumbrar las garantías que el ordenamiento jurídico

ofrece, se reduciría el gasto penitenciario del Estado español, se restituiría de mejor forma el perjuicio causado a la víctima y a la sociedad y se mejoraría la calidad de vida de los encausados, de ahí la relevancia de orientar estas medidas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social de los penados, en armonía con lo preceptuado en el 25.2 CE y en otras normas concordantes.

Palabras clave: prisión preventiva, principio de inocencia, libertad, medidas cautelares

ABSTRACT

Ever since preventive detention was introduced as a precautionary measure in modern legal systems, it has been harshly criticized by scientific doctrine, especially since the appearance of new technologies, with which they ensure the presence of the person under investigation during the process is simple, without having to resort to traditional captivity. Given that freedom is the supreme value of the legal system, and as such must be respected, the author, together with his directors, intend that the way of understanding provisional imprisonment changes in favor of the freedom of the accused throughout the process, avoiding, consequently, the systematic violation of the principle of innocence. Based on this, we have considered it appropriate to highlight the criticisms related to the violation made of provisional detention with respect to its purposes, as well as the reporting principles that support it, and that must be fulfilled; also the critics regarding the procedure established for its adoption, as there are far too many points in which the legal literature deviates from the practice. We have analyzed the abusive use to which it is subjected; the stigmatizing effect that its misuse entails, generating an environment of alarm and constant insecurity; the implicit and explicit restriction it implies for the liberty of the accused, since he may be deprived of his liberty and socially condemned, in addition to the subsequent deterioration of his physical and psychological health, given the long periods of provisional detention and the judgments, prejudices and rumors (many condemnatory) to which they are subjected by society. We have brought up the agreement of the defendant as the end of the problem, and that can lead to the defendant sometimes pleading guilty to criminal acts that he has not committed (or have committed differently), although it is profitable to settle given the time served in provisional detention and the years of reduced sentence that would remain with the confession, rather than risking a trial in which, by merely trying to defend one's innocence, the person is exposed to higher penalties in the abstract.

Of the most striking things, at least in our opinion, is the lack of statistics in relation to preventive prisoners and the current situation that, on the subject of this thesis, occurs, as

well as the inexplicable impunity enjoyed by the public prosecutor's office and the investigating judge before the acquittal of the provisional prisoner, which do not incur any personal responsibility, given the fact derived from having incorrectly or unnecessarily agreed to provisional detention. This impunity further favors automatism, a freedom-prison binomial.

In addition, we have delved into the patrimonial and labor economic damage for the investigated; the increasing loss of individual rights in pursuit of fictitious security offered by the State as a guarantee against the assignment; as well as the police state that this ends up constituting, where to live, becomes something existentially dangerous. We analyze and reflect on the fact that the right to information, a constitutional right based on the legitimate right to know the truth, is leading us to a dangerous life, where the renunciation of increasing plots of the right to freedom of the human being are justified, with the argument of ensuring a fictitious global security, that has more and more acceptance in society. Without freedom, there is no security, or at least, we consider that this would be a conditional, dictatorial, fallacious security, which is what finally happens with provisional detention; a captivity that, almost as in its origins, returns to be authoritarian and despotic. To solve this issue, in this doctoral thesis, given the imperative need for the current regulation of pretrial detention to be appropriate to the overview and real needs of the current world, a catalog of improvements is proposed, consisting of: the adjustment related to the long periods; the use of applications and permanent geolocation system, in order to control the accused without the need to enter prison; increase the less burdensome alternative measures to pre-trial detention; generate a model of penalties and precautionary measures that is true and clear, as close as possible to an appraised system of "numerus clausus", similar to the scale provided for traffic accidents, in such a way that pretrial detention is presented as indisputable in certain crimes, in others it does not proceed under any circumstances, and many others in which a thorough study of the circumstances of the person and the facts is necessary to consider whether it is appropriate or not to agree to imprisonment; increase the amount of compensation and compensation to anyone who has suffered a deprivation of

liberty and is finally acquitted or suspend the sentence; implement a system of pre-trial detention in semi-freedom regime as a third degree of remand; modify the regulation of attenuated pretrial detention; strengthening the proposal for evidence in respect of the hearings referred to in Article 505 LECrim, so that the principle of equality of parties can be balanced; establish as a necessary condition for admission to pretrial detention a psychosocial report of the detainee, which is issued by the technical team assigned to the court, that is, by psychologists, social workers and criminology professionals, who effectively assess whether the accused must submit to the harshest of personal precautionary measures; improve the physical, mental and emotional health conditions of prisoners.

Therefore, we understand that, if these proposals for improvement are implemented, which will contribute to greater legal certainty, to respect for the principle of innocence and to the promotion of the guarantees offered by the legal system, the prison expenditure of the Spanish State would be reduced, the damage caused to the victim and society would be better restored and the quality of life of the accused would be improved, hence the importance of directing these custodial measures towards the re-education and social reintegration of prisoners, in harmony with the provisions of 25.2 EC and other concordant laws.

Keywords: pretrial detention, principle of innocence, freedom, interim measures

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	7
ÍNDICE GENERAL	16
ÍNDICE DE TABLAS.....	20
I. INTRODUCCIÓN	23
II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	29
1. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD ANTIGUA.....	30
2. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD MEDIA	34
3. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD MODERNA.....	36
4. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA	39
4.1. La Prisión Provisional Desde La Constitución De Cádiz, Año 1812, Hasta El Régimen Del General Franco.....	40
4.2. La prisión provisional durante el franquismo.....	42
4.3. La prisión provisional durante la Transición (20 de noviembre de 1975 al 6 de diciembre de 1978)	43
4.4. La prisión provisional desde el año 1995 hasta el 2004.....	50
III. REGULACIÓN ACTUAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL	59
1. PRISIÓN PROVISIONAL: CONCEPTO, CARACTERES, Y PRINCIPIOS QUE LA INFORMAN.....	59
1.1. Concepto	59
1.2. Caracteres y principios que informan a la prisión provisional.....	63
2. JUSTIFICACIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: LEY ORGÁNICA 13/2003, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA DE LA LECRIM EN MATERIA DE PRISIÓN PROVISIONAL.....	75
2.1. Presupuestos de la prisión provisional.....	77
3. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL	89

3.1. Competencia para la adopción de la prisión provisional	90
3.2. Tramitación del procedimiento para la adopción de la prisión provisional.....	92
3.3. Recursos contra el auto que decreta la prisión provisional	94
3.4. Duración y prórrogas de la prisión provisional	96
3.5. Modalidades de prisión provisional	100
IV. CRÍTICAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL ACTUAL	114
1. CRÍTICA A LA LEY ORGÁNICA 13/2003, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA DE LA LECRIM EN MATERIA DE PRISIÓN PROVISIONAL	114
1.1. Críticas a los principios informadores de la prisión provisional	116
1.2. Críticas a los fines de la prisión provisional	130
1.3. Críticas al procedimiento para acordar la prisión provisional.....	157
2. USO Y ABUSO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL	174
3. RUPTURA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	178
4. LA PENA DE BANQUILLO Y SU EFECTO ESTIGMATIZADOR.....	181
5. LA LIBERTAD AMBULATORIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO. .	183
6. DETERIORO DE LA SALUD FÍSICA Y PSÍQUICA	186
7. LA CONFORMIDAD DEL REO COMO FIN DEL PROBLEMA.....	189
8. LA FALTA DE ESTADÍSTICAS ACERCA DE LOS PRESOS PREVENTIVOS	191
9. PERJUICIO ECONÓMICO, PATRIMONIAL Y LABORAL PARA EL INVESTIGADO	196
10. LA PROGRESIVA REGRESIÓN DE LAS GARANTÍAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN NUESTRO DERECHO PENAL: LA VUELTA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y AUTOR.	201
11. LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LA REALIDAD SOBRE EL ESTADO POLICIAL	208
V. PROPUESTAS DE MEJORA	223

1.	NECESIDAD DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN RELATIVA A LA PRISIÓN PROVISIONAL. 223	
2.	NECESIDAD DE REDUCIR LOS PLAZOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.	226
3.	REFORMA SOBRE EL MODO EN QUE SE ACUERDA LA PRISIÓN PROVISIONAL: LA NECESIDAD DEL INFORME PSICOSOCIAL DEL DETENIDO.	231
4.	NECESIDAD DE CONFECCIONAR UNA LISTA DETERMINADA O DETERMINABLE CON LAS MEDIDAS CAUTELARES MENOS GRAVOSAS PARA ASEGURAR LA PRESENCIA DEL INVESTIGADO DURANTE EL PROCESO.	234
	4.1. La necesaria modificación de la prisión provisional atenuada.....	238
	4.2. La localización del acusado mediante el uso de las nuevas tecnologías: La geolocalización.	240
5.	MEJORAS EN CUANTO A LA SALUD FÍSICA, PSÍQUICA Y EMOCIONAL DE LOS PRESOS. 246	
6.	REGULACIÓN DE LA IMPUNIDAD DEL MINISTERIO FISCAL Y DEL JUEZ INSTRUCTOR TRAS LA ABSOLUCIÓN DEL ACUSADO: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.	250
7.	MEJORAR LA ESTADÍSTICA OFICIAL SOBRE LA PRISIÓN PROVISIONAL.	267
VI.	CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES	271
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	283
VIII.	LEGISLACIÓN.....	293
IX.	JURISPRUDENCIA.....	297
X.	RECURSOS WEB CONSULTADOS.....	299

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. N° de sentencias dictadas por el TC en materia de prisión provisional, relacionadas con sus fines (desde 1980 hasta diciembre de 2018).....	176
Tabla 2. N° de sentencias dictadas por el TC en materia de prisión provisional, relacionadas con motivos formales (desde 1980 hasta diciembre de 2018)	177
Tabla 3. Parte porcentual que representa los internos privados de libertad, de manera provisional, respecto de los privados de libertad, condenados con sentencia firme.	192
Tabla 4. Expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración aperturados, respecto del total de causas con presos preventivos.....	252
Tabla 5. Gasto mensual y anual de los internos como preventivos en los centros penitenciarios y coste unitario.....	264
Gráfico 1. Sentencias totales dictadas por el TC en materia de prisión provisional por anualidades (desde 1980 hasta diciembre de 2018).....	175
Gráfico 2. Evolución de la prisión provisional, tomando como dato el total de la población reclusa en comparación con los internos preventivos (desde 1998 a 2018)	193

I

INTRODUCCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En las sociedades modernas la prisión provisional se configura como una medida cautelar de carácter personal, además de excepcional, debido a las múltiples injerencias que provoca en la esfera de los derechos fundamentales del que aún no ha sido condenado.

A pesar de los cambios y variaciones que ha sufrido esta institución jurídica, que en sus orígenes iba acompañada de encierros en mazmorras, tormentos, trabajos en galeras, torturas y demás sometimientos físicos y castigos degradantes, nos encontramos, en la actualidad con demasiadas sombras, que deja entre ver el conflicto jurídico que aún sigue provocando, debido a que sus consecuencias, muchas de ellas irreparables, resultan estigmatizantes para la persona que la sufre, sobre todo cuando después de un largo proceso, las acusaciones no han podido desvirtualizar la presunción de inocencia.

Lo cierto, es que la prisión preventiva ha sido utilizada en muchas ocasiones en base a automatismos y bajo la premisa de garantizar la seguridad ciudadana, dificultándose así su correcto uso, ya que la alarma social, aunque ya no sea requisito de la prisión provisional, impera en las sociedades más allá de su regulación legal, y a pesar de que las leyes hablen de ella como una medida excepcional y subsidiaria, el pueblo necesita justicia inmediata y esa justicia no es la libertad durante el proceso, sino la prisión.

Por otra parte, la frecuencia con la que los medios de comunicación difunden los hechos delictivos que acontecen, refuerza aún más la adopción de la prisión provisional como primera opción, impidiéndose su adecuado uso, y creándose un ambiente social de falta de confianza en nuevas medidas alternativas, como son las

tecnológicas, para suplir a la que se considera la medida más gravosa y restrictiva que existen en nuestro ordenamiento jurídico.

La última reforma de la prisión provisional llevada a cabo en España se produjo con LO 13/2003, la cual fue fruto de una autocuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 47/2000, en la que se denunciaba la vulneración de derechos fundamentales, los cuales se vieron reestablecidos en el fallo de la misma. Dicha sentencia se convirtió en el motor de impulso de la mencionada Ley, no obstante, la premura y falta de interés propio en mejorar esta situación, dio lugar a que nos hayamos encontrado con una regulación basada en generalizaciones y conceptos jurídicos indeterminados que dejan demasiada discrecionalidad a los jueces para la adopción o no de la prisión preventiva ante un determinado supuesto jurídico.

La situación se ha visto aún más constreñida a través de lo que se conoce como derecho penal del enemigo¹, ya que todo este conjunto de decisiones del legislador penal que han dado lugar a que el presunto culpable sea considerado como un enemigo, ya no solo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Todo ello incide directamente en lo que se conoce como estado policial², entendido como la estrategia política a través de la cual cualquier persona de la ciudadanía es sospechosa e inicialmente «culpable» (al regir de facto el principio de culpabilidad y no el de inocencia) de cualesquiera hechos que se le atribuyan, generándose un clima social de desconfianza, peligrosidad y limitación de derechos justificada en

¹ Término acuñado por el jurista Günter Jakobs en 1985, a través del cual se sancionan conductas, sin que hubieran afectado al bien jurídico, y, por tanto, la peligrosidad del autor, no sus actos.

² Acción preventiva por parte de la policía, cuyo objetivo es salvaguardar un comportamiento cívico, pero que se ve distorsionado en un control social, término que fue utilizado por primera vez en 1910 por el sociólogo norteamericano Edward Ross.

la protección a esa misma ciudadanía por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Por todos estos motivos y otros tantos, consideramos de vital importancia el desarrollo de la presente tesis doctoral, en la cual nos centraremos en profundizar en las críticas que, a nuestro entender, son necesarias para entender la gravedad de la situación, para luego proceder a realizar una serie de propuestas de mejora con el objetivo a ayudar a desatascar la situación actual, de cara a una futura reforma, tratando de contribuir a su mejora. Entre ellas destaco, aumentar los supuestos indemnizables y de las indemnizaciones a todo aquel que haya sufrido una privación de su libertad y finalmente resulte absuelto o suspenda la pena; modificar la regulación de la prisión provisional atenuada; establecer como condición necesaria para ingreso en prisión provisional un informe favorable del equipo psicosocial adscrito al juzgado, entre otros, que desarrollaré en el cuerpo de esta tesis, aunque no sin antes remontarme a los antecedentes históricos de esta institución jurídica y al contenido normativo.

II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La cuestión a cerca de la prisión o el encarcelamiento en sentido amplio de la palabra ha venido acompañando al ser humano desde la noche de los tiempos. Así, ha estado presente en poemas épicos y en todo tipo de literatura. Como dato, Tolstoi³, en su novela *Resurrección*, se preguntaba por qué unos hombres se creen con razón y poder para encarcelar a otros hombres. Asimismo, ya en el episodio de los gigantes Alóadas⁴, mito narrado en *La Ilíada* de HOMERO, se asociaban los infiernos a la cárcel.

Aunque la «forma-cárcel» y «encierro-castigo» es muy antigua (ya en la antigua Grecia la mitología hacía referencia a ello marcando todo un precedente histórico), la pena de prisión y su institucionalización no lo es tanto. Anterior a la prisión, fue el encierro, que ya tenía por objeto asegurar la presencia del reo; y los esclavos, a través de la explotación del trabajo de los presos. A finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, se sustituye una pena suplicial (arte de las sensaciones insoportables en el cuerpo) por otra más apropiada a la nueva sociedad contractual, la que extorsiona el tiempo del reo (el castigo pasa a ser una economía de los

³ León Tolstoi era un novelista ruso considerado uno de los escritores rusos más importantes a nivel mundial. En sus últimos años, tras varias crisis espirituales, se convirtió en una persona profundamente religiosa y altruista, rechazó toda su obra literaria anterior y criticó a las instituciones eclesiásticas en *Resurrección*, lo que provocó su excomunión. Fue precursor de lo que poco después se denominaría naturismo. Tolstói escribe en su postrer libro *Últimas palabras (1909)* que vivamos según la *ley de Cristo*: amándonos los unos a los otros, siendo vegetarianos y trabajando la tierra con nuestras propias manos.

⁴ En la mitología griega los Alóadas eran dos gemelos llamados Oto y Efialtes, hijos de Poseidón e Ifimedea, los cuales fueron castigados, tras matar a la diosa Artemisa, a permanecer en el Tártaro atados con serpientes a una columna sobre la que había posada una lechuza, dándose siempre la espalda.

derechos suspendidos)⁵. A lomos de un proceso progresivo y supuestamente humanizador de las sociedades, empieza a verse el encarcelamiento como la solución más completa. Sin embargo, muy alejada, en nuestra opinión, de la verdadera trascendencia de la naturaleza humana. Como manifestó Aristóteles en su obra *“La Política”*, «*el pensamiento jurídico en general es incapaz de dejar de identificar la sociedad humana con la sociedad organizada política y jurídicamente*».

Para facilitar nuestra exposición de la situación actual de la prisión provisional en la nación española, hemos considerado necesario remontarnos a los orígenes de su historia, analizando la evolución de esta institución de capital significancia, que ha sido objeto de innumerables reformas y que repercute de manera directa sobre un derecho humano como es la libertad, que constituye, a su vez, el valor supremo del ordenamiento jurídico actual.

1. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD ANTIGUA

Comprende el periodo que abarca desde la fundación del Imperio Romano, año 27 a. C., hasta La caída del Imperio Romano en Occidente, año 476 d. C., llegando hasta la conquista musulmana de la Península Ibérica en el año 711 d. C.

Comenzaremos remontándonos a la Edad Antigua, en concreto al periodo que abarca desde el año 237 a. C. a 711 d. C., sosteniendo, en primer lugar, que respecto a este periodo, que se corresponde con el de la Hispania Cartaginense (años 237 a. C.), así como a todos los periodos anteriores, no existen fuentes jurídicas que puedan acreditar, aunque sea mínimamente, la existencia de la

⁵ OLIVER OLMO, P. «*La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado Liberal*». Universidad del País Vasco, (2000).

prisión provisional por parte de aquellas comunidades que poblaron la Península Ibérica.

Para obtener los primeros datos de su aplicación hemos tenido que retroceder en la historia hasta la Grecia clásica, allá por el año 480 a. C, cuando en las guerras médicas una expedición persa llegó a saquear Atenas, si bien este dato, un tanto anecdótico, no deja de ser una mera aproximación, porque como se ha dicho al inicio, no hay textos jurídicos que permitan acreditar con certeza dicha utilización de la prisión provisional, sino que son meros vestigios a los que aluden ciertos autores doctos en historia del derecho. No obstante, a pesar de no existir una figura de prisión provisional propiamente dicha, sí que empezaba a intuirse, dada la mitología anteriormente mencionada, el uso de la prisión como medio de custodia, principalmente como medio de retención de deudores, aunque también para algunos ladrones⁶.

En la época romana, era común la «ergástula», una prisión que existía en las ciudades de la Antigua Roma, donde eran encerrados los esclavos que desagradaban u ofendían al dueño de alguna manera, con el fin de castigarlos y corregir su comportamiento. También podían encerrar allí a los prisioneros de guerra que no habían sido vendidos y a los hombres libres que delinquían⁷.

No obstante, también se observa un avance del poder del castigo en manos de la justicia frente a la idea de venganza privada⁸. Así, por ejemplo, en el caso del homicidio, el poder de castigar, pasaba a la familia, materializándose a través del

⁶ GARRIDO GUZMÁN, L. «Manual de ciencia penitenciaria», Editorial Edersa, (1983).

⁷ Ejemplo de dicha edificación la encontramos en la actual Astorga, descrita en la obra de SEVILLANO FUERTES, A. y VIDAL ENCINAS, J. M. «*Urbs Magnifica. Una aproximación a la Arqueología de Asturica Augusta (Astorga, León)*», Editorial Celarayn (2002).

⁸ MONTANOS FERRIN, E. «*Estudios de historia del derecho criminal*», Madrid, Editorial Dykinson, (1990).

destierro⁹. JOSÉ MARÍA ANTEQUERA da cuenta de los primeros datos objetivos del empleo de la meritada, en un sentido similar a lo que entendemos hoy, se hallan en la Hispania Romana, en concreto, a partir del año 218 a. C. Dicha institución se reguló formalmente, y se llegó a establecer diferentes modalidades como, por ejemplo: «*prehensio*», la cual significaba que si una vez citado el sujeto, no se comparecía voluntariamente ante el magistrado, se acordaba la prisión provisional. Otra modalidad fue la «*vincula*», que era el arresto o prisión provisional; «*in carcelum*», que era la cárcel pública, reservada para crímenes más graves. También se aplicó la «*custodia libera*», que era el arresto en casa privada (en la de un magistrado normalmente), tratándose de una prisión provisional atenuada. Y, por último, una forma de prisión provisional aún más frecuente fue la «*milite traditio*» o custodia militar, en la que el encausado pasaba a estar bajo la vigilancia de un soldado.¹⁰

En el Bajo Imperio romano (años 218 a. C. a 476 d. C.) la finalidad por la que se acordaba la prisión provisional era la de evitar la huida o la fuga del responsable penal, tanto del que estaba a la espera de la celebración del juicio, como la del condenado a muerte o la del que se confesara culpable, al objeto de garantizar que la pena impuesta en la sentencia condenatoria pudiera ejecutarse con las garantías inherentes al régimen del momento¹¹.

Como hemos expuesto, la prisión provisional se empleaba como forma de custodiar al procesado mientras no se daba cumplimiento efectivo a la condena que le correspondiese, o bien, como propia ejecución de la pena para casos muy

⁹ Ley de las XII Tablas.

¹⁰ Señala al respecto ANTEQUERA, J.M en su obra «*Historia de la legislación española desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*», Imprenta de San Francisco de Sales, (1895).

¹¹ MOMMSEN, CRHISTIAN MATTHIAS THEODHOR. «*Derecho penal romano*», Editorial Temis. (1991).

concretos relativos a deudas públicas, estableciéndose ya, en aquél entonces, con una finalidad básicamente preventiva. En esta misma línea, ya se configuró como instrumento de «*última ratio*», debido a la existencia de otras medidas por las que podía ser substituida, admitiéndose finalmente, con exclusividad, para aquellos casos de delitos que eran confesados. Quiero traer a colación a San Pablo de Tarso, que en uno de sus viajes fue detenido, recluido y pasó dos años en cesarea, en tierra santa, lo enviaron a Roma, porque apela al emperador y como ciudadano humano tiene derecho a apelación. En Roma, lo tienen dos años esperando juicio, pero a los dos años no lo juzgan al no presentarse nadie a acusarle¹². Véase con este ejemplo que tan cruel puede llegar a ser la prisión provisional, sobre todo para los inocentes que después salen en libertad.

En la Hispania Visigoda (años 476 a. C. a 711 a. C.), la novedad reside en que en dicho periodo se consigue la plasmación escrita de la regulación legal de la prisión provisional en sus rasgos principales, a través del «*Liber Iudiciorum*», que se clasifica en dos grandes modelos:

- a) Un modelo legítimo, entendido como contención, custodia o retención, con el objetivo de evitar la huida del presunto autor del delito.
- b) Y otro modelo espurio, o sea fuera de la ley, para someter a tormento al encarcelado preventivamente, como medio de investigación para arrancarle una confesión.¹³

¹² VIDAL, C, «*Apóstol para las naciones: La Vida y los Tiempos de Pablo de Tarso*», Editorial B & H. (2021).

¹³ Se explica claramente en qué consistía en la obra de ÁLVAREZ PALENZUELA, V. A, «*Historia de España de la Edad Media*», Editorial Ariel. (2011).

Entre los rasgos más significativos a la hora de caracterizar este periodo histórico, está el hecho de que la sociedad era una sociedad estamental, donde según el estamento social desempeñado, el individuo hallaba consecuencias jurídicas distintas, de ahí que lo primero y más fundamental era saber quién era el autor del delito, ya que la pena estaba eximida para la realeza, la nobleza y el clero, empleándose sin embargo con carácter general para siervos y lacayos de los mismos y solo para determinados delitos considerados como muy graves. Para el resto de la población, organizada por grupos sociales (comerciantes, artesanos, campesinos, grupos marginales, etc.) su uso era muy habitual, privándoseles cautelarmente de libertad y sometién doseles a tortura, a tratos degradantes y a penas corporales¹⁴.

2. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD MEDIA

Comprende el periodo que abarca desde la conquista musulmana de la Península Ibérica, año 711, hasta la caída de Constantinopla (1453), último resto del Imperio Romano, aunque en la actualidad, para la doctrina moderna, la Edad Media comprende hasta el descubrimiento de América en 1492.

Durante la Edad Media (años 711 a 1492) además de utilizarse la prisión provisional para someter a tormento al imputado como medio soez de investigación, el fin esencial al que iba destinada la medida fue la de evitar el riesgo de fuga y la de conseguir una confesión anticipada, dada cuenta del poder estigmatizador que tiene el cautiverio.

En esta época se expande como norma generalizada el depósito de fianza bastante para eludir la prisión, excepto para aquellos delitos que llevaran aparejada

¹⁴ ANTEQUERA, J. M. «*Historia de la legislación española desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*», Madrid: Imprenta de San Francisco de Sales, 1895, 4ª Edición.

la muerte o la mutilación de miembro principal; por lo que la pena que pudiera corresponder al hecho delictivo comienza a erigirse como un factor a tener en consideración para la viabilidad de la medida. Nacen, además, en la edad media, las galeras de mujeres¹⁵, cárceles reservadas solo para mujeres, que combinaban el rigor del encierro con la disciplina del trabajo de costura como medio corrector y moralizador a cargo de personal religioso, siendo este el rasgo diferencial por antonomasia del encarcelamiento femenino, justificador del protagonismo de los agentes religiosos en el mismo. Eran los casos de la Penitenciaría de Alcalá y la prisión provincial de Quiñones en Madrid. Durante siglos, el centro de atención preferente de la represión penal femenina fueron los delitos cometidos contra los preceptos morales, relacionados con la llamada «moralidad pública». Destacaba en este sentido la presencia en estas galeras de las llamadas «quincenarias», mujeres que eran detenidas practicando la prostitución de manera ilegal o no-reglamentada y que, a cambio de una multa, eran encarceladas por periodos de quince días¹⁶.

En la Baja Edad Media, o sea bien entrada la época medieval, la idea de la prisión provisional se configuró como la regla general durante todo el proceso. Su adopción se entendía como un presupuesto necesario de cualquier investigación, de forma que se pudiese tener localizado al investigado en cualquier momento, torturándolo, incluso, para tratar de obtener una confesión del mismo. Este sistema inquisitivo, encuentra diversas manifestaciones en el cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla, durante el reinado de Alfonso X, a través de Las Siete Partidas. Los monarcas, los estamentos sociales y los municipios, pero también las iglesias, las entidades religiosas y los moralistas, elaboran políticas de control

¹⁵ HERNÁNDEZ HOLGADO, F: «Cárceles de mujeres del Novecientos: una práctica de siglos». Universidad Complutense de Madrid. (2013).

¹⁶ BURILLO ALBACETE, F: «El nacimiento de la pena privativa de libertad». Editorial Edersa (1999)

(protección y castigo) de una pobreza que es cada día más visible y al mismo tiempo mejor estudiada y clasificada¹⁷.

En cuanto a la criminalidad, se detectó un menor número de delitos violentos y un aumento de los que se dirigen contra la propiedad, motivado en gran medida por los fuertes cambios económicos de la época¹⁸. Así, las cárceles se convirtieron en un lugar de depósito, y consecuentemente de un mayor empobrecimiento, a donde iban a pagar los pobres y demás personas que no pudiesen saldar sus deudas.

3. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD MODERNA

Comprende el periodo que abarca desde el descubrimiento de América en el año 1492, hasta la Guerra de la Independencia en el año 1808.

En la Edad Moderna (años 1492 a 1808) las dos modalidades de prisión que se configuran en el periodo visigodo, una para atormentar y la otra como medida de custodia, para asegurar la presencia del inculpado, se potencia e incluso se radicaliza tras el nacimiento de la jurisdicción especial del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, que la adopta en exclusiva en la primera de las circunstancias antes indicadas, con una meta intimidatoria y coactiva, incluyendo por supuesto la tortura, a fin de esclarecer la verdad. Por ello, puede decirse que antes de que la prisión llegase a ser un medio a gran escala para el castigo de delincuentes, la

¹⁷ ALONSO FERNÁNDEZ, J.A. «Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España». Universitat Internacional de Catalunya. (2017).

¹⁸ OLIVER OLMO, P: «El siglo de los castigos. Prisión y formas carcelarias en la España del siglo XX». Editorial Anthropos. (2013)

Europa moderna la había utilizado como un instrumento de realización de la política social en relación al pueblo llano¹⁹.

No obstante, a modo objetivo, creo interesante destacar que, en las Cárceles Reales sí que había, a diferencia de la actualidad, un fluido contacto con el exterior (a excepción de las inquisitoriales). Se podían recibir visitar familiares a penas sin restricción, y los jueces visitantes acudían una vez cada semana²⁰.

Destaca, en esta época, la publicación de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, publicada por Felipe II en el año de 1567, donde en su Libro XII y último, se tipificaron los delitos, las penas y los juicios criminales²¹.

Sin embargo, y como ya mencionábamos anteriormente, los delitos de sangre cada vez disminuían más, dada la dureza de las medidas cautelares existentes, así como los métodos utilizados por el Tribunal del Santo Oficio²², en los que bastaba con no denunciar casos de herejía conocidos o sospechados para soportar las brutales penas que conllevaban desde el inicio. En este clima tan hostil, lo que sí aumentan eran los ilegalismos económicos tales como el fraude.

¹⁹ ALONSO FERNANDEZ, J.A. «*Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España*». (2017)

²⁰ De las HERAS SANTOS, J.L. «*La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*», Universidad de Salamanca. (1994)

²¹ También podemos destacar el Ordenamiento de Montalvo, las Leyes de Toro de 1505 y la Nueva Recopilación de 1567.

²² PÉREZ MARTÍN, A. J.: «*La doctrina jurídica y el proceso inquisitorial*», enumera como penas: 1) Abjuración 2) Excomunión ipso iure 3) Infamia y privación de voz activa y pasiva 4) Confiscación de bienes 5) Muerte por vivicombustión (muerte en la hoguera) 6) Cárcel, emparedamiento o reclusión en monasterio 7) Galeras 8) Azotes 9) Relegación o exilio 10) Otras penas de tipo espiritual, como dar limosnas, rezar determinadas oraciones, peregrinación o privación de sepultura.

En medio de todo este revuelo social, toman cada vez más importancia y voz, movimientos filantrópicos que demandaban la reforma de los medios de control social que estaban siendo utilizados.

Quizás el ejemplo más destacado incluso en nuestros días sea el de Beccaria, jurista y criminólogo italiano que en su libro «De los delitos y las penas», hizo interesantísimas propuestas de reforma penal, de proporcionalidad de las penas, de prevención del delito a través de la propia ley, y propuestas (que tiempo después llegaron a ser luchas) contra el tormento como práctica judicial, contra los ahorcamientos y también contra otras prácticas de la pena de muerte. A su entender, la pena de muerte no impedía que se cometieran nuevos crímenes, y por ello abogaba por su abolición. También afirmaba que la cárcel era mucho peor que la muerte²³.

Beccaria partía de la llamada teoría contractualista, por la cual la sociedad se funda sobre un contrato, un pacto social que tiene como objetivo salvaguardar los derechos de los individuos, garantizando el orden. Los delitos, por lo tanto, tenían que ser considerados como una violación del contrato. De esa forma, una persona por robar una gallina no podía ser condenada a cadena perpetua o un asesino convicto y confeso ser castigado a unos pocos días de cárcel.

En lo relativo a las penas, Beccaria mantenía que éstas tenían un carácter preventivo en dos sentidos muy concretos: en sentido general y en sentido especial. La prevención general está dirigida a la sociedad en su conjunto, es un aviso para navegantes, una forma de decir que si se vulnera la ley de una manera determinada tiene unas consecuencias concretas. La prevención especial se concentra en el

²³ OLIVER OLMO, P. «La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado Liberal». Universidad del País Vasco, (2000).

delincuente, que es apartado de la sociedad e internado en prisión para cumplir con el castigo²⁴.

Las ideas de Beccaria tuvieron una gran influencia, sin embargo, la prisión ampliamente entendida, estaba ya triunfando, hasta ser convertida, un siglo después, en la reina de la codificación.

4. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA

Comprende el periodo que abarca desde la Guerra de Independencia, año 1808, hasta nuestros días.

En los inicios de la edad contemporánea, se crea una geografía política centralista del castigo: en el Estado español, desde 1834, habrá depósitos correccionales, presidios peninsulares y presidios en África, tal y como se recoge en la Ordenanza General de los Presidios del Reino, aprobada en Aranjuez en el año 1.834 mediante Real Decreto de Javier de Burgos y Olmo, ministro de Fomento de ese momento.

En la época de la Ilustración se consigue el reconocimiento de los principios de presunción de inocencia y de libertad del imputado durante el proceso, configurándose el famoso imperativo: «*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*²⁵».

De esta forma, se da inicio al nacimiento del derecho penal moderno, donde la prisión preventiva fue aceptada por el pensamiento liberal clásico en aquellos casos en que la misma fuese estrictamente necesaria, rechazando cualquier tipo de

²⁴ LEYVA ESTUPIÑAN, M. A y LUGO ARTEAGA, L: «*La influencia de Beccaria en el Derecho Penal Moderno*». Derecho Penal y Criminología. (2013)

²⁵ «No hay pena sin juicio».

exceso en su aplicación. Estos principios acabaron plasmándose en la primera Constitución Española de 1812, concretamente en su Título V, y también en las de 1869 y 1876, en las que se fijaron los requisitos que debían existir para poder adoptar la prisión, así como que los Jueces que debían acordarla y efectuarla, que posteriormente inspiraron la regulación contenida en las Leyes de Enjuiciamiento Criminal españolas, en concreto, la de 1872, 1879, y 1882, aún vigente en la actualidad.²⁶

En este sentido, debemos hacer especial mención de las Constituciones de 1837 y 1845, en las que se introduce un marco inspirado en el principio de legalidad, según el cual: «*no puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban*»²⁷, situación que se mantuvo en las Constituciones españolas posteriores de 1869 (arts. 3, 4, 5 y 6), 1876 (arts. 4, 5, 6 y 9), 1931 (arts. 29 y 31) y 1978 (arts. 17 y 18), así como también en las Leyes Fundamentales del Reino publicadas durante el franquismo.

4.1. LA PRISIÓN PROVISIONAL DESDE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ, AÑO 1812, HASTA EL RÉGIMEN DEL GENERAL FRANCO.

En este periodo de la Edad Contemporánea podemos observar una clara diferenciación en el tratamiento de la prisión provisional, distinguiéndose una primera etapa en la que la misma todavía no aparece regulada unitariamente en un solo texto legal y una segunda, a partir de la cual se introduce en los códigos procesales como parte integrante de los mismos²⁸.

²⁶ HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. «Prisión provisional y garantías», en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, Nº 16/17, 2011/2012, pág. 45.

²⁷ Artículo 7 de ambas Constituciones.

²⁸ ANTEQUERA, J. M. «*Historia de la legislación española desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*», Madrid: Imprenta de San Francisco de Sales, 1895, 4ª Edición.

De la primera forma parte la Constitución de 1812, que destierra el uso de la prisión provisional con una finalidad coactiva aboliendo el tormento²⁹ e incide en su carácter excepcional, limitándola a aquellos delitos que tuvieren señalada pena corporal y para la constitución de una única finalidad y no es otra que la de evitar el riesgo de fuga. Asimismo, se fomenta que la situación procesal del investigado a espera de juicio sea la de libertad bajo fianza.

También se encuadran en esa primera etapa el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, que continua la misma línea garantista de la Constitución de 1812, con algunas modificaciones operadas en las Leyes Provisionales anexas a los Códigos Penales de 1848 y 1850, que destacan por limitar la aplicación de la prisión preventiva para aquellos delitos considerados graves y en tratar de potenciar la libertad provisional, estableciéndose por primera ocasión la comparecencia «*apud acta*», los días reseñados por Su Señoría, como mecanismo de control judicial del procesado, sin necesidad de que se produzca el ingreso en prisión.

Frente a la referida tendencia de utilizar la prisión provisional como una medida cautelar personal, excepcional y justificada a fin de evitar la huida del presunto responsable, sobreviene una segunda etapa, que se inicia a partir de la codificación en derecho procesal, con la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal del 1872 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que promueven una prisión provisional basada en el automatismo, es decir que tiene en cuenta como factor principal para su adopción la pena en abstracto que pudiera corresponder al hecho delictivo y otros factores adicionales como las circunstancias del hecho y los antecedentes penales del encausado. Se inicia, pues, a partir de este momento, la gestación de una prisión preventiva para cuya procedencia se tendrá

²⁹ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su acepción sexta, leemos: «Dolor corporal que se causaba al reo para obligarlo a confesar o declarar».

en consideración el apaciguar la alarma social o el malestar o miedo que en la sociedad hubieran podido producir los efectos del delito³⁰.

Mención aparte y providencial para el logro de la limitación en el uso de la privación cautelar de libertad merece la Ley de 10 de septiembre de 1931, que extendió del ámbito militar al civil «*la prisión provisional atenuada*», con el objetivo de que el procesado pudiera atender sus actividades laborales diarias, si bien resulta patente, aunque de forma inexplicable su nulo uso en la práctica forense, desaprovechándose una modalidad de prisión provisional de especial interés para evitar los efectos perniciosos del encarcelamiento del procesado, entre ellos la posible pérdida de ingresos económicos derivados de su trabajo o el deterioro de la salud física y psíquica, la desestructuración familiar, etc.³¹.

4.2. LA PRISIÓN PROVISIONAL DURANTE EL FRANQUISMO.

La tendencia a una prisión provisional basada en el automatismo, en la que se tuvo en cuenta la pena en abstracto que pudiera corresponder al delito cometido, iniciada a partir de la codificación del derecho procesal, se acrecentó en el franquismo, dada cuenta de las circunstancias concurrentes durante este periodo de la historia de España, en especial por las consecuencias que conllevó la contienda civil durante la postguerra y la grave situación acaecida, lo que sobrellevó a incluir un catálogo de hechos delictivos contrarios al orden público, que pudieran poner en grave peligro a la seguridad interior del Estado; en suma, se justifica esta medida tan restrictiva por la violencia engendrada por aquellas ideologías de corte marxista, consideradas enemigas del sistema que se

³⁰ Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835. <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/8201/b11395618.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³¹ ALONSO FERNÁNDEZ, J. A: «*Los fines de la prisión provisional en la edad contemporánea*».

organizaron, tras la derrota, en bandas organizadas como el maquis, el FRAP, el GRAPO, la FAI, Terra Lliure y la ETA entre otros grupos criminales, que debían ser controlados para garantizar la paz, el orden, la convivencia, la seguridad individual y colectiva y proteger a la sociedad³².

Junto a ello el Régimen empleó la prisión provisional con la finalidad de atemperar la «*alarma social*» dejando de ostentar la medida cautelar la nota de excepcionalidad que hasta el momento, con mayor o menor intensidad, le había sido reconocida³³.

4.3. LA PRISIÓN PROVISIONAL DURANTE LA TRANSICIÓN (20 DE NOVIEMBRE DE 1975 AL 6 DE DICIEMBRE DE 1978)

Dado que la prisión provisional supone el ingreso del imputado en un centro penitenciario cerrado en tanto en cuanto se sustancia el proceso penal contra él, el legislador que debía abordar la institución tuvo que lidiar con la clara tensión de los dos principios básicos que confluyen en todo proceso penal: de un lado, la búsqueda de la mayor eficacia en la persecución del delito; de otro, el máximo respeto a los derechos y garantías de las personas que ostentan la condición de sujetos pasivos del proceso penal, en la que en todo momento del proceso rige el principio de presunción de inocencia, al menos hasta que no se dicte sentencia condenatoria y la misma sea firme. Por eso, la regulación de la prisión provisional fue tarea especialmente delicada, puesto que obligó a cohonestar ambas exigencias con la mayor prudencia posible, especialmente cuando se trató de delimitar los supuestos y requisitos a los que se supeditó la adopción de esta medida cautelar,

³² MATTES, HEINZ, «*La prisión preventiva en España*». Servicio de publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo (CEU), (1975).

³³ PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., «*La medida de prisión provisional. Privación de libertad sin condena*». Revista de derecho penal. (1998)

de forma que no resultase indebidamente lesionado el derecho fundamental a la libertad, consagrado en el artículo 17 de la Constitución.

Las leyes que se dictaron durante la transición representan un hito de trascendencia en la evolución de la prisión provisional, al pretender las mismas un cambio de paradigma, entendiendo que ya no era necesario utilizar tal medida tan gravosa para controlar a la sociedad civil, garantizar la seguridad y evitar el resurgimiento del comunismo, ya que el partido comunista de España acababa de ser legalizado.

Los cambios se hicieron notar pronto, de hecho fueron muy significativos: con la aprobación del Real Decreto Ley 2/1977 se suprimió el Tribunal de Orden Público; además, con la Ley 23/1976 de 19 de Julio se derogaron ciertos delitos considerados como políticos y de opinión; y, con la Ley 10/1978 de 20 de febrero, se dejó sin efecto la circunstancia cuarta del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a través de la cual se había propiciado el uso de la prisión preventiva para garantizar la seguridad del Estado³⁴.

Con la cuestión todavía no resuelta del automatismo en la aplicación de la prisión provisional a partir de una determinada pena en abstracto que correspondiera al hecho delictivo y con el uso de las circunstancias del hecho y los antecedentes del investigado como elementos de peso para su adopción, se inició otro periodo en el que tuvo un papel relevante la alarma social y la frecuencia en la comisión de hechos delictivos para justificar la adopción de la aludida medida.

³⁴ RUIZ Y RODRÍGUEZ, H. M. «*Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal, concordada, anotada y seguida de observaciones*». Imprenta de la revista de la legislación, (1880).

Con la promulgación de la Constitución de 6 de diciembre de 1978, vigente en la actualidad, se dedicó una breve reseña, de manera sucinta a esta materia, en su artículo 17.4, señalando que: «*por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*».

Si alguien esperaba que con la llegada de la democracia la prisión provisional sufriese un cambio sustancial y dejase de ser una «*pena anticipada*» se equivocaba, ya que se utilizó esta figura en base a parámetros previstos por la ley, referidos a la alarma social, a los antecedentes del imputado e incluso, relacionados con la periodicidad con la que se cometieran delitos del mismo calibre en un determinado territorio.³⁵

Todo ello, reflejó una gran connotación punitiva del Estado. Al margen de esta situación, no debemos olvidarnos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁶ que, pese a estar vigente desde 1882, a lo largo del siglo XX, su regulación inicial ha sufrido infinidad de reformas de menor o mayor importancia. Sin embargo, en lo relativo a los presupuestos de adopción de la medida (aspecto principal que regula esta ley), permaneció intacta hasta 1980, año a partir del cual este aspecto fue modificado hasta en tres ocasiones, tal y como veremos a continuación:

La primera de estas reformas, durante el gobierno de la UCD de Adolfo Suarez, operada a través de la Ley 16/1980, de 22 de abril, sobre modificación de los arts. 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, estuvo marcada por el momento político-social que se vivió en España. Esta reforma inicial vino a configurar la prisión provisional como una medida

³⁵ CID MOLINÉ, J. «*El sistema penitenciario en España*». Jueces para la democracia. N° 45 (2002). Pág. 15.

³⁶ Publicada en la Gaceta de Madrid núm. 260, de 17 de Septiembre de 1882, a la numero 283, de 10 de Octubre de 1882.

represiva de adopción prácticamente automatizada y obligatoria, ampliando los supuestos en que podía ser decretada, en base a fines muy distintos de su naturaleza cautelar. Entre sus aspectos esenciales destacamos los siguientes³⁷:

- a) La modificación del límite penológico para poder decretar la prisión provisional, pasando de ser una pena superior a seis años de prisión, a ser suficiente una pena superior a seis meses. Además, en algunos casos podía ser incluso inferior, pudiendo adoptarse en delitos que tuvieran señalada una pena de entre uno y seis meses, siempre y cuando el caso hubiese generado alarma social.
- b) La introducción de la alarma social como fin para poder decretar la prisión provisional, aún y cuando la pena señalada para el delito en concreto fuese inferior a seis meses. Protagonizado por la amnistía descontrolada (incluso para etarras) y el indulto general de un gran número de presos que provocaron un incremento de la inseguridad ciudadana; sentimiento que se plasmó en un ambiente de alarma social que se pretendió mitigar, por parte del Gobierno, a través de esta medida.
- c) El establecimiento de un límite máximo para la duración de la aludida medida, fijándolo en la mitad de la pena en abstracto que pudiera imponerse por el delito imputado, llegado el momento.

³⁷ ALONSO FERNANDEZ, J. A. «*Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España*». Barcelona, 2017.

- d) La incorporación a la ley rituaria de la modalidad de «*prisión provisional atenuada*» en caso de enfermedad del investigado, siempre y cuando su ingreso en prisión conllevara un grave peligro para el sujeto y su salud³⁸.

Con la primera de las reformas el ejecutivo pretendía dar una respuesta rápida a la inseguridad ciudadana generada por el incremento delictivo, lo que provocó de inmediato un gran acrecentamiento del número de presos, de los cuales, prácticamente la mitad de ellos, eran preventivos. La modificación de los arts. 503 y 504 LECrim., supuso un nuevo retroceso en el camino tendente a configurar una medida cautelar de naturaleza excepcional basada en fines constitucionalmente legítimos, produciéndose un distanciamiento evidente entre España y el resto de Europa, pues mientras aquí era de uso frecuente, allá era excepcional.

Esta situación, en rigor, insostenible en cuanto a política penitenciaria se refiere, desembocó en una segunda reforma, durante el gobierno socialista de Felipe González, operada a través de la LO 7/1983, de 23 de abril, que modificó los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Fue bautizada con el nombre de la Reforma Ledesma. Este cambio vino a establecer una regulación en la que, el derecho a la libertad individual debía primar sobre el interés colectivo relativo a la seguridad ciudadana, perfilando una naturaleza más garantista, acorde a su finalidad inherente de cautelar. Sin embargo, se mantuvieron elementos introducidos por la anterior reforma de 1980, como la apreciación de la alarma social causada por el delito y la frecuencia con la que se cometían hechos similares, para proceder a adoptar la medida en cuestión.

³⁸ Artículo 508 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También en ANDRÉS IBÁÑEZ, P, «*Presunción de Inocencia y Prisión sin condena. Detención y Prisión Provisional, Cuadernos de Derecho Judicial*», CGPJ. (1996).

En esencia, se modificaron los siguientes aspectos³⁹:

- a) La modificación del límite penológico señalado al delito imputado para poder decretar la medida de prisión provisional, que pasó de ser una pena superior a seis meses, a una pena superior a seis años de prisión. Además, para el caso en que la pena fuera igual a prisión menor (de seis meses y un día a seis años) ésta sería era eludible mediante fianza.
- b) Establecimiento de una duración máxima de la prisión provisional, en cumplimiento del art. 17.4 de la Constitución Española. Este límite máximo se fijó en seis meses, si el delito tenía señalada una pena en abstracto igual o inferior a prisión menor (de seis meses y un día a seis años), o de dieciocho meses para el resto de casos. Sin embargo, podía ampliarse hasta treinta meses o incluso hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en el supuesto de sentencia recurrida. A pesar de su aparente éxito, en cuanto a derechos fundamentales se refiere, su vigencia fue muy breve debido a la gran inseguridad ciudadana que se generó, siendo reformada por el mismo Gobierno socialista que adoptó la anterior, a través de la LO 10/1984, de 26 de diciembre, por la que se modifican los arts. 503, 504 y primer párrafo del 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conocida como Contrarreforma Ledesma, la cual nos condujo de nuevo a la situación de 1980.

Esta tercera regulación de la prisión provisional fue la que tuvo más continuidad en nuestra nación. Con ella, se introdujo cierta discrecionalidad y cierto margen de apreciación por parte del Juez que debía decretarla, junto con la inclusión de elementos valorativos que permitían desligar su adopción según la

³⁹ PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER I. «*La medida de prisión provisional. Privación de libertad sin condena*». Publicación semanal técnico jurídica de Derecho Penal. (1988).

pena señalada al delito que le era imputado. Los aspectos más destacados fueron los siguientes⁴⁰:

- a) En primer lugar, la modificación del límite penológico mínimo para poder decretar la prisión provisional, disminuyéndolo de nuevo. Con la nueva ley, podía ser superior a prisión menor (superior a seis años), igual (de seis meses y un día a seis años) o incluso inferior (de un mes y un día a seis meses de prisión). Es decir, nos encontramos de nuevo en la situación de 1980.

- b) En segundo lugar, el aumento del límite de duración máxima de la prisión provisional, que podía ser de tres meses, si el delito tenía asignada pena de arresto mayor (prisión de un mes y un día a seis meses), de un año, si el delito tenía asignada pena igual a prisión menor (con posible prórroga por dos años), o bien, dos años, si la pena señalada era superior a prisión menor (con posible prórroga hasta cuatro años). En caso de sentencia recurrida, la duración máxima se fijó hasta la mitad de la pena impuesta, igual que en 1983. Redacción del nuevo art. 504: *«[...] El Juez o Tribunal podrá ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión provisional hasta el límite de treinta meses, cuando el delito hubiere afectado gravemente a intereses colectivos, o cuando hubiere producido graves consecuencias en el ámbito nacional, o cuando se hubiere cometido fuera de éste, o bien, la instrucción de la causa fuera de extraordinaria complejidad».*

⁴⁰ JORGE BARREIRO, A. «*La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*». Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial. (1996).

4.4. LA PRISIÓN PROVISIONAL DESDE EL AÑO 1995 HASTA EL 2004.

El año 1995 fue el gran año de las reformas penales, ya que no sólo trajo a España y a los españoles un nuevo Código Penal⁴¹, sino que además supuso un grandísimo avance en materia de prisión provisional, al introducir en nuestro ordenamiento jurídico penal el principio acusatorio⁴² y el principio de contradicción⁴³, hoy fundamentales, hasta el punto de que no se puede entender el derecho penal sin ellos.

Mediante la Ley del Jurado (LO 5/1995, de 22 de mayo, modificada por LO 8/1995, de 16 de noviembre), se modificó de nuevo el régimen jurídico de la prisión provisional, a través de la regulación del procedimiento a seguir para su adopción, basándose en el principio acusatorio y en el principio de contradicción. Así, se introdujo la exigencia de instancia de parte acusadora como presupuesto necesario para su adopción (principio acusatorio), junto con la convocatoria y celebración de una comparecencia (principio de contradicción), que hacía obligatoria esa solicitud previa al auto del Juez Instructor decretando la prisión.

Esta fue la regulación vigente hasta el año 2003, en el que se promulgaron dos nuevas leyes con el objeto de reformar la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la meritada materia.

⁴¹ España. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, págs. 33987 – 34058.

⁴² STC 83/1992 de 28 de Mayo: «El principio acusatorio presupone que la acción sea previamente formulada y conocida, así como el derecho del imputado a ejercer su defensa y, consiguientemente, la posibilidad de contestar o rechazar la acusación».

⁴³ STC 48/2008, de 11 de Marzo: «El principio de contradicción es el que hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes de un proceso y permite que el juez o tribunal conozca los argumentos de ambas partes».

Antes de la reforma, el núcleo de la regulación de la prisión provisional se recogía en los artículos 503 y 504 LECrim. Los requisitos establecidos en ellos para que se pudiera decretar la prisión provisional eran los siguientes:

1º. Que concurriera una apariencia delictiva, esto es, *«que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito»* (antiguo artículo 503.1ª LECrim).

2º. Que la persona respecto de la que se decretara la prisión fuese presuntamente responsable de la comisión de ese delito o, como recogía la Ley, *«que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión»*.

3º. Que el delito tuviera asignada una pena de prisión superior a tres años. La gravedad de la pena se erigía así en el parámetro básico para determinar la procedencia o no de la prisión: el legislador consideraba que cuanto más elevada fuera la pena prevista para el delito perseguido mayor sería el riesgo de que el imputado intentara sustraerse a la acción de la Justicia, razón por la cual presumía la existencia de un riesgo de fuga cuando la pena puede exceder de tres años de privación de libertad. Ahora bien, este criterio general se encontraba modulado en la propia Ley, de modo que resultaba procedente la prisión provisional, aunque la pena asignada al delito fuera menor, y también podía evitarse la prisión provisional a pesar de que el delito investigado tuviera una pena superior a los tres años de prisión.

En concreto, aunque la pena prevista en abstracto para el delito no alcanzara una duración de tres años de prisión, podía el Juez decretar la prisión provisional si la consideraba necesaria atendidos los antecedentes del imputado, las

circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos: era suficiente, pues, con la concurrencia de alguno de estos factores –no de todos simultáneamente– para acordar la prisión provisional, sea cual fuere la gravedad del hecho punible. Y a la inversa, aunque el delito tuviera asignada una pena de prisión superior a tres años, podía el Juez no decretar la prisión del inculpado cuando éste careciera de antecedentes penales, y se pueda esperar-suponer que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma, ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción. Como puede apreciarse, era necesaria la concurrencia de todas las circunstancias descritas para que el imputado pudiera evitar la prisión provisional, en caso de que se le atribuyera la comisión de un delito grave. La LECrim. se conformaba con establecer el marco descrito y con permitir que, dentro de estos límites, fueran los Jueces de Instrucción quienes, según lo que resulte de las actuaciones, se decantase o no en cada caso concreto por adoptar la medida cautelar, por lo que «*se echa de menos una fijación expresa y en forma de numerus clausus de los supuestos en que por ley puede fijarse la privación de aquella libertad*». ⁴⁴

Sin embargo, lo cierto es que no era ésta la única regulación que de facto existía para la prisión provisional; y es que aquí, igual que en muchos otros sectores del derecho procesal penal, las diversas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y el conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional se fueron convirtiendo en una auténtica fuente normativa⁴⁵. De hecho, de forma muy

⁴⁴ ALZAGA VILLAAMIL, O. «*Comentarios a la Constitución Española de 1978*». Madrid, Edersa (1998). Pág. 349.

⁴⁵ Así lo expresa también ALONSO FERNÁNDEZ, J.A. en su obra «*Tribunal Constitucional fines de la prisión provisional*». Barcelona, José María Bosch Editor (2019). Pág. 200: «*El estado de cosas así descrito, totalmente anómalo, conllevó que desde la entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional en el año 1980, este se viera obligado a ir creando a través de sus resoluciones un*

paulatina, aunque cada vez más contundente, el Tribunal Constitucional fue sujetando a unos límites muy estrictos la prisión provisional: de forma sintética, entiende el Tribunal Constitucional que el respeto al derecho fundamental a la libertad personal comporta las siguientes exigencias a la hora de acordar su adopción:

1°. Que, como presupuesto de la medida, se constate suficientemente una apariencia delictiva, concretada en la persona respecto de la que se decreta la medida.

2°. Que, en cada supuesto en que se adopte, la prisión provisional persiga una finalidad constitucionalmente legítima.

3°. Que el Juez, antes de decretar la medida, efectúe un juicio ponderado que tenga en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, muy especialmente, la necesidad y adecuación de alcanzar la finalidad perseguida con esta medida cautelar.

4°. Que se decrete a través de una resolución externamente motivada que deje traslucir la finalidad perseguida y dicho juicio ponderado. Lo cierto es que, salvo la primera de ellas –la apariencia delictiva como presupuesto–, la LECrim. no recogía estas exigencias de forma expresa, ni se establecían en ella las finalidades que era lícito perseguir con esta medida, ni tampoco exigía la Ley que se efectuara el juicio ponderado descrito, ni la motivación suficiente a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

importante cuerpo de doctrina jurisprudencial acerca de la medida cautelar de prisión provisional, interpretando y solucionando desde una perspectiva constitucional numerosos problemas, tanto relacionados con los auténticos y legítimos fines de la institución, como con otros aspectos prácticos de la misma».

Evidentemente, la LECrim. no prohibía que los Jueces sólo se plantearan decretar la prisión provisional cuando entendieran que, atendidas las circunstancias del caso, era el único medio a su alcance para lograr una finalidad constitucionalmente legítima, y que así lo explicaran con suficiente detalle en el auto de prisión, en el que se exigía que la resolución estuviera bien motivada. Sin embargo, en la práctica vino siendo demasiado frecuente encontrar autos judiciales en los que la prisión provisional se decretaba con fuertes dosis de automatismo, con una mera referencia a la gravedad de la pena asignada al delito y, a lo sumo, con vagas alusiones a la alarma social generada por el delito. En definitiva, podía apreciarse cómo la regulación legal dio cobijo a ciertas praxis viciosas, lesivas del derecho fundamental a la libertad, y que habían venido recibiendo la censura constante del Tribunal Constitucional cada vez que fueron objeto de recurso de amparo, de forma especialmente contundente a partir de la Sentencia nº 128/1995 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitución, de 26 de julio, en el Recurso de Amparo nº 993/95.

Esta trayectoria de la jurisprudencia constitucional cada vez más dura con la prisión provisional culminó, en cierta medida, con la Sentencia nº 47/2000 dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de febrero en el Recurso de Amparo nº 889/96. En ella el Pleno del Tribunal Constitucional no sólo estimó el recurso de amparo interpuesto frente a un auto de prisión insuficientemente motivado, sino que consideró que la causa de la lesión al derecho fundamental podía hallarse en la inconstitucionalidad de la propia norma en que dicho auto se basaba⁴⁶, y por ello planteó de oficio la llamada «*autocuestión de inconstitucionalidad*» respecto de los

⁴⁶ En dicha sentencia el Tribunal Constitucional reconoce que «*prima facie la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 CE*».

antiguos artículos 503 y 504 LECrim, o sea abrió de oficio un proceso para analizar la constitucionalidad de señalados preceptos.

La autocuestión de inconstitucionalidad no ha sido aún objeto de resolución por el Tribunal Constitucional, se piensa que por motivos políticos e, incluso, de orden público que, de tenerse a bien supondría un elevado riesgo de que el Tribunal declarara inconstitucionales dichos preceptos y por consiguiente, la prisión provisional quedaría sin cobertura legal y deberían ser puestas en libertad inmediata todas aquellas personas respecto de las que se hubiera acordado dicha medida cautelar, con las consecuencias terribles para la protección de la sociedad que ello acarrearía.

Formulada la cuestión de inconstitucionalidad, parece ser que el Tribunal Constitucional estaba instando al legislador para que modificara la regulación de la prisión provisional y la adaptara a la doctrina del propio Tribunal. Es, sin duda, esta advertencia de declaración de inconstitucionalidad de los antiguos artículos 503 y 504 LECrim la que se halla en el origen de la voluntad de reformar la regulación de la prisión provisional.

III

REGULACIÓN ACTUAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

III. REGULACIÓN ACTUAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

1. PRISIÓN PROVISIONAL: CONCEPTO, CARACTERES, Y PRINCIPIOS QUE LA INFORMAN

1.1. CONCEPTO

La prisión provisional se ha venido entendiendo como una medida cautelar de naturaleza personalísima e intransferible. En este sentido, destaca la STC 19/1999, de 22 de febrero, FJ 5, donde el TC la define como *«una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia. No es en modo alguno una especie de pena anticipada»*.

También ha sido precisada como una medida cautelar de carácter personal, que consiste en privar de libertad ambulatoria a un sujeto sobre el que existen motivos bastantes para creerlo responsable criminalmente de un delito, durante el tiempo que dura la sustentación de un proceso penal⁴⁷ y cuyo objetivo es garantizar la efectividad de la previsible sentencia condenatoria que vaya a recaer sobre el encausado finalizado el proceso penal, para que el mismo no pueda sustraerse a la acción de la justicia.

Tanto en la legislación vigente, como en la jurisprudencia y la doctrina especializada, se hace un uso indistinto de las expresiones *«prisión provisional»* o

⁴⁷ PÉREZ MORALES, G. *«Actual regulación de la prisión Provisional, Anales de Derecho»*. Universidad de Murcia. (1996)

«*prisión preventiva*» para referirse a esta institución jurídico penal. La primera de ellas trata de hacer hincapié en su carácter esencialmente temporal, mientras que la segunda, hace referencia a su función y carácter de prevención de ciertos riesgos, como pueden ser el riesgo de fuga o la reiteración delictiva, entre otros⁴⁸.

En relación a la mención que en esta definición realiza PÉREZ MORALES, nos vemos obligados a exponer el marco constitucional a través del cual se encuadra la prisión provisional:

a) Por una parte, el artículo 17 establece:

«Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.»

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca».

4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.

⁴⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. «*La prisión provisional*». Monografías Aranzadi. (2004).

Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional».

De este precepto, se deduce la importancia del derecho a la libertad y la seguridad de la persona, así como el hecho de que, la adopción de la prisión provisional, debe estar limitada a aquellos supuestos y forma previstos en la Ley, lo cual desarrollaremos más adelante.

b) Por otra, el artículo 24 establece:

«Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

La tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia se configuran, por tanto, como una garantía extensible a toda persona, por mandato constitucional.

c) Como daños colaterales, es necesario atender al artículo 18, que dispone que *«Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».*

El artículo 520.1 LECrim dispone que la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. También se establece que los encargados de practicar la misma, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e

imagen de los presos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información. No obstante, en la práctica, es fácilmente reconocible cómo el cautiverio genera, en el honor y en la intimidad de la persona, determinados daños de carácter estigmatizante que suponen la vulneración de los mencionados derechos, atreviéndonos a señalar a la utilización que de tales hechos hacen los medios de desinformación, como causa u origen principal de la situación en la que se ve envuelta la institución de la prisión provisional.

A todo ello, la ley no preveía ningún tipo de compensación ni mejora para los daños ocasionados por este estigma social, salvo la lenta y dificultosa vía de amparo, así como la casi inaplicable indemnización del artículo 294 LOPJ⁴⁹, la cual ha sido declarada inconstitucional recientemente, en concreto, gracias a la Sentencia 85/2019, sobre la cual hablaremos más distendidamente en los siguientes capítulos de esta tesis.

Así pues, vemos cómo el concepto mismo de la prisión preventiva se vincula con los supuestos y formas previstos en la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. De ello se deduce, que su contenido y dimensiones quedan entregadas al legislador para ser definidas, y posteriormente, aplicadas por el Juez o Tribunal en cuestión. Todo ello, deberá estar siempre informado por los principios y valores que, en un Estado Democrático, rigen la regulación del derecho a la libertad⁵⁰.

En último lugar hemos de hacer mención al artículo 10 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la

⁴⁹ PEREZ GORDO, A. «*Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la LECrim y en los textos legales y jurisprudenciales*». Editorial Justicia 84. (1984)

⁵⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L. «*La prisión preventiva y los derechos humanos*». Anuario de derechos humanos, (1983).

personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Principalmente del apartado 2, se deduce que el contenido que el legislador de a la prisión provisional, ha de integrar y tener presente lo dispuesto para la misma a nivel internacional y comunitario.

De manera cierta, podemos afirmar, como ya antes lo hiciera el Tribunal Constitucional, «la analogía que existe entre la privación provisional de la libertad, adoptada por el Juez como medida cautelar, y la que es producto de una sanción penal por Sentencia que pone fin a un proceso. Su contenido material coincide, básicamente⁵¹»

Por todo lo anterior, se hace imperiosa la necesidad de definir los caracteres y principios que distinguen a ambas instituciones.

1.2. CARACTERES Y PRINCIPIOS QUE INFORMAN A LA PRISIÓN PROVISIONAL

Desde un punto de vista jurídico, la prisión provisional es una medida cautelar de carácter personal que se materializa en la privación de la libertad de un sujeto, legalmente inocente, imputado por un delito de especial gravedad, que es ordenada por una resolución jurisdiccional, de carácter provisional y de duración

⁵¹ STC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3

limitada, antes de que recaiga sentencia penal firme, con el fin de asegurar la presencia del imputado durante el proceso o la ejecución de la eventual y futura.⁵²

Puesto que dicha medida cautelar implica privación de libertad, la configuración de la misma debe regirse por una serie de caracteres y principios informadores que deben respetarse no solo en la prisión preventiva sino en todas las medidas cautelares, ya que a todas se extienden:

a. Principio de exclusividad jurisdiccional

Implica que, la resolución que proceda, únicamente puede ser adoptada por el órgano jurisdiccional competente y de forma motivada.

El artículo 502 de la LECrim establece: «*Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa*». De todo ello se deduce la necesidad de que, para que la prisión provisional pueda ser acordada, se dicte un auto de prisión por parte del Juez o Tribunal penalmente competente⁵³.

b. Principio de instrumentalidad

Se refiere al instrumento a través del cual se garantiza el buen funcionamiento de un proceso principal, al que se encuentra supeditada⁵⁴. Por tanto, la privación de libertad que implica la prisión provisional, en este caso, es el

⁵² ASENCIO MELLADO, J. M. «*Derecho Procesal Penal*». Tirant lo Blanch. (1998) y GUERRA PÉREZ, C. «*La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*», Tirant lo Blanch. (2010).

⁵³ STC 128/1995, FJ 4 a); STC 66/1997, de 7 de abril, FJ 4 b); STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3.

⁵⁴ CALAMANDREI, P. «*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*». Pavoda. (1936)

instrumento del que se sirve la justicia para garantizar el proceso que se está desarrollando.

Se trata de la principal característica de las medidas cautelares, e implica que solo pueda adoptarse cuando exista un proceso penal ya en curso, debiendo extinguirse la medida una vez finalice el mismo, quedándose sin efecto o transformándose en medida ejecutiva⁵⁵. Así pues, afirman MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA que *«la prisión provisional es un mal que supone la limitación del derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, a la libertad individual»*. Y no en balde esta afirmación; dada la gravedad de esta medida cautelar, establece el artículo 502.2, que *«se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, y cuando no existan medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional»*. De ello se deja entrever el principio de intervención mínima, que rige en el Derecho Penal como una de sus bases fundamentales⁵⁶. Hace referencia también BARONA VILAR a la interrelación que debe existir entre el instrumento jurídico que se adopta para garantizar el proceso penal y el hecho, las circunstancias que confluyen, los presupuestos de cada una de ellas, y las consecuencias jurídico penales derivadas de la posible condena que, obviamente, juegan un papel esencial en la delimitación del presupuesto del peligro y que, en cualquier caso, debe incidir en el principio de proporcionalidad del que hablaremos más adelante⁵⁷.

⁵⁵ HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. *«Prisión provisional y garantías»*. Revista de la facultad de Ciencias jurídicas. (2011-2012)

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, F. y MORENO CATENA, V *«La reforma penal y penitenciaria»*. Universidad de Santiago de Compostela. (1980)

⁵⁷ BARONA VILAR, S. *«Medidas cautelares en el proceso penal»*. Editorial OIM (2015)

c. *Principio de Legalidad*

Otorga seguridad jurídica, ya que consiste en la sumisión del Derecho Penal a la Ley. A tal principio, hacen referencia las máximas «nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine»⁵⁸ y «nullum crimen sine poena legali»⁵⁹. No solo vincula al legislador, sino que señala el cauce por el que han de regularse determinadas materias, como es el caso de la prisión provisional (mediante Ley Orgánica). Por tanto, y tal como señala el TC en la STC 150/1989, el principio de legalidad *es un presupuesto de la acción del Estado de Derecho sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, así como del derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica, y también la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y 117.1 CE., especialmente cuando este declara que los jueces y magistrados están sometidos al imperio de la Ley*»⁶⁰.

Así pues, la importancia del principio de legalidad se puede percibir fácilmente en las diferentes garantías que el Derecho Penal ha establecido respecto al mismo⁶¹:

- Garantía criminal: El artículo 10 del Código Penal, establece que «*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*». También se hace referencia a esta garantía en el artículo 4 del Código Penal, que dispone que «*En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se*

⁵⁸ «No hay pena sin ley, no hay pena sin crimen».

⁵⁹ «Ningún delito, ninguna pena, sin ley previa».

⁶⁰ También en la STC 133/1978

⁶¹ MANUAL DE DERECHO PENAL GENERAL. Editorial Carperi. (2018)

abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley, resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

- Garantía penal: Se deduce del ya citado artículo 4, y viene contenida en el artículo 2.1 del Código Penal, que dispone que «*no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración*».
- Garantía jurisdiccional: Establecida en el artículo 3.1 del Código Penal, el cual dispone que «*no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales*». Asimismo, en la Constitución Española se materializa esta garantía a través de los artículos 24 y 117.⁶²
- Garantía de ejecución: Se extrae del artículo 3.2 del Código Penal, que dice que *tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma*

⁶² Artículo 24 CE: «*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

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

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

Artículo 117.3 CE: «*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*».

que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes». También hace referencia a la garantía de ejecución el artículo 25.1 de la Constitución⁶³.

De esta forma, el juez se debe a la letra y espíritu cognoscible de la Ley⁶⁴.

Respecto de la prisión provisional en concreto, el artículo 17 CE, recoge que en la LECrim se ha de configurar los presupuestos de la privación de libertad, por imperativo constitucional. De esta manera, la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional debe estar regulada en los supuestos legales, y debe adoptarse en función de los procesos legalmente regulados.⁶⁵ Sobre ello, es interesante tener en cuenta lo que rezan los apartados 2, 3 y 4 del art. 502 LECrim, ya que a través de ello, se ponen de manifiesto la importancia de concretar y profundizar en ellos a la hora de acordar la prisión provisional, para que la misma pueda ser legalmente decretada, y no se acabe incurriendo en desviaciones de lo que realmente es esta institución jurídica. Por tanto, ha de darse una intervención legalizada para poder acordar la prisión provisional en España⁶⁶.

d. Principio de excepcionalidad

Implica que la prisión provisional habrá de decretarse tan solo en defecto de medidas menos gravosas, tal como se dispone en la propia Exposición de Motivos

⁶³ Artículo 25.1 CE: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»

⁶⁴ STC 137/1997, de 21 de julio

⁶⁵ STC 49/1999, de 5 de abril (FJ 4) y STC 147/2000, de 29 de mayo (FJ 4).

⁶⁶ ASENSIO MELLADO, J.M. «La prisión provisional». Civitas. (1987).

de la LO 13/2003, y que además recuerda reiteradamente la doctrina constitucional⁶⁷.

La regla general debe ser la libertad del imputado en cumplimiento del principio de *favor libertatis*. Por tanto, la privación de libertad ha de erigirse como excepción, recurriendo a ella cuando sea absoluta y estrictamente necesaria⁶⁸. No podrá, la prisión preventiva, ser concebida como un castigo anticipado o cumplir fines de prevención que sean propios de las penas⁶⁹.

Por tanto, la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión preventiva, ha de hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad⁷⁰.

Además, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también expresa claramente que: «*La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*». Tal como mencionábamos en el apartado anterior, las normas comunitarias e internacionales han de ser tenidas en cuenta y respetadas en nivel nacional.

También la Recomendación (80) 11 del Consejo de Europa, dispone que «La prisión preventiva sólo podrá ordenarse en caso de sospecha legítima de que el

⁶⁷ STC 47/2000, de 17 de febrero: «*Es una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines referidos*».

⁶⁸ STC 128/1995, de 26 de Julio (FJ 5)

⁶⁹ NAVARRO MASSIP, J. «*La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines*». Editorial Aranzadi (2013).

⁷⁰ STC Sala 2ª de 3 de junio de 2002 (EDJ-2002/24305)

interesado ha cometido la infracción de que se trate y cuando existan serias razones para pensar que existen uno o varios de los siguientes peligros: peligro de huida, peligro de obstrucción del curso de la justicia, peligro de que la persona cometa una infracción grave. Aun no pudiendo determinarse la existencia de los peligros anteriormente enunciados, la prisión preventiva podrá, sin embargo, estar excepcionalmente justificada en casos de infracciones particularmente graves».

No obstante, todo lo anterior, solo parece haber un acuerdo pleno entre la doctrina respecto del riesgo de fuga⁷¹. Así pues, para ORTELLS RAMOS tal fin conlleva, el mantener la presencia del imputado durante todo el proceso declarativo, y asegurar su presencia para el momento en que, dictada sentencia firme, deba procederse a la ejecución de una pena corporal⁷². Sin embargo, también existen autores como ANDRÉS IBÁÑEZ que considera que el uso directamente defensivo de la prisión provisional en función de prevención de peligrosidad del reo no puede ser considerado de otro modo que como una ejecución anticipada de la pena⁷³.

*e. Principio de provisionalidad y temporalidad*⁷⁴

Ambas notas están íntimamente relacionadas y se constituyen como notas esenciales de las medidas cautelares en general. Así pues, la prisión provisional sirve a unos fines concretos que están delimitados en el tiempo. Como señalaba

⁷¹ Así lo considera GIMENO SENDRA, J.V. en «*La prisión provisional y el derecho a la libertad*». La Ley. (1998); BANACLOCHE PALAO, J. en «*La libertad personal y sus limitaciones*». McGraw-Hill. (1986).

⁷² ORTELLS RAMOS, M. «*Para una sistematización de las medidas cautelares*». Revista General de Legislación y Jurisprudencia. (1978).

⁷³ IBÁÑEZ JUSTINIANO, A. «*Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*». Universidad de Castilla la Mancha. (1996).

⁷⁴ STC 128/1995, de 26 de julio (FJ 5) y HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. «*Prisión provisional y garantías*». Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas. (2011-2012).

acertadamente CARRARA⁷⁵, se trata de una necesaria injusticia, que limita la libertad de la persona en pos de un fin mayor. Sin embargo, la labor del jurista ha de ser la de luchar por que esta injusticia sea cada vez menor.

Se ha reconocido por la doctrina en innumerables ocasiones las semejanzas existentes entre la prisión preventiva y las penas de privación de libertad. Uno de los mayores puntos de diferenciación entre ambas, nos lo ofrece su sentido esencialmente provisional. Su limitación temporal, anudada a la duración del proceso penal y además con una duración inferior en todo caso a la pena privativa de libertad, podría hacernos hablar incluso de caducidad, pues es una institución que no ambiciona perpetuarse en el tiempo⁷⁶. Así tal cual viene además establecido en la Constitución, concretamente en el apartado 4 del artículo 17, al establecer que «*por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*».

En relación a lo anterior, el artículo 504.1 de la LECrim dispone que «*la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción*». Observamos, por tanto, cómo en su regulación explícita la prisión provisional no tiene vocación de convertirse, en definitiva, sino que se constituye de un inicio y un final, que dependerá de cuándo desaparezcan las causas o elementos fácticos que los motivaron. Tras ello, nada justifica su mantenimiento porque se desvirtuaría su contenido básico. Así lo reconoce también la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional al disponer de manera

⁷⁵ CARRARA, F. «*Opúsculos de Derecho Criminal*». Editorial Temis. (1978)

⁷⁶ RODRIGUEZ MAGARIÑOS, F.G. «*La paulatina erradicación de la prisión preventiva: Un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías*». Universidad autónoma de Madrid. (2009).

uniforme que *«el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales así como los del caso concreto⁷⁷»*.

De ello se deriva la necesidad de revisar que tal medida cautelar personal se ajuste a sus propios fines, que no son otros que los de garantizar la presencia del imputado y la de la eventual sentencia condenatoria; así como tener en cuenta la necesaria ponderación de los objetivos constitucionales y los sacrificios a los que la prisión provisional obliga, lo cual recobra un especial valor en un Estado de Derecho como es España, en la que la libertad es un polo vertebrador del ordenamiento jurídico.

f. Principio de subsidiariedad o de menor onerosidad

Significa que siempre que puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional, habrán de adoptarse medidas menos gravosas a esta.

Este principio viene consagrado en el ap. 2 art. 502.2 LECrim: 2. *«La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional»*.

g. Principio de proporcionalidad

La adopción de la prisión provisional, ha de ser adecuada al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo, y sobre todo razonable con la finalidad que se pretende conseguir. Para cumplir con este principio, se ha de observar la repercusión que la misma pueda tener en el investigado de forma

⁷⁷ STC 37/1996, de 11 de noviembre (FJ4) y STC 62/1996, de 15 de Abril, (FJ5)

individualizada⁷⁸, atendiendo a las circunstancias personales del detenido. A ello hace también mención el artículo 502.2 LECrim.

Siguiendo a LASCURÁIN SÁNCHEZ, el principio de proporcionalidad se constituye como «*la consecuencia de la configuración del Estado como instrumento al servicio de la libertad de la persona*». Entiende este principio como aquel que vincula la intervención estatal a resultados de mejora de los márgenes sociales de libertad⁷⁹. Por tanto, se ha de tener en cuenta la mejora real (cotejo entre el antes y el después de la intervención normativa y aplicativa) y la mejora hipotética (comparación entre el resultado de la intervención real y el de otras intervenciones posibles en persecución del mismo fin). Así pues, tal como afirma el autor, y que nosotros apoyamos, el principio de proporcionalidad ha de apuntar a un más alto fin: El de la funcionalidad óptima de la medida.

Dicha proporcionalidad será medida por un juez a través de un juicio de razonabilidad a cerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes. Al no tratarse de una proporcionalidad reglada, el juez ha de motivar su resolución, para que la prisión provisional no resulte desproporcionada o irrazonable, ya que en tal caso tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso que resultaría ilegal⁸⁰.

h. Principio de motivación/Apariencia delictiva/Motivos bastantes

Este principio es requisito formal de la regla de proporcionalidad, según la cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental

⁷⁸ STCS 128/1995, de 26 de Julio.

⁷⁹ LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A. «*Los fines de la prisión provisional*». Editorial Aranzadi. (1998).

⁸⁰ BARONA VILAR, S. «*Prisión provisional y medidas alternativas*». Bosch. (1988).

afectado y el interés protegido y perseguido, del cual se despliegue la necesidad de adopción de la medida⁸¹.

El legislador trata de conciliar *«el derecho del imputado a conocer los motivos por los que se le priva de libertad y la necesidad del Estado de investigar eficazmente los hechos aparentemente delictivos»*⁸².

Además, el artículo 506 LECrim dispone en su apartado 1 que *«las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del investigado o encausado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción»*. Se observa del precepto legal la necesidad de que se trate de una resolución legal motivada.

Así lo establece también la STC 128/1995, FJ 4 b), al disponer que *«la motivación ha de ser suficiente y razonable, entendiéndose por tal, que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional»*.

⁸¹ STC 11/2006, de 16 de enero, FJ 4

⁸² STC 12/2007, de 15 de enero

También la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸³ así lo afirma, al disponer que *«tal omisión es una manifestación de que se han ignorado las exigencias del artículo 5.3 del Convenio⁸⁴»*.

Con la exposición de estos principios, se pretende poner de manifiesto la importancia de los hilos conductores que inspiran el ordenamiento jurídico, y en este caso en concreto, la prisión provisional. Principios a los que habrán de elevarse todas aquellas situaciones cuya resolución pueda resultar complicada. Con ello se pretende que cualquier tipo de cuestión pueda ser resuelta conforme a Derecho, por más dificultosa que pudiera resultar.

2. JUSTIFICACIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: LEY ORGÁNICA 13/2003, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA DE LA LECRIM EN MATERIA DE PRISIÓN PROVISIONAL

Antes de la mencionada Ley, se modificó, mediante la Ley del Jurado, el régimen jurídico de esta figura, en concreto el procedimiento para su adopción, basándose en el principio acusatorio y de contradicción. Se introdujo la exigencia de instancia de parte acusadora como presupuesto necesario para su adopción (principio acusatorio), junto con la convocatoria y la celebración de una comparecencia (principio de contradicción), que hacía obligatoria la solicitud previa al auto decretando prisión.

A pesar de todo ello, la necesidad de una reforma sobre prisión provisional era ya urgente, viéndose forzada a través de la STC 47/2000, de 17 de Febrero, en

⁸³ STEDH Dolgova contra Rusia de 2 de Marzo del 2006 (PROV 2006, 103419).

⁸⁴ Artículo 5.3 Convenio Europeo de Derechos Humanos: *«Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio»*.

la que el recurrente alegaba la vulneración de los artículos 17 y 24 CE por entender que, tanto la resolución del Juez de Instrucción como la de la Audiencia en apelación, carecían de motivación suficiente para decretar la prisión provisional. El demandante de amparo, consideraba que en ellas no se tenía en cuenta sus circunstancias personales y que, además, no existía ni riesgo de fuga ni peligro de ocultación de pruebas⁸⁵.

En cuanto a las modificaciones operadas a través de tal reforma, mencionaremos sucintamente:

- Modificación de los presupuestos generales que deben inspirar la aplicación de la prisión provisional.
- Rebaja del límite mínimo para poder acordar la medida
- Concreción de los fines legítimos que la justifican.
- Establecimiento de nuevos plazos de duración máxima de la pena.
- Introducción de distintas reglas a cumplir por las resoluciones judiciales que opten por decretar la prisión provisional
- Introducción de mejoras técnicas en cuanto al procedimiento
- Simplificación y aceleración de la tramitación de los recursos frente a resoluciones sobre prisión provisional mediante los cauces previstos para el recurso de apelación del procedimiento abreviado.

Reforma de la modalidad de prisión provisional incomunicada, estableciendo de forma concreta de presupuestos, duración y contenido de la incomunicación.

⁸⁵ GUERRA PÉREZ, C. «*La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*». Editorial Tirant lo Blanch. (2010)

2.1. PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

En el caso de que se adopte la medida cautelar de prisión provisional deben examinarse la concurrencia de unos presupuestos, es decir, aquellos elementos cuya existencia será necesario justificar para poder adoptar esta medida, especialmente gravosa para el derecho a la libertad de cualquier ciudadano. Así pues, los presupuestos son extensibles a todas las medidas cautelares según la propia doctrina procesal⁸⁶, sin embargo, en cada apartado concretaremos las manifestaciones en que ambos preceptos se materializan respecto de la prisión provisional:

a. Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.

Este presupuesto exige la concurrencia de indicios suficientes de criminalidad, o en palabras de la STC 62/1996 de 15 de abril, *razonables sospechas* de la comisión del delito por el eventual destinatario de la medida. Por tanto, se configura como condición sine qua non para la adopción de la prisión provisional⁸⁷, siendo además ratificado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁸.

Además, el TC establece que *«la gravedad del hecho punible atribuido al imputado, no puede, por sí sola, justificar la prisión provisional, sino que hay que*

⁸⁶ Para MORENO CATENA, «*las medidas cautelares persiguen siempre una finalidad procesal permitiendo el normal desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia*». Editorial Tirant lo Blanch (2005).

⁸⁷ NAVARRO MASSIP, J. «*La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines*». Editorial Aranzadi (2013).

⁸⁸ Sentencias del TEDH de 10 de noviembre de 1969 (caso Stogmuller); Sentencia de 26 de junio 1991, (caso Letellier); Sentencia de 27 de agosto de 1992 (caso Tomasi).

tener en cuenta otros estándares, tales como la situación familiar, laboral y económica del imputado, tal y como recoge la Ley⁸⁹».

En este presupuesto tiene una relevante importancia el mencionado principio de motivación de las resoluciones judiciales, ya que nos encontramos ante la necesidad de justificar unas razonables sospechas sobre la comisión de un hecho delictivo. Por tanto, se han de argumentar adecuadamente los motivos bastantes que legitiman la adopción que pretende llevarse a cabo. Todo ello porque en ningún momento se habla de certezas, ya que las mismas no son posibles durante el inicio de un proceso o la fase de instrucción del mismo. Pretender una prueba plena desnaturalizaría el significado de las medidas cautelares respecto del proceso principal⁹⁰. Por tanto, el *fumus boni iuris* implica una razonada atribución de responsabilidad a una persona determinada, contra la que se acuerda una determinada medida cautelar⁹¹.

En relación con la prisión provisional, el *fumus boni iuris* se configura teniendo especialmente en cuenta estas dos cuestiones:

- Gravedad de la pena y el hecho enjuiciado

En su apartado 1, el art. 503 establece: 1. *«La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:*

1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o

⁸⁹ STC núm. 146/1997, de 15 de Septiembre (BOE 16 de octubre de 1997)

⁹⁰ LANDROVE DÍAZ, G. *«Prisión preventiva y medidas alternativas de libertad en estudios penales y criminológicos»*. Universidad de Santiago de Compostela. (1984).

⁹¹ PÉREZ RODRIGUEZ, A. *«La prisión provisional y su aplicación en el denominado “juicio del proces”»*. Comillas Universidad Pontificia. (2020).

superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.a del capítulo II del título III del libro I del Código Penal».

Este precepto hace referencia a la gravedad del hecho punible que se imputa, también en relación a la duración que el Código Penal determina para la pena. De esta forma, se establece un criterio objetivo que opera automáticamente sin necesidad de ser valorado por el juez, es decir, se podrá acordar la prisión provisional para cualquier hecho sancionado con una pena privativa de libertad superior a dos años, o inferior, si el investigado o encausado tuviera antecedentes penales⁹².

No obstante, hemos de advertir, que tal como se establece en el informe sobre el anteproyecto de la ley orgánica de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional⁹³, se rechaza que la gravedad de la pena pueda ser el único motivo para adoptar la prisión provisional. Habrán de tenerse en cuenta las circunstancias concretas y personales del imputado⁹⁴.

⁹² HERNANDEZ GÓMEZ, I. «Prisión provisional y garantías. Revista de la facultad de ciencias jurídicas». (2012).

⁹³ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-reforma-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-en-materia-de-prision-provisional>

⁹⁴ STC 145/2001

- Motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

«Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión», es lo que se establece en el apartado 2.

La Sentencia nº 140/2012 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo n 34646/2009, de 2 de Julio recuerda en su FJ 2:

«El estudio de la pretensión de amparo, una vez enmarcado en los términos expuestos, debe partir de una reiterada y consolidada jurisprudencia de este Tribunal sobre la necesidad de fundamentar las resoluciones limitativas de derechos fundamentales, exigiéndose un razonamiento por el órgano judicial que justifique los motivos que la legitiman constitucionalmente. El fundamento jurídico 4 de la STC 179/2005 de 4 de Julio, ha sintetizado esta doctrina:

“En concreto afirma, no debemos olvidar a la hora de realizar dicho examen que, desde la STC 128/1995 de 26 de Julio, este Tribunal ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso en prisión provisional es de naturaleza excepcional (en este mismo sentido, entre otras, STC 37/1996 de 11 de Marzo, FJ 6 a); 62/1996 de 15 de Abril, FJ 5; y 66/1997 de 7 de Abril, FJ 4 b), así como que la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro del proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines

constitucionalmente legítimo y congruentes con la naturaleza de la misma (por todas, STC 60/2001 de 26 de Febrero, FJ 3; 138/2002 de 3 de Junio, FJ 4)».

b. Periculum in mora o daño jurídico del retraso del procedimiento.

Puede definirse como la necesidad de garantizar una correcta instrucción, impidiendo que peligre una futura ejecución de la pena impuesta por sentencia condenatoria, respecto del peligro o peligros que pudieran frustrarla durante el desarrollo de la mencionada fase. En palabras del Tribunal Constitucional, que *el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución*⁹⁵.

Básicamente este presupuesto va destinado al de conjurar el riesgo de fuga, la reiteración delictiva o el ataque a bienes jurídicos de la víctima, que constituyen la parte material en la que, en nuestro derecho, se constituye este presupuesto.

Este presupuesto se materializa, en relación con la prisión provisional, en los fines que el artículo 503 LECrim establece en su apartado 3:

- a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

Viene establecido en el artículo 503.1.3º a) de la LECrim.

Además, se añade que *«para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral»*. No obstante, y

⁹⁵ STC TC de 29 de abril de 1993 (EDJ 1993/4006)

aunque no exista mención expresa por parte de la Ley, el órgano judicial observará las conexiones que el imputado pueda tener con otros países⁹⁶.

Así pues, por situación familiar se entiende el hecho de ser el único que trabaja o sustenta a la unidad familiar, por situación laboral se observa la estabilidad de un puesto de trabajo, y la situación económica, a la cantidad de patrimonio del detenido provisionalmente⁹⁷. Según señala BARONA VILAR, la situación familiar se podrá determinar, atendiendo, por ejemplo, a si el investigado es el único sustento de la unidad familiar⁹⁸.

Por otro lado, considera SANGUINÉ⁹⁹ que existe peligro de fuga respecto de aquellos sujetos sobre los que hayan recaído al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. Así se deduce también del artículo 292 II de la LECrim, que establece que *«la policía judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos»* En estos casos, no se tendrá en cuenta el límite de que el delito imputado lleve aparejada una pena privativa de libertad de dos años.

La STC 128/1995, de 26 de julio, en su FJ9, habla sobre la constatación del peligro de fuga. Basta con señalar dos criterios: la relevancia de la gravedad del delito y de la pena. Además, añade que los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento.

⁹⁶ MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisprudencial III*. Editorial Tirant lo Blanch, (2018).

⁹⁷ ALONSO CUEVILLAS-SAYROL, V. La nueva regulación de la prisión preventiva. *Revista jurídica de Catalunya*. (1997)

⁹⁸ BARONA VILAR, S. *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch (2004).

⁹⁹ SANGUINÉ, O. *«Prisión provisional y derechos fundamentales*. Editorial Tirant lo Blanch. (2004).

El TC establece que deberá tenerse en cuenta para conjurar dicho riesgo las circunstancias personales y no la gravedad del delito. En concreto, añade: *«el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y por ello en la decisión de mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales del preso preventivo, así como los del caso concreto¹⁰⁰»*.

A lo que, en la STC 156/1997, de 29 de septiembre, analizando un supuesto muy similar, añadimos que esa exigencia de análisis particularizado *«debe acentuarse aún más en casos como el presente, en el que la impugnación del recurrente ha cuestionado extensa y expresamente la subsistencia y aun la existencia inicial de razones concretas que justificaran el riesgo de fuga»*.

Otra cuestión respecto al riesgo de fuga, es si la prisión provisional puede adoptarse por este motivo cuando pueda preverse que la causa pueda concluir con una medida suspensiva de la pena privativa de libertad o en otra clase de pena alternativa a la prisión. Así pues, en opinión de CATALINA BENABENTE, no podría adoptarse la prisión preventiva en estos casos.

- b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

Además, se añade en este precepto, que *«no procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación»*.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder, por sí o a través de terceros, a las fuentes de

¹⁰⁰ STC 12/1995 y STC 62/1996

prueba, o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo».

ASENCIO MELLADO señala, sobre lo anterior, que *«no bastará para su adopción un peligro meramente eventual, sino que será necesaria una razonable posibilidad de que las fuentes de prueba se vean afectadas, deducido de la existencia de un interés del imputado en suprimir las pruebas acusatorias, y ha de tratarse de un peligro actual en el caso concreto y no meramente genérico o abstracto¹⁰¹».*

Tampoco este fin es muy convincente para ARAGONESES MARTÍNEZ, que cree que *«las fuentes de prueba podrían conservarse con medidas tendentes a su aseguramiento, o bien previendo la práctica de prueba anticipada¹⁰²».*

- c) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

Este supuesto está dirigido a prevenir la reiteración delictiva del investigado o encausado contra otros bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando se trate de algunas de las personas establecidas en el artículo 173.2 CP.

Las personas a las que hace referencia el mencionado artículo son, *«quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad*

¹⁰¹ ASENCIO MELLADO. *«Derecho procesal Penal»*. Editorial Tirant lo Blanch. (1998)

¹⁰² ARAGONESES MARTINEZ. *Derecho Procesal Penal*. Centro de Estudios Ramón Areces. (2004).

necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados¹⁰³».

Con este precepto legal, incluido en la reforma de la LECrim de 2003, y cuyo fundamento reside en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, se pretende proteger el derecho a la integridad física y moral de las víctimas de violencia de género. Por este motivo ha existido debate doctrinal acerca de la naturaleza cautelar de la prisión provisional derivada de este fin¹⁰⁴, ya que la misma parece más una medida de protección que una medida cautelar.

No obstante lo anterior, habrá de limitarse a aquellos casos en los que exista un incumplimiento de la orden de alejamiento. El artículo 554 bis párrafo último de la LECrim establece que *«se habrá de tener en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento resultan»*.

¹⁰³ Apartado 2 del artículo 173 del Código Penal.

¹⁰⁴ DORREGO DE CARLOS, A. *«Hacia una nueva justicia penal»*. Editorial sepín. (2004)

Aún así, autores como MORENO CATENA¹⁰⁵ o ARAGONESES MARTÍNEZ¹⁰⁶ consideran que se excede de los fines propios de esta medida cautelar.

Además, no se dejan claros en la ley cuales son aquellos bienes jurídicos que, mediante la adopción del cautiverio, se han de proteger. No obstante, URBANO CASTRILLO considera como tales, el derecho a la vida, la integridad física y moral, libertad, intimidad, honor y patrimonio¹⁰⁷. Aun así, no es un tema pacífico entre la doctrina, y que en la actualidad no ha sido concretado por ley.

Tampoco recoge la ley cuáles serán aquellos presupuestos que permitan al juez tener claridad acerca de si el sujeto intentará agredir de nuevo a la víctima. La naturaleza del delito parece ser suficiente para que se pueda presumir la realización de un nuevo ataque¹⁰⁸. No obstante, esto podría tener justificación en base al artículo 13 LECrim, el cual afirma la necesidad de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas, durante la fase de instrucción.

En cualquier caso, señala MORENO CATENA, la necesidad de que se respeten los principios de proporcionalidad y necesidad, ponderándose todas las circunstancias que concurran al caso concreto. Igualmente, reconoce este autor la

¹⁰⁵ MORENO CATENA, R. «*Las medidas cautelares persiguen siempre una finalidad procesal permitiendo el normal desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia*». Editorial Tirant lo Blanch (2005).

¹⁰⁶ ARAGONESES MARTINEZ. Derecho Procesal Penal. Centro de Estudios Ramón Areces. (2004).

¹⁰⁷ URBANO CASTRILLO. Presupuestos y fines de la prisión provisional. Editorial Sepin. (2004).

¹⁰⁸ SÁNCHEZ MELGAR. Límites temporales de la prisión provisional. Editorial Tirant lo Blanch. (2003).

necesidad de que estas medidas de protección sean de no poca envergadura, al efecto de garantizar el efectivo control y vigilancia de su cumplimiento¹⁰⁹.

A pesar de su carácter anticipatorio, se trata de una medida tremendamente eficaz en casos excepcionales como este, por lo que su legitimidad constitucional no puede ponerse en duda¹¹⁰.

d) Evitar que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos

Art. 503.2 LECrim: *«También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.*

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1.º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad».

¹⁰⁹ MORENO CATENA, R. *«Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos»*. Editorial Tirant lo Blanch. (2006).

¹¹⁰ DAMIÁN MORENO, J. *«La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal»*. Editorial Sepin. (2004).

Este fin de la prisión provisional ha sido criticado por la extralimitación de su finalidad eminentemente cautelar, ya que, su adopción deja entrever una finalidad claramente preventiva, es decir, independientemente del hecho delictivo imputable se está haciendo uso de la prisión provisional para anticipar hechos que no son el hecho imputado. De la misma manera, se extralimita el uso de esta medida cautelar en su utilización para la lucha contra la delincuencia organizada y los criminales habituales, puesto que la institución jurídica de la prisión provisional se fundamente en el aseguramiento de la presencia del investigado o encausado en el proceso penal y de la efectividad de la eventual sentencia y no en la prevención de la delincuencia¹¹¹.

Con este apartado, se ha hecho Ley lo que el Tribunal Constitucional venía señalando en su STC 40/1987, la reiteración delictiva. Sin embargo, a pesar de su aceptación por el Alto Tribunal, este fin pone más en entredicho que nunca el principio de presunción de inocencia, tornándose más en la culpabilidad del detenido que en seguir considerándole inocente hasta que se demuestre lo contrario. Su inclusión tiene su justificación en el informe presentado por la mayoría del consejo general del poder judicial al anteproyecto de reforma de la prisión provisional, donde se dispone que, con tal fin, se sirve de garantizar la seguridad de los ciudadanos, encerrando lo antes posible al presunto culpable, del que se presume, además, que volverá a delinquir si no se le encierra¹¹².

Con todo ello, el debatible y reflexivo binomio libertad-seguridad, vuelve a ponerse en juego, y pareciera, tras la legislación efectuada, que gana la seguridad a la libertad, ya que, con ello, se evita que el sujeto cause más perjuicios a la sociedad. Como vemos, nuevamente el sujeto a proteger es alguien genérico y no concreto,

¹¹¹ HERNÁNDEZ GÓMEZ, I., «Prisión provisional y garantías», Revista de la Facultad de ciencias Jurídicas. (2012).

¹¹² SANGUINÉ. «Prisión provisional y derechos fundamentales». Tirant lo Blanch. (2004).

con toda la incertidumbre social que ello conlleva. Se produce un fin de naturaleza extraprocesal, que genera un conflicto entre los derechos que el presuntamente culpable tiene como persona, y la demanda social de seguridad ante el temor de la reiteración de determinados hechos delictivos. Otra consecuencia de ello, es que la prisión provisional se convierte en un fin de prevención especial¹¹³.

Así pues, no establece el apartado 2 del artículo 503 especificación alguna sobre las circunstancias concurrentes para que exista riesgo de reiteración delictiva. Sí que BARALLAT LÓPEZ señala que habrá de atenderse a la forma de la comisión, la disponibilidad de distintos efectos para la realización del delito o la participación de varios con funciones especializadas¹¹⁴. El único requisito adicional es que el hecho delictivo sea doloso.

De este modo, se trata de evitar la progresiva reiteración delictiva, es decir, que se siga delinquirando en la misma línea¹¹⁵.

Una vez desarrollados los presupuestos de la prisión provisional, es necesario ahondar en el cauce legal establecido para llevar a cabo la misma.

3. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

El procedimiento para la adopción de la prisión provisional viene establecido en los artículos 505 y siguientes de la LECrim, y que desarrollaremos a continuación. Como mencionábamos en el capítulo relativo a los antecedentes

¹¹³ MORENO CATENA. «*Derecho procesal Penal*». Editorial Tirant lo Blanch. (2005).

¹¹⁴ BARALLAT LÓPEZ. «*Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional*». Editorial Sepin. (2004).

¹¹⁵ Anteproyecto de reforma de la prisión provisional. <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>

históricos, fue gracias a la reforma de la Ley del Jurado de 1995 que el procedimiento para adoptar la prisión provisional se modificó, incluyéndose el principio acusatorio y el principio de contradicción, así como el requisito de que la prisión se adopte a instancia de parte y nunca de oficio, es decir, nunca por parte de jueces o tribunales¹¹⁶.

3.1. COMPETENCIA PARA LA ADOPCIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Según el artículo 502 LECrim, podrá decretar la prisión provisional:

- Durante las diligencias previas o el sumario, el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias o el Juez de Guardia.

Una vez abierto el juicio oral, será competente el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa.

- En caso de recurrirse la sentencia sobrevenida durante la tramitación del recurso, la competencia para resolver acerca de la medida le corresponderá al Juzgado o Audiencia que hubiese conocido la misma en su momento.

Como excepción, en el apartado 6 artículo 505, se establece que *«cuando el detenido fuere puesto a disposición de juez distinto del juez o tribunal que conociere o hubiere de conocer de la causa, y el detenido no pudiere ser puesto a disposición de este último en el plazo de 72 horas, procederá el primero de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores. No obstante, una vez que el juez o*

¹¹⁶ GIMENO SENDRA, V. «La aplicación procesal del nuevo Código Penal». Revista general de Derecho. (1997).

tribunal de la causa reciba las diligencias, oirá al investigado o encausado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda».

La competencia para adoptar la prisión provisional se configura, teniendo como referente lo dispuesto en el artículo 8 LECrim¹¹⁷, como un presupuesto procesal de carácter improrrogable, ya que se trata de una cuestión de orden público que involucra el derecho al juez predeterminado por Ley. Por esta razón, las actuaciones llevadas a cabo sin respetar este precepto supondrán la nulidad de pleno derecho de las mismas (art. 238.1º LOPJ)¹¹⁸. Además, según los artículos 240.2 LOPJ y los artículos 19 y siguientes, así como el 25 de la LECrim, el órgano jurisdiccional puede y debe controlar y apreciar de oficio su competencia en cualquier momento y estado del proceso y las partes podrán denunciar su falta de competencia.

A nivel doctrinal, autores como GUTIÉRREZ DE CABIEDES han planteado si el juez de instrucción no se halla contaminado para tomar la decisión de acordar la prisión provisional, dado su conocimiento acerca de las labores de investigación que están siendo llevadas a cabo durante esta fase del proceso¹¹⁹. En este sentido, el Tribunal Constitucional establece en la STC 98/1997, de 20 de mayo, que *«la específica garantía que ahora exige el demandante de amparo como componente inexcusable de la imparcialidad objetiva, es decir la sustitución del juez instructor en la decisión relativa a la prisión provisional, si bien puede ciertamente contribuir a reforzar dicha imparcialidad, no alcanza a erigirse en garantía única e imprescindible de la incolumidad del derecho fundamental»*.

¹¹⁷ Artículo 8 LECrim: *«La jurisdicción criminal es siempre improrrogable»*.

¹¹⁸ Art. 238.1º LOPJ, dice que *«serán nulos de pleno derecho los actos procesales cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional»*.

¹¹⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *«La prisión provisional»*. Editorial Thomson Aranzadi. (2004).

3.2. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

En primer lugar, hemos de mencionar que todas las actuaciones procesales relativas a la adopción, mantenimiento, sustitución o levantamiento de la prisión preventiva se llevan a cabo por pieza separada, tal como establecen los artículos 519 y 544 LECrim.

Para la adopción de la prisión provisional será necesaria la convocatoria de una audiencia¹²⁰, a la que se citará al investigado o encausado, asistido por letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras. En dicha audiencia, también podrá interesarse la libertad provisional con fianza del investigado o encausado.

La misma habrá de celebrarse dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial, y en ella, se realizarán alegaciones y se propondrán los medios de prueba que se consideren oportunos, tanto si se solicita la prisión provisional como si se pide la libertad bajo fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del investigado o encausado que estuviere detenido.

También es importante resaltar la excepción a la audiencia que contiene el artículo 505 en su apartado 5, en el que establece que *«Si por cualquier razón la audiencia no pudiere celebrarse, el juez o tribunal podrá acordar la prisión provisional, si concurrieren los presupuestos del artículo 503, o la libertad provisional con fianza. No obstante, dentro de las siguientes 72 horas, el juez o tribunal convocará una nueva audiencia, adoptando las medidas a que hubiere*

¹²⁰ Audiencia que desarrolla el artículo 505 LECrim.

lugar por la falta de celebración de la primera audiencia». Como vemos, predomina la necesidad de audiencia, incluso para los supuestos en que no pudiera celebrarse.

Efectuada la comparecencia, el juez o tribunal dictará una resolución motivada en forma de auto. En caso de que la prisión provisional sea decretada o prolongada, el propio artículo 506 resalta la importancia de que el mencionado auto sea motivado y proporcionado respecto a los fines que justifican su adopción. Además, deberá ser notificado al imputado, a las partes personadas, así como a los directamente ofendidos o perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución¹²¹. Dicha notificación deriva, entre otros motivos, del contenido del artículo 7 de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que recoge el derecho a recibir información sobre la causa penal por parte de la víctima.

La tramitación del auto de prisión provisional se hará conforme a lo dispuesto en el artículo 511 de la LECrim, siendo necesaria la expedición de dos mandamientos, uno a la policía o agente judicial que hubiese de ejecutarlo, y otro al director del establecimiento que deba recibir al preso, que en ningún caso recibirán a alguien sin previa entrega del mandamiento de prisión.

Finalmente, el levantamiento de la medida se producirá en el momento que el juez o tribunal considere que han variado las circunstancias y han desaparecido los motivos que dieron lugar al auto de prisión provisional. Desde este instante, el Juez o Tribunal, deberá ordenar la excarcelación del investigado o encausado, incluso sin solicitud de parte ni necesidad de audiencia. Por tanto, como bien explica HERNÁNDEZ GÓMEZ¹²², la situación de prisión provisional es

¹²¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. «*La prisión provisional*», Editorial Thomson Aranzadi, (2004).

¹²² HERNÁNDEZ GÓMEZ, I., «*Prisión provisional y garantías*», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas. (2012).

esencialmente revisable y se deberá llevar a cabo un especial control con el fin de que esta medida no tenga una duración superior a lo necesario. Sobre ello, también menciona el artículo 528 LECrim que «*Todas las Autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculcados o procesados*». En caso de prolongación indebida estaríamos hablando de una privación de libertad ilegal, por lo que debemos estar atentos a las circunstancias de dicha prolongación y a sus causas¹²³

3.3. RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE DECRETA LA PRISIÓN PROVISIONAL

En palabras de FAIRÉN¹²⁴, «*los medios de impugnación aparecen con objeto de evitar la posibilidad de que el error de un tribunal ocasione una resolución injusta*». La LECrim prevé como recursos:

a. *Recurso de reforma*

Viene contenido en el artículo 539 LECRIM, el cual dispone que «*los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa. En su consecuencia, el investigado o encausado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio*». De este precepto, deriva de la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de tutela de los derechos fundamentales, en este caso, del derecho a la libertad. Por tanto, se

¹²³ Entre otros, ASECIO MELLADO, J.M, en su obra «*Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad*», en La Ley, núm. 6211, 16 de marzo de 2005, expresó que «*es el Estado el que debe asumir los riesgos de una Administración de Justicia lenta ante la persecución de delitos no graves, no debiendo el imputado soportar los riesgos derivados de su mal funcionamiento. No puede el Estado inclinar la balanza hacia el lado del ciudadano*».

¹²⁴ FAIRÉN, V. «*Teoría General del Derecho Procesal, Instituto de Investigaciones Jurídicas*». (1992).

consagra aquí la finalidad eminentemente cautelar de la prisión provisional¹²⁵, así como la proporcionalidad de la misma, atendiendo siempre a la posible variación de las circunstancias que motivaron su adopción.

Además, cuando se trate de una modificación de la cual resulte beneficiado el investigado o encausado, no será necesaria solicitud de parte, por tanto, el Juez o Tribunal podrá, de oficio, acordar la libertad o la modificación de medidas más favorables en cualquier momento.

Si las medidas a acordar fueran más restrictivas para el investigado o encausado, será necesaria la solicitud de alguna de las partes acusadoras, así como la celebración de audiencia en la que comparezcan las partes personadas.

b. Recurso de apelación

El recurso de apelación se encuentra previsto en el artículo 507 LECRIM, el cual establece en su apartado 1 que «*contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del investigado o encausado podrá ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 766*».

Tal como se deduce de este último precepto, el recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado, y en ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para luego presentar la apelación. Además, salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento.

¹²⁵ ASENCIO MELLADO, J.M. «*La prisión provisional*». Civitas. (1987).

El apelante dispondrá de 5 días para interponer el recurso de apelación tras la notificación del auto que se quiera recurrir, y dada la gravedad de los derechos puestos en juego a través de la prisión provisional, el recurso de apelación gozará de una tramitación preferente, habiendo de resolverse en un plazo máximo de 30 días.

En los casos en los que la causa hubiese sido declarada secreta, y, por tanto, el auto no hubiese sido notificado íntegramente al investigado o encausado (si bien debiendo éste expresar el hecho imputado, aunque sea de manera breve y concisa, así como los fines que justifican que se adopte la prisión provisional¹²⁶), este podrá recurrirlo en apelación cuando reciba la integridad del auto.

3.4. DURACIÓN Y PRÓRROGAS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Dada la nota de temporalidad de la prisión provisional, la misma está sujeta a unos espacios de tiempo que deben de ser concretados por Ley, tal como establece el art. 17.4 CE: «*Por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*». Dicho plazo habrá de ser razonable¹²⁷ según textos internacionales como el artículo 5.3 CEDH¹²⁸.

¹²⁶ STC 143/2010, de 21 de diciembre, FJ 2: “*la restricción del principio de publicidad que supone la declaración de secreto de sumario no debe significar la atribución al Instructor de la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados, sino un instrumento para asegurar el éxito de la investigación (...) Conforme a este criterio, el secreto del sumario autoriza para impedir la publicidad de la situación y resultados de la instrucción judicial y, por ello permite al Juez no incluir información sobre esos aspectos en las resoluciones que dicte y que haya que notificar a las partes, pero no autoriza sin más a ocultarles todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquellas. Sin embargo, lo que no cabe es omitir en la notificación al detenido elementos esenciales para su defensa*”.

¹²⁷ PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. «*Derecho Procesal Penal*», Civitas. (2010).

¹²⁸ Artículo 5.3 CEDH: “*Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en*

La prisión provisional, viene regulada en el artículo 504 LECrim, que dispone, en primer lugar, que *«la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción»*. De este precepto se deduce el principio de proporcionalidad que ha de regir en dicha institución jurídica, siendo por tanto necesario observar que las circunstancias que motivaron su adopción se mantienen. También habrá de observarse que se cumple con los plazos máximos que la Ley prevé en el mismo, y que son los siguientes:

a) *Artículo 504.2*: Cuando la prisión provisional haya sido acordada para asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso, dada la existencia riesgo de fuga; para evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima; o para evitar la reiteración delictiva del sujeto, su duración máxima será, de un año, siempre que el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o bien, de dos años, si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años.

No obstante, si el Juez prevé que la causa no podrá ser juzgada en esos plazos, podrá acordarse una única prórroga, que tendrá una duración de dos años, si el delito tuviera señalada una pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses, si el delito tuviera señalada pena igual o inferior tres años. En caso de prórroga, habrá de celebrarse una comparecencia conforme al artículo 505.

libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.”

La decisión judicial que acuerde la citada prórroga ha de ser expresa, específica y suficientemente motivada. Asimismo, debe adoptarse antes de que el plazo inicial haya expirado.¹²⁹

Si el investigado o encausado fuere condenado, y la sentencia fuere recurrida, podrá prorrogarse la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia.

b) *Artículo 504.3*: Cuando la prisión provisional se acuerde por ocultación, alteración o destrucción de prueba, su duración máxima no podrá ser superior a seis meses, y, además, en este caso, no existe posibilidad de prórroga.

Transcurridos estos plazos, el imputado debe ser puesto en libertad, aunque el proceso penal no hubiera terminado, arriesgándose en caso contrario la autoridad judicial a incurrir en un delito contra la libertad individual (artículos 530, 531 y 532 CP)¹³⁰. No obstante, si el imputado no comparece sin causa justificada a los requerimientos del Juez o Tribunal, podrá adoptarse de nuevo la prisión preventiva.

¹²⁹ STC núm. 27/2008, de 11 de febrero, FJ 4: «*La prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de prisión provisional decretada requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión y que ha de fundarse en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello (imposibilidad de enjuiciamiento en plazo inicial acordado, o que el acusado hará sido condenado por sentencia que haya sido recurrida (...)) Además, ha de ser adoptada antes de que el plazo máximo inicial haya expirado, pues constituye una exigencia lógica para la efectividad del derecho a la libertad personal, por más que no venga expresamente exigida por el precepto. Finalmente, la lesión producida por la ignorancia del plazo no se subsana por la adopción de un intempestivo acuerdo de prórroga tras la superación de aquél*».

¹³⁰ STC núm. 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5: «*Respecto del sometimiento a plazo máximo de la prisión provisional, exigencia constitucional (art. 17 CE) cuya concreta determinación se reserva a la ley, hemos declarado que la superación de los plazos máximos legalmente previstos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración*».

No obstante, establece el párrafo segundo de este mismo, que cuando se hubiere decretado la prisión incomunicada o el secreto del sumario, si antes del plazo establecido en el párrafo anterior se levantara la incomunicación o el secreto, el juez o tribunal habrá de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional.

En cuanto al cómputo de los plazos, se tendrá en cuenta el tiempo que el investigado o encausado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa. Además, la LO 13/2003, de 24 de octubre, introdujo que se excluirán del cómputo de tiempo aquellas dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

En relación con esto último, ASECIO MELLADO señala una serie de matizaciones al respecto, indicando que este precepto se refiere a las dilaciones derivadas a la mala fe del preso y no a aquellas imputables a terceros, a otras Administraciones o al ejercicio del derecho de defensa¹³¹.

Finalmente, transcurridos los plazos máximos expuestos y que fuesen acordados para el caso concreto, la propia ley indica que el hecho de que el investigado o encausado deje de comparecer a los llamamientos del juez o tribunal sin motivo legítimo, no impedirá que se acuerde su puesta en libertad.

Con el objetivo de evitar que se alcancen los plazos máximos, dispone también el artículo 504 que transcurridas las dos terceras partes del periodo de duración de la medida cautelar, el Juez o Tribunal y el Ministerio Fiscal, deberán comunicarlo con el fin de acelerar las actuaciones y tramitar el proceso con preferencia respecto de los demás.

¹³¹ ASECIO MELLADO, J. M., «*Derecho Procesal Penal*», Tirant lo Blanch. (2015).

Atendiendo a los límites de prórroga que hemos ido mencionando, diremos que el Tribunal Constitucional ha indicado en la STC 98/1998 de 4 de mayo FJ 2¹³² que la prórroga o ampliación requerirá una decisión que motive tan excepcional decisión y exige per se y por elementales razones de seguridad jurídica que el plazo máximo inicial no esté ya agotado. Así, la doctrina constitucional considera que no es razonable interpretar que por el mero hecho de dictarse una sentencia condenatoria se deba automáticamente prorrogar la duración máxima de la prisión provisional hasta la mitad de la condena impuesta¹³³.

En último lugar, y conforme al artículo 539 LECrim, recordaremos que tanto el Juez, de oficio, como las partes interesadas, a instancia de parte, pueden instar la revisión para poner fin a la medida de la prisión provisional¹³⁴, no obstante, pocos magistrados entran a valorar el estado real de la situación actual, ya que suelen ser las defensas quienes hacen ese esfuerzo.

3.5. MODALIDADES DE PRISIÓN PROVISIONAL

La LECrim regula tres tipos de prisión provisional que vamos a pasar de exponer en este apartado: prisión comunicada, incomunicada y atenuada. La prisión comunicada se configura en nuestra ley como la norma general,

¹³² STC núm. 98/0998, 4 de mayo, FJ 2

¹³³ Asociación pro Derechos humanos en España, «*La práctica de la prisión provisional en España*». (2015).

¹³⁴ STC 23/2002, de 28 de enero, FJ 3: «Entre los criterios que este Tribunal ha considerado relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y razonabilidad de la motivación se encuentran, en primer lugar, las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza y, en segundo lugar, las circunstancias concretas y personales del imputado. Ahora bien, este último criterio puede no ser exigible en un primer momento, por no disponer el órgano judicial de tales datos. Por ello se ha afirmado que, si bien en ese primer momento la medida de prisión provisional puede justificarse atendiendo a criterios objetivos, como la gravedad de la pena o el tipo de delito, en un momento posterior el paso del tiempo obliga a ponderar no sólo si se han modificado estas circunstancias sino también las circunstancias personales conocidas en ese momento».

estableciéndose la incomunicada y la atenuada para supuestos en que concurren las circunstancias que desarrollaremos más adelante.

a. Prisión provisional comunicada

Se configura como la regla general, conforme a lo previsto en el artículo 520 LECrim, consistiendo en el internamiento del investigado en el centro penitenciario que corresponda¹³⁵, permitiéndole disfrutar de los derechos que se contienen en este mismo precepto¹³⁶. Tales derechos serán comunicados a través de un

¹³⁵ MORENO, V. Y CORTÉS, V. «Derecho procesal penal». Editorial Tirant lo Blanch. (2017).

¹³⁶ Art. 520 LECrim: «a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez.

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible.

d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

e) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.

f) Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.

g) Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.

h) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.

i) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

j) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla».

intérprete en el caso de que el detenido no conociese el idioma, y se le permitirá conservar por escrito tales derechos durante todo el tiempo de la detención. Además, la autoridad que tenga bajo su custodia al detenido comunicará inmediatamente al Colegio de Abogados el nombre del designado por el detenido para asistirle a los efectos de su localización y transmisión del encargo profesional o, en su caso, le comunicará la petición de nombramiento de abogado de oficio. Si el detenido no hubiere designado abogado, o el elegido rehusare el encargo o no fuere hallado, el Colegio de Abogados procederá de inmediato al nombramiento de un abogado del turno de oficio. Las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial.

No obstante, en cualquiera de los casos, y tal y como establece el propio artículo 520 LECrim, «*la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio*». Por lo tanto, quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla, así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información.

Caso especial prevé la ley en el artículo 520 bis para el procesado que estuviere ostentando función o cargo público, el cual quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión. Además, será puesto a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención, que podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptará mediante una resolución que habrá de estar motivada.

Podrá también solicitarse la incomunicación, mediante resolución igualmente motivada y en el plazo de 24 horas.

Por otra parte, en atención a la Ley General Penitenciaria, el artículo 8 establece que: *«Los establecimientos de preventivos son centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos. También podrán cumplirse penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses. En cada provincia podrá existir más de un establecimiento de esta naturaleza. Cuando no existan establecimientos de preventivos para mujeres y jóvenes, ocuparán en los de hombres departamentos que constituyan unidades con absoluta separación y con organización y régimen propios»*. Además, el artículo 16 añade que *«cualquiera que sea el centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento»*. Precisión similar se hace en el artículo 521 de la LECrim.

Así pues, añade el artículo 525 LECrim que *«no se adoptará contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad sino en caso de desobediencia, de violencia o de rebelión, o cuando haya intentado o hecho preparativos para fugarse.*

Esta medida deberá ser temporal, y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario».

Por tanto, podemos concluir este apartado señalando que el preso preventivo en régimen de comunicación gozará de todos los derechos que la ley le provee, salvo en casos especiales, como los de los artículos 250 bis o 525 LECrim.

Entre la adopción de prisión preventiva comunicada única o conjunta, esto es, acompañada de restricciones o privaciones de derechos, los estudios detallan que la modalidad decretada de forma más habitual es la prisión comunicada sin más privaciones¹³⁷.

b. Prisión provisional incomunicada

La prisión provisional incomunicada, ha sido objeto de reforma en dos ocasiones, la primera, en virtud de la entrada en vigor de la LO 13/2003, en la que se estableció con precisión, los presupuestos, la duración y el contenido de la incomunicación, y la segunda ocasión, con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, sobre modificación de la Ley en Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Tales presupuestos específicos vienen contenidos en el artículo 509 LECrim, que establece que excepcionalmente y mediante resolución motivada, se adoptará la prisión provisional incomunicada cuando exista:

- necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o
- necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal¹³⁸.

¹³⁷ GUERRA PÉREZ. C. «*La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*». Tirant lo Blanch, Valencia (2010). Pág. 466.

¹³⁸ Tal y como señala AGUILERA DE PAZ, E. en «*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*», Hijos de Reus, 1924, este tipo de prisión provisional es una situación transitoria de la

Así pues, el elemento diferenciador de la incomunicación es que la finalidad que se persigue es evitar que el acusado pueda valerse de un tercero para perpetrar los daños que pretenden conjurarse. Este precepto se limita a reproducir literalmente el contenido de los artículos 3.6 y 5.3 de la Directiva 2013/48/UE.

Esta modalidad de prisión preventiva lleva aparejada la restricción de algunos derechos, por lo que su duración será del tiempo estrictamente necesario para practicar las diligencias pertinentes, y no podrá exceder más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. La incomunicación inicial, también podrá ser acordada por la policía, pero en ningún caso podrá ser superior a veinticuatro horas, siendo necesaria la ratificación judicial de la misma dentro de ese plazo. También habrá que tenerse en cuenta lo contenido en el artículo 510 LECrim¹³⁹.

Otra novedad reseñable del nuevo régimen de la incomunicación es la introducción de un cuarto apartado en el artículo 509 LECrim, prohibiendo la detención incomunicada de menores de dieciséis años. El artículo 17.4 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de Responsabilidad Penal del menor, remite al

privación de libertad que, aunque penosa, es indispensable en casos concretos para que la autoridad judicial no vea que sus esfuerzos han caído en saco roto.

¹³⁹ Art. 510 LECrim: «1. El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias en que le dé intervención esta ley cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación.

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

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

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

artículo 520 bis LECrim, el cual establece que en relación a delitos de terrorismo, los menores sí podrán ser sometidos a incomunicación. Por su parte, el artículo 22 de la LO 5/2000¹⁴⁰ recoge una serie de derechos procesales para los menores. En aplicación del principio de especialidad, se ha interpretado que esta norma tiene preferencia sobre lo dispuesto en la LECrim en lo que se refiere a menores de edad. Dicha norma está inspirada por la idea de dar un sentido especialmente reeducativo a las medidas que se adopten sobre menores relacionados con hechos delictivos¹⁴¹.

Además, el artículo 5 de la Directiva 2013/48/UE establece que, en el caso de los menores, habrá de informarse a una autoridad responsable de la protección o el

¹⁴⁰ Artículo 22 LO 5/2000: «Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a:

- a) Ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten.
- b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración.
- c) Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias.
- d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.

e) La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia.

f) La asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores.

2. El expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación, a salvo lo dispuesto en el artículo 24. A tal fin, el Fiscal requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, se le nombrará de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados. Una vez producida dicha designación, el Fiscal la comunicará al Juez de Menores.

3. Igualmente, el Ministerio Fiscal notificará a quien aparezca como perjudicado, desde el momento en que así conste en la instrucción del expediente, la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder, personándose ante el Juez de Menores en la pieza de responsabilidad civil que se tramitará por el mismo».

¹⁴¹ JUAN SÁNCHEZ, R. «El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español». Revista para análisis del Derecho. (2017)

bienestar de los menores tan pronto como sea posible. A pesar de esta previsión en la directiva, no se ha realizado ninguna precisión al respecto en la legislación española.

La duración de esta modalidad de prisión preventiva ha de ser breve, disponiendo el artículo 509.2 LECrim que durará el tiempo que sea estrictamente necesario, sin que pueda excederse en más de 5 días, excepto para los delitos cometidos por personas integradas en banda armada o para los terroristas, pudiéndose añadir 5 días más al citado plazo. Una vez depuestos a una situación de comunicación, se podrá incomunicar de nuevo a estos presos si se considerase necesario para la causa, no pudiendo exceder esta segunda incomunicación de tres días.¹⁴²

c. Prisión provisional atenuada

Queda regulada en el artículo 508 LECrim, en el cual se prevé:

- a) Que la prisión provisional se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el investigado o encausado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

El lugar de cumplimiento será el domicilio en que reside habitualmente el investigado, quien deberá comunicar inmediatamente al órgano jurisdiccional cualquier modificación del mismo. Y a estos efectos,

¹⁴² GIMENO SENDRA, V. «Manual de derecho procesal penal». Editorial Dykinson, Pamplona (2019). Pág. 511.

se debe partir de un concepto amplio de domicilio, en el que tengan cabida las situaciones de aquellos investigados que residan transitoriamente en domicilios de parientes o amigos que les cuidan en su enfermedad; o el de ciudadanos extranjeros que debido a su enfermedad residen en hoteles o residencias en los que se les presta una atención especial. También se podrá cumplir en un centro hospitalario, al menos durante el periodo de tiempo necesario en el que el investigado requiera del ingreso en el mismo¹⁴³.

En este régimen, cualquier salida del domicilio debe ser autorizada por el juez o tribunal a cuya disposición está el investigado o encausado, la cual deberá justificarse por las necesidades del tratamiento de la enfermedad que padece, y sólo durante las horas necesarias para dicho tratamiento.

Por tanto, queda excluida la autorización de salidas por otros motivos, como pueden ser los laborales¹⁴⁴.

- b) Cuando el investigado o encausado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, pudiendo sustituirse por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el investigado o encausado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida.

¹⁴³ PORTAL MANRUBIA, J. «*La viabilidad de la prisión atenuada en un proceso penal*». Pág. 4

¹⁴⁴ PILLADO GONZÁLEZ, E. «*Hacia un proceso penal más reparador y resocializador: Avances desde la justicia terapéutica*». Editorial Dykinson (2019).

Este último supuesto, fue incorporado a través de la LO 15/2003, de 23 de noviembre. En cuanto a las sustancias estupefacientes que encajan en este supuesto, habrá de estarse a lo dispuesto en la lista de estupefacientes sometidos a fiscalización internacional¹⁴⁵.

Pese a su régimen atenuado, la prisión provisional atenuada se configura en la actualidad como una modalidad de cumplimiento de la prisión provisional, y, por tanto, es verdaderamente una medida cautelar privativa de libertad.

No obstante, será necesario que se den las circunstancias descritas para su adopción. Además, nada se habla en el citado artículo sobre si dicha medida cautelar puede ir o no acompaña de la limitación de otros derechos del investigado.

Sí que se menciona la adopción de las medidas de vigilancia que resulten necesarias para su cumplimiento, más lo cierto es que en la realidad, entiéndase por simplificación y motivos de economía procesal, tal modalidad tiene poca aplicación, a pesar de lo interesante que resulta. Sobre ello hablaremos en el capítulo relativo a las propuestas de mejora.

La prisión atenuada se desarrolló de forma más distendida en el Borrador del anteproyecto de la nueva LECrim de 2013 (BACPP), concretamente en los artículos 255 a 257 del mismo. Sin embargo, dicho anteproyecto no llegó a ver la luz.

¹⁴⁵ JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES: Lista de estupefacientes sometidos a fiscalización internacional. <https://www.incb.org/incb/es/narcotic-drugs/index.html>

IV

**CRÍTICAS A LA PRISIÓN
PROVISIONAL ACTUAL**

IV. CRÍTICAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL ACTUAL

1. CRÍTICA A LA LEY ORGÁNICA 13/2003, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA DE LA LECRIM EN MATERIA DE PRISIÓN PROVISIONAL

Tal como ya veníamos sosteniendo¹⁴⁶, la prisión provisional se sitúa «...entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro...».

La necesidad de elaborar una nueva LECrim, que recogiese la jurisprudencia del TC, quedó plasmada en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 28 de Mayo de 2001. Sabiendo el Gobierno y los partidos políticos actuales que no era posible esperar a una reforma integral de la LECrim para adecuar la prisión provisional con la jurisprudencia del TC, se llevó a cabo mediante una reforma parcial: la LO 13/2003, reforma necesaria, insoslayable y no aplazable por más tiempo¹⁴⁷.

Dicha necesidad se expuso en el apartado I de la Exposición de Motivos de la mencionada Ley, siendo el eje fundamental de la reforma la conocida sentencia nº 47/2000 de 17 de febrero, a través de la cual se presentó en su fundamento jurídico quinto, la cuestión de inconstitucionalidad por el TC para reformar los artículos 503 y 504 LECrim. En esta sentencia, el recurrente alegó esencialmente vulneración de los artículos 17 y 24 de la Constitución Española por entender que no se había

¹⁴⁶ STC 41/1982, de 2 de Julio, FJ2

¹⁴⁷ CATALINA BENAVENTE, M. A. «*La regulación de la prisión provisional tras la reforma efectuada por la LO 13/2003. Expectativas insatisfechas*». Editorial Aranzadi (2007).

tenido en cuenta sus circunstancias personales y, por tanto, se había vulnerado su derecho a la libertad con la prisión provisional acordada¹⁴⁸.

Tras reafirmar su doctrina tradicional, declaró que efectivamente se había vulnerado el artículo 17 de la Constitución Española, en tanto no se expresaba la finalidad que se perseguía con la adopción de la medida limitativa del derecho a la libertad. Igualmente entendía que no se había llevado a cabo ningún análisis acerca de las circunstancias personales del recurrente, ni en sí mismas, ni en relación con el estado de la investigación. Sobre la meritada sentencia iremos profundizando a lo largo de este capítulo.

No obstante, consideramos importante resaltar la tardanza que ha acompañado a esta reforma, ya que, tal como se observa al inicio de este capítulo, ya en 1982 existía un debate jurídico en torno a esta institución, el cual no fue atendido hasta que una cuestión de inconstitucionalidad así lo requirió, cuestión de inconstitucionalidad que como ya hemos mencionado, no fue resuelta *per sé*, sino que, en su lugar, nació la presente reforma¹⁴⁹.

Hemos de mencionar también el Borrador del Anteproyecto del Código Procesal Penal, el cual tal como se pone manifiesto en su Exposición de Motivos, venía a sustituir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 con una regulación más acorde a los tiempos que se viven y denunciando la obsolescencia de la regulación vigente. No obstante, el BACPP no llegó a ser objeto de debate en las Cortes Generales.

¹⁴⁸ NAVARRO MASSIP, J. «*La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines*». Editorial Aranzadi (2013).

¹⁴⁹ GONZALEZ PASTOR, C. P. «*La nueva regulación de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*». Editorial La Ley. (2003).

Como novedad, nos encontramos con que el Consejo de Ministros, el martes 24 de noviembre de 2020, aprobó el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si llega a buen puerto, y no se queda en papel mojado como los anteriores anteproyectos, de 2011 y 2013, en los que este nuevo se inspira, nuestro actual proceso penal sufrirá una radical transformación, después de cumplir 138 años de vida y haber sufrido 77 reformas.

En cualquier caso, todos los operadores jurídicos tendrán tiempo de adaptarse al cambio, ya que se prevé una *vacatio legis* de 6 años.

En conclusión, todo ello ha dado lugar al mantenimiento de una regulación de la prisión provisional tardía, inconclusa, parcheada, indeterminada y con innumerables vacíos legales que son llenados con jurisprudencia y con la sombra de la legislación anterior, tal como podrá observarse a lo largo del desarrollo de esta tesis.

1.1. CRÍTICAS A LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Sobre los caracteres y principios de la prisión preventiva, creemos necesario partir de una premisa fundamental, que es que según la doctrina del TC, esta medida cautelar tiene un carácter eminentemente excepcional, subsidiaria, provisional, proporcionada y encaminada a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos, tales como evitar la sustracción del presunto culpable, impedir la obstrucción de la investigación judicial y prevenir la reiteración delictiva (STC 41/1982, 108/1984, 127/1984, 206/1991, 128/1995 entre otras muchas).

a. *Del principio de instrumentalidad*

Como ya explicábamos en el capítulo de regulación legal, la prisión provisional sirve como medio para asegurar la consecución de los fines constitucionalmente legítimos dentro de un proceso. Esa es su función y no otra. Además, asegura el proceso en el que se encuentra y no futuros. Esto conecta directamente con el fin previsto en el artículo 503.2 LECrim, la reiteración delictiva, a través del cual se abren en exceso y descontroladamente las posibilidades de acordar una prisión provisional de forma legal.

CALDERÓN CUADRADO establece que *«la tutela judicial se prevé por el legislador como medio a través del cual puede conseguirse que otro medio, el proceso, funcione eficazmente, haciendo realidad esa afirmación teórica de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado¹⁵⁰»*. Si se olvida que la prisión preventiva no constituye un fin en sí misma, esta comienza a usarse, y de hecho ya se hace, como un instrumento de represión para legalizar la anticipación en la imputación de hechos que aún no han sido juzgados¹⁵¹. En palabras de VILLEGAS FERNÁNDEZ, *«la prisión provisional es un arma de dos filos. Con ser el instrumento más eficaz para asegurar la presencia del reo en juicio, entraña la máxima limitación de los derechos de personas que, al fin y al cabo, todavía no han sido condenadas¹⁵²»*.

La prisión provisional es una medida cautelar y no una medida de seguridad¹⁵³. Entendemos, por tanto, que no puede ser aplicada para evitar la

¹⁵⁰ CALDERÓN CUADRADO, M.P. *«Medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil»*. Editorial Civitas. (1992).

¹⁵¹ STC TC de 9 de diciembre de 1987

¹⁵² VILLEGAS FERNANDEZ, J.M. *«Prisión provisional y opinión pública»*. Editorial Aranzadi. (2007).

¹⁵³ PÉREZ CEPEDA, A.I. *«La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal posmoderno»*. Editorial Lustel (2007).

comisión de delitos futuros. Al respecto dice la STC 19/1999 de 22 de febrero, dando una definición de la prisión provisional como:

«una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia. No es en modo alguno una especie de pena anticipada».

A RODRÍGUEZ RAMOS le parece aberrante la concepción de la prisión preventiva como medida de seguridad, tanto por su carácter antedelictual, como por la falta de garantías procesales en su adopción¹⁵⁴.

Quiérase reconocer o no, es evidente que en muchas ocasiones se utiliza como pena anticipada, y, por tanto, instaurando un principio de presunción de culpabilidad y no de inocencia, ya que, en palabras de MORENO CATENA, se afirma la peligrosidad del imputado sin esperar a la sentencia¹⁵⁵. La gravedad de la pena y el tipo de delito, con la redacción actual vigente, en ningún caso autoriza la aplicación de la prisión provisional automática. La norma no lo dice, solo sugiere que se valore la necesidad y además de forma motivada. Utilizar en este sentido la prisión provisional es absolutamente un exceso y por tanto un ataque directo a la Constitución Española.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L. «La prisión preventiva y los derechos humanos». Anuario de derechos humanos, (1983).

¹⁵⁵ MORENO CATENA, V. «En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980». Revista de derecho procesal Iberoamericana. (1981).

Es por ello que, siguiendo el tenor literal de la norma, para poder adoptarse habrá que considerar, las circunstancias personales del investigado y su aplicación de manera subsidiaria, esto es, cuando no existan otras medidas menos gravosas.

Sobre esto último, cabe hacer la siguiente reflexión. Señala BARONA VILAR la necesaria correlación que ha de existir entre la medida cautelar a adoptar, según el caso, y el posible contenido de la sentencia que en su momento se dicte. Así pues, carecería de sentido adoptar la prisión preventiva si los hechos delictivos que han dado lugar al proceso no estuviesen penados con cárcel, o de estarlo, la pena fuese inferior a tres o cuatro años. Se trata de lograr una simbiosis entre el principio de instrumentalidad junto con el de proporcionalidad¹⁵⁶.

Sin embargo, si seguimos ahondando, podemos darnos cuenta de las grandes incongruencias que cohabitan en nuestra legislación. Por un lado, nuestra constitución garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad, a un proceso justo sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, también a la presunción de inocencia, entre otros, todos ellos de corte muy liberador. Y, sin embargo, llama la atención cómo pocos son los delitos para los cuales nuestro código penal no contempla una pena privativa de libertad. Pena privativa de libertad que permite y da legitimación a la simbiosis instrumentalidad-proporcionalidad en relación a la prisión preventiva. La verdadera esencia conservacionista de nuestro Código Penal se descubre ahí. Luego se contemplan medidas cautelares menos gravosas a la prisión provisional, pero que devienen casi inoperantes en un sistema que, en la práctica, no cree en la reeducación y la reinserción.

ASENCIO MELLADO es partidario también a pensar que la prisión provisional no se debería decretar para delitos que tuviesen señalada penas no

¹⁵⁶ BARONA VILAR, S. «Medidas cautelares en el proceso penal». Editorial OIM (2015).

superiores a tres o cuatro años de privación de libertad, opinando (tal y como he comentado anteriormente) que el individuo no debe asumir ese menoscabo en sus derechos porque la Administración de Justicia no funcione a la velocidad que debiera a la hora de perseguir delitos no graves¹⁵⁷.

También encontramos en nuestra jurisprudencia, que la prisión provisional no puede concebirse como anticipación de la pena, ya que es una medida cautelar y, por tanto, no sirve a los fines de la prevención general. Entre otras; STC 62/1996 de 16.04 (FJ 5), 44/1997 de 10.04 (FJ 5), 145/2001 de 18.06.

RAMOS MÉNDEZ la define como instrumento para «*la represión sin juicio*», ya que se sabe que no hay riesgo de fuga, ni de destrucción de pruebas, ni peligro para la víctima, ni previsible reiteración delictiva, pero se manda a prisión, por justicia material, para que pague sus culpas, únicamente por la gravedad del delito. Luego se vestiría el muñeco garabateando en el auto huecas razones de formulario, pretexto para encubrir un voluntarismo justiciero¹⁵⁸.

b. Del principio de legalidad

EL principio de legalidad, se vive como una garantía social de los ciudadanos ante la ley, además de como un límite a la arbitrariedad de los jueces, que han de regirse por la imparcialidad y la objetividad. Sin embargo, si nos adentramos en los orígenes del principio de legalidad, nos encontramos con FEUERBACH, que habla del principio de legalidad, dentro de la teoría de la pena, como un medio de coacción psicológica, a fin de que los ciudadanos se aparten del delito. Así nació lo

¹⁵⁷ ASENCIO MELLADO, J.M. «*Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad*», La Ley, núm. 6211, 16 de marzo de 2005. Pág. 10.

¹⁵⁸ RAMOS MÉNDEZ, F. «*Enjuiciamiento criminal. Séptima lectura constitucional*». Editorial Atelier. (2004).

que llamó la «teoría de la coacción psicológica¹⁵⁹». Para que esa coacción funcione, es preciso que exista una Ley previa que anuncie al ciudadano, del hecho de que, de realizar unos determinados hechos castigados por tal ley previa, será castigado con una pena.

Lo interesante y a la vez criticable de todo esto es lo siguiente: ¿Cuánta de esa acción coercitiva sigue perdurando en la sombra en nuestros días? Para GÓMEZ BENÍTEZ es claro, «en un derecho legitimado formal y materialmente, el principio de legalidad sigue siendo ante todo una exigencia de la pretensión político criminal de prevención general del delito¹⁶⁰». Respalda este autor, la utilidad intimidatoria que conlleva, a pesar de no conllevarse explícitamente el principio de legalidad desde la esfera de seguridad jurídica individual. Extremo este que, en muchas situaciones, coarta la libertad de la persona en pos de la seguridad.

Dicho sea de paso, la decisión última de ese binomio libertad-seguridad ha quedado, tal como ya lo explicaba BECCARIA, en manos de jueces y magistrados, cuando la autoridad para decretar las penas de los delitos, debería residir únicamente en el legislador. Para este autor, jueces y magistrados forman parte integrante de esta sociedad, y, por tanto, no debería infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad¹⁶¹.

A pesar de que no sea esta la realidad presente del principio de legalidad, consideramos interesante traer a colación estos orígenes. Ya que los binomios libertad-seguridad, y utilidad intimidatoria-garantía ciudadana, pueden ser

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «*Algunas consideraciones sobre el principio de legalidad y otros principios básicos del Derecho Penal*». Real academia gallega de jurisprudencia y legislación. (2017).

¹⁶⁰ GOMEZ BENÍTEZ, J.M. *Teoría del Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas. (1984).

¹⁶¹ GRECO, L. «*Lo vivo y lo muerto de la teoría de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal*». Marcial Pons (2015).

fácilmente tergiversables. Esta realidad, es fácilmente visible en la temática que abordamos en el presente trabajo de investigación, donde la libertad del presunto culpable, y la seguridad de la ciudadanía, juntos con otros, son los principales puntos de debate en la actualidad.

c. Del principio de excepcionalidad

Establece un límite claro a las medidas privativas de libertad, y por tanto a la prisión provisional, que nunca puede ser de aplicación general y automática.

En el ordenamiento jurídico español, los derechos fundamentales ocupan un lugar preferente, por lo que su limitación tiene que regirse por este principio de excepcionalidad. Pese a ello, es frecuente hoy día que los fines de la prisión provisional se vean difuminados por la delgada y casi invisible línea de la repulsa o alarma social, que desplaza lo que debería ser totalmente objetivo y ajustado a Ley, a una esfera subjetiva y cargada de opinión pública. Precisamente por este motivo, salió del ordenamiento jurídico el concepto indeterminado de la alarma social, más quizás por su propia indeterminación, esta sigue interfiriendo en la actualidad, a pesar de carecer de apoyo legal¹⁶². La consecuencia principal que esto acarrea es la vulneración del principio *favor libertatis* o *in dubio pro libertate*, que deben conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la Ley más favorable, o sea, la menos restrictiva de la libertad¹⁶³.

Además, esta situación involucra también al resto de fuentes informadoras de la prisión provisional, y las deja, como veremos ahora, carentes de la fuerza que

¹⁶² VILLEGAS FERNANDEZ, J.M. «Prisión provisional y opinión pública». Editorial Aranzadi. (2007)

¹⁶³ STC 88/1988 FJ 1.

les ha sido dada para establecer la correcta y a la vez delicada delimitación de esta figura jurídica.

Si lo excepcional pasa a ser lo general, el resto de principios también comienzan a desdibujarse y a perder su funcionalidad. Tal como señala VILLEGAS FERNÁNDEZ, sería inquietante que, en un Estado de Derecho, se dislocaran los tipos penales para satisfacer intereses extrajurídicos¹⁶⁴.

Se debate la doctrina entre la base de peligrosidad objetiva que otorga una sólida imputación a la prisión provisional y, por tanto, la ruptura del principio de presunción de inocencia¹⁶⁵, y, por otro lado, la necesidad de prevención e intervención legal y judicial respecto de los intereses constitucionales en conflicto¹⁶⁶.

d. Del principio de provisionalidad, aludiendo a la temporalidad

Con fecha de caducidad, y, por tanto, con un límite temporal máximo establecido.

Estos principios también son tenidos en cuenta por la propia Ley, concretamente en el artículo 504.1 LECrim, del cual se infiere que, para dar correcto cumplimiento a lo establecido en el mismo, la prisión provisional debería ser revisada temporalmente, de tal forma que no se incurra en una privación de libertad con apariencia de legalidad, pero a nuestro juicio, sin ella. Sin embargo, la

¹⁶⁴ VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M. «Prisión provisional y opinión pública» (2007).

¹⁶⁵ Señala MORENO CATENA, V. «Derecho procesal penal», Editorial Tirant lo Blanch, pág 302, que «el legislador está autorizando estas medidas con una imputación indiciaria realizada por la autoridad judicial frente a quien está amparado por la presunción de inocencia».

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L. «La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?» Revista jurídica española de doctrina. (1984) y RODRIGUEZ MOURULLO, G. «Configuración constitucional de la prisión provisional». Editorial Aranzadi. (1998).

realidad muestra procedimientos que se extienden en el tiempo, y circunstancias que no son observadas ni supervisadas, y mientras tanto, un procesado (no juzgado) continúa sin libertad, con todos los problemas que ello conlleva para una persona.

Un ejemplo de ello lo constituyen los beneficios penitenciarios, y ligado a ellos, el principio de reeducación y reinserción social consagrado en el artículo 25 CE¹⁶⁷. Resulta que mientras el sujeto tiene la condición de preventivo, no goza del mismo tratamiento penitenciario que el ya condenado, ya que no ha sido tampoco clasificado, y, por tanto, no puede acceder a tales beneficios.

El Defensor del Pueblo se hizo eco de la multiplicidad de esos procedimientos que adolecen de dilaciones indebidas en uno de los volúmenes de su Informe Anual de 2018¹⁶⁸, utilizando por ejemplo como fuente de su informe la *Memoria 2017* del Consejo General del Poder Judicial, que es el organismo que emite informe cuando tienen lugar procedimientos de responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

En dicha *Memoria 2017* se indicaba que el funcionamiento anormal fue alegada en 249 ocasiones: 121 por dilaciones indebidas, 55 por problemas de depósitos judiciales, 33 en actos de comunicación, 14 en órdenes de detención y 26 en nulidad de actuaciones. Por tanto, las dilaciones indebidas supusieron casi la mitad de las causas por anormal funcionamiento alegadas.

¹⁶⁷ CAMPANER MUÑOZ, J. «*El uso (hasta el abuso) de la prisión preventiva en España*». Derecho Penitenciario. (2011).

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ MARUGÁN, F. «*Retrasos en la administración de justicia*», separata del volumen II del Informe anual 2018 del Defensor del Pueblo, Madrid.

Otra problemática, sería el hecho de que, por esto mismo, el preso preventivo no puede hacer ningún trabajo de resocialización, como puedan ser cursos rehabilitadores en relación al delito cometido, como violencia sobre la mujer o toxicomanía.

Como vemos, las dilaciones indebidas en cuanto a la provisionalidad de la prisión preventiva, acaban ocasionando un vacío legal en cuanto al status del preso preventivo, que, aun siendo todavía inocente, acaba teniendo menos derechos que el propio condenado, privándosele también de lo dispuesto en el artículo 25 CE¹⁶⁹.

Así, pueden transcurrir años hasta que esta situación cambie para él, agravándose todas las consecuencias económicas, laborales, psicológicas y salubres que conlleva el cautiverio y que seguiremos desarrollando en próximos apartados.

e. Del principio de subsidiariedad

En palabras de la propia RAE, subsidiaria es aquella que suple a otra que es principal, por tanto, si existen medidas menos gravosas recogidas en la Ley a través de las cuales se puedan alcanzar los mismos fines, la prisión provisional no debe ser la prioridad, siendo este el límite.

¹⁶⁹ Artículo 25 CE: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad».

Y existen, en consecuencia, cuando la prisión provisional no aparece como absolutamente indispensable, hay que acudir a las medidas alternativas, así lo dispone en su apartado 2 el artículo 502 LECrim¹⁷⁰, precepto que consideramos que queda totalmente inactivo en estos casos.

Existen dos supuestos en los que cabe la sustitución del ingreso en prisión, que no la aplicación de medida menos gravosa, según la Ley, por otro lugar más adecuado a las circunstancias concurrentes en el que va a estar preso preventivo. Vienen previstas en el artículo 508 de la LECRIM, siendo éstos:

- Por un lado, cuando nos encontramos con razones de enfermedad grave en las que haya riesgo para la salud y no puedan garantizarse de manera eficaz dentro del centro penitenciario. En este caso, puede cumplirse en el domicilio del investigado.
- Y, en segundo lugar, por razones de dependencias a sustancias estupefacientes y estar sometido a un tratamiento de desintoxicación que al igual que en el anterior caso, no pueda garantizarse su continuación dentro del centro penitenciario. En este caso, podrá ser ingresado en un centro oficial de desintoxicación para que continúe el tratamiento.

No obstante, no se trata de una medida alternativa, sino de la sustitución de una medida por otra que implica la misma privación de libertad, según la LECrim.

Como medidas menos gravosas mencionaremos, la prestación de fianza; la localización permanente, la cual necesita de una reforma legal, pero sería perfectamente aplicable; cualquiera de las penas privativas de derechos del artículo 39 CP; las prohibiciones y deberes del artículo 83 CP, que ya son aplicables en los

¹⁷⁰ Art. 502.2 LECrim: «La prisión provisional solo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de los cuales puedan alcanzarse los mismos fines».

casos de violencia sobre la mujer; así como las medidas de seguridad que se prevén en el artículo 96 CP. Todas ellas serán más desarrolladas en el capítulo relativo a propuestas de mejora. No obstante, y aunque se puede observar que las posibles alternativas existentes a la prisión provisional son múltiples, Jueces y Tribunales siguen optando por romper con el principio de excepcionalidad y subsidiariedad que preside a la prisión preventiva, pasándose, por ende, de la inocencia a la culpabilidad¹⁷¹. Todo ello se acrecienta aún más con la extralimitación del artículo 503.2 LECrim, que analizaremos más adelante.

f. Del principio de proporcionalidad

También conocido como principio de congruencia, adquiere sentido en relación con la consecución de unos fines establecidos, así como proporcionados a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado en caso de ser condenado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral (artículo 502.2 LECrim), siendo este el límite. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, se resumiría en la adecuación de los medios a los fines¹⁷².

A mayor intensidad en la vulneración del derecho fundamental, mayor necesidad de que el juez extreme su motivación en el examen de la concurrencia de los elementos descritos. Concretamente, en palabras de GONZÁLEZ-CUELLAR,

¹⁷¹ Dicha conclusión es a la que se llega también en el informe de investigación del año 2015 «*La práctica de la prisión provisional en España*», elaborado por APDHE (Asociación Pro Derechos Humanos de España), estando dicho proyecto cofinanciado por el Programa de Justicia Criminal de la Unión Europea, analizándose 55 expedientes, 12 casos ante los tribunales y entrevistando a 16 abogados, 5 magistrados y 4 fiscales.

¹⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «*Curso de Derecho administrativo*». Editorial Civitas. (1988).

se le obliga a enlazar y motivar con especial cuidado los intereses en conflicto, dado que nos encontramos ante un principio que puede ser muy amplio¹⁷³.

Por tanto, el principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente ligado con el principio de legitimidad, así lo establece el TC en la sentencia 108/1984, de 26 de noviembre, FJ2 b):

“La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad a cerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”.

Estas circunstancias, habrían de valorarse por encima de todo, y en la mayoría de los casos, no es que pasen desapercibidas, es que son ignoradas de manera notoria¹⁷⁴. Valorar de forma adecuada estas circunstancias, requiere por parte de los Jueces y Tribunales, un estudio de la situación personal del individuo en cuestión, estudio que en la mayoría (por no decir todos) de los casos, es suplido por conceptos jurídicos indeterminados que la propia ley ofrece, y tras los cuales, parece existir una motivación en los autos que de facto, no es ni real ni muchísimo menos individualizada, sino general y carente de las garantías que la constitución prevé respecto a los derechos fundamentales¹⁷⁵. Todo ello sin mencionar el derecho

¹⁷³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. «Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal». Editorial Colex. (1990).

¹⁷⁴ BERNAL PULIDO, C. «El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador». Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (2003).

¹⁷⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. «El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español». Artículo publicado en cuadernos de Derecho Público. (1998).

del imputado a conocer los motivos de fondo por los que se le priva (y se le mantiene, cuando se solicita el fin de la medida) de libertad¹⁷⁶.

El principio de proporcionalidad marca, tal como resaltan los autores anteriormente mencionados, un límite a la discrecionalidad de los poderes públicos, principalmente en todo lo que tenga que ver con medidas limitativas de derechos fundamentales. Por ello, sólo será legítima la elección y configuración del medio limitativo que guarde proporción o congruencia inmediatas con el motivo y el fin que legitimen tal intervención. Sin embargo, consideramos importante poner de manifiesto, por el enorme peso e invisible que tiene en nuestros días, lo dispuesto en el FJ 7 de la STC 40/2000 sobre la alarma social: «*La gravedad abstracta del delito y de las penas, así como la alarma social no pueden justificar por sí solo esta medida cautelar*». Y es que, en muchas ocasiones, vemos como la congruencia de las medidas cautelares adoptadas en el proceso viene marcada por este parámetro, el cual se encuentra fuera del ordenamiento jurídico.

La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, establece que el principio de proporcionalidad impone el hecho de que la prisión provisional no pueda acordarse por el riesgo genérico de que el imputado pueda cometer cualquier hecho delictivo. Por exigencia del principio de presunción de inocencia, esta medida debe limitarse a aquellos casos en que dicho riesgo sea concreto.

¹⁷⁶ STC 12/2007, de 15 de enero.

Así pues, en opinión de autores como REUS¹⁷⁷ o AGUILERA DE PAZ¹⁷⁸, y también en la nuestra, la ponderación de valores y circunstancias para que la prisión provisional pueda ser correctamente acordada debe contener un alto índice de certeza y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo. Esto es así dado que se ha de operar a través de motivos bastantes sobre los hechos en cuestión. Caso distinto sería para el simple hecho de iniciar una investigación, en cuyo caso sería suficiente con la existencia de indicios racionales.

1.2. CRÍTICAS A LOS FINES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

En palabras de DORREGO DE CARLOS¹⁷⁹, a través de la prisión provisional el Estado trata de proteger, bien a una víctima en concreto, bien a la sociedad en general, ante la evidencia de que no puede evitar el peligro a través de otro medio menos gravoso y más respetuoso con los derechos fundamentales. Sin embargo, desde esta tesis entendemos que en el término *proteger a la sociedad*, todo cabe, y efectivamente lo que acaba ocurriendo con la prisión provisional es que todo bien argumentado cabe para que la misma pueda ser acordada, observándose nuevamente la tendencia a generalizar y a no concretar, queriendo ofrecer un amparo a la sociedad más que a una víctima en concreto. Amparo que claramente tiene a una alarma social encubierta, más que a una protección individualizada y ajustada a las circunstancias del caso concreto. Así pues, tal como señala CATALINA BENAVENTE¹⁸⁰, la naturaleza de la medida cautelar se desvirtúa de

¹⁷⁷ REUS, E. «*Ley de Enjuiciamiento Criminal. Concordada y anotada*». Revista General de Legislación y Jurisprudencia. (1983).

¹⁷⁸ AGUILERA DE PAZ, E. «*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*». Editorial Hijos de Reus. (1913).

¹⁷⁹ DORREGO DE CARLOS, A. «*Hacia una nueva justicia penal*». Editorial sepín. (2004).

¹⁸⁰ CATALINA BENAVENTE, M.A. «*La regulación de la prisión provisional tras la reforma efectuada por la LO 13/2003: Expectativas insatisfechas*». Editorial Aranzadi. (2007)

tal modo, que pasa a convertirse en una medida de protección de la víctima o de la sociedad, que nada tiene que ver con los fines de la prisión provisional.

Después de esta breve introducción y crítica, pasamos a analizar cada uno de sus fines:

- a. *Asegurar la presencia del investigado cuando pueda inferirse racionalmente el riesgo de fuga.*

Básicamente viene a decir que con la prisión provisional se persigue impedir el riesgo de fuga, siendo este el criterio más utilizado para sustentar la necesidad de la prisión provisional, quizás por la facilidad que comporta argumentar subjetivamente tales indicios. ¿Y qué va a tener que valorar el Juez en este caso? Pues el legislador nos da todos los elementos: naturaleza del hecho, la gravedad de la pena a imponer, la situación familiar, laboral y económica del sujeto, así como, la proximidad de la celebración del juicio. Este último va referido a los juicios rápidos. Respecto a los motivos económicos, señala BARONA VILAR que puede la misma provocar la aplicación de un derecho procesal penal para ricos y otro para pobres, fomentándose, a la postre, la quiebra del principio de igualdad de todos ante la ley.

Contraviniendo dicha jurisprudencia, encontramos sentencias de nuestro más alto Tribunal en las cuales se valora únicamente datos objetivos, como la gravedad del delito imputado, así como el estado de tramitación de la causa. Entre ellas, la STC 23/2002 de 28 de enero, (FJ 3 b). Así pues, GIMENO SENDRA¹⁸¹ considera, por su parte, que *«sin fundada sospecha del peligro de fuga del imputado, nunca puede justificarse la prisión provisional»*.

¹⁸¹ GIMENO SENDRA, J.V. en *«La prisión provisional y el derecho a la libertad»*. Editorial La Ley. (1998).

Y es que una persona que cometa un hecho delictivo calificado como grave, no tiene por qué apartarse de la acción de la justicia, porque precisamente en estos investigados va a chocar con su familia, trabajo, etc. Lo cual va a hacer considerar como preferible enfrentarse al proceso judicial antes de alterar dicha situación. Y no digo que no sea necesario, pero nos encontramos diariamente con la circunstancia de que existen ciertos delitos que, por su gravedad, piénsese en tráfico de drogas o robos con violencia e intimidación, la prisión provisional va a ser más que probable por no decir segura¹⁸².

Sin embargo, y a pesar del amplio cuerpo de doctrina jurisprudencial, nos encontramos con que los jueces solo observan, en su mayoría, datos objetivos, quedando los subjetivos, es decir, las circunstancias personales (arraigo familiar, profesional, social, cargas familiares, conexiones del investigado con otros países, medios económicos, etc.), relegadas a un segundo plano. A modo argumentativo, y para no basarnos en unas meras críticas sin justificación, desarrollaremos a continuación algunas resoluciones judiciales en las que lo expuesto toma un sentido real:

- Sentencia n° 50/2009 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo n° 7925/2006, cuyo FJ 5° dice: «*En ambos Autos ninguna referencia se contiene a las circunstancias personales del recurrente ni al tiempo que éste ha pasado en prisión, que desde luego en este supuesto no representa un dato baladí (consta que ingresó el 29 de mayo de 2004), con las consideraciones que de ello han de extraerse y que nuestra doctrina exige valorar para entender, correctamente establecido, el juicio de motivación reforzada que justifique seguir sacrificando el derecho fundamental a la libertad personal del inculpado Tribunal*». En el mismo sentido se pronuncian entre otros las siguientes resoluciones:

¹⁸² BARONA VILAR, S. «*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. Tirant lo Blanch*». (2004).

- Sentencia n° 37/1996 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 11 de marzo, en el recurso de amparo n° 2686/1993 que establece en su FJ 6: *«En estas condiciones, como ya declaramos en la tan citada STC 128/1995, puede afirmarse que la motivación de la resolución dictada por la Audiencia, no satisface las exigencias del derecho a la libertad personal, pues ninguna referencia se contiene a las circunstancias tanto objetivas como subjetivas que hacen fundado estimar la existencia de un riesgo de sustracción del recurrente a la acción de la justicia, riesgo que no sea además conjurable con medidas alternativas a la de mantenimiento de la prisión. Por todo ello, esta última resolución no vulnera el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales como constitutivo del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, pero sí es insuficiente para configurar un supuesto constitucionalmente lícito de prolongación de la prisión provisional».*
- Sentencia n° 23/2002 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en el Recurso de Amparo n° 581/2021, cuyo FJ 4° dice: *“ El Auto de 7 de diciembre de 2000, como mantiene el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, añade solamente el argumento de «la indudable alarma social que produce la comisión de este tipo de delitos», aunque sin desarrollar esta afirmación. Mas la genérica alarma social, así invocada, no justifica adecuadamente la adopción o mantenimiento de la medida cautelar que se contempla. En efecto, como dijimos en la STC 66/1997, de 7 de abril (RTC 1997, 66) , F. 6, y reiteramos en las SSTC 98/1997, de 20 de mayo (RTC 1997, 98) , F. 9, y 47/2000, de 17 de febrero, F. 5, «con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos –la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo– y otros orígenes –la fuga del imputado o su libertad provisional–, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la*

prevención general– y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa». Por otra parte, dicho Auto no contiene consideración alguna sobre las circunstancias personales de quien recurría en reforma, circunstancias a las que explícitamente se aludía en el escrito de recurso, constituyendo uno de los puntos centrales del mismo, alegando su condición de estudiante, con domicilio conocido en La Laguna en un entorno familiar y social sano y estable, y sin antecedentes penales. Por último, aunque este Auto contiene una especial concreción y fundamentación de los hechos por los que se inculpaba provisionalmente al interesado (lo que no sucedía en la resolución entonces recurrida), sin embargo, tampoco se expresan en él los fines constitucionalmente legítimos que hubieran justificado el mantenimiento de la medida cautelar de privación de libertad.

El Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 11 de enero de 2001, carece también de la motivación constitucionalmente exigible. Se limita a hacer genéricas referencias a los tipos delictivos, participación del interesado, gravedad de la pena y alarma social, y a expresar que *«los argumentos del recurso no desvirtúan el Auto impugnado, que de una forma detallada justifica, a resulta de las pruebas practicadas en las diligencias, las razones de la prisión provisional sin fianza acordada».* Así pues, no contiene referencia alguna a las circunstancias personales del interesado, el entonces recurrente en queja, circunstancias expresadas antes en el recurso de reforma y reiteradas luego en el recurso de queja, ni contiene explicación alguna relativa a los fines legítimos que pudieran fundamentar el mantenimiento de la prisión provisional, pese a que en el recurso de queja se alegaba expresamente, con

la finalidad de justificar tales extremos, la inexistencia tanto del riesgo de fuga como del peligro de ocultación de pruebas.

Por todo ello, se ha de concluir que los autos impugnados han vulnerado el derecho fundamental a la libertad que consagra el art. 17.1 CE por falta de motivación suficiente. En consecuencia, procede el otorgamiento del amparo postulado, con la consiguiente anulación de las mencionadas resoluciones judiciales.

- Sentencia nº 8/2002, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 14 de enero, en el recurso de amparo nº 1496/2000, cuyo FJ 7º: *«En definitiva, de lo expuesto se concluye que la motivación del Auto que acordó la prisión provisional, de 23 de septiembre de 1999, es virtualmente inexistente, y que las motivaciones de los Autos de 5 de octubre de 1999 y de 3 de febrero de 2000 son incompletas, porque no evalúan ni las circunstancias concretas del caso ni las circunstancias personales del imputado –a pesar de que se hizo explícita referencia a éstas en los recursos desestimados–, y porque no contienen además referencia alguna a los fines constitucionalmente legítimos de la institución relativa a la privación de libertad».*

- Sentencia nº 61/2001 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de febrero en el recurso de amparo nº 2403/2002 cuyo FJ 5: *«Por todo ello, en este caso, las resoluciones judiciales impugnadas son contrarias al art. 17.1 CE, al haberse confirmado la medida cautelar de prisión provisional sin precisar si esta medida cautelar sigue cumpliendo la finalidad que constitucionalmente la justifica, ya que no han ponderado si el paso del tiempo ha modificado las circunstancias objetivas que en un primer momento pudieran justificarla y no han tomado en consideración las circunstancias*

personales del imputado. En definitiva, las resoluciones judiciales no exteriorizan las razones que podrían avalar, en su caso, la existencia de riesgo de fuga como tampoco la concurrencia de peligro de reiteración delictiva. Una afirmación genérica de concurrencia de estos u otros riesgos, realizada en el marco de un proceso de remisiones globales y en cadena como el descrito en el presente caso –en el límite de lo constitucionalmente admisible a la luz del fundamento material de la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales–, no puede entenderse como una ponderación legítima de la restricción de la libertad personal del recurrente».

- Sentencia n° 29/2001 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 29 de enero en el recurso de amparo 2504/2000 cuyo FJ 4 establecía: *«Por su parte, el Auto de 3 de abril de 2000 desestimó el recurso de súplica contra el anterior, por considerar que las alegaciones expuestas sobre el arraigo del recurrente y el tiempo transcurrido decaían ante la persistencia de las razones que hicieron necesaria la prisión, y especialmente el riesgo de fuga derivado de la gravedad de la pena que pudiera imponerse. Esta resolución tampoco menciona las razones que se tuvieron en cuenta para la adopción de la medida, aunque sí hace referencia a una finalidad que la legitima constitucionalmente, como es el riesgo de fuga. Sin embargo, conforme a lo que hemos sostenido en nuestra doctrina [SSTC 128/1995, F. 4 b); y 47/2000, F. 3], la motivación de la constatación del peligro de fuga no puede derivar sólo de la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le conmina, sino que debe tomar en consideración las circunstancias del caso y las personales del imputado, algo que no hizo el órgano judicial, a pesar de su alegación por parte del recurrente. Tampoco tuvo en cuenta la Audiencia Provincial el tiempo transcurrido desde la adopción de la medida, en este caso diez meses que, de acuerdo con aquella misma doctrina, debería haberse tomado en consideración a la hora de decidir el mantenimiento o no de la*

prisión, por cuanto podría haber modificado las mencionadas circunstancias».

- Sentencia nº 27/2008 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 11 de febrero en el recurso de amparo 137/2006 cuyo FJ 6 establece: *«La aplicación de la doctrina antes enunciada ha de llevarnos a la estimación de la presente demanda de amparo, en cuanto ninguna de las resoluciones judiciales impugnadas cumple las exigencias constitucionales de motivación. En efecto, de la lectura de los fundamentos jurídicos de ambas resoluciones se evidencia que el órgano judicial ha partido exclusiva y mecánicamente del hecho de que haya recaído Sentencia condenatoria en primera instancia, y de que ésta haya sido recurrida ante el Tribunal Supremo, como único elemento de justificación de la prórroga de la prisión provisional, sin tomar en cuenta, explícita o implícitamente, circunstancia alguna que permita realizar la exigible ponderación de una medida restrictiva de derechos tan radical y acomodarla, con ello, a sus fines constitucionalmente legítimos. Así, el Auto de 10 de octubre, después de tener por preparado el recurso de casación, omite todo argumento justificativo de la prórroga de la prisión provisional del recurrente, y de otros dieciséis condenados más, limitándose a una genérica remisión a las disposiciones legales. Y, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, la Sala, al resolver la súplica, lejos de complementar lo resuelto con anterioridad, se limita a reiterar lo ya manifestado, conformándose con invocar nuevamente el art. 504.2 LECrim (LEC 1882, 16) y reiterando que concurren las circunstancias legales para acordar la prórroga, sin ni siquiera efectuar una remisión a los Autos que previamente habían acordado la medida cautelar. Con esta respuesta el órgano judicial no expresa la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo, ni atiende a las circunstancias individuales del recurrente, sino que únicamente manifiesta que en el presente supuesto existe la posibilidad legal de aplicar*

la prórroga, asumiendo lo que constituye una facultad establecida por el legislador —cuya opción por el órgano judicial, por tanto, tendrá que venir fundamentada en criterios distintos a la mera existencia de esa posibilidad legal— como una aplicación necesaria u obligatoria de la prórroga».

- Sentencia n° 79/2007 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 16 de abril en el recurso de amparo n° 1289/2005 cuyo FJ 4 establece: «*Así es, pues ni se atiende al período de tiempo transcurrido ni se realiza una valoración singularizada de las condiciones personales del demandante, a pesar de que habían sido expresamente alegadas por el mismo (lleva casi dos años en prisión, cuenta con arraigo al estar su domicilio y núcleo familiar en la ciudad, carece de medios económicos para eludir la acción de la Justicia, etc.). La ponderación de tales circunstancias, como se ha dicho, corresponde únicamente a los órganos judiciales, pero en ninguna de las resoluciones recurridas en esta vía de amparo se significa una motivación específica que aclare las concretas razones que justifican la persistencia de la medida, estando ausente cualquier razonamiento sobre la influencia que haya podido tener para ello la situación personal del recurrente o la evolución de la causa, transcurridos cerca de dos años desde la inicial adopción de aquélla.*

Los argumentos que se aducen en los Autos impugnados por sí solos no conforman la motivación fundada, razonada y acorde con los fines de la institución que explique el mantenimiento de la prisión provisional, pues la naturaleza de los hechos perseguidos, la presunta participación del recurrente en los mismos y la pena interesada, tras una subsistencia de casi dos años de la medida, debían haberse puesto en relación con el contexto personal y el caso concreto para apreciar adecuadamente la permanencia de un fin constitucionalmente admisible que avalara la necesidad de continuar con la medida, fin que por lo demás, ni siquiera se evoca.

En definitiva, ha de concluirse que las resoluciones judiciales no expresan las causas de las que podría inferirse, en su caso, la existencia de riesgo de fuga o incluso el peligro de reiteración delictiva. Por lo tanto, la genérica enunciación de determinados datos concurrentes en la causa –naturaleza del delito, posible participación y pena solicitada– no puede entenderse en absoluto como una ponderación legítima de la limitación de la libertad personal del demandante».

El transcurso del tiempo, tal como se extrae de la doctrina del TEDH (Sentencia de 27 de junio de 1968 -Asunto Neumeister c. Austria-, de 10 de noviembre de 1969 -Asunto Matznetter-, de 27 de agosto de 1992 - asunto Tomasi c. Francia- y de 26 de enero de 1993 -Asunto W. c. Suiza-), y reitera el Tribunal constitucional en su sentencia 156/1997, de 29 de septiembre, «*modifica estas circunstancias y por ello en la decisión de mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales del preso preventivo, así como los del caso concreto*». Por ello, es importante revisar si dicho fin sigue activo o si, por el contrario, no existe tal riesgo de fuga.

Este fin se considera constitucionalmente legítimo cuando el procesado anteriormente ha estado declarado en rebeldía en la misma causa¹⁸³, más no cuando simplemente existan indicios objetivos por la gravedad del delito, o por la proximidad a la celebración del juicio oral, pues ello es un dato ambivalente, ya que el transcurso del tiempo puede aportar solidez o debilitar dicho fin, de ahí la importancia de no automatizar y realizar revisiones acerca del mantenimiento de la prisión provisional.

¹⁸³ Se considera que existe riesgo de fuga en sujetos respecto de los cuales se haya dictado al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores, disponiendo asimismo el artículo 292.2 CP que la Policía Judicial remitirá junto al atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos.

En consecuencia, lo que se ha de examinar es si la adopción de la prisión provisional con fundamento en el riesgo de fuga ha cumplido con todas las exigencias, pues de lo contrario se vulnerará con toda seguridad lo que viene manteniendo el TEDH¹⁸⁴.

Concluyendo, puedo poner de manifiesto que la adopción de la prisión provisional por riesgo de fuga no puede sustentarse únicamente en datos objetivos como las características y gravedad del delito o la pena imputada, ya que tales datos son ambivalentes, pueden fortalecerse o desvanecerse conforme la instrucción avanza, y por ello, resulta capital atender de forma minuciosa a las circunstancias personales del investigado, además de que así lo dispone la jurisprudencia del TEDH.

A este respecto, BARONA VILAR¹⁸⁵ considera que *«si bien motivos familiares (ser el único que trabaja y, por tanto, sustenta la unidad familiar), o laborales (la estabilidad de un puesto de trabajo, que implicaría una presunción de no fuga) son elementos objetivos que justifican su introducción como parámetros para ponderar una decisión cautelar que comporte una prisión provisional, no así parece tan razonable la situación económica del imputado, de manera que puede provocar la aplicación de un derecho procesal penal para ricos y otros para pobres, fomentándose, a la postre, una quiebra del principio de igualdad de todos ante la ley»*.

¹⁸⁴ A pesar de que la existencia de arraigo aminora o supone un contrapeso al riesgo de fuga, y, sin embargo, sólo 1 de los 5 magistrados afirmó que pesan más las circunstancias personales que la gravedad de la pena. A sensu contrario, en el análisis de expedientes se ha comprobado que la falta de arraigo es un elemento invocado en muchas de las resoluciones judiciales que acuerdan la prisión provisional.

¹⁸⁵ BARONA VILAR, S. *«Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal»*, con otros. Tirant lo Blanch. Valencia. (2004), pág. 486.

b. Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba.

Aquí se hace necesario destacar la precisión de que en ningún caso podrá decretarse la prisión provisional en base a este fin, ante la negativa del investigado de colaborar con la justicia¹⁸⁶.

La jurisprudencia es realmente escasa en este punto, sin que se haya elaborado una interpretación tan precisa como en el apartado anterior.

Además, para SANGUINÉ, se trata de un requisito de difícil justificación constitucional, ya que choca frontalmente con la presunción de inocencia y con la prohibición a no ser condenado sin un juicio previo¹⁸⁷.

Por su parte, CATALINA BENAVENTE¹⁸⁸, considera que este fin solo debería estar justificado en los momentos iniciales de la investigación, y no en cualquier momento del curso del proceso, ya que a medida que va avanzando la investigación y se va tomando declaración a los testigos, peritos, y al resto de coimputados, desaparece la justificación de evitar la alteración, destrucción o manipulación de las fuentes de prueba. No obstante, la Ley solo dispone que no podrá durar más de seis meses y que no será susceptible de prórroga, pero nada comenta sobre los límites al momento en que puede acordarse. A nuestro entender, y como vemos, también, al de los mencionados autores, tal fin debería estar limitado a los primeros momentos de la fase de instrucción.

¹⁸⁶ Artículo 503.1. 3º b) párrafo segundo LECrim.

¹⁸⁷ SANGUINÉ. «Prisión provisional y derechos fundamentales». Tirant lo Blanch. (2004).

¹⁸⁸ CATALINA BENAVENTE, M.A. «La regulación de la prisión provisional tras la reforma efectuada por la LO 13/2003. Expectativas insatisfechas». Editorial Aranzadi (2007).

Además, la destrucción de pruebas es un beneficio secundario, ya que, según los propios fiscales, el 80% de la prueba se recaba antes de la detención¹⁸⁹. Para más inri, cuando se les pregunta sobre la información de la que disponen al solicitar la prisión provisional, todos los fiscales señalan el atestado policial, y dos de ellos añaden la hoja histórico penal y policial para comprobar los antecedentes penales y el certificado de empadronamiento para comprobar el arraigo del detenido.

La doctrina jurisprudencial española también se ha pronunciado sobre la necesidad de fundamentar las resoluciones en las que se dispone la prisión provisional, al tratarse de resoluciones limitativas de derechos fundamentales. En este sentido, para que la motivación se considere suficiente y razonable, es preciso que sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado, y realización de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro)¹⁹⁰. Esta ponderación no puede ser arbitraria, sino acorde con el normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional¹⁹¹.

Tal y como señala URBANO CASTRILLO¹⁹², el Tribunal Constitucional ha utilizado en ocasiones diversas expresiones para referirse a este fin. Entre ellas nos encontramos con «*obstrucción a la justicia*» (SSTC 23/2002 y 8/2002), «*entorpecimiento de la instrucción judicial*» (STC 14/2000), «*manipulación o riesgo de destrucción de pruebas*» (STC 60/2001). Muy especialmente ha tendido a usar la expresión «*daño al patrimonio probatorio*» en delitos económicos o de

¹⁸⁹ Asociación pro Derechos humanos en España, «*La práctica de la prisión provisional en España*». (2015).

¹⁹⁰ STC 94/2001 FJ 6

¹⁹¹ SSTC 60/2001, de 26 de febrero y 138/2002, de 3 de junio; TC 62/2005; STC 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 3.

¹⁹² URBANO CASTRILLO, E. «*Presupuestos y fines de la prisión provisional*». Editorial Sepin. (2004).

narcotráfico a gran escala, con presencia de organizaciones criminales y abundante despliegue de medios documentales y tecnológicos, refiriéndose respecto a fuentes de prueba a su destrucción, ocultamiento, entorpecimiento, e incluso influencia sobre personas.

Ejemplo de falta de motivación respecto a es/te fin, es la llevada a cabo en el mediático caso Rosell, en el que se dispone, en el auto 28/2017 FJ3¹⁹³:

«la investigación no se encuentra concluida, y Rosell ha creado un entramado de compañías OFF SHORE, estando sujeto a diversas investigaciones, habiéndose procurado el ocultamiento de un importante patrimonio a través de cuentas fuera de España, y encontrándose el grueso de su actividad profesional fuera de España».

Como vemos, principalmente se basa en el hecho de que la investigación aún no ha finalizado (criterio insuficiente y que siempre podría ser utilizado sin que el acusado tenga la capacidad de defenderse), apoyándose, a su vez, en otros aspectos que son irrelevantes para considerar la existencia de este riesgo en esta causa en concreto, como es, por ejemplo, el hecho de estar sujeto a varias investigaciones.

En este punto habría que recordar que hay que diferenciar este fin del que consiste en la obtención de la prueba. A este respecto, la STC 128/1995 aclaró que *«lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas, de declaraciones de los imputados, etc.»*.

¹⁹³ <https://cita.es/auto-prision-sandro-rosell.pdf>

Asimismo, la doctrina se ha hecho eco de la necesidad de esa distinción, citando como ejemplo a SANGUINÉ¹⁹⁴, quien señala que *«esta doctrina jurisprudencial admite la prisión provisional sólo para evitar la desaparición de pruebas, pero no para obtenerlas»*.

En resumen, este último punto, pone de nuevo de manifiesto cómo los criterios que se establecen para acordar la prisión provisional (en este caso concreto el del artículo 203.1.3º b) 3er párrafo) pueden llegar a ser excesivamente amplios, dada su falta de concreción, lo cual puede dar lugar a la indeterminación, y, por tanto, a la indiscrecionalidad de los jueces a la hora de argumentar su acuerdo. A todo ello se suma el hecho de que apenas exista jurisprudencia que complete lo previsto en la LECrim para este tipo de supuestos.

c. Evitar que el investigado pueda actuar contra bienes de la víctima.

Para aquellas situaciones en que concurra un riesgo para la víctima de sufrir nuevamente ataques. Este tipo de circunstancias se acentúan sobre todo en el ámbito de delitos de violencia habitual doméstica del artículo 173.2 del Código Penal, con el peligro que ello implica especialmente a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Tal como se viene señalando desde la STC 128/1995, la prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza excepcional, que exige, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito, y como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma, los cuales están orientados a garantizar el normal desarrollo del

¹⁹⁴ SANGUINÉ. *«Prisión provisional y derechos fundamentales»*. Tirant lo Blanch. (2004). Pág. 627.

proceso penal en el que se adopta la medida. Por otra parte, se destaca en este punto la sentencia 62/2005 FJ 5, con el ya mencionado principio de excepcionalidad de la prisión provisional, añadiéndose en la misma, que dichos principios *«no varían por el hecho de que se adopte en el marco de un lamentable supuesto de violencias habituales en el ámbito doméstico»*.

Nos resulta clarificadora esta sentencia, desde el punto de vista de lo que sería una correcta aplicación de la prisión provisional, ya que la misma fue acordada después de varios quebrantamientos de la orden de alejamiento por parte del recurrente, de tal forma que, para garantizar bienes jurídicos de la víctima tan importantes como su integridad física moral, y la propia vida de la víctima, tal medida fue decretada. No obstante, no todo es tan bonito en la práctica, ya que alega el recurrente la vulneración de su derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales y la libertad.

Tal vulneración se produce y queda acreditada con suma facilidad, ya que tras pedir la práctica de prueba (el testimonio de su hijo de 13 años) tanto en reforma como en queja, la misma es ignorada por los órganos judiciales, que ni la admiten ni la deniegan motivadamente. Por tanto, nos encontramos con un ejemplo más en el que toman protagonismo la discrecionalidad y la falta de motivación, lo cual trae como consecuencias, que en el caso de ser cierto el delito del cual finalmente es condenado, se le resta fuerza al auto de prisión, y además se vulnera su derecho fundamental a la tutela judicial. La motivación es siempre necesaria, y además reforzada, enfatizándose los motivos por los cuales se acuerda el ingreso en prisión del recurrente.

A este respecto es también interesante el estudio realizado por el Grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ, 2016, denominado *«Análisis de las sentencias dictadas por los tribunales del jurado y por las*

Audiencias Provinciales en el año 2013, relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex pareja. Conclusiones».

En dicho estudio se refleja que, de 37 supuestos, en 4 no consta o no se acordó la medida de prisión provisional, mientras que en el resto se acordó sin especificar la duración de la misma. Respecto a esas resoluciones, se desprende que la duración media de la prisión provisional es ligeramente superior a 2 años (4 semestres), tal y como sucedió en anteriores años.

Conectamos nuevamente con la idea de la lentitud en la Administración de Justicia, con la repercusión que esto tiene no sólo en relación con el presunto agresor, sino también con la parte que se postula como víctima o familia de la misma, ya que tal y como señaló la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife¹⁹⁵, en el caso examinado estimó la atenuante de dilación indebida *«al encontrarse ante una causa no compleja en su instrucción y llevar el acusado tres años y cinco meses en prisión provisional, lo que conllevó una situación de incertidumbre tanto al acusado como a la familia de la víctima».*

En definitiva, tal y como señala MORENO CATENA, *«el respeto a los principios de proporcionalidad y de necesidad exigen una ponderación de todas las circunstancias que concurran en el caso concreto, justificando desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales que el recorte o la privación de los derechos del presunto agresor es una medida necesaria, puesto que aparece como previsible que se produzca una futura agresión; que se trata de una medida idónea para garantizar la seguridad de la víctima y, dentro del catálogo*

¹⁹⁵Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 2465/2013, de 11 de noviembre de 2013, FJ 5.

de medidas posibles, se trata además de la menos invasiva o restrictiva de los derechos y libertades del presunto agresor»¹⁹⁶.

d. Evitar que el investigado cometa otros hechos delictivos.

Como bien se desprende, va referido a la reiteración delictiva. El artículo 503.2 LECRIM dice: *«También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1. y 2. del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos».*

Este fin se da en la legislación como separado del resto, puede que incluso complementario a los anteriores. No obstante, no contamos con sentencias que nos ayuden a precisar el grado de reiteración delictiva que debe concurrir para poder interpretar que éste existe y con ello, motivar la prisión preventiva en base a él.

Tanto el apartado c) del artículo 5.1 del Convenio Roma, como la Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa coinciden que la evitación del riesgo de reiteración delictiva es uno de los fines de la prisión provisional.

Con esta medida se trata, más que de proteger a la víctima, de proteger a la sociedad. Así lo expresa SANGUINÉ al señalar que *«la posición que defiende la utilización de la prisión provisional con base en el peligro de reiteración tiende a resaltar que existe un conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el interés de la generalidad en la prevención de nuevos hechos delictivos. Así, se*

¹⁹⁶ MORENO CATENA, R. «Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos». Editorial Tirant lo Blanch. (2006).

indica que el interés general tendría en este caso un mayor peso que el interés individual del imputado en permanecer en libertad durante el proceso¹⁹⁷.

En la STC 94/2001, el recurrente, un preso en este caso del Centro Penitenciario de Topas, formula denuncia contra los funcionarios del centro, y por este mismo hecho, la denuncia *«fue archivada sin una mínima instrucción, sin que fuera citado para que se ratificara en la misma, y sin que se le hiciera el preceptivo ofrecimiento de acciones, negándosele, en definitiva, la posibilidad de personarse y de participar en la instrucción»¹⁹⁸.*

Dada la condición de preso de esta persona, no solo le fue negado su derecho a una tutela judicial efectiva mediante diversos sobreseimientos y archivos, sino que, además, las resoluciones carecían de motivación. Asimismo, en cuanto a un último delito que se le imputa a este sobre atentado contra los funcionarios de prisiones, se decreta para él prisión provisional, alegando asegurar la presencia del investigado cuando este ya se encuentra en cautiverio, y sobre ello dice textualmente el TC: *«Basta comparar el contenido de los Autos transcritos con las exigencias de nuestra doctrina que se acaba de exponer, para poner en evidencia que en ellos no se cumplen los mínimos de motivación que dicha doctrina proclama.*

Está ausente de dichos Autos la necesaria ponderación de los intereses en juego, limitándose en realidad a una referencia en exceso sintética a la cuantía de la pena, los antecedentes del recurrente en cuanto criterio de peligrosidad y la garantía de la presencia en el juicio; pero todo ello en unos términos de generalidad y de falta de individualización que no se adecúan a las exigencias de nuestra

¹⁹⁷ SANGUINÉ. «Prisión provisional y derechos fundamentales». Editorial Tirant lo Blanch. (2004). Págs. 230-231.

¹⁹⁸ STC 94/2001 FJ 1

doctrina. Esa generalización resulta especialmente perceptible en cuanto a la alusión al fin de garantizar la presencia en el juicio, cuando se trata de un interno que está cumpliendo condena por otro delito, con lo que sólo por ese motivo la garantía de su presencia en el juicio resulta completa. Es difícil de explicar que las alegaciones del recurrente al respecto en la apelación no merecieran ninguna respuesta, lo que es exponente claro de la utilización de fórmulas vagas, inaceptables si se parte del valor fundamental de la libertad, y del rigor exigible para la motivación de las medidas que la restrinjan.

Ha de concluirse así que se ha producido la vulneración del derecho de libertad personal, contra la que el actor demanda nuestro amparo, que debe serle otorgado, con la consecuente anulación del Auto recurrido, lógicamente extensible al contenido cuestionado de los Autos que a través de la cadena de sucesivos recursos han desembocado en él. Naturalmente la anulación de dichos Autos no afecta a la privación de libertad del recurrente por causas distintas a las que han dado lugar a este amparo»¹⁹⁹.

En España, nos encontramos lamentablemente con una justicia basada en estereotipos²⁰⁰, lo cual se constituye, sin duda, como una práctica discriminatoria.

Además, los jueces dan un peso excesivo a los antecedentes penales por hechos similares para presumir que pueda existir riesgo de reiteración delictiva. Esto no deja de ser, nuevamente, un estereotipo a seguir, y que se aleja de la motivación necesaria para acordar la prisión provisional, siendo por tanto contrario a la jurisprudencia europea, que establece que el tribunal debe justificar la aplicación de esta medida y no hacer uso de arquetipos.

¹⁹⁹ STC 94/2001 FJ 7.

²⁰⁰ Asociación pro Derechos humanos en España, «La práctica de la prisión provisional en España». (2015).

En conexión con la cuestión, en la práctica ocasionalmente ha sucedido que el Ministerio Fiscal ha solicitado prisión preventiva por riesgo de fuga, y el Juez ha decretado dicha medida en base a un riesgo de reiteración, lo cual no resulta proporcionado ni entendible.²⁰¹

Asimismo, por ejemplo, MORENO CATENA²⁰² considera que este fin «no puede compartirse porque, en puridad, cuando se toma en consideración, se está partiendo de la presunción de culpabilidad y se pretendería hacer cumplir a la prisión provisional un fin de prevención especial».

Con todo lo dicho, queda más que justificado que el TC ha de pronunciarse para determinar el grado de reiteración delictiva y las características que deben concurrir para poder motivar la prisión provisional en base a ello. Debido a esta ausencia, no es de extrañar que para la inmensa mayoría de la doctrina científica, se repudie el peligro de reiteración delictiva como motivo para el decreto a la prisión provisional, ya que persigue más una finalidad de prevención especial, convirtiéndose en una medida de seguridad predelictual.

e. La apariencia delictiva o motivos bastantes como requisitos para adoptar la prisión provisional.

Consideramos que va directamente enlazado con los indicios de criminalidad de la persona sobre la que se cree responsable. Esto es, que existan motivos bastantes para creerlo responsable, lo cual se conecta con el *fumus boni iuris*. No

²⁰¹ Esta situación fue señalada por TABARÉS CABEZÓN, M.A., Magistrado titular del Juzgado de Instrucción N° 6 de Barcelona, durante la Conferencia en el Centro de Formación del ICAB denominada «*La prisión provisional. Análisis crítico de su aplicación práctica*». 13 de noviembre de 2018. Participantes: Eduardo Navarro Blasco, Miguel Ángel Tabarés Cabezón y Jorge Navarro Massip.

²⁰² MORENO CATENA, R. «*Derecho procesal Penal*». Editorial Tirant lo Blanch. Pág. 291.

se establece qué se considera por motivos bastantes, siendo la jurisprudencia la que ha ido perfilando lo que debe entenderse por tales:

«La apreciación de indicios racionales de criminalidad en la fase de investigación no significa establecer una presunción de culpabilidad del imputado, sino que únicamente implica afirmar la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida»²⁰³.

Por tanto, nos encontramos con conceptos jurídicos indeterminados, que impiden precisar si la apariencia delictiva en cuestión encaja en el supuesto de hecho o no.

Nos dice el TC, en lo que respecta a los indicios, que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Aquí nos parece muy interesante mencionar un caso reciente aun sin juzgar. Se trata de la prisión provisional acordada por un presunto culpable del asesinato de su pareja en la pequeña localidad malagueña de Arenas. La Audiencia Provincial de Málaga dejaba en libertad bajo fianza, tras revocar el auto por el que denegaba la petición de libertad interesada por su Letrado defensor. Así, concluía de la siguiente manera:

«Los indicios, por sólidos y argumentados que aparezcan, permiten una sólida sospecha pero no una aceptable seguridad sobre la autoría de la muerte».

De dicho fragmento se deduce perfectamente que lo que en cualquier caso se requiere no es la mera existencia de indicios de haberse cometido el delito y de la participación de una determinada persona, sino que es igualmente imprescindible

²⁰³ STC 156/1997, de 29 de septiembre, FJ 2.

que la medida se adopte para conseguir alguno de los fines señalados por el artículo 503 ya mencionado.

Cuando algunos instructores refieren que persisten los indicios de criminalidad en numerosas resoluciones que llegan a mis ojos diariamente por razón de mi profesión, es inevitable que se escape una tímida sonrisa. Evidentemente que existen esos indicios, de lo contrario no tendría cabida un proceso judicial sobre la persona sobre la que recae tan desagradable medida. Sin embargo, la simple existencia indiciaria de criminalidad no es supuesto habilitante para acordar o seguir manteniendo dicha situación, ya que de este modo veríamos privado a todo ciudadano investigado en un procedimiento penal.

A falta de claridad por el legislador, jurisprudencia y doctrina han hecho esfuerzos por tratar de concretar este concepto. Un ejemplo lo encontramos en lo señalado por BARALLAT LÓPEZ²⁰⁴, que trata de dar concreción a las circunstancias que llevan a pensar en indicios de criminalidad, así como de habitualidad: *«la realización de actividades delictivas con habitualidad alude a la comisión reiterada y cuasi-profesional de delitos, de manera que, cuando se trata de delitos patrimoniales, constituye el modo de vida del sujeto. Por su parte, la comisión de delitos de manera concertada y organizada con otra u otras personas supone una mayor facilidad en su realización y la existencia de una estructura cuya finalidad no se reduce a la perpetración de un hecho aislado»*.

Sería así quizás interesante que se estableciese una especie de lista en la que encontrásemos indicios que nos llevasen a pensar en lo acertado de considerar la criminalidad.

²⁰⁴ BARALLAT LÓPEZ, L. *«Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional»*. Editorial Sepin. (2004). Pág. 133.

La medida debe ser fundada en el doble sentido de adoptar forma de auto y expresar una motivación suficiente. Ello exige del Juez Instructor un especial celo a la hora de redactar la resolución que va a privar de libertad a una persona.

Como hemos expuesto, y en opinión de gran parte de la doctrina, la redacción y contenido dada a la institución de la prisión provisional, dista mucho de la práctica ejercida, siendo el principal motivo de ello la existencia innegable de conceptos jurídicos indeterminados en cuando a su adopción.

En nuestra opinión, lo más deseable y adecuado sería un catálogo de delitos y circunstancias concurrentes para que procediera la prisión provisional, pues estas finalidades a menudo son utilizadas sin que realmente concurren. Y no digo que no sea necesario para asegurar, por ejemplo, que el investigado comparezca a juicio, pero entendemos que junto a ese riesgo de fuga deberían prevalecer las circunstancias de la persona e incluso, me atrevo a decir que las del caso concreto. Cada día más frecuente entre nuestra casuística, que ciudadanos se enfrentan a procesos en los que las penas son elevadísimas, los delitos perseguidos de una inmensa gravedad, con absoluta disponibilidad económica y ese riesgo de fuga se hace impensable por cuanto, las posibilidades de absolución debilitan todos los presupuestos a tener en cuenta según nuestra regulación actual.

f. La alarma social como fin subyacente para acordar la prisión provisional.

Con la reforma de la Ley 13/2003, desapareció del ordenamiento jurídico español la posibilidad de acordar la prisión provisional teniendo en cuenta la alarma social que la comisión del delito hubiese producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Así rezaba el precepto. No obstante, da la sensación de que, en un mismo punto, se aluce a dos fines: Por un lado, la alarma social *per se*, y por otro, la reiteración delictiva, de la que ya hemos hablado anteriormente y que sigue activa.

Traigo a estas líneas este hecho, ya que como comentábamos, la alarma social carece en la actualidad de vigencia, a diferencia de la reiteración delictiva, y en muchas ocasiones ambas se han desvirtualizado hasta tal punto, que lo que se fundamenta como reiteración delictiva, esconde debajo una alarma social que es fácilmente palpable. Así pues, calmar la alarma social que ha suscita un hecho delictivo es algo desproporcionado en relación con el objeto real de las medidas cautelares. En este sentido, ORTELLS RAMOS²⁰⁵ considera que la prisión provisional dictada para calmar la alarma social, cumple con una función propia de la pena. Otro autor que opina de forma similar, al igual que los que redactan, es FERNÁNDEZ ENTRALGO²⁰⁶.

Sobre la alarma social y sus efecto habla la STC 66/1997 al disponer que: «*Con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos -la alarma social se concreta en disturbios sociales, por ejemplo- y otros orígenes -la fuga del imputado o su libertad provisional-, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito, constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena -la prevención general- y, so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales, presupone un juicio previo de antijuricidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un proceso rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa*».

Por todo lo dicho, huelga volver a mencionar que la reiteración delictiva se ha configurado por la jurisprudencia constitucional como un fin «separado» del resto, o incluso complementario a los demás, sumado al hecho de que no existen

²⁰⁵ ORTELLS RAMOS. «*Para una sistematización de las medidas cautelares*». Revista General de legislación y jurisprudencia. (1978).

²⁰⁶ FERNANDEZ ENTRALGO, J. «*Prisión provisional*». Revista general del derecho. (1986).

demasiadas sentencias que puedan ayudar a precisar el grado de reiteración delictiva que debe concurrir para poder interpretar que éste existe y motivar la decisión de prisión preventiva en base a él.

Por ello, denunciamos aquí de nuevo la necesidad de determinar dicho fin, tal como antes hicieron autores como JORGE BARREIRO²⁰⁷, GIMENO SENDRA²⁰⁸ o JIMENA QUESADA²⁰⁹, ya que mientras tanto, el precepto se constituye como indeterminado, dejando espacio para que, lo que debería ser totalmente objetivo (tal como lo dispone el artículo. 502.2 LECrim), se convierta en algo subjetivo, primando la predisposición moral punitiva del Juez, así como la posible repercusión que se crearía para su persona si no adoptase la prisión provisional.

Esto lo vemos todos los días en multitud de casos que han sido mediáticos, y es totalmente inaceptable. Ya lo señala la STC 191/2004, de 2 de noviembre FJ 5:

«En cuanto a la mención de la alarma social, ya hemos dicho que su evitación no constituye una finalidad legítimamente perseguible con la imposición de dicha medida».

Aun no apareciendo prevista en la Ley, lo cierto es que la alarma social parece estar todavía presente para los Jueces y Tribunales, que de forma indirecta y sin mencionarlo, acaban aplicándola como un fin más revuelto entre la amplitud que a día de hoy permite la reiteración delictiva. Algo que nunca tuvo sentido y jamás

²⁰⁷ JORGE BARREIRO, A. «La prisión provisional en la ley de enjuiciamiento criminal». Cuadernos de derecho judicial. (1996).

²⁰⁸ GIMENO SENDRA, J.V. «La prisión provisional y el derecho a la libertad». Editorial La Ley. (1998).

²⁰⁹ JIMENA QUESADA, L. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1997, de 20 de mayo». Revista General de Derecho. (1997).

lo tendrá porque la alarma social no es otra cosa que el poco o mucho ruido informativo que los medios de comunicación hagan.

De igual forma, y en relación a la mayor o menor difusión que los medios de comunicación hagan de una determinada noticia, también un riesgo de fuga puede dar lugar a que el cautiverio sea acordado, gracias a la alarma social que, a través de la difusión mediática, se haga de los hechos en cuestión.

Con estos ejemplos, podemos darnos cuenta de cómo la alarma social es, en un gran número de casos, el origen subyacente, el recuerdo presente e inconsciente que motiva la decisión de acordar la prisión provisional. Un ejemplo de ello, lo encontramos en el mediático caso de la menor ecuatoriana que fue golpeada en el ferrocarril urbano de Barcelona el 7 de octubre de 2007. La chica recibió dos patadas en la boca, pero no sufrió lesiones. El caso se filtró en los medios de comunicación, generando un revuelo que llegó hasta el Congreso de la República de Ecuador, ya que además la menor fue insultada por razón de su procedencia por su agresor. Todo parecía apuntar a que Sergi Xavier iría directo a la cárcel, sin embargo, acordó su libertad sin fianza y con la obligación de comparecer dos veces al día en comisaría. Así fue como el titular del juzgado de instrucción nº dos de Sant Boi de Llobregat, se ganó el rechazo de una sociedad entera, incluido también el del ministerio fiscal que había solicitado la detención del presunto culpable para su ingreso en prisión preventiva. Lo cierto y verdad, es que, a pesar de la inmoralidad y repulsa de los comportamientos acontecidos, no era procedente el acuerdo de ingreso en prisión provisional, si nos ceñimos a la ley, dada la existencia de medios menos gravosos con los que poder garantizar la protección de la víctima²¹⁰.

²¹⁰ VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M. «Prisión provisional y opinión pública». Editorial Aranzadi. (2007).

1.3. CRÍTICAS AL PROCEDIMIENTO PARA ACORDAR LA PRISIÓN PROVISIONAL

El procedimiento para acordar la prisión provisional viene establecido en el artículo 505 LECrim, el cual ha sido desarrollado en el apartado correspondiente del capítulo relativo a la regulación legal.

Para situar el contexto, haremos un breve resumen de lo ya dicho respecto de su regulación legal, diremos que la única autoridad judicial competente para acordar esta medida es el Juez competente en cada caso. Así, en las primeras diligencias, será, bien el Juez en funciones de guardia, bien dentro de un procedimiento penal ya iniciado el Juez instructor que esté conociendo de la causa. Igualmente puede darse el caso, una vez abierto el juicio oral, que corresponderá al Juzgado de lo Penal para penas de hasta 5 años y, para las superiores, la Audiencia Provincial. Una vez determinada la competencia, lo siguiente es celebrar la comparecencia que detalla el mencionado artículo, consiste básicamente en que el detenido pasa a disposición judicial en el plazo mínimo indispensable o en cualquier caso antes de las 72 horas y se le toma declaración. A dicha vista han de ser convocadas todas las partes; Ministerio Fiscal, en el caso que haya acusaciones personadas y, por supuesto, el letrado defensor del detenido que lo asiste desde dependencias policiales.

Partiendo de esta breve introducción relativa a su contexto legal, procedemos a desarrollar las críticas relativas al procedimiento de la prisión provisional

a. La dificultad sobrevenida del acusado para defenderse

Como ya señalábamos anteriormente, en el ordenamiento jurídico español rige el principio acusatorio, sólo pudiendo acordarse la prisión si al menos una de las acusaciones la piden, de lo contrario, procederá su inmediata libertad. En el supuesto de que así sea, es decir, que las partes acusadoras así lo soliciten, el

Letrado defensor podrá formular alegaciones y proponer cuantos medios de prueba disponga en ese momento. No obstante, aquí hemos de denunciar lo que nos encontramos día a día en estas comparencias. A modo de crítica, y como ya lo han hecho antes otros compañeros como CAMPANER MUÑOZ²¹¹, hemos de denunciar cómo el atestado íntegro y literal solo lo conocemos los abogados una vez acudimos a dependencias judiciales y si no está bajo secreto de sumario, porque en tal caso la tarea es harto complicada. Así, nos encontramos con un desconocimiento absoluto de lo que hay en contra o lo que puede beneficiarle al encausado. Muchas veces son estas dependencias la primera toma de contacto con el detenido, no habiendo podido recolectar medios de prueba.

También, otro problema de los que nos encontramos es el tiempo para preparar dicha comparencia con eficacia, ninguno o escaso. Aquí claramente lleva una ventaja el Ministerio Fiscal, pues además sus informes suelen tener más peso que los de la defensa (incluso en la mayoría de los casos), sin aportar ningún documento y/o prueba de cuanto alega, convirtiéndose, por tanto, su adopción en probable y automática.

En relación con esta falta de información y/o tiempo para preparar la defensa, resulta interesante lo reflejado en el informe de investigación de la Asociación Pro Derechos Humanos de España, «*La práctica de la prisión provisional en España*», ya citado anteriormente.

En dicho informe concluyen que «*el acceso al expediente por parte del abogado no es del todo suficiente Para afrontar con eficacia la solicitud y eventual decisión de prisión provisional*».

²¹¹ CAMPANER MUÑOZ, J. «*El uso (hasta el abuso) de la prisión provisional en España*». Colegio de abogados de Pamplona. (2011).

De 31 abogados encuestados, 17 consideraron que el acceso al expediente y datos relevantes de la causa no es suficiente para poder afrontar de manera eficaz la solicitud y quizás posterior decisión de prisión provisional, y 9 califican el acceso como intermedio. 20 de esos abogados señalaron que el tiempo medio para prepararse la audiencia oscila entre 10 minutos y una hora, indicando varios de ellos que no resulta un tiempo suficiente, sin que haya además apenas posibilidad de aportar prueba en la audiencia. Además, los investigadores determinaron que, de los 55 casos que examinaron, en el 13% de ellos el abogado no pudo acceder a los expedientes por encontrarse las actuaciones bajo secreto.

Esta opinión de los abogados es ampliamente compartida por los fiscales entrevistados en dicha investigación, afirmando que una solución para esta falta de recursos efectivos sería que se aplicase la Directiva de la Unión Europea 2012/13 relativa al derecho a la información en los procesos penales para que a los abogados se les facilite una copia del atestado en comisaría, y no unos minutos antes de la audiencia.

Es por ello que, ante estas dificultades, existe una quiebra absolutamente del principio de igualdad de armas (así mismo lo expresaron los fiscales entrevistados en el citado informe) con el resto de las partes personadas, conforme a los momentos de entrega, por lo complicado que es preparar la defensa cuando la persona en cuestión está en prisión, no pudiendo entrar en sus ordenadores, teléfonos móviles, ir a su lugar de trabajo o a su casa para encontrar información, buscar testigos, etcétera. Nos parece por tanto interesante, compartiendo la opinión antes descrita, lo que dispone la Directiva de la UE 2012/13, especialmente en los

artículos 6 y 7, en cuanto a que el atestado se facilite en comisaría, ya que ello daría solución a los problemas que he ido mencionando²¹².

Igualmente, y no menos importante, la situación de prisión provisional es revisable a lo largo de todo el procedimiento. Viene establecido en los artículos 528 y 539 LECrim. Podrá hacerlo de oficio el Juez en cualquier momento, y obligado cuando se cumpla el plazo máximo legal. Todo lo contrario, al Abogado defensor que podrá hacerlo todas las veces que estime oportunas. Sin embargo, y apuntando de nuevo a la desigualdad de partes, tanto en las ratificaciones como en las prórrogas de la prisión provisional, se suele evitar la presencia del investigado.

En relación con esta idea, así como con la declaración de secreto de sumario, el Tribunal Constitucional²¹³ ha aclarado que *«el transcurso del tiempo provoca, pues, efectos tanto en la privación provisional o preventiva de libertad como en la declaración sumarial de secreto, operando como indudable factor a ponderar en su convivencia con el interés del investigado en conocer el contenido íntegro de las actuaciones, de modo que a medida que avance el período de investigación los*

²¹² Artículo 7 Directiva de la UE 2012/13: *«Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.*

2. Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el acceso a los materiales mencionados en el apartado 2 se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas».

²¹³ STC 150/1989, de 19 de mayo de 2021, FJ:4.

intereses del investigado irán sobreponiéndose al interés en el mantenimiento del secreto».

También el Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre esa falta de información al acusado en su sentencia 21/2018, de 5 de marzo de 2018, constatando que se han vulnerado *«las garantías que el artículo 17.1 y 3 CE reconoce al demandante en cuanto titular del derecho a la libertad y seguridad personal, como consecuencia de no haber sido informado de modo suficiente sobre las razones de su detención gubernativa de naturaleza penal ni habérsele permitido el acceso a los elementos de las actuaciones que eran esenciales para impugnar su legalidad. En consecuencia, la pretensión de amparo ha de ser estimada en ese aspecto, no porque en el caso concreto no existieran razones para detener al demandante, sino porque habiéndolas, las mismas no se pusieron de manifiesto al detenido a su abogado a través de los procedimientos establecidos en la ley, lo que hubiera posibilitado su cuestionamiento ante el Juez del «habeas corpus», garante de que la detención no se haya producido fuera de los casos y en la forma previstos en la ley».*

b. Falta de motivación de los autos de prisión. Resoluciones estereotipadas.

Además, como el resto de resoluciones judiciales, el auto de prisión, o en su caso, de libertad provisional, deberá estar perfectamente motivado (STC 41/1982 de 2 de Julio, 56/1987 de 14 de Mayo, 3/1992 de 13 d Enero y 128/1995 de 26 de Julio). Esto en la práctica diaria no sucede. Lo que nos encontramos son resoluciones estereotipadas en las que no se detallan ni especifican los argumentos que han llevado a esa decisión²¹⁴. Si bien es cierto que la «adornan» de manera

²¹⁴ LOPEZ RUBIO, D.; ROSAS LOZANO, M.V.; TORRES MARTÍN, L.; VICO ARANDA, J. M. «La prisión preventiva». Boletín criminológico. (1996).

formal con toda la jurisprudencia y requisitos aplicables al caso, pero, sin embargo, al final nos encontramos que la medida no está justificada.

Como venimos comentando, la jurisprudencia española también se ha pronunciado acerca de que es absolutamente necesario fundamentar las resoluciones judiciales, y más especialmente las restrictivas de derechos. Así, para que la motivación se considere suficiente, es preciso que sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego, estos son, la libertad de la persona cuya inocencia se presume y la realización de la justicia penal.

Esta ponderación en ningún caso puede ser arbitraria tal y como aboga la STC 94/2001 de 22 de abril, en cuyo fundamento sexto dice:

«b) Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada. Para que la motivación se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la Administración de justicia penal y la evitación de hechos delictivos por otro) y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional [SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4 b), y 47/2000, FJ 2].

Entre los criterios que este Tribunal ha considerado relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y razonabilidad de la motivación se encuentran, en primer lugar, las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza y, en segundo lugar, 'las circunstancias concretas y las personales del imputado».

Ahora bien, este último criterio puede no ser exigible en un primer momento, por no disponer el órgano judicial de tales datos. Por ello se ha afirmado que, si bien en ese primer momento la medida de la prisión provisional puede justificarse atendiendo a criterios objetivos, como la gravedad de la pena o el tipo de delito, en un momento posterior el paso del tiempo obliga a ponderar, no sólo si se han modificado estas circunstancias, sino también las circunstancias personales conocidas en ese momento (SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6, 62/1996, de 16 de abril, FJ 5):

«c) De igual manera debe señalarse que en estos supuestos la falta de motivación suficiente y razonable no supondrá sólo un problema de falta de tutela (art. 24.1 CE) sino fundamentalmente, un problema de lesión del derecho a la libertad (art. 17.1 CE), por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma [SSTC 128/1995, FJ 4 a); 37/1996, FJ 5; 62/1996, FJ 2; 158/1996, de 15 de octubre, FJ 3]. Por otra parte, debe indicarse también que el control que este Tribunal debe ejercer ha de limitarse a verificar que la decisión ha sido adoptada de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de esta institución, ya que no corresponde a este Tribunal determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de esa decisión (SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ2; 56/1997, de 17 de marzo, FJ 12; 142/1998, de 29 de junio, FJ 4; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 3; 19/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 8, y 231/2000, de 2 de octubre, FJ 7)».

Nos parece una magnífica sentencia y lamentablemente tengamos que verlas más a menudo en estas instancias superiores que en las inferiores, pues como he venido apuntando a lo largo de este trabajo se hace un uso indiscriminado de la prisión provisional, incluso podemos llegar a predecir que cuando se convoca la

comparecencia en prisión la gran mayoría de las ocasiones es porque se va a acordar la misma.

c. El hecho de que, para acordar la prisión provisional, sólo sea necesario que una acusación lo pida, y que el juez lo acuerde

La prisión provisional es la medida más restrictiva y por consiguiente la más extrema de las que hoy pueda aplicarse, imponiéndose alegremente, con cierta nota de normalidad y de habitualidad, por nuestros Jueces y Tribunales a sujetos contra quienes sólo existen sospechas racionales de su criminalidad.

En nuestro sistema legal, rige el principio acusatorio, de forma que, si la acusación no solicita la prisión provisional, el juez no puede acordarla. Nos encontramos por tanto con un modelo con garantías insuficientes, con capacidad para ser mejorado a la hora de decretar la prisión provisional, ya que el juez instructor, que viene siendo «el director de orquesta» de la investigación, rara vez va a ser imparcial al decidir sobre la situación personal del detenido. Podríamos decir incluso que se trata de un fiscal enmascarado²¹⁵.

Nos encontramos, tal y como señala RODRÍGUEZ MAGARIÑOS²¹⁶, con el problema de la contaminación inquisitiva, la cual se produce cuando el mismo tribunal decide sobre el asunto y se pronuncia sobre la medida cautelar. Sobre esta cuestión se ha mostrado preocupado el TEDH. En la STEDH de 28 de octubre de 1998 en los casos Castillo-Algar, así como la del caso Perote Pellón, de 25 de julio de 2002, imponen una revisión del criterio jurisprudencial español conforme al cual

²¹⁵ Asociación pro Derechos humanos en España, «*La práctica de la prisión provisional en España*». (2015).

²¹⁶ RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F. G. «*La paulatina erradicación de la prisión provisional: Un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías*». Universidad autónoma de Madrid. (2009).

el Tribunal que tiene encomendada legalmente la resolución de los recursos de apelación contra los autos de procesamiento y otras resoluciones del Juez Instructor no se encuentra por lo general afectado por la causa de recusación analizada. Se exigió un cambio en la línea jurisprudencial, apreciando la vulneración del artículo 6 del Convenio Europeo en supuestos en los que dos vocales del Tribunal Militar Central español, que resolvieron recursos contra el auto de procesamiento y en el segundo caso mantuvieron también la prisión provisional del procesado, formaron parte posteriormente del Tribunal sentenciador.

En este punto, es interesante volver a mencionar la tardanza existente a la hora de poder recabar la información del detenido por parte del abogado defensor de cara a su defensa, e incluso en algunas ocasiones la notificación del señalamiento de la declaración de su cliente en calidad de imputado y, en su caso, la sucesiva audiencia del artículo 505 LECrim, se produce con un máximo de antelación de dos horas²¹⁷.

De ello se deduce la inexistencia del principio de igualdad de partes, en un proceso en el que, de entrada, va perdiendo el detenido, no pudiendo afrontar el abogado con la suficiente eficacia, la solicitud y eventual decisión de prisión provisional. El tiempo medio del que dispone para prepararse la audiencia, con todo lo que ello conlleva, oscila entre diez minutos y una hora, por tanto, no existe tiempo material para preparar lo que aportaría como prueba en la audiencia.

Sumado a todo lo anterior, se une, como veníamos diciendo, la peligrosidad de que la prisión provisional sea acordada con una acusación y un juez que lo acuerde, ya que por todos es sabido que las alegaciones de la defensa y del

²¹⁷ CAMPANER MUÑOZ, J. «*El uso (hasta el abuso) de la prisión provisional en España*». Colegio de abogados de Pamplona. (2011).

ministerio fiscal no son tratadas de forma equitativa, lo cual se demuestra a través de los siguientes hechos:

- Existe automatismo al imponer la prisión preventiva, ya que, aunque la defensa apoye con pruebas sus alegaciones, el juez las suele ignorar, sin valorar individualizadamente las circunstancias personales del detenido y asumiendo la posición del fiscal. Aquí debemos insistir en lo anteriormente argumentado, ya que según lo expuesto por la Asociación Pro Derechos Humanos en España²¹⁸, algunos magistrados y fiscales entrevistados presumen que hay riesgo cuando los detenidos son sujetos toxicómanos, marginales o de etnia gitana, entendiéndose que es delito su «*modus vivendi*» y que volverían a delinquir si se les deja en libertad provisional. De hecho, en la misma línea que argumentamos en esta tesis, uno de los jueces afirmó que «*en su profesión lamentablemente se trabaja con estereotipos*», lo cual es una práctica discriminatoria y que lleva a tomar una decisión sin tener en cuenta lo alegado por la defensa.
- Los jueces ya tienen el criterio decidido antes de celebrar la audiencia del artículo 505 LECrim de prisión provisional, y por lo general, jueces y fiscales hablan en privado antes de que se celebre. Resultando que este *colegueo* entre juez y fiscal vulnera el principio acusatorio en la LECrim. Insistimos, como acabamos de exponer, en la idea de que el juez en muchas ocasiones decide, con anterioridad a la audiencia, que se tomará esa medida, basándose en estereotipos e ideas preconcebidas.
- Los dictámenes de la fiscalía tienen excesivo peso en las decisiones de la mayoría de los jueces, resultando que, en la mayoría de los casos, si el fiscal solicita la prisión el juez la acuerda. Asimismo, en la investigación

²¹⁸ Asociación pro Derechos humanos en España, «*La práctica de la prisión provisional en España*». (2015).

comentada de la Asociación Pro Derechos Humanos en España, los fiscales afirmaron que *«para homogeneizar criterios al solicitar la prisión provisional existen criterios a seguir, normas o sugerencias de sus superiores. En este sentido, uno de los fiscales refirió que al incorporarse a su puesto le facilitaron como un «libro de instrucciones» que, además de todas las circulares del fiscal jefe, contenía un cuadro de elementos que se cruzaban y que proporcionan un resultado final: «pedir prisión» o «no pedir prisión»*. Con esto podemos ver que se deshumaniza el caso, utilizando criterios a todas luces rígidos para determinar si procede o no adoptar prisión provisional, sin tener en cuenta circunstancias personales, y además sin que haya transparencia, ya que no tenemos conocimiento del contenido exacto de esas instrucciones.

Además, para autores como COLMENERO, la imparcialidad del juez no existe debido a que se entiende que si el Juez convoca la audiencia es porque ya tiene una convicción sobre la conveniencia de adoptar la medida cautelar de prisión preventiva, y teniendo en cuenta lo manifestado sobre los criterios seguidos por fiscales para solicitarla, se dan todas las circunstancias para pensar que esta decisión se ha tomado previamente, sin que sirva de gran cosa lo manifestado por la defensa.

El Ministerio Fiscal y la Policía Judicial no dependen del poder judicial, sino más bien del ejecutivo. Tal y como lo entiende GARCÍA VALDÉS²¹⁹, *«atribuir excesivas facultades a la Policía sin tener que someterse a los habituales controles en un sistema democrático, puede conducir a una potenciación de los rasgos característicos de lo que se ha venido en denominar Estado Policía en el que todos*

²¹⁹ GARCÍA VALDÉS, C. *«Policía y Estado de Derecho»*. Conferencia pronunciada el día 20 de febrero de 1998 en la Universidad Cisneriana, en el 25 Aniversario de la creación de la Comisaría de Alcalá.

los ciudadanos son sospechosos por sistema para el poder y los jueces ven limitadas sus facultades de control, en favor de una mayor discrecionalidad administrativa, a la hora de interpretar el alcance de los derechos individuales de los ciudadanos». Señala también el autor que ni siquiera en los regímenes democráticos la Policía está exenta de esta polémica, siendo acusada de politización y surgiendo tensiones con el poder judicial, ya que goza de un gran margen de discrecionalidad.

Respecto al Ministerio Fiscal, es innegable su relación con el poder ejecutivo, cuestión que se refleja por ejemplo en el nombramiento del Fiscal General del Estado, figura que influencia a los inferiores jerárquicamente. Así, Cándido Conde-Pumpido, fiscal general del Estado en la etapa del presidente de España José Luis Rodríguez Zapatero admite en una entrevista al periódico *El País*²²⁰ que *«el fiscal actúa autónomamente, pero si es un Gobierno conservador querrá hacer una política criminal conservadora y para eso elige a un fiscal conservador. Y si es un Gobierno progresista, exactamente igual»*. Si bien es cierto que se trata de dar imagen de independencia, la imagen que nos llega es más bien la contraria, apreciando lazos claros.

d. Duración de la prisión provisional

La duración de la prisión provisional se encuentra regulada en el artículo 504 LECrim, donde se establece que no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para alcanzar los fines perseguidos. Pero no sólo eso, sino que mientras subsistan las circunstancias, presupuestos y fines que justificaron su adopción. A modo recordatorio, adjunto el siguiente resumen:

²²⁰ https://elpais.com/politica/2020/01/18/actualidad/1579377625_417684.html.

REFORMA LO 13/2003	Duración	Prórroga
Riesgo de alteración de las fuentes de prueba	Hasta 6 meses sin prórroga	Tras la sentencia condenatoria, hasta la mitad de la pena impuesta.
Riesgo de fuga, reiteración delictiva o ataques contra bienes jurídicos de la víctima	<ul style="list-style-type: none"> • Hasta 1 año (si la pena es igual o inferior a 3 años) + prórroga hasta 6 meses. • Hasta 2 años (si la pena es superior a 3 años) + prórroga de hasta 2 años. 	Tras la sentencia condenatoria, hasta la mitad de la pena impuesta.

Estos tiempos, que pueden extenderse hasta un máximo de cuatro años, parecen absolutamente excesivos para un sujeto todavía legalmente inocente, y la lentitud de la justicia no puede operar en contra del acusado. Aquí sí debería tomarse en serio el tema de agilizar los procedimientos con presos en prisión provisional, porque aunque se dicen que son causas preferentes, se trata una situación como poco alarmante. Lo que venimos observando son procesos que se dilatan en el tiempo excesivamente, y que, por tanto, hacen carecer en la práctica de las notas de instrumentalidad y proporcionalidad que constituyen a la prisión provisional. En este sentido debemos recordar lo expresado por el magistrado Tomás y Valiente en su voto particular a la STC 5/1985, de 23 de enero, afirmando que *«la frecuente tardanza excesiva del «servicio de justicia» no puede reputarse como «normal», pues lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo frecuente...y, en segundo término, porque...si hubiere que tomar como regla para medir el respeto o la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ese mismo derecho anormal, pero general, ello equivaldría a dejar vacío de contenido esencial el derecho fundamental»*.

Como podemos ver y venimos refiriendo a lo largo de este estudio, son innumerables los supuestos en los que lo que reza la ley queda reducido a meros conceptos teóricos e intangibles en su práctica. La situación es doblemente alarmante y preocupante cuando los bienes jurídicos que se ponen en juego, son derechos fundamentales, tal como ocurre en el caso que nos ocupa.

Todas estas observaciones son preocupaciones de la ciudadanía en general, quedando demostrado con el Informe Anual 2018 del Defensor del Pueblo ya citado²²¹. A este respecto, se aduce en dicho Informe que *«no es ocioso recordar que el establecimiento por parte del Consejo General del Poder Judicial de unos estándares o módulos de resolución de asuntos obliga a los jueces y magistrados a un elevado ritmo de resolución que burocratiza su función. Aunque la finalidad principal de esa medida sea disminuir la elevada la litigiosidad, a largo plazo supone, irremediabilmente, el deterioro de la calidad de las resoluciones judiciales (el uso -y abuso- de la herramienta informática del «copia y pega», tan extendida en todas las profesiones, puede distorsionar el análisis individualizado y riguroso de la problemática objeto del litigio, que exigen las resoluciones judiciales»*.

Por tanto, entendemos, tal y como se expresa en el referido informe, que al margen de la decisión en base a estereotipos o de que se tome antes de la audiencia (como hemos venido defendiendo), por cuestiones de ritmo interno marcado por el Consejo General del Poder Judicial los jueces en muchas ocasiones optan por emitir resoluciones parecidas a casos similares, o que a ellos así se lo parece, sin entrar a valorar las circunstancias personales que tienen lugar en esa ocasión.

En este punto nos parece interesante mencionar la STC 128/1995 en la que se afirma que los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción no son

²²¹ FERNÁNDEZ MARUGÁN, F. «Retrasos en la administración de justicia», separata del volumen II del Informe anual 2018 del Defensor del Pueblo, Madrid.

necesariamente los mismos a considerar para su mantenimiento, pues el mero transcurso del tiempo puede hacer que el riesgo de, por ejemplo, destrucción del material probatorio, desaparezca ulteriormente o que, también, por ejemplo, el riesgo de sustracción a la acción de la justicia disminuya hasta desaparecer.

En el mismo sentido la STC 142/2002 de 17 de junio, en cuyo fundamento décimo dice:

«Es preciso distinguir dos momentos procesales diferentes en cuanto a la ponderación de estas circunstancias, por un lado, el momento inicial en que se adopta la medida y, por otro los eventuales pronunciamientos sobre su mantenimiento o prórroga, una vez transcurrido el tiempo. De tal modo que, si en un principio cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad del delito y posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto».

A nuestro juicio, en diversas ocasiones el paso del tiempo tiene una incidencia peculiar en el propio sustento de la medida de prisión provisional, por la influencia que en su justificación tiene el avance de la fase procesal, el mayor conocimiento de las circunstancias concretas del caso investigado y las personales del investigado, así como el computo de la privación para la hipotética pena futura que pudiera imponérsele. Todo esto, entendemos que debería obligar a los jueces a replantearse la situación personal de privación de libertad de un investigado.

Al hilo de lo anterior, y no menos importante, hay que destacar que las causas en las que se dicte prisión provisional para el investigado deberán tramitarse con carácter preferente.

Además, también la jurisprudencia europea²²² se ha pronunciado sobre el tema, considerando que el periodo de prisión preventiva que esté entre dos años y medio y 5 años, es excesivo, y supone una vulneración, en toda regla, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Teniendo en cuenta este criterio, es evidente que, en muchos casos, nuestra justicia se ha excedido en estos límites, contraviniendo la normativa europea tal cual debe primar.

Debemos mencionar también tanto la doctrina del TC como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asuntos *Neumeister* o *Stogmuller*) en los que queda establecido que la prisión provisional no ha de exceder de un «*plazo razonable*». Y esa labor de rapidez compete a la autoridad judicial que ha de ser mucho mayor, como he dicho, en las causas con preso, pues de otro modo, dice la STC 18/1983 y por aplicación de los mencionados artículos 17 y 24 de la CE, procederá acordar su inmediata puesta en libertad.

Además, en estos casos nos encontramos nuevamente con que nuestra jurisprudencia no se acomoda a lo que dispone el Convenio de Roma en el artículo 5.3, por tanto, tampoco se adapta a lo dispuesto en el artículo 10.2 CE²²³.

En añadidura, nos volvemos a encontrar con un concepto jurídico indeterminado, el «*plazo razonable*», el cual fue tratado mínimamente por la STC 2/1994, de 17 de Enero, estableciendo que el mismo «*deberá de ser perfilado para cada caso concreto en atención a sus circunstancias y a los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*».

²²² PB vs France, App 38781/97, 1 agosto 2000, párrafo 34.

²²³ Artículo 10.2 CE: «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*».

En conclusión, lo comentado en este apartado deja entrever los palpables retrasos existentes en la justicia, y que afectan con particular importancia a la prisión provisional. Lo grave, es que dichos retrasos no apuntan tanto a la complejidad de la causa como a dilaciones indebidas y ajenas a la persona que sufre dicha medida²²⁴.

La doctrina, como hemos sostenido a lo largo de esta tesis, ha criticado la excesiva duración de esta medida. Ejemplo de ello es la opinión de MORENO CATENA²²⁵, quien sostiene que *«la práctica judicial suele establecer como plazo de duración de la medida acordada todo el procedimiento, hasta la sentencia definitiva; esta solución se aparta decididamente de la exigencia legal, que invoca una concreta temporalidad de la medida, y contraviene la exigencia de motivación del plazo durante el cual debe mantenerse, en cuanto representa una vulneración de los derechos fundamentales del imputado, a quien se priva de su ejercicio de forma inmotivada, sin que queda escudarse en las dificultades que entraña la predicción del comportamiento del imputado»*.

De la misma opinión es FARALDO CABANA²²⁶, que considera que debería haberse optado por un plazo más reducido, de días o semanas, en relación con la duración de esta medida.

²²⁴ Asociación pro Derechos humanos en España, *«La práctica de la prisión provisional en España»*. (2015).

²²⁵ MORENO CATENA, R. *«Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos»*. Editorial Tirant lo Blanch. (2006).

²²⁶ FARALDO CABANA, P. *«El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional»*. Revista Actualidad Penal. (2003). Pág. 648.

2. USO Y ABUSO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Como venimos comentando y desarrollando a lo largo de esta tesis, la prisión provisional es una medida cautelar que debe ser considerada como una excepción, sin embargo, queda ya suficientemente constatado con todo lo anteriormente explicado, que es tratada como regla general para el gran número de casos en los que existan unos hechos con apariencia delictiva, lo cual pone en jaque el principio de excepcionalidad, la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, y el derecho a la libertad del artículo 17.1 CE.

Lo anterior tiene su justificación en la regulación anterior a la LO 13/2003, en la cual podía acordarse la prisión provisional teniendo en cuenta la alarma social, los antecedentes del imputado, y la frecuencia con la que se hubieran cometido hechos delictivos análogos. El halo jurídico de la regulación anterior, aún sigue muy presente en las sentencias de nuestros días, motivo por el cual el uso de la prisión provisional deriva en abuso, abuso proveniente de un Derecho Penal de la seguridad basado en la alarma social de los ciudadanos.

Así pues, nos encontramos con dos realidades completamente dispares, la teórica, más conectada con la LO 13/2003; y la práctica, que habla sin escritos de los antecedentes de la prisión provisional en España.

Como suele ocurrir en cualquier debate jurídico de esta índole, las corrientes a favor y en contra de esta práctica están servidas y justificadas jurídicamente, pero lo que creo que, a nuestro entender, es innegable, es la falta de coherencia que se infiere de ello, y que no es propia de un Estado social, democrático y de Derecho como es el caso de España, sino más bien de un Estado autoritario y policial. Por ello, consideramos de vital importancia el rigor jurídico y la transparencia a la hora de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sin esto, la consistencia de nuestro

ordenamiento jurídico se resquebraja, se deja de creer en la justicia, y, por tanto, en unas leyes justas y equitativas para todos.

Otro dato que resulta espeluznante, es que, a pesar de la conocida inconsistencia de la regulación de la prisión provisional, el número total de sentencias que se refieren a la mencionada institución jurídica, es únicamente de 125 sentencias desde 1980 hasta nuestros días, tal y como vemos en este gráfico²²⁷:

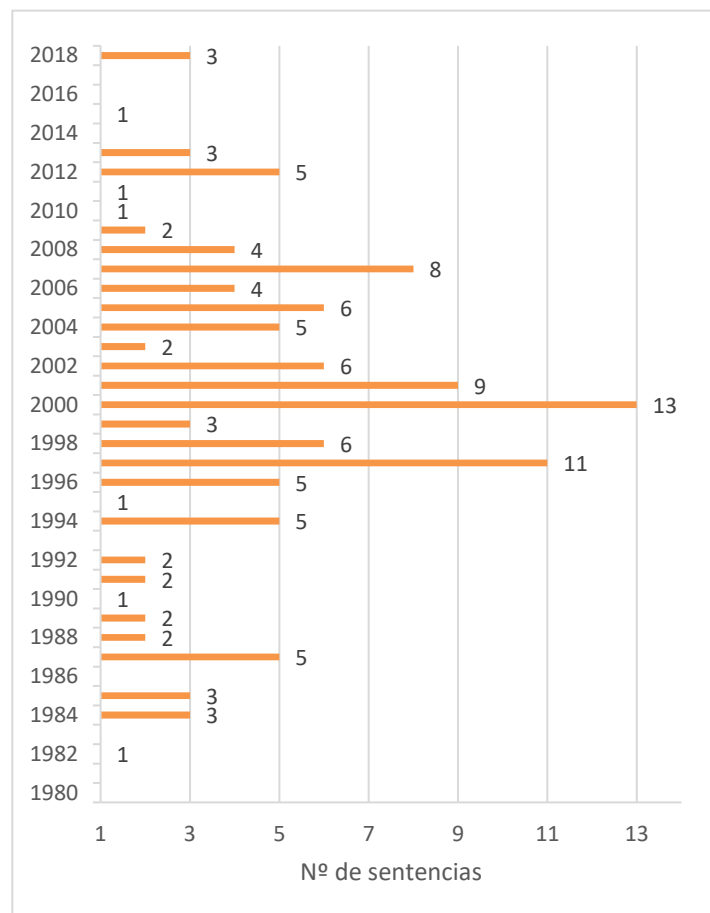


Gráfico 1. Sentencias totales dictadas por el TC en materia de prisión provisional por anualidades (desde 1980 hasta diciembre de 2018)

²²⁷ ALONSO FERNÁNDEZ, J.A. «Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España». Universitat Internacional de Catalunya. (2017).

Y es que a nuestro juicio, 125 sentencias resulta un número bajísimo, para poder crear un cuerpo jurisprudencial sólido sobre la prisión provisional y juzgar en base a ello. Todo ello sin mencionar, que no para todos los fines, legítimos o ilegítimos de la prisión preventiva, hay jurisprudencia al respecto, tal como puede observarse en las siguientes tablas (nº 2 y 3)²²⁸:

Tabla 1. Nº de sentencias dictadas por el TC en materia de prisión provisional, relacionadas con sus fines (desde 1980 hasta diciembre de 2018)

MOTIVO	Nº SENTENCIAS
Requisitos generales que deben inspirar la aplicación de la prisión provisional	11
Presupuestos, objetivo y fundamento de la prisión provisional	9
Excepcionalidad de la prisión provisional	3
La gravedad del hecho	2
La pena a tener en cuenta para poder decretarse la prisión provisional	6
El estado de tramitación de la causa	9
El haberse formulado acusación	1
Fines de la prisión provisional: conjuración de <<ciertos riesgos relevantes>> para el normal desarrollo del proceso o la ejecución del fallo	9
La alarma social	9
El riesgo de fuga. La prisión provisional y el transcurso del tiempo	32
La medida cautelar de prohibición de abandono del territorio español como alternativa a la prisión provisional, para conjurar el riesgo de fuga	1
El riesgo de ocultación de pruebas	1
El riesgo de ataques contra bienes jurídicos de la víctima	0
La reiteración delictiva	3
TOTAL	96

²²⁸ ALONSO FERNANDEZ, J.A. «Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España». Universitat Internacional de Catalunya. (2017).

Tabla 2. N° de sentencias dictadas por el TC en materia de prisión provisional, relacionadas con motivos formales (desde 1980 hasta diciembre de 2018)

MOTIVO	Nº SENTENCIAS
Imparcialidad del órgano judicial que dicta la prisión provisional	2
Motivación del auto que decreta la prisión provisional	46
Compatibilidad del derecho a la presunción de inocencia con la adopción de medidas cautelares	3
Fundamentación de la prórroga de la prisión provisional	39
Duración máxima de la prisión provisional. El plazo razonable	21
Características de la prisión provisional en relación con una pena privativa de libertad	3
Las circunstancias fácticas para fundamentar la adopción de la prisión provisional. Su no valoración por el TC	2
La prisión provisional y el principio de igualdad	1
La prisión provisional en supuestos de violencia de género	2
La prisión provisional atenuada	1
La prisión provisional con fianza	5
La libertad provisional con o sin fianza. Naturaleza y cuantía de la fianza	3
La prisión provisional en el procedimiento de extradición	11
La prisión provisional y la orden europea de detención y entrega	5
La ejecutividad de la libertad provisional acordada y la interposición de recurso contra la misma por la acusación	1
La desaparición sobrevenida del objeto del recurso de amparo ante el TC en los supuestos de prisión provisional	2
Cómputo de la prisión provisional cuando se produce simultáneamente con el cumplimiento de una pena impuesta por sentencia firme	7
Principio de irretroactividad en el caso de modificación legislativa del plazo máximo de duración de la prisión provisional y de su prórroga	5
La prisión provisional y la comparecencia del artículo 505 de la LeCrim	2 autos y 7 sentencias
Efectos de la declaración de la vulneración del derecho a la libertad personal en materia de prisión provisional por estimación de recurso de amparo	2
La inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 de la LeCrim, en su redacción vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal	1
TOTAL	96

En esta tabla, podemos observar con facilidad cómo existe una gran extensión de sentencias en cuanto al riesgo de fuga, y cómo nos encontramos con una o ninguna sobre el riesgo de ocultación de pruebas y el riesgo de ataques contra bienes jurídicos de la víctima. Esto no es ni sólido ni suficiente para poder generar un criterio serio y legítimo para decidir acerca de la libertad de una persona. A ello se suma las numerosas remisiones que desde el intérprete supremo de la Constitución se hace de una sentencia a otra, por tanto, tampoco se promueve el aumento de dicha jurisprudencia, la cual resulta escasa, repetitiva, e incongruente.

En cuanto a los motivos formales, se puede observar cómo las sentencias más recurrentes versan principalmente sobre la falta de motivación del auto, asunto que mencionamos y denunciemos en innumerables ocasiones a lo largo de esta tesis, ya que dicha falta de fundamentación es el origen de los automatismos que nos encontramos día a día, y que dan lugar a resoluciones estereotipadas que, de fondo, se alejan de los principios y presupuestos necesarios para decretar un cautiverio. También abordan las sentencias la duración y plazos de la prisión provisional, los cuales no solo son excesivos en forma, sino que además en la práctica tienden a rozar los límites establecidos legalmente sin tenerse en cuenta de que se trata de una persona hasta el momento inocente.

3. RUPTURA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Por mandato constitucional (art. 24 CE), la presunción de inocencia ha de regir todo el proceso penal, desde que se inicia, hasta que haya una sentencia firme. Además, se trata de un derecho fundamental que guarda relación con el tipo penal más importante del proceso penal: La culpabilidad.

Por esto mismo, la doctrina del Tribunal Constitucional aplicada en relación a la medida de prisión provisional, se sitúa en medio de una delicada cuerda en la

que en un extremo se encuentra el deber de perseguir eficazmente el delito y en el otro extremo, asegurar la presencia del investigado en el juicio oral²²⁹.

Y esa función esencial de asegurar la presencia del investigado y el deber de perseguir el delito nos sitúa en una situación de incertidumbre en la que se juegan diversos bienes y derechos constitucionales ante una decisión de prisión provisional.

La legitimación de la prisión provisional sólo encuentra fundamento cuando existan indicios racionales de criminalidad, esto es, que existan en el investigado «*sospechas razonables de responsabilidad criminal*», en palabras de la STC 128/1995, FFJJ 3 y 4.

Es preciso que cuando se acuerde esta medida se haya ponderado ajustadamente los intereses en juego anteriormente mencionados (la libertad de la persona por un lado, y la realización de la justicia penal por otro), ya que la cierta probabilidad de responsabilidad penal, no necesariamente terminará en una sentencia condenatoria, pues por encima de todo ello está la presunción de inocencia.

Como si de un juego de naipes se tratase, es demasiado común encontrar en la práctica que la vulneración de uno solo de los presupuestos que constituyen la prisión provisional, provoca la desvirtuación de esta en todos sus extremos, provocando que la presunción de inocencia necesaria se vea reducida a un mero concepto teórico, y tomando protagonismo, en la práctica, el principio de culpabilidad.

²²⁹ STC 41/1982, de 2 de Julio (FJ2)

Así se puede fácilmente observar, en la STC 156/1997, de 29 de Septiembre, en la que se declara que *«la apreciación de indicios racionales de criminalidad en fase de investigación, no significa establecer una presunción de culpabilidad del imputado, sino que únicamente implica afirmar la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida ...»*. Sin embargo, la persona en cuestión sí que irá a la cárcel en un altísimo porcentaje de los casos, y probablemente no por un corto periodo de tiempo. Resulta esto, a nuestro entender, incoherente, ya que el mero hecho de entrar en prisión conlleva un efecto estigmatizante que desarrollo en el apartado siguiente.

Recordemos que tal y como ha señalado CASTRO FELICIANO²³⁰, el imputado que se halla privado preventivamente de libertad (artículos 1 y 17 CE) lo está debido a la existencia de simples indicios, y no de pruebas auténticas, por lo que el hecho que se le imputa no ha sido sometido a un juicio oral contradictorio donde el sujeto haya ejercitado su derecho de defensa (artículo 24.1 CE) con plenitud de garantías, quedando el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) incluso desplazado debido a la presunción de culpabilidad.

Cuando haya un conflicto entre dos derechos, la interpretación debe hacerse, siempre que sea posible, a favor de la libertad. Así lo ha puesto de relieve RODRÍGUEZ RAMOS²³¹, considerando que *«las dudas deben resolverse en contra de la procedencia de la prisión preventiva, pudiendo en tales casos optar por otras resoluciones alternativas tales como la libertad con o sin fianza, el arresto*

²³⁰ CASTRO FELICIANO, A. *«Reflexiones sobre la prisión preventiva, conveniencia de mantener su configuración actual o necesidad de su reforma: sentido o alcance de ésta»*. Revista del Poder Judicial Núm. 37, marzo de 1995, pág. 275.

²³¹ RODRÍGUEZ RAMOS, L. *«La prisión preventiva: pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad»*. Revista La Ley, 1984-2, pág. 1059.

domiciliario, la prohibición de salir del territorio nacional con privación de pasaporte, la obligación de comparecer periódicamente en el juzgado, entre otras».

En un epígrafe posterior abordaremos las posibilidades alternativas a la prisión provisional.

4. LA PENA DE BANQUILLO Y SU EFECTO ESTIGMATIZADOR.

Otro de los daños colaterales de la prisión provisional es la *pena de banquillo*, entendida como una expresión para definir aquellas situaciones en las que, sin suficiente base legal, se lleva a una persona al banquillo de los acusados para luego absolverle, por no existir los requisitos para condenarle. No obstante, con el «*banquillo*» sufre la pena de escarnio y humillación ante la opinión pública, que siempre tiene un valor estigmatizante. También los curiales se refieren a la pena de banquillo para contar aquellos casos en donde sin sentido real se admite a trámite una querrela para llamar a declarar como imputado al querrellado, a sabiendas de que la querrela no podrá o no deberá seguir adelante.

Por tanto, es fácilmente observable cómo la condición del preso preventivo, e incluso también la de aquel que, aun no habiendo sido acordada la prisión provisional (supuesto este poco recurrente), la causa haya sido mediatizada, implica soportar unos efectos e inconvenientes tan graves que pueden equipararse, sin lugar a dudas, a los que soporta un penado, solo que los aquí mencionados deberían estar protegidos por el principio de presunción de inocencia²³².

²³² MACIÁ GOMEZ, R. I. «*El nuevo sistema de adopción de la medida cautelar de prisión provisional*». Actualidad penal (1996).

Así pues, vemos a través de la práctica, vemos vulnerada la presunción de inocencia en pos de un principio de culpabilidad, aunque solo sea de manera ejemplar, olvidándose que las resoluciones judiciales han de ser justas, pero en ningún caso aspirar a ser ejemplares.

Uno de los puntos a reformar a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, fue precisamente la utilización del término imputado, ya que del mismo se infiere un juicio anticipado de culpabilidad, que apunta de nuevo un imperante principio de culpabilidad y no de inocencia. La jurisprudencia del TS lo calificó de forma muy certera como «efecto estigmatizador». Pues bien, a raíz de esta modificación nacieron los términos investigado, encausado y procesado, en función del momento procesal en el que nos encontremos, más lo cierto es que dicha terminología no resuelve la cuestión de fondo, sino más bien el aspecto formal.

Tal como afirma RODRÍGUEZ MAGARIÑOS²³³, a pesar de estas buenas intenciones, el efecto estigmatizador sigue estando presente, no solo a través de la pena de banquillo, sino también a través de los medios de comunicación y la confusa información que a diario ofrecen del que todavía es inocente.

Todo ello, genera unas consecuencias extra para la persona que comportan un halo correctivo propio de la pena, pero que además implica un sufrimiento y sentimientos negativos en la persona, los cuales se manifiestan tanto de forma interna, a través del auto reproche y menosprecios hacia sí mismo, como de manera externa, a través de odio, rabia, resentimiento, rencor y deseo de venganza, entre

²³³ RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F. G. «La paulatina erradicación de la prisión provisional: Un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías». Universidad autónoma de Madrid. (2009).

otros posibles. Por tanto, el presunto culpable sufre una desvalorización de su persona que le merma como individuo, sintiéndose juzgado previamente, provocando un deterioro de sus capacidades a todos los niveles²³⁴.

Así, podemos concluir que siendo la culpa y la vergüenza unas de las emociones más paralizantes que existen para una persona²³⁵, pareciera sin duda, que hacer sentir al detenido las mismas, nos aleja de todo fin resocializador y nos acerca a unos efectos ejemplarizantes que se materializan a través de la pena de banquillo.

Si antes hablábamos del conflicto entre la prisión provisional y el principio de presunción de inocencia o la propia libertad de la persona, con lo expuesto añadimos el derecho al honor, que se ve menoscabado por esos juicios paralelos. Esos juicios, llevados a cabo en la actualidad por la opinión pública, con la consiguiente calificación de *delincuente*, aun yendo acompañada del término *presunto*, suponen un proceso criminalizador (sin posibilidad de defensa) y hasta una pena anticipada.²³⁶

5. LA LIBERTAD AMBULATORIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO.

La libertad es un derecho fundamental reconocido en el artículo 17 de la Constitución Española. Debe partirse siempre del valor que la libertad tiene, como el referido derecho fundamental, preeminente en nuestro ordenamiento jurídico el

²³⁴ CASTRO FELICIANO, A. J. «Reflexiones sobre la prisión preventiva, conveniencia de mantener su configuración actual o necesidad de su reforma: sentido o alcance de esta». Revista del Poder Judicial. (1995).

²³⁵ Krishnananda. Dr. Thomas Trobe. «De la Codependencia a la Libertad: Cara a cara con el miedo. (Psicoemoción)». Editorial Gaia. (2017).

²³⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. «Información y criminalización». En Justicia/Conflicto, Tecnos, Madrid (1988). Págs. 277 y ss.

cual viene determinado desde el preámbulo, pasando por el artículo 1.1 del texto constitucional para terminar plasmado en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Carta Magna. Entendemos que la actual regulación de la prisión provisional ya expuesta, dista mucho de acomodarse a los principios constitucionales que en el artículo 17 se recoge.

Debemos traer a colación en este punto la ineludible necesidad de recordar que estamos en presencia de una estricta medida cautelar²³⁷ y no de una pena anticipada, pues de lo contrario estaríamos ante una finalidad represiva vulnerando precisamente todos los derechos en juego y contrariando rotundamente a la Constitución Española, tal y como establece la STC 40/1987 entre otras muchas.

El Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 2.000 es un ejemplo típico de la posición de dicho tribunal en este sentido. La sentencia con número 47/2000 dictada con ocasión de la resolución de un recurso de amparo con número 889/1.996 donde en su fundamento quinto planteaba precisamente la constitucionalidad de dicha medida. Así establece que:

«La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto «prima facie», que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente

²³⁷ Entendiéndose por medidas cautelares en el proceso penal los actos procesales de coerción directa que pueden recaer sobre personas o bienes, buscan que tenga lugar la efectividad de la sentencia que posteriormente haya de dictarse, además de facilitar el desarrollo del proceso. En cuanto a la prisión provisional, es una medida cautelar personal (recae sobre la persona que la va a padecer) que busca evitar peligros que afecten a proceso, como el riesgo de fuga, afectando a derechos del sujeto que están consagrados en la CE. Su fundamento se encuentra en que los juicios penales no son inmediatos: se trata de asegurar la disponibilidad física del afectado por la medida impidiendo que pueda sustraerse a la acción de la justicia.

legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 CE en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la STC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999\49), F. 4 y 5. » Tras añadir a esta inicial insuficiencia otras posibles tachas de inconstitucionalidad del caso concreto que resolvía en el punto 3º del Fallo tras otorgar el amparo solicitado acuerda «Plantear la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Otra sentencia que merece la pena referir es la del Tribunal Constitucional, número 147/2.000 de 29 de Mayo que habla de manera clara y contundente del superior valor de la libertad. Literalmente establece:

«En un Estado social y democrático de Derecho como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento Jurídico (Art. 1.1 CE) sino además un derecho fundamental (Art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales».

Hemos de asentar, como ya venimos efectuando a lo largo de este trabajo, y que no me cansaré de reiterar, que la situación ordinaria del investigado en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar, precisamente por la efectiva vigencia de los derechos fundamentales ya invocados también, que junto al derecho a la libertad personal (Art. 17.1 CE) se encuentra el derecho a la presunción de inocencia (Art. 24.2 CE), y que como señalan las STC entre otras de 3/1992, 241/1994, 128/1995 y 62/1996, la adopción de la medida supone una limitación particularmente gravosa del derecho fundamental a la libertad personal, es por lo que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras debe siempre

efectuarse en el sentido más favorable a la libertad del inculpado; «*favor libertatis*», es decir, en caso de duda hay que aplicar la más favorable al reo y lo menos restrictivo a la libertad²³⁸.

Si ya ORTEGA Y GASSET decía que la vida humana es un quehacer que tiende a la verdad, CARRARA²³⁹ afirmaba que la prisión preventiva es una necesaria injusticia, pero la labor del jurista es la lucha porque esta necesidad sea cada vez menos ampliando la esfera de las garantías y reduciendo el área de los oprobios innecesarios.

Sobre las medidas alternativas a la prisión provisional y menos gravosas hablaremos en el capítulo relativo a las propuestas de mejora, ya que claramente, la norma general ha pasado a ser la más gravosa, y, por tanto, dicho principio ha quedado inactivo.

6. DETERIORO DE LA SALUD FÍSICA Y PSÍQUICA

La prisión provisional quiebra el curso de la vida, puesto que se trata de un ambiente desconocido y hostil, que genera una gran incertidumbre, que puede traer graves consecuencias a nivel físico y psicológico para el interno, tal y como ha quedado demostrado por diferentes estudios, entre los que se encuentra la publicación «*Consecuencias psicosociales de la privación de la libertad en imputados inocentes*».²⁴⁰

²³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA. E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. «*Curso de Derecho administrativo*», vol. II. 1988. Pág. 105 y ss.

²³⁹ CARRARA, F. «*Opúsculos de derecho criminal*», vol. IV. Ed. Termis, Bogotá, 1978. Pág. 231 y ss.

²⁴⁰ ESCAFF SILVA, E., ESTÉVEZ MERELLO, M., FELIÚ VERGARA, P., TORREALBA-HENRÍQUEZ, C. «*Consecuencias psicosociales de la privación de libertad en imputados inocentes*». *Revista Criminalidad*, 55 (3): 291-308.

Por lo general, tal y como se expresa en dicho estudio, implica un sufrimiento psicológico que se expresa en multitud de sentimientos negativos como: odio, rencor, violencia, agresividad, inquietud, indefensión, angustia, agobio, incertidumbre, irritabilidad, desesperación, deseos de venganza, sentimientos de pérdida, impotencia, agobio, tristeza, amargura, resentimiento, rabia, ansiedad, desconfianza, introversión, estado deprimido, soledad, miedo y desamparo, entre otros. También se habla de fobias, manías, depresiones, tics nerviosos, insomnio, tentaciones de suicidio, taquicardias, pérdida de concentración, de memoria, de control, etc.

El aislamiento produce monotonía estimular, que puede provocar serios trastornos, algunos de ellos de tipo alucinatorio. Además, se han identificado otros tipos de alteraciones psicológicas como: cambios en la expresión de emociones (desde la impulsividad habitual a la indiferencia emocional), alteraciones perceptivas, alteraciones del pensamiento, hipersugestionabilidad, etc.

Hay un descenso general del rendimiento cognitivo, descenso agudo de la atención, cálculo y memoria, mayor sufrimiento psicológico global, mayor cantidad e intensidad de la sintomatología, percepción distorsionada de sus capacidades para reintegrarse en el futuro, etc.

Evidentemente, existen diferencias entre los presos cuando es primer ingreso o cuando son reincidentes (mayor impacto en los primeros), al igual que los datos son más desfavorables para los internos del grupo de largas estancias que para el de estancias más cortas.

El interno, además de experimentar un proceso abrumador y humillante (especialmente cuando es consciente de su inocencia), se siente despojado de sí

mismo, con profundo sentimiento de soledad (afectiva) y un deterioro progresivo de los vínculos sociales y familiares.

Además de los efectos psicológicos, se han detectado problemas físicos. Por un lado, VALVERDE MOLINA²⁴¹ y MATXOA²⁴² apuntan a trastornos visuales, dándose una deformación de la percepción visual que puede afectar por ejemplo al cálculo de distancias; también se han constatado problemas de audición debido al ruido constante al que están sometidos los presos, así como de olor debido al desinfectante utilizado en el recinto, derivando en pobreza olfativa.

Asimismo, apuntan que los sujetos de la prisión no pueden realizar todas las actividades de ocio y deportivas que debieran, reduciéndose la funcionalidad del cuerpo, y desarrollando tensión muscular que provoca dolores de cabeza, cuello y espalda (esta tensión se ve acentuada por la constante ansiedad e inseguridad que padecen).

En consecuencia, proliferan las enfermedades, físicas y psicológicas, destacando tristemente el VIH debido a los escasos recursos de índole higiénica, falta de asistencia sanitaria adecuada y a la adicción a drogas que hay en la cárcel, que por cierto se utilizan por parte de los presos bien para evadirse, bien como moneda de cambio.

Debe soportar también las consecuencias que sufre su familia (vergüenza social, necesidades económicas por la ausencia, etc.) y el peligro de que el contacto disminuya con el paso del tiempo, puesto que los lazos afectivos pueden enfriarse o perderse (especialmente cuando las estancias son de larga duración).

²⁴¹ VALVERDE MOLINA, J. «*La cárcel y sus consecuencias La intervención sobre la conducta desadaptada*», Editorial Popular, Madrid, 1997.

²⁴² MATXOA, E. «*Efectos de la cárcel. Harrera Elkarte*», 1-15.

No obstante, si tuviéramos que definir la característica psicológica más destructiva que puede aparecer en internos, preferentemente en primeros grados o con estancias prolongadas en prisión, es la indefensión aprendida y, unida a ella, déficits motivacionales, cognitivos y emocionales.

Todo esto ha sido puesto de manifiesto en el estudio citado, así como por SÁNCHEZ y COLL.²⁴³

7. LA CONFORMIDAD DEL REO COMO FIN DEL PROBLEMA

Otro habitual problema que conlleva la prisión provisional es el de la conformidad. En muchas ocasiones, nos encontramos con que la prisión provisional se ha dilatado tanto en el tiempo hasta el día del juicio, que cuando este se celebra, el acusado opta por utilizar la estrategia de conformarse con la pena para él solicitada, evitando, de tal forma, exponerse nuevamente a una mayor condena que no puede prever y que le conduciría a continuar el cautiverio por varios años más que en el caso de «reconocer los hechos» y conformarse. Podríamos decir que, de manera indirecta se induce a la culpabilidad del acusado, como una mera estrategia para poder recuperar su libertad lo antes posible, todo ello sumado al hecho de soportar unos antecedentes penales que no le corresponden.

Respecto a esta conformidad, en Estados Unidos existe el término *doctrina Alford*²⁴⁴, (en inglés la fórmula es «*I'm guilty but I didn't do it*», es decir, «*soy culpable pero no lo hice*»). El acusado admite que existen indicios suficientes como para que se le declare culpable y acata una sentencia condenatoria que resulta

²⁴³ SÁNCHEZ ROIG, M., y COLL CÁMARA, A. «*Prison nursing and its training*», revista Española de Sanidad Penitenciaria (2016) 18, 110-118.

²⁴⁴ Se denomina así debido a la sentencia acaecida en el caso del Estado de Carolina del Norte contra Henry Alford, año 1970

menos perjudicial que la que podrían imponerle en caso de seguir defendiendo su inocencia. Con esa fórmula asume la condena, queriendo decir que aun así se declara inocente. En cambio, en ocasiones los acusados han utilizado esa fórmula aduciendo que aunque eran inocentes, por su estado de salud y/o económico no podrían soportar la duración y dureza de un futuro juicio, o incluso alegaron no querer que su familia pasase por la vergüenza y el escarnio público que un juicio de larga duración ocasionaría.

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la ciudad de Cartagena, con el mediático «*caso de cala cortina*», en el que seis policías fueron acusados de detención ilegal y homicidio imprudente. Ni la existencia de arraigo, ni sus cargos, ni el resto de circunstancias personales concurrentes al caso impidieron la entrada en prisión provisional de los mismos un 6 de octubre de 2014, celebrándose el juicio oral el 3 de Octubre de 2017.

Paralelamente, la fiscalía pedía para ellos, 2 años de prisión y 2 años de inhabilitación absoluta por el delito de detención ilegal; y 2 años de prisión y 2 años de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio profesional como miembros de cualquiera de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, incluyendo Cuerpos de Policía dependientes de la Corporaciones Locales, Policía Portuaria, y Servicio de Vigilancia Aduanera, o de cualquier oficio o cargo relacionado con la seguridad pública o privada, durante 2 años, además de las indemnizaciones pertinentes y el pago de las costas procesales, por el delito de homicidio por imprudencia profesional.

En cuanto a prisión se refiere, que es la más gravosa de las penas, sumaría un total de 4 años, de los cuales, ellos, a través del abono del tiempo de privación de libertad sufrido con carácter cautelar, ya tendrían cumplida más de una cuarta

parte de la condena, y, por tanto, tan solo les quedaría un año aproximadamente más de cautiverio para que les fuera concedido el tercer grado penitenciario y vivir en un régimen de semilibertad.

En caso de no conformarse, la pena máxima a la que se arriesgaban sería, de un máximo de seis años, en el caso de la detención ilegal; y cuatros años por el delito de homicidio por imprudencia profesional. Un total de diez años de prisión, de los cuales ya tendrían cumplidos tres. Creemos que no es necesario añadir nada más. Cualquier persona en su sano juicio admitiría a pies juntillas los hechos con tal de librarse de 7 años más de cautiverio, que si bien es cierto que quizás no fuese la condena que se les habría impuesto finalmente, existía la posibilidad de que así fuese.

Este hecho es un ejemplo que sirve para explicar nuestra posición respecto a la situación actual de la prisión provisional, ya que consideramos que se encuentra muy alejada de poder cumplir con los requerimientos básicos de un Estado garantista de derechos, y más aún si observamos esta escena que por todos es sabida además de permitida.

8. LA FALTA DE ESTADÍSTICAS ACERCA DE LOS PRESOS PREVENTIVOS

A partir de los siguientes datos, extraídos del Ministerio de Interior, se obtiene un enfoque cuantitativo sobre la prisión provisional y la situación penitenciaria en España durante los últimos años²⁴⁵.

²⁴⁵ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html>.

Tabla 3. Parte porcentual que representa los internos privados de libertad, de manera provisional, respecto de los privados de libertad, condenados con sentencia firme.

Año	Población total Reclusos	Presos Preventivos	Preventivos sobre total reclusos
1998	44.370	10.790	24,32%
1999	44.197	10.073	22,79%
2000	45.104	9.100	20,18%
2001	47.571	10.141	21,32%
2002	51.882	11.810	22,76%
2003	56.096	12.276	21,88%
2004	59.375	13.112	22,08%
2005	61.054	13.720	22,47%
2006	64.021	15.065	23,53%
2007	67.100	16.137	24,05%
2008	73.558	17.849	24,27%
2009	76.079	15.580	20,48%
2010	73.929	13.837	18,72%
2011	70.472	12.148	17,24%
2012	68.597	10.938	15,95%
2013	66.756	9.292	13,92%
2014	65.017	8.595	13,22%
2015	61.614	7.684	12,47%
2016	59.589	7.996	13,42%
2017	58.814	8.362	14,22%
2018	58.883	9.205	15,63%

En la tabla, que abarca del año 1998 al 2018, hemos diferenciado, en tres columnas adicionales. La población total de reclusos que hay en España, el número de presos preventivos y el porcentaje que estos últimos representan sobre el total de reclusos. Observamos cómo la población reclusa alcanza su mayor número en el año 2009, durante el gobierno socialista del Sr. José Luis Rodríguez Zapatero, siendo esta cifra de 76.079 reclusos, mientras que el máximo de presos preventivos lo hallamos en el año 2008, siendo dicha cifra de 17.849 preventivos, también durante el gobierno socialista del meritado Presidente del Gobierno. Ello viene a

representar que en el año 2008, un 24.27% de los reclusos estaban en prisión sin una sentencia condenatoria firme. Huelga señalar que el porcentaje de preventivos ha oscilado, en el periodo analizado en la referida tabla, entre el 12% y el 25%. Y aunque es cierto que a partir de 2009 se observa una tendencia bajista, al situarse por debajo del 20%, a mí juicio, no deja de suponer un significativo porcentaje que debería continuar bajando con el transcurso del tiempo.

A continuación, se aporta un gráfico con la misma información de la tabla anterior con el objetivo de conseguir una perspectiva más visual sobre la evolución de la situación. En dicho gráfico se puede observar el total de la población reclusa en color azul y el número de preventivos en color verde desde el año 1998 hasta el 2018²⁴⁶.

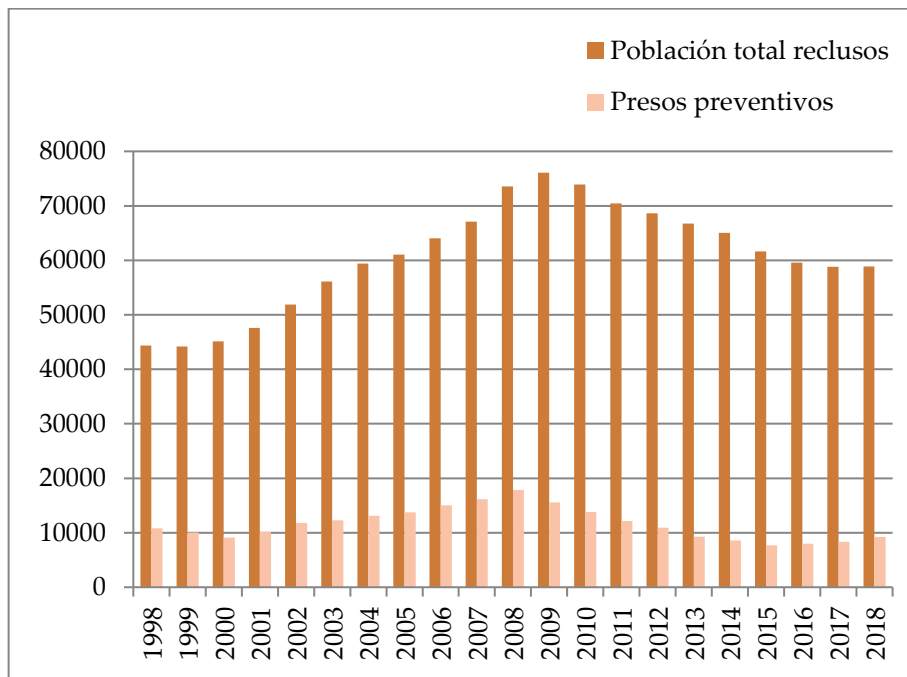


Gráfico 2. Evolución de la prisión provisional, tomando como dato el total de la población reclusa en comparación con los internos preventivos (desde 1998 a 2018)

²⁴⁶ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html>.

Sobre este período se pueden distinguir cuatro etapas bien diferenciadas:

La primera, comprendida entre los años 1998-2000, en la que se observa como a pesar de aumentar el número de población reclusa, los presos preventivos disminuyen de forma progresiva.

La segunda etapa, la cual engloba el período 2001-2008, en la que se aprecia un cambio de tendencia, pues si bien el número de reclusos sigue aumentando a pasos acelerados, los preventivos también aumentan paulatinamente.

Entre los años 2009-2015 se observa un cambio drástico, disminuyendo tanto la población reclusa como los presos preventivos. Este cambio puede deberse, entre otros factores, a la reducción de la tasa de criminalidad en estos años.

Por último, en los años 2016-2018, observamos que aunque sigue descendiendo el número de reclusos, los presos preventivos empiezan a aumentar en este período, llegando a representar el 15% de la población reclusa.

Concluimos, que no existe ningún tipo de correlación entre ambas variables, pues siguen pautas distintas en su evolución. Sin embargo, esta tendencia de los últimos tres años, en la cual la población reclusa se reduce mientras que los internos en situación de prisión preventiva se amplía, es a nuestro juicio muy preocupante y me lleva a entender que se está realizando un uso abusivo de esta medida cautelar de carácter excepcionalísima.

Somos conscientes que estamos por debajo de la media europea en cuanto al uso de la prisión provisional, hasta el punto de que en el ejercicio 2019, el porcentaje de preventivos sobre el total de reclusos en España era del 15,72% frente al 21,4%

que fue la media la Unión Europea en el año 2016²⁴⁷. No obstante, no podemos olvidar que esta medida no deja de ser un atentado contra la libertad deambulatoria de la persona al regir en todo momento el principio de inocencia (que no el de culpabilidad) y por consiguiente deben extremarse las precauciones.

El análisis de la prisión provisional debe plantearse necesariamente desde una perspectiva interdisciplinar, ya que «*la delincuencia plantea problemas no solo a todas las ciencias penales sino a otras diversas*»²⁴⁸.

Consideramos en este punto reseñar en mayúsculas que he procedido a realizar una búsqueda exhaustiva de información a fin de obtener conclusiones lo más fidedignas posibles, pero resulta que en relación con la existencia de estadística e investigaciones sobre prisión provisional en España no hay nada o casi nada, siendo alarmante la escasez de estadísticas oficiales respecto a ciertas cuestiones muy relevantes. Si bien es cierto que hay varios organismos oficiales como el Instituto Nacional de Estadística y la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que publican información sobre la prisión en España, ésta información se limita al número de reclusos y personas en situación de prisión preventiva, siendo estos datos tan sucintos que son, en rigor, insuficientes para obtener conclusiones de cara a este trabajo y sobre todo y lo más relevante de cara a una política criminal adecuada y acertada, alejada de presiones mediáticas, de intereses partidistas y de la alarma sobrevenida en momentos críticos de una sociedad.

Sostenemos, sin temor a equivocarnos, que resulta del todo imposible encontrar datos sobre la duración de la prisión provisional o el número de presos

²⁴⁷ <https://www.20minutos.es/noticia/3557284/0/espana-menos-tasa-prision-preventiva-europa/>

²⁴⁸ BARRITA LÓPEZ, F. A. «*Prisión preventiva y ciencias penales*. Editorial Porrúa, S.A. (1999).

preventivos que no llegan a cumplir una pena privativa de libertad por diferentes motivos como pueden ser, por ejemplo, que la causa se archive en la fase de instrucción, que sean absueltos debido a que no se ha podido desvirtuar la presunción de inocencia o porque tras sentencia firme condenatoria se les suspenda la pena y no vuelven a ingresar en prisión.

La omisión de este tipo de información por parte de los Poder Públicos es a nuestro juicio dolosa o cuando poco imprudente, pero en ningún caso obedece a un mero error registral o estadístico. Es, repito, muy preocupante no contar con estos datos, pues es necesaria para llevar a cabo un correcto análisis y juicio de valor sobre tal situación.

Pese a ello, tras una profunda investigación, he encontrado algunos datos que nos indican el número de causas con preso en situación provisional que se inician cada año en nuestro país, el número de expedientes de responsabilidad patrimonial iniciados por prisión preventiva y el número de estos expedientes que terminan con una resolución estimatoria, sobre la cual hablaremos en capítulo de propuestas de mejora.

9. PERJUICIO ECONÓMICO, PATRIMONIAL Y LABORAL PARA EL INVESTIGADO

Derivado del cautiverio al que es sometida la persona en prisión provisional, hemos de comentar también los perjuicios económicos, patrimoniales y laborales que de ello se derivan para la persona. No sólo el hecho de no obtener indemnización por el tiempo que la persona en cuestión ha estado en prisión provisional constituye un perjuicio en sí mismo y a todos los niveles, sino que además existe un perjuicio económico-patrimonial que conlleva una pérdida, tanto activa, ya que no puede trabajar y producir con total libertad; como pasiva, ya que tampoco puede hacer una adecuada gestión de su patrimonio personal.

Otra de las consecuencias que conlleva el cautiverio es el perjuicio laboral, y es que el preso preventivo no posee un status legal que regule sus derechos y obligaciones durante el cautiverio. En consecuencia, lo previsto en el apartado 2 del artículo 25 CE no es de aplicación para el mismo, involucrando dicho perjuicio, no solo al investigado, sino también a todas las personas que de él dependan.

Por otra parte, como motivo para justificar el riesgo de fuga, se ha utilizado el hecho de que el acusado sea rico o tenga ingresos más que bastantes. Este supuesto no solo pone de manifiesto la necesidad de que el riesgo de fuga no pueda ser acordado por cualquier circunstancia traída al caso, lo cual es un auténtico disparate, ya que ni siquiera está contemplado por la Ley, sino que además supone un perjuicio económico y patrimonial para la persona, la cual se verá privada de libertad no solo física sino también de libertad para gestionar su patrimonio, en cual se verá indudablemente afectado.

Un ejemplo de ello, es el Auto nº 268/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de abril, Sección 5ª, dictado en el Rollo de Apelación nº 238/2019, donde se tiene en cuenta para no decretar la prisión provisional los bajos ingresos del acusado (FJ 2): *En el supuesto concreto de autos, aun tratándose de hechos graves, el riesgo de fuga, en función de la admonición que supone la horquilla penológica prevista en el artículo 368 del Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) (1 a 3 años de prisión) es reducido; no parece que el investigado disponga de una capacidad económica, ni de una infraestructura que le permita "huir" en sentido estricto, abandonando el único entorno con el que cuenta, desconociéndose si mantiene vínculos con su país de origen o con el extranjero que pudieran facilitarle la huida, por lo cual no se advierte un peligro serio y real de que aquél intente sustraerse al proceso con evidencia tal que justifique el mantenimiento de su situación de privación de libertad; todo lo anterior, sin obviar*

su condición de primario, atendiendo al resultado negativo tras la consulta efectuada al Registro Central de Penados y Rebeldes.

En último lugar, mencionar que también suena alarmante que se utilice como motivo para justificar el riesgo de fuga, el que el acusado tenga o no tenga arraigo suficiente, o que no disponga de la nacionalidad española. Sobre ello podemos encontrar resoluciones en las que este mismo baremo es utilizado, tanto como causa para decretar la prisión provisional, o su ausencia como un indicio de riesgo de fuga para volver a adoptarla.

Ejemplo de ello es el Auto nº 446/2019 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, de 11 de marzo, en el Rollo de Apelación 501/2019 FJ 1: *Además, ha de señalarse que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales ha solicitado las penas de un año de prisión por el delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar por el que acusa al recurrente y una pena de tres años por el delito de lesiones por el delito de lesiones por el que también persigue a aquél, y la acusación particular propugna las penas de un año y seis meses y cuatro años y seis meses de prisión respectivamente por los indicados ilícitos, habiéndose ya procedido al dictado del auto de apertura de juicio oral, lo que pone de manifiesto la posibilidad de un riesgo de fuga por el temor que puede causar en el apelante la posible imposición de las penas indicadas, máxime cuando se trata de un ciudadano extranjero, súbdito de Bolivia y respecto del cual consta la iniciación del procedimiento sancionador para su expulsión de nuestro país.*

También el auto nº 534/2010, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 7ª, de 9 de junio, en el Rollo de Apelación nº 345/2010, cuando en su FJ 1º establece: *A continuación alega la parte apelante que han de ponderarse los intereses en juego dado el carácter excepcional de la prisión provisional y sostiene que no se ha tenido en cuenta para adoptar la misma más que la gravedad del delito*

y de la pena cuando con arreglo a la doctrina constitucional el transcurso del tiempo hace que deban ponderarse no solo esos datos objetivos sino también las circunstancias personales del imputado. Pues bien, siendo cierta la doctrina que recoge del TC no puede olvidarse que la ahora recurrente lleva privada de libertad poco más de tres meses, y que el delito que se le imputa, previsto en el art. 368 del C. Penal, tiene prevista una pena de hasta nueve años de prisión, por lo que no puede considerarse que el tiempo que ya lleva en esa situación haya hecho disminuir el riesgo de fuga, más si se tiene en cuenta que no consta arraigo laboral de la misma y que dada su condición de natural de Santo Domingo podría mantener vínculos con su país de origen que le facilitarían tratar de eludir su posible responsabilidad por los hechos que se están investigando.

El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 20ª, de 16 de noviembre, dictado en el Rollo de Apelación nº 1172/09 cuyo FJ 2 establece: *En el momento incipiente de la investigación en que la medida fue adoptada, consideramos que las finalidades perseguidas con la prisión provisional fueron plenamente razonables puesto que, ante las penas a las que el imputado pudiera enfrentarse, no es desdeñable el riesgo de fuga atendiendo a su origen extranjero que podría facilitarle los medios para huir del territorio español; además, atendiendo a los indicios de la conducta desplegada por el apelante contra su pareja, se desprende la seria posibilidad de que actuara nuevamente contra intereses de Yolanda y que reincidiera en actuaciones similares, por lo que entendemos que, resultando imprescindible proteger a aquella, la única medida que brinda garantías para ello es la situación de prisión provisional del imputado.*

Otro ejemplo es el auto nº 102/2020, dictado por la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3ª, de 9 de marzo, en el Rollo de Apelación nº 92/2020 cuyo JF 3 establece: *En cuanto a la naturaleza del hecho, estamos ante un delito con gran trascendencia social y gravedad, al afectar tanto a la integridad personal de una*

persona, como al emplearse armas de gran potencialidad lesiva. La gravedad de la pena es evidente, pues como indicábamos la pena a imponer podría llegar a los cinco años por cada delito, habiendo presentado el Ministerio Fiscal escrito de acusación en el que interesa le sea impuesta la pena máxima de diez años de prisión. Por último, y en cuanto a la situación del detenido, a pesar de las alegaciones del recurrente sobre su arraigo, lo cierto es que ante la gravedad de los hechos y de las eventuales penas que puedan imponérsele, unido a la fase procesal en la que nos encontramos con escrito de acusación ya presentado, y por ende ante un próximo juicio oral, determina un riesgo de fuga en abstracto, que en este caso particular, se hace explícito, pues nos encontramos ante quien por su condición de extranjero ha de presumírsele su facilidad para volver a su país o cambiar de domiciliación, y ante la pena que pudiera llegar a recaer, no existe razón para que permanezca en nuestro país a la espera de cumplir la pena que le fuera impuesta caso de acordar su libertad.

En último lugar, mencionamos el auto n° 188/2004 del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 26 de mayo, dictado en el Recurso de Amparo n° 2634/2000 cuyo FJ 3 establece: *Y, en segundo término, como ponen de manifiesto las dos resoluciones recurridas, la condición de extranjero del actor y el hecho de que, como la propia demanda reconoce, el mismo no tenía su residencia habitual en el inmueble registrado han permitido la mención expresa en los mismos de uno de los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordar esta medida cautelar como es la del riesgo de fuga que podría conllevar en este caso la puesta en libertad del recurrente.*

Todos estos, son ejemplos donde es fácilmente palpable cómo se juega con un criterio volátil para decretar el cautiverio del investigado, dándose posibilidad a que, tener una determinada economía, trabajo o ingresos, pueda ser considerado como un punto positivo o negativo, según interese, y generando, por tanto

inseguridad jurídica, y consecuentemente indefensión para la persona investigada, ya que no existen unos criterios sólidos.

El hecho de que puedan existir criterios volátiles, o más bien, conceptos jurídicos indeterminados, ofrece diversas problemáticas, pero quizás una de las más significativas sea, como ya anticipábamos, la progresiva pérdida de garantías y derechos fundamentales ante la incertidumbre jurídica que conllevan los puntos anteriormente mencionados. Una de las consecuencias más espeluznantes que, consideramos, esto implica, es la vuelta al derecho penal del enemigo.

10. LA PROGRESIVA REGRESIÓN DE LAS GARANTÍAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN NUESTRO DERECHO PENAL: LA VUELTA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y AUTOR.

A lo largo de este apartado, trataremos de hacer una mirada globalista del derecho penal del enemigo, para luego proceder a las críticas, ya que lo cierto es que no han faltado a lo largo de la historia construcciones teóricas que han dado y dan legitimación y fundamento a este tipo de normas.

Quizás la más representativa tiene su origen de la mano del teórico del derecho alemán, el nazi Carl Schmitt, quien distinguió entre «amigo y enemigo» (*Freund und Feind*)²⁴⁹ creando las bases para distinguir, en el ámbito del derecho, entre el derecho para el ciudadano normal, y un derecho mucho más duro y excluyente que había que aplicar a los enemigos. Esta teoría culmina la concepción biopolítica de la Antigua Grecia, que distinguía entre ciudadanos y esclavos, así como la de la Roma clásica donde había «cives y latinos».

²⁴⁹ SCHMITT, C. «*El concepto de lo político*». Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 56.

Posteriormente, fue JAKOBS quien creó en 1985 la expresión «Derecho Penal del enemigo»²⁵⁰, para identificar con esa rúbrica un conjunto de normas que, al «correr» la frontera de la criminalización a estadios previos a la afectación del bien jurídico, saltaban las barreras de lo que debía ser un Derecho Penal respetuoso de las garantías ciudadanas. Comentaba el autor, que cuando a un individuo se lo criminaliza por este tipo de conductas, no se le estaba tratando como un ciudadano, sino como un enemigo, pero, ¿qué ha de ser entendido por enemigo?²⁵¹

A vuela pluma y con todo el debate jurídico alrededor de este término, nos atrevemos a señalarlo como todo aquel individuo que no se comporta como ciudadano dispuesto a respetar y seguir las normas que el Estado marca y espera de sus ciudadanos. Alguien que no es confiable, porque con su conducta ha demostrado que es muy probable que hacia el futuro no se comporte como persona y, por tanto, no es posible reconocerla como tal. Pero si eso es así, si por enemigo se entiende al enemigo que no es confiable y que de antemano se sabe que se conducirá de acuerdo con la norma, ¿qué sentido tiene entonces la norma? No se le aplicaría el Derecho Penal del ciudadano sino uno especial, distinto; el del enemigo.

Vemos, por tanto, la dificultad de establecer ciertamente quién es y quién no es enemigo con anterioridad al Derecho penal, y los riesgos que ello conlleva para un Estado Social Democrático y de Derecho como es España. Esta distinción, pone de manifiesto la necesidad de que la ciencia del Derecho Penal se ocupe de estudiarla, sin descalificarla o asumiendo posturas retóricas, ya que la cuestión requiere de cautela y profundización para asumir una posición al respecto de la

²⁵⁰ Utilizó el término durante una ponencia pronunciada en el congreso celebrado en Frankfurt en el año 1985, ponencia que fue presentada bajo el siguiente título «*Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico*».

²⁵¹ MUÑOZ CONDE, F. «¿Es el Derecho Penal internacional un «Derecho Penal del Enemigo»?». *Revista Penal*, nº 21, (2008).

misma, ya que con ella se ponen en jaque lo que hasta ahora debían ser las bases de un Estado Democrático.

Una mirada panorámica por los autores que se han ocupado del tema, permite concluir que, si por Derecho Penal del Enemigo se entiende el uso abusivo e hipertrófico del Derecho Penal como instancia de solución de conflictos, mediante la inflación punitiva, el recorte de garantías y el incremento desmedido de las penas, habría que decir que el Derecho penal del Enemigo no es algo nuevo, y que por el contrario, se trata de una vieja práctica contra la cual ha luchado el Derecho Penal Liberal desde sus inicios²⁵².

En la actualidad podemos observar cómo su uso se acentúa más en unas sociedades que en otras, atendiendo a las «necesidades de pacificación» que tenga cada una de ellas. Todo esto implica una negación de lo que debe ser el Derecho Penal de un Estado Democrático de Derecho. En añadidura, si el Derecho Penal del Enemigo surge de un déficit de pacificación, esto implica aceptar tácitamente que entre el Estado que promulga la legislación y su destinatario, existe una confrontación o guerra²⁵³.

Antes de continuar avanzando nos gustaría hacer una mención y crítica al origen de las «necesidades de pacificación» existentes en unas sociedades o en otras y la decisiva influencia que en las mismas tiene la publicidad del enemigo a través de los medios de comunicación²⁵⁴. Para que unas determinadas personas sean consideradas «grupos de riesgo» y, por tanto, enemigos, es necesario que el hecho

²⁵² ZAMBRANO PASQUEL, A. «*Derecho penal del enemigo y la impronta del terrorismo*». Editorial Adier. (2006).

²⁵³ HABERMAS, J. «*Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*». Trotta. (1998).

²⁵⁴ “El derecho penal del enemigo y los medios de comunicación”. Enlace: <https://revistaenletra.files.wordpress.com/2020/08/el-10-garaventa.pdf> CITA BIEN

en cuestión sea así contado y difundido. Los medios de comunicación se ocupan a gran escala de expandir la información oportuna para causar dicho efecto, fomentando la creencia de la necesidad de una seguridad basada en la peligrosidad, y que posee consecuencias nefastas para quien es objeto de tales noticias, vulnerándose su derecho al honor y suponiendo no sólo un proceso criminalizador, sino también una pena anticipada²⁵⁵. Así pues, podemos decir que enemigo es aquel a quien los medios de comunicación publicitan reiteradamente como tal, viéndose abocado a asumir esa realidad.

En cuanto a las características específicas del «Derecho Penal del enemigo», hay que señalar tres elementos definitorios sobre los que establecer comparaciones²⁵⁶:

En primer lugar, éste se concreta por un amplio adelantamiento de la punibilidad (que alcanza a los actos preparatorios, previos a la lesión del bien jurídico; el hecho futuro, en lugar del habitual punto de referencia en el hecho).

En segundo lugar, las penas previstas son «desproporcionadamente» elevadas (penas utilizadas como medida de contención sin proporción con la lesión realmente inferida). Un ejemplo de ello es el arresto preventivo domiciliario o la prohibición de residir o entrar en determinados lugares.

En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. A estas tres características, sus críticos le añaden una cuarta, a partir de dos precisiones; la primera es que no se dirigen operaciones de combate contra

²⁵⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. «Información y criminalización». En «Justicia/Conflicto». Tecnos, Madrid, 1988, págs. 277 y ss.

²⁵⁶ GROSSO GARCÍA, M. S. «Una aproximación crítica al concepto derecho penal del enemigo». *Revista iusta*. (2007).

un enemigo reconocible, sino que se desarrolla una contienda contra malhechores archimalvados, bajo el influjo de las imágenes de los «enemigos de la sociedad». El objetivo sería lograr el reconocimiento (o legitimación) del agente represor²⁵⁷ mediante la atribución de perversidad del otro, mediante la «demonización». Es decir, junto con el punitivismo, es también un Derecho penal simbólico. En segundo lugar, esta propiedad simbólica abre otro rasgo fundamental: si «el hecho» no es lo que está en la base de la tipificación penal, sino que se añaden otros elementos para caracterizar el autor como perteneciente a la categoría de los enemigos, entonces es un Derecho penal de autor y se invierte la carga de la prueba²⁵⁸.

En la tradición jurídica moderna de España, normalmente se ha optado por utilizar el derecho penal de acto, castigándose por los actos, es decir, por conductas tipificadas en el Código Penal que provocan un quebrando en el orden jurídico, así como en el social. De acuerdo a esta corriente doctrinal, no se tienen en cuenta la trayectoria del delincuente, o los peligros que en el futuro pueda provocar.

Sin embargo, la realidad jurídica en España en los últimos años está permutando por la presión ejercida por determinados sectores sociales, y esta idea original del derecho penal de acto o, de hecho, está viéndose en peligro ante el rescate de corrientes doctrinales e ideológicas que se centran más en las

²⁵⁷ «En la democracia los responsables policiales, además de tratar de conseguir los objetivos fijados en los planes de seguridad que se le encomiendan, persiguen transmitir a la ciudadanía una imagen de eficiencia que sea recibida por ésta en condiciones adecuadas». JAR COUSELO, G. «El papel de la policía en una sociedad democrática», Revista Española de Investigaciones Sociológicas (1999), pág. 216.

²⁵⁸ «Las políticas de «seguridad» diseñadas no hacen sino reproducir los estereotipos fundados en prejuicios y aumentar el modelo basado en la discriminación y el autoritarismo. Las nuevas situaciones de conflicto social pretenden enfrentarse recurriendo a las tradicionales medidas represivas del aparato de control penal, lo que hará que los sueños de seguridad devengan pesadillas». GANON, G. «Reforma de la Policía, ¿cambio organizacional o estructural?», en Seguridad urbana, nuevos problemas, nuevas perspectivas. Pensar alternativas teóricas y políticas sobre la cuestión criminal, Santa Fe: Universidad del Litoral.

características personales del sujeto, y de su potencial peligrosidad, que de los actos llevados a cabo en sí mismos: el derecho penal de autor y de similar modo el del enemigo que venimos comentando, en el cual la personalidad y la asocialidad del criminal, así como su grado, serán los que decidan la proporción de la pena e incluso el tipo delictivo a castigar. El mero hecho de ser el autor, y no el hecho cometido, es lo que provoca el castigo legal²⁵⁹.

Pese a que, el derecho penal del enemigo parecía enterrado, en la actualidad está resurgiendo a través de diferentes propuestas, cabe citar, la *Enmienda Ashcroft* en la tramitación de la *Patriot Act* en los Estados de Unidos de América, por la que se solicitó la privación de la nacionalidad estadounidense a los ciudadanos americanos vinculados en los atentados del 11 de septiembre o el trato inhumano dado a los «enemigos combatientes» en la base americana de Guantánamo en Cuba. Este ejemplo, junto con las violaciones masivas de Derechos Humanos en Venezuela bajo el gobierno de Nicolas Maduro, evidencian la presencia actual del derecho penal del enemigo en la actualidad.

En relación con esta idea y conectándola con la adopción de la prisión provisional en estos casos, la realidad actual nos hace pensar que se usa la prisión provisional fundamentalmente como medida para proteger a la víctima, sin que sea ese su único fin, pero siendo así en estas situaciones. Para DELGADO MARTÍN²⁶⁰ «*es imprescindible modificar los presupuestos sobre los que se construye la prisión provisional: la necesidad de protección de la víctima aparece no sólo como un fin constitucionalmente legítimo, sino como una medida que se impone al ordenamiento penal y que debe ser asumida por el legislador*».

²⁵⁹ ROXÍN, C., «*Derecho Penal. Parte general*», (2007).

²⁶⁰ DELGADO MARTÍN, J. «*La posición de la víctima ante la prisión provisional*», en *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepin, Madrid (2004).

Tal y como venimos defendiendo anteriormente sobre la situación de la prisión provisional en España, se siguen unos criterios que no otorgan la seguridad jurídica necesaria, ni el derecho a un proceso justo con todas las garantías, que se espera de un ordenamiento jurídico garantista, tal y como hemos venido exponiendo a lo largo de esta tesis. Los requisitos establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 503-504 y demás concordantes) se antojan insuficientes y oscuros, al depender de conceptos jurídicos indeterminados, teniendo que ser completados por la jurisprudencia y provocando que su aplicación no sea objetiva ni uniforme entre los distintos juzgados de instrucción del territorio español, de forma que se produce una sensación de duda e inseguridad en los justiciables y en las acusaciones y en los defensores de los mismos. Y creemos firmemente que la prisión provisional se torna cada vez más como un derecho penal del enemigo si tenemos en cuenta cada uno de los apartados que hemos desarrollado con anterioridad en este capítulo. Cuando un presunto culpable tiene dificultades para defenderse con igualdad de derechos a la parte actora; cuando se le impone la medida más gravosa existente previo juicio, la prisión; cuando la existencia o falta de arraigo se convierte en determinante para decretar el cautiverio, o simplemente la cantidad de riqueza que la persona posea, sin atender al resto de circunstancias personales como marca la jurisprudencia, y sí a otras que no vienen recogidas en norma alguna. De ahí la importancia de establecer límites a su uso, y unos requisitos ciertos y claros²⁶¹.

Todo lo anterior, conlleva la criminalización de conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho Penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito, y promoviéndose una peligrosa estrategia de poder,

²⁶¹ PORTILLA CONTRERAS, G. «El Derecho Penal y Procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-internos, en *Dogmática y Ley Penal*». Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. (2004).

encaminada a imponer una determinada ideología, utilizando el Derecho Penal como instrumento de configuración social, haciendo del mismo justamente lo que no debería ser.

Como investigador, añadiré mi aporte original y novedoso a la ciencia jurídica en el capítulo relativo a las propuestas de mejora.

11. LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LA REALIDAD SOBRE EL ESTADO POLICIAL

No cabe duda del papel principal que ocupa la seguridad en el panorama socio-político actual. No obstante, ¿qué ha de entenderse por seguridad?

Cuando el poder pertenecía de manera absoluta y autoritaria a la monarquía, la seguridad era entendida como la corrección de cualquier discrepancia social o política.

Con la burguesía liberal sobrevinieron de la revolución francesa, la seguridad surgía entonces para imponer límites al poder absolutista del monarca y al ejercicio discrecional del poder público, ya que todo tendía a configurarse y operar al servicio de los intereses del poder establecido. Esta acepción jurídica de seguridad, fue delimitada jurídicamente en el artículo 2 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, disponiendo que *«la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión»*.

Con dicha declaración, el individuo, que siempre había sido víctima del sistema, ya por haberse visto sometido al poder del Estado, ya por el

desconocimiento de sus derechos, comienza a encontrarse satisfecho y seguro frente a la violencia, lo cual le otorga legitimidad al orden.

Ya en plena revolución francesa, aunque antes de Napoleón Bonaparte, el *abate*²⁶² SIEYÈS definía la seguridad como la confianza en no ser molestado por nadie²⁶³. Las molestias más peligrosas quedaban claro que serían las realizadas por los oficiales del poder público, pero también sería necesario este poder “ordinario” para reprimir a los ciudadanos malintencionados, no hablándose entonces de seguridad, sino de orden interior. Sumados a estos últimos, yacen conflictos entre ricos y pobres, así como los reclamos de otros grupos sociales con intereses distintos a la burguesía, dieron lugar a la restricción de las libertades individuales en beneficio de una supuesta e ideal estabilidad social que nos transporta al antiguo régimen, reinando la discrecionalidad y excluyendo al principio de legalidad, así como dudando del individuo como integrante de una colectividad²⁶⁴.

Todo ello, de manera sobrevenida, consagra e interioriza en la sociedad, un concepto de seguridad ligada al poder del Estado, y no a la defensa de los derechos, libertades y demás garantías proclamadas.

En la actualidad, España se constituye en un Estado Social, Democrático y de Derecho, tal como establece la Constitución de 1978 en su artículo primero²⁶⁵. Por

²⁶² <https://dle.rae.es/abate>: El *abate* es un presbítero extranjero, especialmente francés o italiano, y también eclesiástico español que ha residido mucho tiempo en Francia o Italia.

²⁶³ ENGELBERT OELSNER, K. «*Un relato de la vida de Sieyès. Miembro de la primera Asamblea Nacional, y de la Convención*». Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional de Perú. 2021.

²⁶⁴ CLÉMENT MARTIN, J. «*La revolución francesa. Una nueva historia*». Editorial Crítica (2013).

²⁶⁵ Artículo 1 CE: «*1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*

otra parte, el artículo 104 de la misma dispone que *«las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana»*.

Se define por tanto nuestra Constitución, como un Estado liberal y garantista que protege los derechos y libertades de los ciudadanos, pero que a su vez, garantiza la seguridad ciudadana. No obstante, existen diversas objeciones que a nuestro entender hay que tener presentes.

Si tenemos en cuenta los referentes históricos que mencionamos al inicio de este apartado, nos encontramos con un precepto constitucional que fácilmente puede dar lugar a confusión, así como a la discrecionalidad de la que venimos hablando, ya que, lo que por un lado «se te da», por otro «se te quita», siempre en el sacrosanto nombre de la seguridad ciudadana.

A ello podemos añadir la palpable falta de límites claros entre los diferentes poderes del estado, ya que las fuerzas y cuerpos de seguridad, que deberían estar bajo las órdenes del poder judicial para poder desempeñar un impecable ejercicio de sus funciones, se encuentran bajo de la dependencia del ejecutivo. Debemos tener en cuenta que en los últimos tiempos se ha hablado de la posibilidad de fusionar el Ministerio de Interior y el de Justicia incluso, siendo uno el garante de la seguridad y el otro de las libertades, por lo que quizás sería más conveniente establecer de forma clara los niveles de relación entre uno y otro, y así también entre policías y jueces²⁶⁶. En relación a ello consideramos relevante mencionar el artículo 16 de la declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, el cual

2. *La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.*

3. *La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria»*.

²⁶⁶ JAR COUSELO, G. «*El papel de la policía en una sociedad democrática*», Revista Española de Investigaciones Sociológicas (1999).

reza que «*toda sociedad en la cual la garantía de estos Derechos no está asegurada y la separación de poderes determinada, no tiene una constitución*». Y sin constitución no hay democracia.

Por tanto, ¿es España realmente un estado social o un estado policial? Lo cierto y verdad es que de la contradicción que antes comentaba, puede inferirse una estrecha vinculación entre seguridad y peligrosidad (entre ciudadanos, obviamente) que da lugar a la justificación del uso de la fuerza, y así como a la ampliación de funciones de la policía, en pos de la protección de la ciudadanía. Todo ello, ha empujado a que esa vinculación seguridad-peligrosidad se instaure y naturalice en la sociedad española, asumiéndose, por tanto, la existencia de un ámbito de violencia que necesita ser erradicado, y para ello, cabe por supuesto la discrecionalidad y la delegación constante de potestades a órganos que se encuentran fuera del poder judicial.

Lo que parece no tenerse en cuenta, es que a mayor necesidad de protección y seguridad debido a esa «*peligrosidad*» (el miedo se convierte en una constante incentivada de continuo, especialmente por los medios de comunicación), mayor represión en nuestros derechos y libertades fundamentales. Así, el «novedoso» problema de la inseguridad ciudadana, es abordado desde la imagen de un estado protector y garantista de derechos, pero que cada vez es menos un estado de bienestar²⁶⁷.

La creciente conflictividad social es manejada con estos discursos emocionales y simplistas apoyados por los medios de comunicación, que absolutizan la seguridad urbana con nociones de ansiedad y peligrosidad, que dan

²⁶⁷ ZAFFARONI, E. defendía esta idea, considerando que se produce un traslado de poder de las agencias militares a las policiales, junto con ALAGIA A., y SLOKAR A. en «*Derecho penal. Parte general*», Editorial Ediar, Buenos Aires (2011).

lugar a un nuevo desorden urbano, en el que determinadas personas son encasilladas como «*grupos de riesgo*», convirtiéndose, con una intervención mínima aparente del Estado, en personas señaladas por el sistema, en enemigos del sistema.

Estas políticas de «seguridad» no hacen sino reproducir los estereotipos fundados en prejuicios, promoviendo, en pos de «garantizar» nuestros derechos, un modelo basado en la discriminación y el autoritarismo²⁶⁸ que cada vez nos constriñe y nos separa más y más a los ciudadanos.

Ejemplo claro y totalmente pertinente de todo lo anterior es el relativo a la prisión provisional, en la cual, como venimos desarrollando a lo largo de este estudio, se quiebran en cascada numerosos derechos fundamentales que pasamos a enumerar resumidamente:

- Artículo 17 apartado 1: El primer derecho que se ve conculcado es el derecho a la libertad, debido a la no adopción de medidas menos gravosas a la prisión provisional. Como ya he dicho en reiteradas ocasiones, la excepción se normaliza y se acaba convirtiendo en la regla, aceptada y naturalizada por todos.
- Artículo 17 apartado 3: Como bien es sabido, no se garantiza al detenido la asistencia letrada en todas las diligencias policiales y judiciales, teniendo especialmente en cuenta el derecho del detenido a la presencia letrada en las entradas y registros como garantía del derecho a la libertad.

²⁶⁸ WACQUANT, L. «*Las cárceles de la miseria*», Editorial Manantial, Buenos Aires (2000).

- Artículo 18: El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, quedando totalmente vulnerado en aquellos procesos más mediáticos, tal como comentaba en el apartado relativo a la pena de banquillo y estigmatización social.
- Artículo 24: En su apartado primero, se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. A nuestro entender, la tutela queda quebrada desde el momento en que un auto con falta de motivación manda a una persona a prisión sin haber examinado previamente sus circunstancias personales, o no se garantiza al detenido asistencia letrada en todas las diligencias, o se vulnera su derecho al honor y a la intimidad, y esto último conecta con el principio de presunción de inocencia, recogido en el apartado 2 de este mismo artículo. Como se puede observar la presunción de inocencia es inexistente e imposible si la seguridad se propone como miedo y peligrosidad, por tanto, lo que rige realmente es un principio claro de culpabilidad del detenido.
- Artículo 10.1: A nuestro entender, la dignidad de la persona también queda violada a través de la vulneración de todos los anteriores. Desde el mismo instante en que un presunto culpable se le trata como juzgado privándole de su libertad y aireándose los hechos en cuestión a través de los medios de comunicación, su dignidad ya está rasgada por el simple hecho de los efectos estigmatizante que ya he comentado, posee el cautiverio.

A todo lo anterior, hemos de añadir la inexistencia de una auténtica policía judicial independiente del ejecutivo y del legislativo que sea garante del derecho

público, ya que la que tenemos está bajo la dependencia del Gobierno, tal como reza el artículo 104 CE.

Como se puede observar, la realidad sobre el avance del estado policial parece imparable, más aún con todos los acontecimientos vividos con la COVID-19, que han acelerado exponencialmente los niveles de control a los que ya se encontraba sometida la sociedad española²⁶⁹. Tanto es así, que ha dado lugar a la formulación de un nuevo concepto, el «*estado policial digital*», acuñado por el filósofo y profesor de la universidad de Berlín BYUNG-CHUN HAN, en su ensayo «*La emergencia viral y el mundo de mañana*».

HAN comenta en el mismo cómo en Asia las epidemias no las combaten los virólogos y epidemiólogos, sino, sobre todo, los informáticos y los especialistas en macrodatos, ya que se hace una fuerte apuesta por la vigilancia digital²⁷⁰.

Tanto es así, que en China sus habitantes apenas tienen (por no decir que es inexistente) esfera privada y derechos individuales. Los mismos han sido relegados a un superior bien común que les ocasiona consecuencias como estar localizados 24 horas al día, ya sea en interior como en exterior, y en este último son grabados por cámaras que son capaces de identificarles con todo lujo de detalles, llegando incluso a poder tomarles la temperatura corporal, y enviándoles un mensaje al teléfono móvil si esta es elevada para que vayan a autoconfinarse automáticamente a casa. Todo ello sin mencionar la existencia de un carnet de buen ciudadano del que cada habitante chino es titular y en el cual se acumulan o descuentan puntos a

²⁶⁹ GARCÉS, M., doctora en Filosofía y profesora de la Universitat Oberta de Catalunya, ha expresado esta idea de control y reforzamiento de populismos en la entrevista que concedió en abril de 2020 a El Diario de la Educación: <https://eldiariodelaeducacion.com/2020/04/02/el-control-social-sera-uno-de-los-grandes-ganadores-de-la-pandemia/>.

²⁷⁰ <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>

través de conductas tan absurdas y cotidianas como puede ser cruzar un semáforo en rojo cuando has comprobado que ningún vehículo circula o se acerca por la vía. Todo lo que pueda no ser seguro, es penalizado. Todo lo que pueda ser peligroso, es penalizado. Y con ello, como ya venía comentando, los derechos individuales de los ciudadanos son reducidos hasta desaparecer. Ya no solo la policía ejerce un «*control de seguridad*» sobre la ciudadanía sino, que ahora son las tecnologías las que, con mayor precisión que nunca, ejercen ese control.

La situación actual China, pretende, con gran disimulo, querer ser poco a poco introducida en el resto de países del mundo. Prueba de ello, son las app COVID que han sido desarrolladas en los últimos meses, y que pretenden ejercer un control cada vez más exacto de nuestra localización, más allá del aviso de un virus que a todas luces ha resultado incontrolable.

Aún pudiendo parecer exageradas mis palabras, me gustaría justificar a través de una breve explicación de la teoría de «La ventana de Overton²⁷¹», como las mismas no lo son tanto. Tal teoría ha sido desarrollada por el filósofo y político Joseph Overton. Según esta teoría, solo existe un rango de ideas que los políticos y gobernantes manejan como viables: aquellas tienen ampliamente aceptadas, ya que la tiranía se combate frontalmente cuando es así percibida. Por ello, se sirven de un proceso para crear tal aceptación y por tanto la oportunidad para ser legalmente introducidas, con el consentimiento y colaboración, activa o pasiva de los ciudadanos. Tal proceso, se compone de las siguientes fases:

²⁷¹ <https://eurekamarketing.es/la-ventana-de-overton/>

1) Pasar de lo impensable a lo radical.

Cuando algo se considera impensable o inadmisibile de todo grado, se empieza a promover su libertad de expresión, acompañándolo del traslado a la esfera científica. De repente, científicos, que no han de tener tabúes a la hora de investigar, comienzan a ahondar en el tema en cuestión. Además, se suele crear un grupo radical sobre la materia, a fin de que pueda ser advertida y citada en los medios de comunicación, por lo que empieza a discutirse y a estar en boca de todos.

2) Pasar de lo radical a lo aceptable.

En esta etapa, se comienzan a divulgar las conclusiones científicas obtenidas de la primera fase, así como a insistirse en lo oportuno que es no tener prejuicios sobre el tema, calificando de intransigentes a quienes se nieguen a adquirir conocimientos sobre el mismo. Los intolerantes son condenados públicamente a medida que la idea va perdiendo sus connotaciones negativas. Mientras se condena públicamente a los intolerantes, es necesario crear un eufemismo, con la intención de que se pierda el significado directo del término original (neolengua) y sus connotaciones negativas, sustituyendo así la expresión original por otra en la que puedan integrarse nuevas más favorecedoras conexiones cerebrales. Paralelamente se crearía un precedente, histórico, mitológico, o inventado, que sirviera de referencia y pudiera ser utilizado como prueba de que eso que se quiere legalizar es perfectamente legítimo. El uso combinado de medios de comunicación y grupos de presión convertiría en aceptable, más pronto que tarde, el hecho en cuestión²⁷².

3) Pasar de lo aceptable a lo sensato.

²⁷² Vid. <https://ame1.org.es/la-terrible-ventana-de-overton-como-legalizar-cualquier-cosa/>

Para ello, se hace necesario que el tema en cuestión empiece a proponerse como un derecho que todos tenemos, generando también lemas apropiados para que, mediante el uso y repetición del mismo, cada vez el mensaje cale a más personas. Paralelamente, se ha de seguir arrinconando, y más aún con el uso de estos lemas, a los que piensen diferente, acusándoles de radicales. A su vez, los expertos, medios de comunicación y personajes públicos a través de redes sociales, continuarían reforzando e insistiendo en el hecho en cuestión. De esta forma, ya nos sentimos familiarizados con el tema e incluso empezamos a considerarlo necesario.

4) Pasar de lo sensato a lo popular

En esta etapa se debe poner toda la maquinaria del poder al servicio del tema en cuestión. Políticos, autoridades, famosos y demás personas con influencia, hablan abierta y públicamente del tema. El fenómeno asoma por primera vez en películas, letras de canciones comerciales, novelas y espectáculos televisivos. Se ensalzan a personajes públicos que tengan o hagan uso del asunto en cuestión.

5) Pasar de lo popular a lo político

Finalmente, la ventana de Overton, cerrada al principio, se ha abierto de par en par.

En esta última etapa comienza a prepararse la maquinaria legislativa que legalizará el fenómeno. Los partidarios del tema en cuestión, incorporados en grupos de presión, se consolidan en el poder y crean encuestas con el fin de mostrar un alto porcentaje de partidarios de la legalización del fenómeno, a fin buscar más poder y representación. Y de forma automática, como la fruta madura que cae por sí sola del árbol, se acaban estableciendo en la conciencia colectiva nuevos e

incontestables dogmas²⁷³. Lo verdaderamente escalofriante, es cómo este movimiento de ventanas se sigue utilizando con éxito en el presente.

Ejemplos recientes podemos encontrar varios en el momento actual, desde la difamación de la Corona española, la cual resultó intocable durante muchísimos años ante las aventuras del Rey Don Juan Carlos, ahora conocidas por todos, con la intención clara y evidente de ir deshonrando a poco a la monarquía e ir implantando una mayor conciencia republicana; hasta el separatismo y división que desde el Gobierno y los medios de comunicación se está llevando a cabo entre las personas que libremente deciden no vacunarse actualmente contra la COVID-19, a pesar de la discriminación y vulneración de derechos fundamentales que ello está suponiendo en la actualidad.

Con todo lo expuesto, puedo concluir que el Estado social al que aspira el artículo 1 de nuestra Constitución, es totalmente hueco e inorgánico, ya que lo que realmente rige es un Estado policial, movido y dirigido por los hilos invisibles del Gobierno, otorgando cada vez más potestades a la policía y restándoselas al poder judicial, así como generando un clima de miedo y desconfianza que en la actualidad nos está llevando a la propia vigilancia entre individuos, con el objetivo final de que, con la ayuda de la tecnología, la ingeniería lingüística y la inteligencia artificial, nos acerquemos silenciosa y sigilosamente al panorama actual chino.

En este punto resulta interesante el, documento publicado en mayo de 2020 por la Agencia Española de Protección de Datos, específicamente por su Unidad de Evaluación y Estudios Tecnológicos, denominado «*El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID19. Un análisis de costes y beneficios*»²⁷⁴. Este documento

²⁷³ Vid. <http://www.intelige.cl/manipulacion-de-masas-la-ventana-overtone/10/11/2019/>

²⁷⁴ Enlace: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf>

repasa los beneficios para el interés general y los costes a nivel particular (respecto a privacidad, libertad, etc.) que pueden tener determinadas medidas tecnológicas de control y seguimiento en el panorama de la pandemia. En relación con los contras de aplicar estas medidas, se refieren en el documento a problemas en relación con ciberataques, usos de la información diferentes a los establecidos, menoscabo de la privacidad, estigma social en habitantes y negocios de determinadas zonas con gran incidencia de contagios, etc. En definitiva, las reticencias a estas medidas, algunas ya implementadas, son preocupaciones relacionadas con la proximidad al control de China.

V

PROPUESTAS DE MEJORA

V. PROPUESTAS DE MEJORA

1. NECESIDAD DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN RELATIVA A LA PRISIÓN PROVISIONAL.

La inestable situación jurídica que vive la prisión provisional no puede ser sostenida por más tiempo, por lo que el legislador penal ha de hacer una nueva reforma de gran importancia ajustada a los tiempos tecnológicos y de libertad que vivimos.

A lo largo del capítulo anterior, se ha desarrollado en diferentes apartados la inseguridad jurídica que provoca la regulación actual, la cual es carente, ambigua e incompleta, razón por la cual, puede utilizarse fácilmente con la motivación y fundamentos legales para decretar la prisión provisional.

Dichos fundamentos se configuran como conceptos jurídicos indeterminados, que traen como efecto la apertura a cualquier supuesto de hecho fácilmente «motivado» para acordar la prisión preventiva.

No sólo este es el problema principal de la LO 13/2003, sino también sus lagunas legales.

A pesar de que la propia Exposición de Motivos de dicha ley dispone que *«Entre los objetivos del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia se encuentra el de abordar la reforma de la prisión provisional, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional»*, lo cierto es que esta es incompleta. Hay que tener en cuenta que, además de lo aclarado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias,

hay situaciones para las que no se ha previsto nada. Se nos ocurren los siguientes ejemplos:

- a) Aquellos supuestos en los que el investigado se encuentra inconsciente, tras presuntamente cometer el delito, ya que dicho supuesto de hecho no se encuentra regulado en la Ley, dejando un vacío legal a la hora de proceder en cuanto a la prisión provisional e incluso respecto de la defensa del mismo, ya que ni siquiera puede designar letrado, ni puede declarar, ni defenderse. Un ejemplo de ello puede ser un forcejeo con armas entre dos personas, en la que una muere y la otra resulta inconsciente.
- b) El investigado que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. En dichos casos, al no estar debidamente regulado, se trata a dicho investigado como a cualquier otro ciudadano sin importar su capacidad de obrar, la cual no es analizada por un médico forense desde el minuto uno.

La Exposición de motivos II dispone que *«no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea»*. Pues bien, aquí se pueden ver dos supuestos a los que la Ley obvia, y sin embargo existen.

La palabra taxativa es definida por la RAE como algo que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias. Que no admite discusión. Sin embargo, las discusiones sobre esta temática están a la orden del día, y los supuestos recogidos en los artículos 503 y 504 LECrim lejos se encuentran de circunscribir o reducir a un caso concreto los motivos por los que ha de ser adoptada la prisión provisional.

En este sentido, la prisión provisional, que actualmente se encuadra como una medida cautelar y personal, pasa a convertirse en una medida de seguridad, que, a nuestro entender, ha de ser reemplazada por sustitutivos inteligentes, tal como desarrollaremos en los apartados siguientes.

Si bien es cierto que como investigador abogo por la reducción a la mínima expresión de la prisión provisional y que se respete el derecho de los encausados a permanecer en libertad durante todo el proceso, no es menos cierto que existen delitos en los que el riesgo de reiteración delictiva es permanente en el individuo, como el depredador sexual, el maltratador o el violento, pero en otras tipologías delictivas, como los delitos contra el patrimonio, contra la seguridad del tráfico o delitos incidentales, adquirida por el investigado conciencia de la gravedad de sus conductas, o estabilizado de sus desequilibrios psíquicos causados por los tóxicos, el riesgo desaparece sin que exista un mecanismo de interrelación entre el centro penitenciario y los responsables judiciales de la medida que les advierta de la desaparición de la causa que justificaba la prisión. Por ello, la falta de revisión de la medida puede convertirla en injusta por innecesaria.

Es necesario que la prisión provisional se acuerde sin automatismos y para supuestos verdaderamente excepcionales, tal y como explicó la Doctora en Derecho Penal María del Carmen JIMÉNEZ Y GÓMEZ, tan sólo cuando²⁷⁵:

- El acusado cometa delitos muy graves que provoquen gran reacción y temor de la sociedad y sea necesario que el presunto responsable permanezca encerrado, debido a la peligrosidad del sujeto. Ej. Traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, violación, piratería y otros.

²⁷⁵ JIMÉNEZ Y GÓMEZ, M. «Desaparición de la prisión preventiva». Revista Ius. (2007).

- Sea necesario tener recluido al delincuente por razones de su propia seguridad jurídica.
- Se trate de delincuentes reincidentes o habituales.

La reclusión durante el proceso penal se encuentra, por tanto, con una falta de justificación en su regulación actual, además de suponer un alto costo social y económico para el Estado. Se hace necesario buscar alternativas de control menos rigurosas, pero más eficaces y menos estigmatizantes que la prisión, lo cual permitiría aligerar el cautiverio como opresor de derechos fundamentales.

Consideramos necesario también hacer mención a los principios informadores de la prisión provisional, los cuales estarían, a nuestro entender, perfectamente estructurados si no fuera por el uso y abuso que de los mismos se hace, incumpliendo sentencias como como la STC 41/1982, 10//1984, 127/1984, entre otras, y el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por todo lo anterior, la prisión provisional es en la actualidad un instrumento de desafío humano que parece buscar indirectamente vengar o castigar en nombre de la «seguridad» ciudadana.

2. NECESIDAD DE REDUCIR LOS PLAZOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.

Como norma general, la duración de la prisión provisional y sus plazos máximos, han estado vinculados con las investigaciones, y más en concreto, con la

complejidad de las mismas. No obstante, de los artículos 9.3 PIDCP²⁷⁶ y 5.3 CEDH²⁷⁷ se desprende que el plazo habrá de ser un «plazo razonable».

En añadidura, la jurisprudencia europea considera que son excesivos los periodos de prisión preventiva entre dos años y medio y cinco años de duración²⁷⁸.

Entendemos que en nuestra legislación, dicho «plazo razonable» debería estar marcado por el artículo 324 LECrim, que dispone que *«las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de doce meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas»*, más lo cierto, es que la realidad queda muy alejada de estos plazos.

Esta situación provoca que nos encontremos con unos plazos de prisión provisional descontrolada, que ni siquiera el Registro Central de medidas cautelares ha logrado solucionar, ya que este se ocupa de avisar únicamente de que se aproxima el plazo máximo de expiración de la prisión provisional, pero no el plazo máximo de las diligencias de instrucción.

²⁷⁶ Artículo 9.3 PIDCP: *«Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez o otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo»*.

²⁷⁷ Art. 5.3 CEDH: *«Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio»*.

²⁷⁸ PB v France, App 38781/97, 1 August 2000.
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-63639>

En el informe de investigación de la Asociación Pro Derechos Humanos de España, ya citado con anterioridad, se encuestaba acerca de si existe relación entre la prisión provisional y una mayor agilidad en las investigaciones penales, afirmando 20 de los 31 abogados encuestados, que dichas causas no son investigadas de manera más ágil y tampoco las investigaciones se llevan a cabo de forma más efectiva (así lo señalaban esos 20 abogados)²⁷⁹.

En el Borrador del Anteproyecto del Código Procesal Penal (BACPP), se contemplan algunas modificaciones respecto a la duración de la prisión provisional, aunque no todas mejoran, y ninguna en exceso, la situación del preso preventivo en cuanto a la temporalidad se refiere. La duración máxima de esta medida cuando se adopte con el fin de evitar la alteración de las fuentes de prueba, se reduce de los 6 meses a los 3 meses²⁸⁰.

Las reformas más aceptables dentro de este anteproyecto en cuanto a duración, se las ha llevado la duración de la prórroga, ya que el plazo máximo de prisión preventiva de dos años solo podrá prorrogarse con carácter general por un año más. No obstante, se contemplan excepciones para los delitos contenidos en el artículo 156.1. II BACPP.

Apunta RODRÍGUEZ MOURULLO que en la práctica *«en verdadero fraude de ley, se prorroga, una y otra vez, el secreto por períodos de un mes, mediante autos puramente formularios, hasta que la instrucción está sustancialmente completa, retornando así al primitivo proceso inquisitivo, desterrado por la vigente LECr. y la CE. Que en los procesos más complejos -en los que sería más necesario que nunca que los imputados pudiesen hacer uso de la contradicción mediante el*

²⁷⁹ Asociación pro Derechos humanos en España, *«La práctica de la prisión provisional en España»*. (2015).

²⁸⁰ Artículo 155.1, II BACPP

ejercicio de su derecho de defensa -nos encontramos secretos que han durado años y, cuando éste se levanta, los imputados se ven ya inexorablemente abocados al juicio oral, porque es muy difícil darle la vuelta a lo ya instruido y porque, después de tan prolongada instrucción, los Jueces tienden a invocar que la instrucción está ya completa y a remitir ya al juicio oral las diligencias que puedan proponer los imputados»²⁸¹.

Sobre la prórroga, nos parece acertada y necesaria la propuesta de mejora que plantea uno de los fiscales del informe de investigación de la Asociación Pro Derechos Humanos de España, el cual señala que si la prórroga se acuerda, el juicio tenga que celebrarse en un limitado periodo de tiempo²⁸².

De todo lo anterior, es fácilmente esgrimible la necesidad de reformar, no solo la duración de la prisión provisional, sino también la de las investigaciones, de tal manera que las mismas no se conviertan en eternas, quedando sujetas a determinados hechos y circunstancias que legitimen su larga duración, ya que en la mayoría de casos, la complejidad de la causa no va asociada con tal exceso de dilaciones en el tiempo.

Lo cierto y verdad, en la mayoría de ocasiones, los retrasos no se deben a que se practiquen muchas diligencias, sino a la burocracia y lentitud de la justicia, a la falta de medios adecuados de investigación en los juzgados, falta de utilización de medios informáticos y nuevas tecnologías, o al trabajo excesivo en el juzgado. Debido a la falta de control que suponen estas circunstancias, se hace, a nuestro entender, más necesario que nunca el uso de las nuevas tecnologías, así como de la

²⁸¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «*Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy*», Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Editor Dykinson (2010).

²⁸² Asociación pro Derechos humanos en España, «*La práctica de la prisión provisional en España*». (2015).

inclusión en el sistema legal de medidas cautelares menos gravosas que permitan cumplir con los fines de tal medida cautelar sin privar a la persona de sus derechos fundamentales.

En cuando a la duración en sí de la prisión preventiva, debe a nuestro entender abordarse la modificación de los plazos existentes, sustituyéndose por una reducción considerable de los mismos: Un año y medio, y sólo podrá prorrogarse por otro año más cuando el delito tenga pena de prisión superior a los cinco años. Con ello, conseguimos que se ajuste a la jurisprudencia europea, y además damos espacio a las ya mencionadas nuevas medidas cautelares menos gravosas y al uso de las nuevas tecnologías, que ampliaremos más adelante.

Por último, también hay autores que han considerado que habría que emplear esta medida en casos de mucha entidad, no resultando a veces proporcionada. Así, PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO afirman que «*en materia de prisión preventiva, el principio de proporcionalidad debe entenderse en el sentido de que aquella no ha de decretarse cuando resulte su desproporcionalidad con la entidad del hecho y la sanción eventualmente imponible*»²⁸³.

En cualquier caso, y teniendo como referente el ante proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, no parece, conforme a los artículos 249 y 250, que vayan a producirse demasiadas modificaciones a este respecto, prevaleciendo, en su gran mayoría, los plazos que ya rigen actualmente a la prisión provisional.

²⁸³ PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V. «*El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas*», Poder Judicial, 19 (1990), pág. 97.

3. REFORMA SOBRE EL MODO EN QUE SE ACUERDA LA PRISIÓN PROVISIONAL: LA NECESIDAD DEL INFORME PSICOSOCIAL DEL DETENIDO.

En España, en síntesis, para que una persona entre en prisión provisional es necesario una parte acusadora que lo pida y un juez que la acuerde mediante auto²⁸⁴.

Si tenemos en cuenta que una de esas partes acusadoras puede ser el Ministerio Fiscal, la entrada en prisión se hace bastante sencilla, sobre todo con la palpable connivencia que existe entre el Juez y el Fiscal para su adopción, tal y como puede extraerse de la práctica y del ya citado Informe de investigación de la Asociación Pro Derechos Humanos de España, que en su página 33 señala que 26 de los 31 abogados manifestaron que no se da el mismo tratamiento a las alegaciones de la defensa y del Ministerio Fiscal, criticando que *«los jueces ya tienen el criterio decidido antes de celebrar la audiencia de prisión provisional, y por lo general, jueces y fiscales hablan en privado antes de que se celebre. Resultando que este «colegueo» entre juez y fiscal vulnera el principio acusatorio previsto en la LECr»*. También señalan seguidamente que *«los dictámenes de la fiscalía tienen excesivo peso en las decisiones de la mayoría de los jueces, resultando que en el 99,99% de los casos, si el fiscal solicita la prisión el juez la acuerda»*. Juez y Fiscal no dejan de ser compañeros de trabajo, profesionales de un mismo juzgado y en muchas ocasiones, amigos. Así las cosas, numerosas veces es el propio juez quien, previamente al juicio, ha convenido al fiscal para que pida prisión, proporcionándole argumentos directos, ya que si alguna de las partes no lo pide, el juez no puede decretarla por falta del principio acusatorio²⁸⁵.

²⁸⁴ Artículo 505 LECrim apartados 3 y 4.

²⁸⁵ Asociación pro Derechos humanos en España, *«La práctica de la prisión provisional en España»*. (2015).

Este tipo de conductas traen numerosas consecuencias, como son la tergiversación del mencionado principio, la vulneración del derecho a tener un juicio justo y con todas las garantías, así como del principio de igualdad de armas, además de ser una aberración jurídica que atenta contra las normas inspiradoras del Derecho.

Existe, por tanto, un automatismo a la hora de imponer la prisión provisional, ya que el juez suele no valorar individualizadamente las circunstancias personales del detenido, y sí asumir la posición del fiscal, conforme a la relación de «colegueo» que mantienen fuera y previamente al juicio. Por todo ello, sería recomendable que la Fiscalía haga públicos los criterios o directrices que reciben de sus superiores para solicitar la prisión provisional, de tal manera que se garantice la transparencia (ya anteriormente nos referimos a ello, comentando los fiscales del informe elaborado por la Asociación Pro Derechos Humanos de España que se les entrega una especie de libro de instrucciones con circunstancias que determinan que pidan prisión o no).

Por todo ello, se hace necesario reforzar los requisitos necesarios para acordar la prisión preventiva.

En primer lugar es necesario reforzar la proposición de prueba en las audiencias del artículo 505, ya que, como comentamos en el capítulo de las críticas, los abogados no suelen tener el tiempo suficiente para recabar la información necesaria y aportar actos de prueba de valor. Por tanto, ha de estarse firmemente a lo dispuesto en la Directiva de la Unión Europea 2012/13 relativa al derecho de información en los procesos penales, para que a los abogados se les facilite una copia del atestado o expediente en comisaría, y no unos minutos antes de la audiencia ante el juzgado. Por tanto, también es necesario e imprescindible que los abogados puedan consultar el expediente en el juzgado sin limitaciones de tiempo.

Por otra parte, deben reforzarse las exigencias para que una persona pueda entrar en prisión preventiva, y para ello proponemos que, en todo caso, se necesite un informe favorable del equipo técnico adscrito al juzgado, o sea de un equipo psicosocial compuesto por psicólogos y trabajadores sociales y profesionales de la criminología. Ello implicaría que tanto el caso como el perfil típico de esa persona, sean estudiados con detenimiento y una exhaustiva implicación por profesionales cualificados, que puedan informar sobre la concurrencia de las causas de adopción de la prisión provisional, y, por tanto, del grado de necesidad de la misma antes de acordarla, así como de si existe la posibilidad de acordar medidas menos gravosas que garanticen igualmente los fines a cubrir.

En paralelo, se hace necesario aumentar el límite de tiempo para que el Fiscal pueda pedir la prisión provisional, acorde con los tiempos, que habrán de ser regulados, de los que dispondrá el equipo técnico para el dictamen de su informe. A su vez, deberá ser tenido en cuenta lo que disponga el baremo de la prisión provisional que proponemos en el apartado siguiente.

Se hace también precisa la inclusión de programas de formación para Jueces y Fiscales acerca de la aplicación y contenido de la jurisprudencia internacional, que en numerosas ocasiones proporciona un criterio menos restrictivo que la jurisprudencia española del Tribunal Supremo, a fin de evitar la desigualdad que existe entre ambas en su aplicación.

No en cuanto al acuerdo, pero sí en cuánto a la revisión y prórroga, hemos de mencionar la necesidad de que el investigado esté presente en las audiencias que se celebren para las mismas para instar la pronta terminación del sumario y para formular las pretensiones que afecten a su situación. Además, el TEDH ha declarado que la prisión preventiva debe ser objeto de revisión periódica, en una vista oral solicitada de oficio o a instancia de parte, y garantizándose la igualdad

de armas entre las partes. Consideramos que cuando se diese esa revisión periódica sería interesante que se elaborasen y aportasen nuevos informes psicosociales de la naturaleza de los antes descritos, ya que tanto la personalidad del imputado como sus circunstancias, por ejemplo, familiares pueden haber variado durante ese tiempo, resultando que podría ya no ser adecuada la medida de prisión provisional.

Tal y como señala CATALINA BENAVENTE, *«la Ley se limita a señalar que la prórroga se acordará «cuando concurriesen circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos»; sin embargo, para evitar malinterpretaciones, el legislador hubiera debido utilizar la siguiente fórmula que, en nuestra opinión, refleja más claramente el sentido de la prórroga: «cuando, transcurridos los plazos fijados en el apartado anterior, subsistan aún los motivos que provocaron la adopción de la medida o aparezcan otros nuevos que justifiquen su continuación, y siempre y cuando no vaya a ser posible celebrar el juicio dentro del plazo máximo de la prisión provisional correspondiente, procederá acordar la prórroga, previa solicitud de alguna de las partes acusadoras»²⁸⁶.*

Con todo ello, se pretenden reforzar los requisitos necesarios para que una persona puede entrar en prisión provisional, analizando para ello sus circunstancias personales, junto con la gravedad del delito, y su situación laboral, económica y familiar.

4. NECESIDAD DE CONFECCIONAR UNA LISTA DETERMINADA O DETERMINABLE CON LAS MEDIDAS CAUTELARES MENOS GRAVOSAS PARA ASEGURAR LA PRESENCIA DEL INVESTIGADO DURANTE EL PROCESO.

²⁸⁶ CATALINA BENAVENTE, M. A. *«La regulación de la prisión provisional tras la reforma efectuada por la LO 13/2003. Expectativas insatisfechas»*. Editorial Aranzadi (2007).

Cuando la prisión provisional no aparece como absolutamente indispensable hay que acudir a las medidas alternativas. Así lo establecía también el Comité de Ministros del Consejo de Europa ya en 1965, Resolución 22, en la que recomendaba las siguientes medidas: la vigilancia domiciliaria, la orden de no abandonar un lugar determinado sin previa autorización del juez, la orden de comparecer periódicamente ante ciertas autoridades, la retirada del pasaporte u otros documentos de identidad, la prestación de una fianza y el internamiento de jóvenes delincuentes en una institución especializada.

No obstante, es evidente que desde entonces hasta ahora no se ha generado ni promovido en nuestros jueces la necesaria confianza en su efectividad²⁸⁷.

Actualmente, nuestro Ordenamiento jurídico establece, aunque de una forma dispersa, las siguientes medidas:

- El pago de una fianza prevista en el artículo 529 de la LECRIM, que tendrá que ser acorde a las circunstancias económicas del investigado.
- Las comparencias periódicas ante la autoridad judicial, lo que formalmente se conoce como «*apud acta*», regulada en el artículo 530 de la misma ley. Significa que el investigado deberá comparecer los días que el juez señale, así como cuantas veces sea llamado por el instructor encargado de la investigación de la causa.
- La retirada del pasaporte.
- La prohibición de residir o acudir a determinado lugar, y de aproximarse a determinadas personas o a comunicarse con ellas.

²⁸⁷ Asociación pro Derechos humanos en España, «*La práctica de la prisión provisional en España*». (2015).

En la práctica judicial, las medidas alternativas más utilizadas son las comparecencias «*apud acta*» los días 1 y 15 de cada mes, y la retirada del pasaporte.

En el fallido anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que estaba en curso en 2013 y que promovía una reforma del régimen de la prisión preventiva en España, se pretendía la unificación de las medidas alternativas ya existentes, además de proponer otras nuevas²⁸⁸:

- Prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan facilitar la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- Obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o similares.
- Obligación de seguir tratamiento médico externo.
- Someterse a un control médico periódico.
- Sometimiento a custodia a cargo de la persona o la institución que se designe.
- Presentación de caución suficiente, en vez de fianza.
- La suspensión de cargo u oficio público o profesión por el tiempo que el juez acuerde, para delitos que lleven aparejada dicha pena.
- La prisión provisional atenuada y la posibilidad de sustituir esta por el internamiento en centros específicos, en interés de la salud o seguridad de la persona, y durante el tiempo que sea decretado por el Juez.

El anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, en el Libro II, recoge las siguientes:

²⁸⁸ Artículo 181 BACPP

- Medidas telemáticas de localización, las cuales solo podrían ser utilizadas previo consentimiento de la persona encausada
- Obligación de presentación y de comunicación de cambios de residencia y lugar de trabajo
- Prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio
- Prohibición de salida del territorio español y de la UE
- Prohibición de aproximación o comunicación
- Prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos
- Prohibición de residir en determinados lugares
- Cuidado o vigilancia por parte de una persona o institución determinada, de la persona encausada
- Suspensión de cargo u oficio público o de profesión, industria, oficio o comercio
- Suspensión de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes
- Suspensión de la tenencia y porte de armas
- Intervención del permiso de conducción

Tales medidas, las cuales apoyo para la futura y necesaria reforma, quedaron paradas al igual que la reforma contenida en mencionado anteproyecto de ley, a pesar de la necesidad de su regulación en el momento actual.

El ya citado documento publicado en mayo de 2020 por la Agencia Española de Protección de Datos, específicamente por su Unidad de Evaluación y Estudios Tecnológicos, llamado «*El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID19. Un análisis de costes y beneficios*», contiene una serie de consideraciones sobre medidas tecnológicas que podrían ser trasladables al asunto que nos ocupa. Así,

creemos que podrían ser alternativas a la prisión provisional las sugerencias que se contienen en dicho informe: la geolocalización de los móviles por los operadores de telecomunicaciones, geolocalización de móviles a partir de redes sociales, apps donde dar voluntariamente información (luego contrastable) y apps de seguimientos de contactos por bluetooth («*contact trace apps*»).

4.1. LA NECESARIA MODIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL ATENUADA.

La prisión provisional atenuada se configura en la actual legislación española como una modalidad de cumplimiento de la prisión provisional, teniendo reservado un ámbito de aplicación sumamente restrictivo, tanto por los supuestos en que se permite como por su régimen de cumplimiento. Viene contenida en el escueto artículo 508 LECrim.

El anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, distingue entre supuestos ordinarios y supuestos especiales, no ahondando, ni haciendo una práctica de esta figura jurídica.

A nuestro entender, la primera gran modificación que debería hacerse en torno a la prisión provisional atenuada, se da en relación a su régimen jurídico, debiendo pasar de ser una modalidad excepcional, a configurarse como una medida alternativa a la prisión provisional.

Entendida como una medida alternativa y menos gravosa, podrían ser también ampliados los supuestos en los que resulte aplicable:

- a) Sustituyendo el cautiverio por el internamiento en centros específicos, en interés de la salud o seguridad de la persona, permitiendo que permanezca en su domicilio o en un centro médico, psiquiátrico, de deshabitación o educativo.

- b) Sustituyendo la prisión preventiva por arresto domiciliario, con independencia de la salud o la seguridad de la persona, por motivos de edad del investigado (ser mayor de setenta años).
- c) Prisión provisional en régimen de semilibertad, a modo de tercer grado preventivo. Algo muy parecido a lo que hemos vivido tras el estado de alarma decretado por el Gobierno, de tal manera que la vida del procesado no quede totalmente paralizada, y este pueda seguir manteniendo su trabajo y sosteniendo su vida, aunque tuviese que acudir por las noches a dormir al Centro de Inserción Social (CIS).

También sería posible publicar un baremo de la prisión provisional y confeccionar una escala, similar al baremo previsto por los accidentes de tráfico, mediante el cual se pueda tener en cuenta determinados supuestos típicos en los que la prisión provisional sea indiscutible; otros en los que no proceda; y otros en los que, según determinadas circunstancias, deba entenderse que procede la prisión provisional atenuada, si esta llega a reformarse con la mejora propuesta. Junto con tal baremo, se hará imprescindible el informe del equipo técnico adscrito al juzgado que comentábamos *supra*.

Habría de mejorar también el régimen de cumplimiento, para que se permita que la prisión provisional atenuada se pueda cumplir, no solo en el propio domicilio del encausado, sino también en otro lugar, con consentimiento en su caso del morador, así como en un centro médico, psiquiátrico, deshabitación o de educación especial, atendiendo al motivo de la atenuación.

Poder llevar a cabo tales medidas supondría, además, seguir la tendencia de las legislaciones procesales modernas, potenciando las medidas alternativas y ampliando el ámbito de aplicación ante la presencia de unos hechos presuntamente delictivos. Todo ello daría lugar a una menor alarma social, además de evitarle al

investigado todos los perjuicios que suponen para él el cautiverio, sin poner en riesgo el normal desarrollo del proceso y la efectividad de la eventual sentencia condenatoria.

A todo ello, pueden ayudar y contribuir decisivamente los nuevos medios de control electrónico del investigado, que permiten paliar la carencia de recursos policiales necesarios para tal despliegue, controlando su ejecución, así como solucionando el problema del elevado coste que supone las propuestas de mejora anteriores sean supervisadas por personas.

La ley ha de ser cierta, clara y garantista, con conceptos jurídicos determinados y detallados que proporcionen la seguridad jurídica que esta institución necesita.

4.2. LA LOCALIZACIÓN DEL ACUSADO MEDIANTE EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: LA GEOLOCALIZACIÓN.

Si escribimos en el buscador Google «medios para localizar a una persona» aparecerán unos 47 millones de resultados en 0,7 segundos. Desgranar todas esas búsquedas y los diferentes modos de tener geolocalizada a una persona es una tarea un tanto ardua, si bien lo que resulta evidente es que existen tantos medios distintos, que recurrir al cautiverio tradicional en centro penitenciario, en delitos donde la libertad provisional del investigado no generan un grave peligro para la sociedad, no parece sensato, ni parece corresponder con la nueva era tecnológica que estamos viviendo, ni tampoco con un derecho procesal penal garantista de derechos y libertades individuales, de ahí, entendemos, que sea necesario una reforma severa, que esté a la altura de los tiempos, que incluya propuestas de mejora como las que indico a continuación:

Es bien sabido que hoy, más que nunca, es posible geolocalizar a seres humanos, animales y a cualquier otra cosa con un sinnúmero de aplicaciones de uso simple e incluso doméstico. Se puede localizar de manera sencilla a cualquier persona o elemento que esté a cierta distancia de una tarjeta SIM incorporada a un dispositivo al efecto. El modelo más tradicional es el del propio teléfono móvil, aunque en este caso se requiere de la cooperación necesaria de la persona a geolocalizar, primero porque debe portarlo y segundo porque el dispositivo debe estar con todos los requerimientos técnicos al respecto activados, ya que con tan solo desactivar el geoposicionamiento sería inefectivo a los efectos requeridos. Existen *apps* muy utilizadas por las familias para que todos sus miembros estén localizados, incluso con generación de avisos a modo de alarmas cuando llegan o marchan de un determinado lugar.

Sin embargo, no resultaría difícil bloquear en el dispositivo móvil de la persona a geolocalizar la opción que impidiera geolocalizar el dispositivo, con eso y asegurando que el sujeto a localizar actúa de buena fe y con la diligencia suficiente para no separarse de su móvil el asunto estaría resuelto, aunque no parece un hecho garantizable, sin fisuras. Huelga, señalar que para vehículos y flotas de empresa se utilizan unos dispositivos que incorporan una tarjeta SIM y quedan adosados a los vehículos en determinados lugares semiocultos, bien para obtener el recorrido y ubicación del vehículo bien para impedir su robo. Tecnológicamente está ampliamente superado este asunto de geolocalizar a un coste muy barato. Si quisiéramos utilizar este medio para mantener geolocalizada siempre a una persona nos bastaría con conseguir dos cuestiones imprescindibles para ello:

- a) Que el dispositivo esté siempre junto a la persona que debe ser localizada.
- b) Que el dispositivo esté en todo caso alimentado y on-line.

Respecto a la segunda opción, existen dispositivos en los que el consumo es mínimo y con una pequeña batería o carga pueden rearmarse rápidamente. Estos mismos terminales envían a la central de la gestión el estado de la batería, con lo que dejando en manos de la persona la responsabilidad de la carga, bastaría con llamar al individuo o acudir a la ubicación en el momento en que la batería descendiera de un determinado límite, por ejemplo un 20%, y que el sujeto tuviera la obligación de sustituir la pila del dispositivo antes de ese límite.

Se complica más en la primera opción reseñada, ya que habría que gestionar tecnológicamente el asunto que evite que la persona objeto de control se separe del dispositivo. No obstante, los *smartwatch* que pueden comprarse en cualquier tienda tecnológica a fecha presente detectan por sí solos el momento en el que son separados del cuerpo, ya que detectan el pulso y solo faltando un mínimo grupo de latidos se bloquea para impedir un posible robo igual que las pulseras que se ponen en lo supuesto de libertad provisional. Este modelo de usabilidad podría explorarse mediante dos vías:

- a) Enviar alerta a la central en el momento en que fueran separados de la muñeca o cuando no detectasen el pulso.
- b) Gestionarse bajo un modelo de carga de batería que no requiriera la separación de la muñeca del usuario.

Ambas cuestiones son técnicamente posibles, y además con ese dispositivo sería factible obtener los siguientes datos:

- a) Traces de ubicación permanente y actividad de movimiento del usuario.
- b) Pulsaciones del usuario.

- c) Instante y lugar en que el dispositivo ha sido separado del cuerpo del usuario.

Se podría enviar una alarma o mensaje a un centro de datos en el momento en que el dispositivo ha sido separado o en el instante en que se ha acercado, alejado, o llegado a un determinado lugar. A partir de ahí entendemos que el problema que deberá resolverse es el protocolo de actuación rápida en el minuto exacto en que el dispositivo ha sido separado del cuerpo del usuario o que se ha aproximado o alejado de una zona.

Cuando ese anunciado riesgo, el de separarse y alejarse usuario y dispositivo, fuera el que hubiera de neutralizarse habría ahora, tan solo, que acceder a un modelo tecnológico que impidiera separar el dispositivo del usuario, que son los microchips insertados bajo la piel, con tamaños que no superan el de un grano de arroz, pero que acarrearán aún algunas retenciones.

En la actualidad existen varios modelos encaminados por una parte a contener los historiales médicos de personas con determinadas enfermedades, Alzheimer u otras que no permiten al enfermo comunicar, y por otra a sistemas de pago automático tipo *contactless* o de identificación, por ejemplo, para entradas, accesos a gimnasios, etc. Sin embargo el problema radica exactamente ahí, y es que esos modelos pueden contener datos personales y ser leídos por algún medio externo, además el inconveniente que no emiten, no transmiten, no geoposicionan, porque para eso necesitan un consumo energético, y sin embargo son más parecidos a un chip para la identificación de animales domésticos que a un dispositivo externo tipo teléfono móvil o geo localizador con lo que quedaría siempre fuera de control el hecho de que el usuario separara el dispositivo de su cuerpo.

Podríamos llegar a concluir que todo el proceso sería posible y controlable con la cooperación del usuario, y que ante esa falta de cooperación, sería bastante el simple hecho de separarlo de su muñeca o de falta de latido, el sistema instantáneamente avisará al centro del control, pero a partir de ahí, el tiempo transcurrido entre la separación del usuario del dispositivo y el cerco físico a su ubicación sería el riesgo a controlar.

Además, el riesgo podría minimizarse con facilidad, dada cuenta del poder coercitivo asociado a la pena, es decir con tan solo aumentar las penas de prisión por quebrantamiento de medida cautelar y/o tipificando un nuevo delito manipulación de la pulsera de localización o extracción de chip, además revocando el Juez Instructor esa medida de localización permanente con pulsera telemática o chip por el ingreso en prisión provisional al resultar una pérdida de confianza sobre el acusado.

Aunque en el futuro se pudiera disponer de dispositivos que se autorecargaran por contacto insertados en la piel, siempre existirá esa variable de tiempo a controlar entre que el usuario extrae el dispositivo de su cuerpo y se cerca o localiza al usuario. Sin embargo, esa variable de riesgo es la que se habría de sopesar y solo en esos casos parece que sería necesario el cautiverio permanente; no obstante, esta medida siempre sería más garantista que las comparencias *apud acta* que existen en la actualidad. Podría llegarse a confeccionar un modelo de nivel tecnológico complementario que hoy se está usando para gestionar datos de tipo técnicos de productos y mercancías y se trataría de incorporar en el interior de su cuerpo –siempre que medie el consentimiento del acusado– un tipo de código legible con lectores que almacena mucha más información que un simple código de barras al uso. Separado el usuario del dispositivo habitual y teniendo insertado en la piel uno de estos sistemas, sería detectable-identificable en su paso por un determinado tipo de escáner, para la identificación de la policía, de arco en

aeropuertos etc., pero sería inevitable también el hecho de que el usuario extirpara de su piel el chip miniaturizado, con lo que la limitación, aunque más complicada que la de separar un reloj o pulsera de su cuerpo.

Conectando las ideas del apartado anterior sobre prisión provisional atenuada con las del presente epígrafe, sobre uso de nuevas tecnologías, hemos considerado interesante examinar el derecho comparado en esta cuestión.

En Estados Unidos, en 2007, se calculó que entre 600.000 y 800.000 personas están sometidas a alguna medida de control telemático durante sus períodos de *parole* o *probation*, recordando que estaban sometidas unas 6.9 millones de personas a medidas penitenciarias.²⁸⁹

En Italia y Austria la vigilancia electrónica se ve respecto al arresto domiciliario como un sistema de toques de queda, con una tendencia a adoptar la medida cada vez más frecuente.²⁹⁰

En Reino Unido proclamó que los sistemas de control a distancia son clave en esta cuestión, tal y como destacó en su informe «*The Electronic Monitoring of Adults Offenders*» National Audit Office (NAO), Londres, 30 de enero DE 2006, destacando que dicha medida es menos lesiva para los intereses del recluso, hablando de los efectos rehabilitadores, así como más económica que la clásica retención en centros de custodia. Entre 1999 y 2005, en dicho país alrededor de 225.000 personas se sometieron a medidas de vigilancia electrónica, adoptadas por

²⁸⁹ WALMSLEY, R. «*World Prison Popular List*», International Centre for Prison Studies, 7ª ed., Londres (2007), pág. 1.

²⁹⁰ AUTIERI, D. «*Un braccialeto diverso*», *La due Città*, num 12, pág. 14.

los dos tipos de resoluciones judiciales existentes (*Home Detection Curfew* o *Adult Curfew Orders*)²⁹¹.

En definitiva, estos medios reducirían el riesgo hasta un mínimo que es el que se genera en el instante en que el usuario separa, extrae o extirpa de su cuerpo el dispositivo y su localización física. Debemos apostar por ello en virtud del principio de inocencia que rige durante todo el proceso.

5. MEJORAS EN CUANTO A LA SALUD FÍSICA, PSÍQUICA Y EMOCIONAL DE LOS PRESOS.

La parálisis en la vida de una persona, que implica la prisión provisional, provoca en el ser humano la emoción más dolorosa y bloqueante que existe: el shock.

El shock es la mezcla que produce en nuestro interior la vergüenza, la culpa y el miedo, ante el hecho de saber que vamos a ser privados de algo que para nosotros es importante, nuestra independencia y libertad. Además, este se potencia y engrandece con la violencia, física o emocional; la presión; la pérdida, abandono, privación o vacío; y los mensajes contradictorios²⁹².

Sin duda, el presunto culpable siente una falta de apoyo y la retirada de la confianza en su inocencia, no solo por parte de quienes acuerdan su ingreso en prisión, sino por parte de la sociedad entera, debido a la difusión que de los hechos hacen los medios de comunicación, la cual está basada estrictamente en una mentalidad de la vergüenza y el escarnio.

²⁹¹ Será con la Criminal Justice Act de 2003 la que otorgará mayores potestades a los jueces para que la impongan en sentencias atendiendo a la concurrencia de varios supuestos.

²⁹² Krishnananda. Dr. Thomas Trobe. «*De la Codependencia a la Libertad: Cara a cara con el miedo. (Psicoemoción)*». Editorial Gaia. (2017).

El juicio anticipado de culpa que se acaba generando, origina y expande emociones negativas como la rabia, la ira, el miedo, la humillación, etc. Todos estos sentimientos acaban generando una propiocepción en la persona con un estigma muy negativo que le lleva a tocar con la tristeza y la apatía al saberse duramente señalado por la sociedad entera²⁹³.

La persona pierde el sentido de su vida, si es que no lo tenía ya perdido de antes, ya que los grandes traumas se generan en la infancia. Entonces llega la monotonía, la indefensión aprendida, o en su polo opuesto y más extremo, los trastornos violentos. Todo ello como respuesta o consecuencia al sufrimiento que dicha persona experimenta al sentirse atacado, más aún si tenemos en cuenta que en estos tiempos seguridad es sinónimo de alarma social.

Con este escenario jurídico y emocional, que se hace extensible no sólo al preso preventivo (sobre el cual se agravan considerablemente sus efectos debido a la inexistencia de un status legal sobre su estancia en prisión) sino también al condenado, se hace imposible dar cumplimiento efectivo y real a lo previsto en el artículo 25.2 CE, el cual versa sobre el sentido reeducador y de reinserción social de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad²⁹⁴.

Por tanto, se puede concluir que en la prisión los reclusos no se educan, sino que viven un proceso de desculturización, un desentrenamiento que los incapacita para encarar ciertos aspectos de la vida²⁹⁵. Sobre ello he de mencionar, ya que suena paradójico, el derecho de acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad que menciona expresamente el precepto constitucional mencionado.

²⁹³ MATOS LARRINAGA, J. «*Un curso de emociones*». Editorial Urano. (2020).

²⁹⁴ ARROYO COBO, J.M; RUIZ ARIAS, S; GIRALDEZ RAMIREZ, P; ACEDO RAMIRO, R. «*Institución penitenciaria y salud mental: La última frontera*». (2020).

²⁹⁵ JIMÉNEZ Y GÓMEZ, M. «*Desaparición de la prisión preventiva*». Revista Ius. (2007).

En relación con ese proceso de desculturización, centrándonos en el lenguaje, a medida que avanza el tiempo en prisión el sujeto adquiere nuevos términos y formas de comunicación que son característicos de ese ambiente. El lenguaje va unido a la comunicación, el poder reflexionar y el pensamiento, y si hay una modificación en el lenguaje surgirán modificaciones en lo demás, suponiendo cuando puede volver a la sociedad un factor más de exclusión y un recuerdo permanente de esa vivencia traumática.²⁹⁶

Además, debido a la poca tolerancia hacia la frustración que se desarrolla y al comportamiento agresivo como modo de defenderse e incluso de reaccionar, las relaciones con otras personas de la prisión se basan en la violencia generalmente.²⁹⁷

Con todo lo expuesto hasta el momento, es prácticamente imposible que la persona sienta estímulo alguno por culturizarse, menos aún, por pensar en desarrollar su personalidad de forma holística para integrarse nuevamente en una sociedad que ya le ha estigmatizado²⁹⁸.

Por todo ello, creemos que es importante y necesario implementar dentro de las cárceles programas que apuesten verdaderamente por la reinserción de la persona, y para ello proponemos que se incluyan, de la mano de profesionales de la salud mental, física y emocional, programas de meditación, mindfulness y desarrollo personal y de valores, que ayuden a la persona a cambiar no solo por fuera sino también por dentro. Dichos programas han de ir acompañados de procesos de coaching o psicoterapia, según fuese necesario, tanto individuales

²⁹⁶ MATXOA, E. «Efectos de la cárcel. *Harrera Elkarte*», 1-15.

²⁹⁷ VALVERDE MOLINA, J. «*La cárcel y sus consecuencias La intervención sobre la conducta desadaptada*», Editorial Popular, Madrid, 1997.

²⁹⁸ Observatorio Derechos Humanos y Salud Mental en Prisión. «*Informe derechos humanos salud mental prisión*». Editorial Ámbit. (2021).

como grupales, ya que en ambos espacios han de crecer y desarrollarse estas personas. La falta de valores y de principios que rijan nuestra vida favorece la pérdida de control y de sentido durante la existencia. Nos dirigimos en base a los valores y principios rectores que tomamos de nuestros padres en la infancia, y que nos indican, de forma automática, que decisiones tomar y cuáles no. La persona que no ha desarrollado estos valores internos, o los que tomó de sus padres no eran los más adecuados, necesita confianza externa y trabajo interno para desarrollarlos e implantarlos en su vida de forma duradera, de ahí la importancia de ser acompañados psicológica y espiritualmente²⁹⁹.

Para exponer dicha propuesta, nos basamos en las ya demostradas evidencias que la neurociencia nos ofrece a cerca de los enormes beneficios que implica una práctica constante de atención plena, así como de un acompañamiento cercano y real a estas personas. Estos beneficios son, entre otros muchísimos, el favorecimiento de la transformación y crecimiento de determinadas áreas del cerebro, gracias a la neuroplasticidad que el mismo posee³⁰⁰; aumento de la memoria y de la conciencia corporal; mayor capacidad de razonar, de cambiar creencias negativas y limitantes, y por tanto también de hacer cambios conductuales reales y duraderos; se reduce el estrés; aumenta la empatía; y mejora la salud global, ya que se reducen los niveles de inflamación de nuestros órganos, lo cual tiene un efecto directo en el sistema nervioso e inmune de la persona³⁰¹.

²⁹⁹ MORA, F. «*Cómo funciona el cerebro*». Editorial Alianza. (2017).

³⁰⁰ https://www.cuerpamente.com/psicologia/cerebro/meditacion-efectos-salud-cerebro-neurociencia_4219

³⁰¹ CASTELLANOS, N. «*El espejo del cerebro*». Editorial La huerta grande. (2021).

No obstante, para que de todo lo anterior pueda beneficiarse preso preventivo, es necesario que se regule el vacío legal existente en cuanto a su status legal, ya que el preso preventivo, al no haber sido juzgado y condenado, carece de los beneficios penitenciarios que se contienen en el artículo 25 CE.

Un ejemplo mediático de ello lo constituye el caso de Sandro Rosell y Joan Besolí, produciéndose una libre absolución después de pasar los investigados de la causa 643 días privados de libertad y sin ningún permiso de salida. En aquellos momentos, el entonces investigado Joan Besolí no pudo gozar de permisos de salida para visitar a su hijo, que acababa de quedar parapléjico tras un grave accidente, constituyendo ello un auténtico drama humano³⁰².

Por ello y para concluir, añadimos que tal situación afecta, a nuestro entender, a la dignidad personal de cualquier ser humano, y por lo cual ha de ser objeto de reforma urgente, que dé solución y clarifique cuáles son los derechos del que todavía es inocente.

6. REGULACIÓN DE LA IMPUNIDAD DEL MINISTERIO FISCAL Y DEL JUEZ INSTRUCTOR TRAS LA ABSOLUCIÓN DEL ACUSADO: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

La regulación relativa a la responsabilidad de la Administración de Justicia ha sido ambigua e insuficiente hasta la actualidad.

El artículo 121 CE, fue ampliado y en teoría «regulado» a través de los artículos 293 y 294 LOPJ. No obstante, se trataba preceptos generalistas e

³⁰²

https://www.abc.es/deportes/futbol/abci-gran-olvidado-drama-sandro-rosell-201904251331_noticia.html

indeterminados. Tanto, que ha sido necesaria la doctrina del Tribunal Supremo para suplir esos vacíos, vacíos que fueron llenados por un criterio jurisprudencial realmente restrictivo, tal como ya explicamos en el capítulo relativo a las críticas.

Ya en el 2006, el TEDH condenó a España por vulneración del principio de presunción de inocencia, que el Ministerio de Justicia no respetó al rechazar una demanda de indemnización por dudas sobre la inocencia del sujeto. En aquel momento, el TS prefirió considerarlo como un especial y excepcional supuesto, y continuar en su línea restrictiva, razón por la cual el TEDH volvió a insistir en el asunto a través de la sentencia de 13 de Julio de 2010.

Aunque la situación ahora es distinta, lo cierto es que hasta hace poco eran mínimos los supuestos en los que podía concederse dicha indemnización por prisión preventiva injusta, pudiéndose hablar incluso de impunidad, la cual favorece considerablemente la falta de motivación de los autos de prisión sobre la existencia de los fines necesarios para la adopción de la prisión provisional, ya que ningún tipo de responsabilidad se deriva de ello para jueces y fiscales, y por tanto se perpetúa la escasa motivación de los mismos en supuestos tan necesarios como los que nos ocupan.

Sobre ello, podemos examinar la siguiente estadística que así lo demuestra³⁰³:

³⁰³ Fuente: CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/>

Tabla 4. Expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración aperturados, respecto del total de causas con presos preventivos.

Año	Número de causas con preso provisional	Expedientes de responsabilidad patrimonial iniciados por prisión preventiva	Expedientes estimados
2018	6713	104	1
2017	5829	122	7
2016	5494	148	10
2015	5163	175	2
2014	5869	203	4

Como podemos observar, la proporción de los expedientes que se inician por responsabilidad patrimonial derivados de una aplicación incorrecta de la prisión provisional son muy escasos en relación con el número de causas en los que se usa esta medida. Este dato puede tener varias explicaciones:

La primera, que efectivamente se esté realizando un uso correcto y proporcionado de la prisión provisional en España, de tal forma que la aplicación de esta medida es acertada en la mayoría de los casos, entre el 96-98% de las veces en los últimos 5 años. Si esto es así, tal cual, nos parecería justa y proporcional la medida, pero consideramos que aquellos insignificantes datos estadísticos son tan solo la punta de un iceberg de enormes dimensiones, ya que ese ínfimo número de expedientes estimados pueden verse desvirtuados y relativizados con facilidad por la siguiente explicación:

El artículo 121 de la Constitución del 78 establece que *«Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley»*. En este sentido, también el artículo 32.7 de la Ley 40/2015 establece que *«la responsabilidad patrimonial del Estado por el*

funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial». Además, añade el artículo 34 de la mencionada Ley, que «serán indemnizables las lesiones producidas particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Así pues, las causas por la que se puede iniciar un expediente para reclamar la responsabilidad patrimonial en los casos de prisión provisional son muy tasadas. En añadidura, según estipula el artículo 294 LOPJ «*Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido. La petición indemnizatoria se tramitará conforme a lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior*³⁰⁴».

³⁰⁴ Artículo 293 LOPJ: 1. «*La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de éste se aplicarán las reglas siguientes:*

- a) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses, a partir del día en que pudo ejercitarse.*
- b) La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si éste se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.*
- c) El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado.*
- d) El Tribunal dictara sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días, con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error.*
- e) Si el error no fuera apreciado se impondrán las costas al peticionario.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que el concepto «*inexistencia del hecho imputado*» significa que «*en realidad no se ha producido el acaecimiento que se atribuye a determinada persona*», STS 27 de enero de 1989 FJ1, tratándose de una inexistencia objetiva y no subjetiva. Este último supuesto se incorporó en sus interpretaciones a partir de la STC de 30 de abril de 1990. De esta forma el Tribunal Supremo, de manera reiterada, ha soslayado que se ciñe a la literalidad del artículo 294 LOPJ-

Quedan así, *ipso facto*, suprimidas toda aquella indemnización posible para los supuestos de retirada de la acusación o cuando se demuestra la comisión del hecho imputado por otra persona distinta o cuando no haya habido indicios bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, entre otros.

Cabe destacar como motivo adicional que el escaso porcentaje de estimación de estas resoluciones, es una de las razones por la cual se inician tan pocos expedientes de responsabilidad patrimonial de la administración en este ámbito. Sin embargo, son en torno a 150 personas/año desde el 2014 (entre un 2-3% de las personas que se someten a prisión provisional) las que inician un procedimiento de reclamación por estos motivos a pesar de ser la inexistencia del hecho imputado y la gran dificultad de que se de este presupuesto la única causa por la que se concede esta indemnización.

f) No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.

g) La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute.

2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse».

Destacar también en este apartado un informe realizado en noviembre del 2015 por la Asociación Pro Derechos Humanos de España, Cofinanciado por el Programa de Justicia Criminal de la Comisión Europea³⁰⁵ sobre la práctica de la prisión provisional. En esta investigación, se les pregunta a una serie de jueces y fiscales la proporción de personas que resultan finalmente condenadas tras haber estado en prisión provisional.

A pesar de afirmar no tener estadísticas concretas sobre este porcentaje, los entrevistados estiman que es del 80-90%. Sin embargo, según cita dicho informe: *«esta percepción de jueces y fiscales no se ajusta a los datos obtenidos mediante el examen de expedientes»*, pues de los 26 imputados que habían estado en prisión provisional, solo 17 fueron condenados finalmente, mientras que en los 9 casos restantes se dictó sentencia absolutoria o se sobreseyó el procedimiento. Es decir, 9 de 26 personas, lo que supone el 35% de los casos examinados, tuvieron que someterse a prisión provisional siendo inocentes, dato que deja en evidencia la efectividad de esta medida, tal y como venimos denunciando a lo largo de esta Tesis Doctoral.

El desglose concreto es el siguiente: En los casos en los que se dictó sentencia condenatoria, en 8 la prisión provisional había durado entre 3 meses y 1 año, en 10 había durado más de 1 año, en 2 había sido superior a los 2 años y en 2 superior a los 2 años y medio (en uno 2 años y 7 meses –un mes más de la sentencia condenatoria finalmente impuesta –; y en otro 2 años y 8 meses –que fue finalmente condenado por asesinato y agresión sexual a 25 años de prisión–). En los 9 casos en que personas que fueron declaradas absueltas tras sufrir prisión provisional, en 2 su duración fue inferior a los 6 meses, en 3 de 1 año aproximadamente, en otro caso superior al año, en otros 2 casos superior a los 2 años, y en otro caso superior a los

³⁰⁵ Asociación pro Derechos humanos en España, *«La práctica de la prisión provisional en España»*. (2015).

2 años y medio (que finalmente fue declarado absuelto). Los 3 casos con duración de la prisión provisional superior a los 2 años con sentencia absolutoria fueron los siguientes: 2 años y 27 días (Delito contra la salud pública) 2 años y 11 meses (Delito contra la salud pública) 2 años 3 meses y 11 días (Delito de homicidio) 1 año y 6 meses (Delito contra la libertad de los ciudadanos)³⁰⁶

Otro supuesto alarmante lo constituye el altísimo porcentaje de preventivos que finalmente consiguen suspender la pena de prisión. Es decir, aquellos supuestos en los que la entrada en prisión del sujeto puede ser suspendida conforme al artículo 80 del Código Penal, pero este ya estuvo en preventiva. Este periodo de tiempo no es resarcido a esta persona en modo alguno.

El precepto del Código Penal habla por ejemplo de los antecedentes del penado y de vicisitudes personales y familiares. Pero son aspectos que normalmente ya estaban presentes en el momento de imponer la medida de prisión provisional, por lo que parece que se decide y más tarde se razona si esa decisión debe mantenerse. Sin embargo, en ese lapso de tiempo (que en ocasiones puede ser largo) el sujeto está en prisión, sin tener al menos los escasos beneficios de los que disponen los presos condenados por sentencia firme.

Incluso, algunos autores³⁰⁷ son contrarios a tener en cuenta tanto los antecedentes o detenciones policiales como a la pendencia de procesos penales que hay dirigidos contra el acusado, ya que *«los policiales no pueden ser tenidos en cuenta, pues supondrían un ataque a la presunción de inocencia. Son muchas las detenciones con ingreso en calabozo de las que luego no se siguen procesos penales*

³⁰⁶ Asociación pro Derechos humanos en España, *«La práctica de la prisión provisional en España»*. (2015).

³⁰⁷ RÍOS MARTÍN, J., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. *“Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito: su determinación y aplicación”*. Ed. Universidad Pontificia de Comillas, (2016).

contra la persona; son situaciones de excesos, abusos o errores de la policía. Por ello, esos datos no pueden tener influencia alguna».

Es interesante en este punto mencionar de nuevo el *Informe Anual 2018 del Defensor del Pueblo*, ya citado anteriormente, en el que apuntó que cuando debe satisfacerse por el Estado la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Justicia, el procedimiento constituye un galimatías, debiendo intervenir el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado y, a veces, debiendo tener lugar un nuevo proceso contencioso-administrativo. Consideró el Defensor del Pueblo que habría que simplificar absolutamente el procedimiento, e incluso depurar la responsabilidad ante las comunidades autónomas si esa disfunción era resultado de la acción u omisión de éstas, ya que les corresponden competencias en «administración de la Administración de Justicia». En esta línea apunta a la diferencia que hay entre los esfuerzos realizados por las comunidades autónomas para garantizar el derecho a que tenga lugar un proceso sin dilaciones indebidas.

A través de la STC 85/2019 de 19 de junio, esta situación ha cambiado. Dada la relevancia de dicha sentencia, resaltaré algunos puntos de importancia contenidos en misma.

En primer lugar, señalaba la propia Fiscal del Estado, en su escrito de 23 de octubre, que «*El error judicial es un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse en el plano de la legalidad por los tribunales*». Sin embargo, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo venía considerando en todas sus resoluciones que todo el Título V del Libro III de la LOPJ, bajo la rúbrica «*De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*», hacía referencia a diversos supuestos de error judicial indemnizables, entre ellos, la prisión provisional por inexistencia del hecho, prevista en el artículo 294 LOPJ.

A través de la meditada sentencia, el Tribunal Constitucional distingue, los artículos 292 y 293, que sí que hacen referencia a casos de error judicial, y, por otro lado, el artículo 294, sin que la prisión preventiva indebida regulada en el mismo haya tenido que ser adoptada mediante error judicial.

Lo que dice esta nueva sentencia es que *«la corrección de la medida debe evaluarse sobre la base de lo conocido por el Juez en el momento de su adopción, del mismo modo que en la obligada revisión sucesiva sobre el mantenimiento de la prisión deben integrarse los datos nuevos que se vayan conociendo. No puede enjuiciarse ex post la corrección de la decisión judicial de acordar la prisión»*. Por tanto, habrá que evitar el sesgo retrospectivo que supone juzgar la decisión de la prisión provisional con los datos obtenidos posteriormente en el juicio oral. La absolución del que ha estado en prisión provisional no demuestra un error judicial: puede tratarse de una prisión preventiva legal, correctamente adoptada en su momento, pero que tras la sentencia absolutoria se revela como prisión preventiva indebida o materialmente injusta, que no es lo mismo que error judicial.

Y es que tal como establece la STC 89/1987 FJ2, *«El sacrificio que se impone al ciudadano no se limita a la estricta restricción del derecho a la libertad ambulatoria. Su ejecución incide en la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles, y afecta al desenvolvimiento de la mayor parte de los derechos fundamentales y, singularmente, de los derechos de la personalidad, con los que puede entrar en conflicto»*, de tal manera, que esta indemnización se constituye como un mecanismo por el sacrificio legítimo legal, y no como una indemnización de una prisión defectuosamente acordada.

Añade además el Tribunal Constitucional al final del FJ3, que *«deben dilucidarse todas las razones a que obedece un sistema legal indemnizatorio para*

prisiones provisionales constitucionalmente adecuadas». Sobre ello ampliaré información más adelante.

Por otra parte, la STC 60/2015 FJ4 establece que *«El principio de igualdad ante la Ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que carezca de una justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación»*. Obviamente, si la finalidad de la norma es la compensación de ese sacrificio, lo mismo da que la absolución se deba a la inexistencia objetiva del hecho o a otra razón. Así que concluye el Tribunal que *«no resulta razonablemente justificado con la sola base de la finalidad indemnizatoria de la norma excluir los supuestos de absolución o sobreseimiento por insuficiencia de la prueba de cargo, atañe dicha insuficiencia al hecho o a la participación»*. Ya caso de existir dicha exclusión, estaríamos ante *«una diferencia de trato con consecuencias desproporcionadas en atención a la finalidad indemnizatoria del precepto»*.

En cuanto a la presunción de inocencia, la STC 8/2017 de 19 de Enero ya recogió parte de la jurisprudencia europea, al declarar incompatible con el artículo 24.2 CE la utilización de argumentos que, directa o indirectamente, afecten a la presunción de inocencia al decidir sobre la responsabilidad de la Administración de Justicia por prisión provisional. Dispone también esta sentencia que, *«se menosprecia la presunción de inocencia si una decisión judicial que afecta a un procesado refleja la sensación de que es culpable, cuando en realidad su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente. Una vez que la absolución es firme, la siembra de dudas sobre la culpabilidad incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia»*. El Tribunal apunta que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en una

inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable. *«Exigirle a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por detención provisional se presenta como irrazonable y revela un atentado contra la presunción de inocencia»*. Por este mismo motivo se había condenado a España en las sentencias *Puig Panella contra España*, de 25 de abril de 2006, y *Tendam contra España*, de 13 de julio de 2010.

La STC 85/2019 dispone, en añadidura a lo anterior, que *«Tan respetuoso es con el artículo 24.2 un sistema automático de indemnización, como uno que excluya sin excepción»*.

Resulta también interesante la observación el Tribunal Supremo sobre los efectos de esta medida en diversos ámbitos del sujeto, en la línea que hemos seguido en la presente tesis, considerando que *«el sacrificio instrumental de la libertad que supone presenta un carácter aflictivo extraordinario que el legislador ha tenido presente. Esa penosidad se debe, en primer lugar, a la entidad del derecho afectado, con un significado prevalente en tanto que presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales(...) En estrecha relación con ese significado se presentan las evidentes repercusiones físicas y psíquicas que la prisión puede tener sobre quien la sufre junto a las consecuencias de toda índole que pueden derivar de ella; por ejemplo, en los ámbitos familiar, social o laboral»*. Si bien la adopción de esa medida tiene su justificación en aras del interés general, la indemnización debe proceder en caso de prisión provisional en atención al daño sufrido y al enorme sacrificio asumido.

Se trata también de evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten a las personas que han sido absueltas de cargos penales o cuyos procesos penales han sido sobreseídos, como si fueran igualmente culpables de los hechos

de los que se les acusaba: «*como precisa el Tribunal de Estrasburgo (STEDH de 16 de febrero de 2016, asunto Vlieeland Boddy, §§ 38-40) y recuerda la STC 8/2017, FJ 7, «se menosprecia la presunción de inocencia si una decisión judicial que afecta a un procesado refleja la sensación de que es culpable, cuando en realidad su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente. [...] Una vez que la absolución es firme –aunque se trate de una absolución con el beneficio de la duda–, conforme al artículo 6 § 2 del Convenio, la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia (Rushiti, anteriormente citada, § 31) [...] El Tribunal apunta que, en aplicación del principio in dubio pro reo, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en una inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable».*

Todo ello conduce a que el Tribunal declare la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos del artículo 294.1 LOPJ, «*por inexistencia del hecho imputado*» y «*por esta misma causa*», pasando a quedar redactado de tal 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*». No obstante, señala el Tribunal, a pesar de su falta de concreción, que «*habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa, y en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales*».

Hasta el momento, no se ha producido intervención legislativa alguna sobre el tema, entendiéndose, por tanto, que habrá de estarse de aquí en adelante a las directrices dadas en la misma, y a la espera de una regulación que termine de

acomodar la situación jurídica de las indemnizaciones por prisión provisional indebida.

La sentencia 85/2019, que contradice la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, incluye propuestas de mejora que consideramos muy interesantes y necesarias. Aun suponiendo ya en si misma dicha sentencia un gran avance y mejora respecto de la responsabilidad del Ministerio de Justicia, entendemos que lo teórico ha de tornarse hacia lo práctico, tal como se dispone en el FJ 3, al establecer que «*deben dilucidarse todavía las razones a que obedece un sistema legal indemnizatorio para prisiones provisionales constitucionalmente adecuadas sin ulterior condena*», y para ello tales propuestas nos parecen ejemplares:

a) Decisión de optar o no por establecer una cantidad fija por cada día pasado en prisión, como en países de nuestro entorno: 25 euros Alemania, entre 20 y 50 en Austria (FJ7).

En nuestra opinión, esta es la propuesta de mejora más interesante, creándose un baremo que establezca el valor por día pasado en prisión provisional, debiendo hacerse extensible también a cualquier situación o carga que se haya de soportar y en la que en la que se pueda ver involucrada una persona, poniéndose en duda su inocencia ante unos supuestos hechos típicamente antijurídicos, por ejemplo, en *apud acta*, también para la retirada de pasaporte, localización permanente, o incluso fianza.

b) La concreción de un umbral mínimo del sacrificio indemnizable o reglas de modulación o exclusión de la indemnización, en atención esencialmente al grado de contribución del sujeto en la adopción de la medida cautelar, operando conforme a los requisitos generales de la responsabilidad: daño individual

económicamente evaluable fruto de un gran sacrificio de especial intensidad no catalogable como limitación del derecho y a cuyo desencadenamiento no haya contribuido el perjudicado.

La necesidad de que estas propuestas de mejora sean tenidas en cuenta y debidamente reguladas, se ve reflejada en las reclamaciones que ya han sido interpuestas contra el Estado por algunas figuras públicas cuyos casos fueron mediatizados, como es el ejemplo de Mario Conde³⁰⁸ y Sandro Rosell³⁰⁹, por haber sido encarcelados recientemente en procesos judiciales de los que han salido completamente absueltos.

De otro punto, según explica Francisco Llamazares, presidente de la Asociación Profesional de Funcionarios de Prisiones, cada preso le cuesta al Gobierno entre 60-65 euros al día, unos 1.800 euros al mes, y en torno a 21.600 euros al año, si se tienen en cuenta todos los gastos que conlleva una prisión. En esas cifras van incluidos todos los gastos que el Ministerio del Interior tiene que desembolsar para que los internos duerman, coman y vivan en condiciones dignas. El concepto incluye partidas como alimentación, medicación, personal de la cárcel, limpieza y otro tipo de materiales necesarios.

Atendiendo a estos datos, y teniendo en cuenta los presos preventivos en los últimos años, podemos calcular el gasto realizado por el Estado en este apartado³¹⁰:

³⁰⁸ <https://www.elmundo.es/economia/2020/06/16/5ee86aa121efa0077f8b4584.html>

³⁰⁹ <https://www.lavanguardia.com/deportes/fc-barcelona/20200710/482205797347/rosell-indemnizacion-29-millones-estado.html>

³¹⁰ Fuente: CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/>

Tabla 5. Gasto mensual y anual de los internos como preventivos en los centros penitenciarios y coste unitario.

Año	Preventivos	Gasto/mes	Gasto/año	Coste/preso
2010	13.837	24.906.600.-€	298.879.200.-€	1800.-€
2011	12.148	21.866.400.-€	262.396.800.-€	1800.-€
2012	10.938	19.688.400.-€	236.260.800.-€	1800.-€
2013	9.292	16.725.600.-€	200.707.200.-€	1800.-€
2014	8.595	15.471.000.-€	185.652.000.-€	1800.-€
2015	7.684	13.831.200.-€	165.974.400.-€	1800.-€
2016	7.996	14.392.800.-€	172.713.600.-€	1800.-€
2017	8.362	15.051.600.-€	180.619.200.-€	1800.-€
2018	9.205	16.569.000.- €	198.828.000.-€	1800.-€

De todo ello, se puede deducir no sólo la necesidad de la sentencia 85/2019 para crear un nuevo criterio en cuanto a la indemnización por error judicial o dilaciones indebidas del artículo 121 CE, sino además el enorme costo que supone para el Estado español tener a una persona inocente en prisión, existiendo como existen medidas menos gravosas aplicables al caso, y no solo eso, sino también nuevas medidas que las nuevas tecnologías ponen a nuestro alcance y que desarrollaré en el capítulo de propuestas de mejora.

Además, siguiendo la línea del Defensor del Pueblo por la que sugería que quizás habría que repercutir el gasto a las comunidades autónomas que no llevasen correctamente la «administración de la Administración de Justicia», creemos que si se pudiese ejercitar por parte del Estado que indemniza a un sujeto por los supuestos comentados un derecho de repetición contra el juez que hubiese impuesto la medida sin cumplir con las exigencias legales y jurisprudenciales, nos encontraríamos con datos muy diferentes.

El anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, establece un procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución, que es interesante examinar:

- Una vez que la sentencia absolutoria, el auto de sobreseimiento, o el decreto de archivo sean firmes, se legitimará a la persona encausada que haya padecido prisión provisional en el proceso penal, a reclamar la indemnización cuyo fundamento son los daños que haya podido ocasionarle tal medida cautelar.
- Será necesario que la reclamación vaya firmada tanto por abogado, como por procurador
- Tendrá plazo de presentación, que será de 30 días desde la notificación de la resolución que haya puesto fin al proceso.
- En la demanda, se incluirá el tiempo de prisión provisional padecido, la efectividad de los daños derivados de la privación de libertad, así como el importe que se solicita como indemnización. Podrá además interesarse la práctica de prueba.
- La oposición del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, podrá basarse en inexistencia o ineffectividad del daño; contribución causal del propio demandante en su situación de privación de libertad; así como en relación al importe indemnizatorio que la parte afectada haya señalado en su reclamación.
- Se convocará una vista, cuando sea necesario desarrollar la práctica de la prueba, así como cuando el juez lo estime pertinente.

- Diez días después de la celebración de la vista, o de la presentación de los escritos de oposición, el juez dictará sentencia, contra la cual solo cabrá recurso de casación, salvo que dicha sentencia haya sido dictada, por el propio Tribunal Supremo, en cuyo caso no cabrá recurso alguno contra ella.

- Como novedad, que habremos de ver si llega a cumplir las expectativas de muchos, establece este anteproyecto, en su artículo 872, la creación de una comisión nacional para el seguimiento de la prisión provisional. Todas las sentencias dictadas en instancia y casación, habrán de ser notificadas a la misma, la cual se encargará de examinar, si los órganos judiciales y las fiscalías cuentan con medios humanos y materiales suficientes para ejecutar las medidas cautelares establecidas como alternativa a la prisión provisional, que como ya hemos reiterado en numerosas ocasiones, es la más gravosa.

- Como crítica a dicha comisión, nos gustaría poner de manifiesto nuestra desconfianza ante la formación de esta comisión, la cual, lejos de estar integrada por las personas que se familiarizan en su día a día con la prisión provisional por razón de su trabajo, véase jueces, fiscales y demás funcionarios y personas especializadas, se compone por el presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, el Fiscal General del Estado, el presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por el Teniente Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo y por el presidente del Consejo General de la Abogacía, todos ellos figuras en cuyos nombramientos interviene el Gobierno, entorpeciendo por tanto la obtención de unos datos reales, y fomentando la indivisión de poderes y la politización de la justicia.

7. MEJORAR LA ESTADÍSTICA OFICIAL SOBRE LA PRISIÓN PROVISIONAL.

Como ya comentábamos en el Capítulo relativo a las críticas, apenas existen informes de investigaciones ni estadísticas oficiales sobre prisión provisional en España que permitan poder mostrar información fehaciente sobre aspectos relevantes de la misma, como pueden ser la duración de la prisión provisional, el porcentaje de personas en prisión provisional que finalmente son condenadas o absueltas, o la cifra de personas investigadas que quebrantan medidas cautelares alternativas a la prisión provisional, estadística de la revisión de la prisión provisional³¹¹ de oficio o a instancia de parte³¹²

Respecto al quebrantamiento de medidas cautelares, encontramos que la mayoría de las estadísticas que se realizan al respecto se refieren a Violencia de Género. Por ejemplo, el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género arrojó datos sobre el tercer trimestre del 2017³¹³, señalando que *«estos juzgados ingresaron a lo largo del trimestre un total de 52.040 asuntos penales. Un 57,5 por ciento de los delitos instruidos correspondió a las lesiones previstas en el art. 153 del Código Penal y un 11,6 por ciento al de lesiones del art. 173 de la misma norma. Un 9,1 por ciento fueron delitos por quebrantamiento de medidas cautelares, un 6,5 por ciento fueron delitos contra la libertad, y un 5,6 por ciento fueron delitos por quebrantamiento de penas»*.

Además, varios organismos oficiales publican informes sobre la prisión en España, como es el caso de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias,

³¹¹ Artículo 539 LECrim: *«Los autos de prisión, y también la libertad, podrán ser revisados durante toda la causa»*.

³¹² Asociación pro Derechos humanos en España, *«La práctica de la prisión provisional en España»*. (2015).

³¹³ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Un-70-por-ciento-de-los-juicios-por-violencia-de-genero-acabaron-en-condena-en-el-tercer-trimestre-del-ano->

dependiente del Ministerio del Interior; el Defensor del Pueblo o el Instituto Nacional de Estadísticas, pero ninguno de ellos aborda, como decimos, la prisión provisional como medida cautelar. El Ministerio del Interior dispone de estadísticas sobre la población carcelaria y sobre la cifra de personas en situación de prisión provisional (disponibles dichos informes hasta el año 2019³¹⁴), pero no se recopilan datos relevantes como lo serían el porcentaje de personas en prisión provisional que finalmente son condenadas.

Esto impide que pueda valorarse la prisión provisional de una forma real y constructiva, como sería el caso por ejemplo de la duración de la prisión preventiva, que más allá de sus límites legales, se ve en muchas ocasiones en la necesidad de adoptar una prórroga, ampliando aún el tiempo en prisión. Las dilaciones indebidas que esto provoca por la falta de juicio, dan lugar a la necesidad de estadísticas sobre otros supuestos que subyacen de la principal, como por ejemplo aquellos en los que, tras una sentencia condenatoria, se consigue suspender la pena de prisión, frustrándose todo el régimen de suspensiones del artículo 80 CP, y dejando nuevamente a la persona habiendo soportado una medida que luego no tendrá con qué compensar, siendo la única posibilidad la compensación económica.

Otro ejemplo de ello lo constituyen aquellos supuestos en los que, habiendo estado la persona en prisión provisional, el juicio es declarado nulo por cualquier incidente de nulidad. En este caso tampoco existen investigaciones ni estadísticas que determinen el grado de frecuencia de estos supuestos, ni el procedimiento a seguir cuando el mismo se produce, respecto del tiempo que dicha persona ha estado en prisión.

314

<http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas-/informe-general-de-instituciones-penitenciarias>

La inexistencia de la contabilización de esta información impide poder concretar el alcance de las consecuencias de la prisión provisional en la actualidad, y no solo eso, sino que también impide trazar unos objetivos de cambio realistas y sólidos para sus futuras modificaciones. Sin estadísticas ni investigaciones, lo que los abogados observamos en el día a día de nuestra profesión no es medible ni tangible, y, por tanto, se hace difícilmente acreditable y denunciabile.

Por ello, el consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, deben establecer mecanismos de recogida, sistematización y difusión pública de estos datos.

VI. CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

A lo largo de la presente tesis, hemos pretendido realizar una exposición ordenada de la prisión provisional a través de sus antecedentes históricos, la regulación actual, las críticas a esa regulación y las propuestas de mejora (como avance científico), que, a nuestro entender, corregirían o cuando poco atenuarían la situación en la que en la actualidad se haya la institución objeto de esta tesis doctoral.

Con carácter previo a adentrarnos en los resultados de la investigación, nos detendremos a efectuar unas conclusiones sucintas, por capítulos, a fin de extraer unas ideas más concretas y precisas de cada uno de los puntos que hemos ido tratando.

Sobre el capítulo de los antecedentes históricos, hemos de poner de manifiesto, cómo los diferentes usos que le han sido dados a la prisión provisional, han dado lugar en la actualidad, a una especie de «cajón de sastre» en la que, a pesar de la regulación legal establecida, todo parece ser posible, al depender de criterios que, en rigor, y en su inmensa mayoría, son conceptos jurídicos indeterminados.

Así, el motivo más utilizado a lo largo de la historia de la humanidad y en los diferentes ordenamientos jurídicos, ha venido siendo el peligro de fuga del investigado, sin embargo, también, históricamente, ha sido bastante utilizada la prisión provisional como medio coercitivo para conseguir una confesión del encausado ya fuese estigmatizándolo y/o condicionándolo y/o torturándolo y, en añadidura, como medio eficaz para apaciguar la alarma social ante el hecho delictivo, generalmente con trascendencia mediática y ante un pueblo, por

definición, sediento de justicia. De similar modo, ya en nuestros días, tiene como finalidad impedir la ocultación de pruebas, evitar ataques contra bienes jurídicos de la víctima y tratar de impedir la reiteración delictiva.

Como puede observarse, la ambivalencia en el sesgo histórico de la prisión provisional, dificulta enormemente que puedan trazarse unas líneas definitorias en torno a la misma.

Remontándonos a la España del General Franco, hemos de poner de manifiesto, que durante esta época, el automatismo de la prisión provisional alcanzó su máximo esplendor debido a la situación de guerra y postguerra, que dio lugar a la creación de determinados delitos que se constituían en hechos que eran considerados contrarios al orden público. Todo ello tenía por finalidad mantener a raya posibles ataques al régimen derivado del 18 de julio del 36, por lo que, la libertad personal quedó ciertamente cortocircuitada en pos de la seguridad colectiva e individual. Proteger al estado y a la sociedad, estaba por encima de lo individual, y por tanto, la utilización de la prisión provisional como medio para combatir la alarma social, era básico, sobre todo ante cualquier ataque que pusiera en peligro la nación española como bien jurídico protegido.

Así, a pesar de las reformas realizadas durante la transición (1975-1978), y aún con la esperanza puesta en que la recién llegada democracia inorgánica pusiese fin a esa inercia, lo cierto es que no fue así. El resultado fue una regulación carente, incompleta, y que necesitaba ser continuamente sostenida por las resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y las sentencias del Tribunal Constitucional para no incurrir en las ilegalidades que, por desventura, han llegado hasta nuestros días.

Entendemos que han llegado hasta nuestros días, porque, a pesar de la Sentencia 47/2000, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, de 17 de Febrero, en el Recurso de Amparo nº889/96, que dio lugar a la autocuestión de inconstitucionalidad y la consecutiva reforma de la prisión provisional a través de la Ley 13/2003, de 24 de octubre, se siguieron necesitando las resoluciones del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional para completar su regulación, perpetuándose una situación de inseguridad jurídica en cuanto a la aplicación de la prisión provisional, dada su ambigüedad y falta de precisión. Debiendo ser el legislador el que legislase sin fisuras en un tema que afecta nada más y nada menos que al valor supremo del ordenamiento jurídico: la libertad.

Respecto del capítulo relativo a la regulación legal actual, y además de hacer un repaso objetivo por su concepto, caracteres, principios que la informan, su procedimiento, así como sus distintas modalidades, podemos sostener, al hilo de lo anterior, que sigue primando la ambivalencia, la inconsistencia y un halo de calmar la alarma social, a pesar de que este último motivo se encuentre fuera de los que posibilitan el acuerdo del cautiverio.

En este punto, nos parece interesante hacer mención a los principios que informan la prisión provisional, véase, principio de exclusividad jurisdiccional, instrumentalidad, legalidad, excepcionalidad, provisionalidad, temporalidad, subsidiariedad, proporcionalidad, y motivación. Todos ellos tienen una literalidad que en la práctica no siempre es respetada, sino más bien adaptada de cualquier forma a las inherencias sobrevenidas y por tanto consecuentes de esos antecedentes históricos.

Llegados a este punto, consideramos necesario hacer una reflexión profunda entre la esencia de estos principios y los derechos fundamentales que nuestra constitución proclama, ya que en muchas ocasiones, los mismo se distancian, e

incluso de contraponen. Por ello, concluimos con que la regulación de la prisión provisional es muy mejorable y que se encuentra alejada de la realidad social, de los tiempos tecnológicos que vivimos, de dotar de sentido a los derechos consagrados que nuestra constitución reconoce y así como de tratar con el mayor grado de rigor e igualdad posible a los que delinquen, ya que el estado en su conjunto debe poner los mecanismos, medios y formar para tratar de rehabilitarlos y reinsertarlos.

Después de esta investigación de años, entendemos que ha de ponerse todo el énfasis posible en una nueva regulación que nos aleje de la polarización y del ejemplarísimo de la justicia a la hora de legislar e imponer penas, y nos acerque cada vez más, a la conciliación como resarcimiento, disolviéndose de nuestro subconsciente la idea de crimen-castigo, porque la justicia no ha de tratar ser ejemplar, sino justa.

Para sostener esta idea, es interesante hacer una breve mención a la teoría de los constructos personales, desarrollada por George Kelly. Esta teoría parte de que la realidad que experimentamos, se construye en base a constructos personales, constructos personales que se organizan dicotómicamente: Alto-bajo; guapo-feo; bueno-malo; pequeño-grande; blanco-negro; verdad-mentira. Como podemos observar, se trata de polos opuestos que excluyen los puntos intermedios, los grises, justamente igual que ocurre con la temática analizada. Pareciera que libertad o cárcel sean las únicas alternativas posibles, así lo podemos observar al ver cómo figuras como la prisión provisional atenuada, entre otras medidas cautelares menos gravosas, quedan prácticamente en desuso, o si se usan, no se confía plenamente en su utilidad.

Abordar una nueva regulación de la prisión provisional, ha de convertirse en un ejercicio de consciencia, con la mirada puesta en integrar a todas las personas

por igual, y soltando el binomio culpable-inocente, de tal forma que una reinserción real, confiando en las posibilidades de cambio y transformación del ser humano, sea posible.

En relación al capítulo sobre críticas a la prisión provisional en España, y continuando en la línea del capítulo anterior, podríamos concluir que nos encontramos ante una regulación en la que «todo cabe», imposibilitándose así un estudio real, exhaustivo y objetivo a cerca de los fines que han de motivar la prisión provisional y las consecuencias que esta acarrea para el encausado.

Así pues, hemos creído conveniente poner de relieve las críticas relativas a la vulneración que de ella se hace respecto de sus fines, así como de los principios informadores que la que la sustentan, y que han de cumplirse. También críticas sobre el procedimiento establecido para su adopción, ya que son numerosos los puntos en los que la literatura legal se aleja en demasía de la práctica ejercida. Por tanto, hemos analizado el uso abusivo al que la misma es sometida; la ruptura del principio de inocencia que nuestra Constitución garantiza; el efecto estigmatizante que conlleva su mal uso, debido también a la forma en que se ejerce en esta sociedad el derecho a la información y comunicación, los cuales suelen poner en peligro nuevamente la presunción de inocencia, además de generar un entorno alarmista y de inseguridad constante; la restricción implícita y explícita que implica para la libertad del encausado, ya que este puede verse explícitamente privado de su libertad, y también puede verse privado de su libertad a través de la condena social, derivada del mal uso del derecho de información; el deterioro de la salud física y psicológica del encausado, dados los largos períodos a los que se extiende la prisión provisional; la conformidad del reo como fin del problema, y que da lugar en muchas ocasiones, a declararse culpable por hechos delictivos que quizás no se han cometido, pero es rentable conformarse dada cuenta del tiempo cumplido en prisión provisional y los años de pena que se quedarían con la confesión, antes que

arriesgarse a un juicio en el que, el mero intento de defender la propia inocencia, la persona se expone a penas exponencialmente más elevadas; la falta de estadísticas en relación a los presos preventivos y la situación actual que, sobre la temática de la presente tesis, acontece; la inexplicable impunidad que portan el ministerio fiscal y el juez instructor ante la absolución del preso provisional, los cuales no incurren en responsabilidad alguna ante el hecho de haber acordado de forma incorrecta o innecesaria la prisión provisional, lo cual favorece aún más el automatismo el binomio libertad-prisión; el perjuicio económico patrimonial y laboral para el investigado; la pérdida cada vez más creciente de los derechos individuales en pos de una seguridad ficticia que ofrece el estado como garantía ante la mencionada cesión; así como el estado policial que ello acaba constituyendo, en el que vivir, se convierte en algo existencialmente peligroso.

Como conclusión, a nuestro juicio imprescindible, diremos que el derecho a información sensacionalista y alarmática que rige en nuestro país, respecto a todo en general y sobre la prisión provisional en particular, nos está llevando a un vivir peligrosamente, donde la renuncia a parcelas cada vez mayores del derecho a la libertad del ser humano se encuentra cada vez más justificada, en pos de una seguridad ficticia, aunque parece tener cada vez más aceptación en la sociedad. Sin libertad, no hay seguridad, o al menos, consideramos que esta sería una seguridad condicionada, dictatorial, falaz, que es lo que finalmente ocurre con la prisión provisional; un cautiverio que, casi como en sus orígenes, vuelve a ser autoritario y déspota.

En último lugar, hemos considerado que se hace de vital importancia un capítulo sobre propuestas de mejora, dada cuenta de la imperiosa necesidad de la que regulación actual de la prisión provisional sea adecuada al panorama y necesidades reales del mundo actual.

Uno de los puntos principales para ello, es la modificación relativa a los extensos plazos con los que hoy cuenta la prisión provisional. Aún a pesar de ello, vemos en la práctica como en numerosas ocasiones estos deben ser ampliados mediante las prórrogas, a las que por tanto, también se les da un mal uso.

También se hace imprescindible revisar el modo en que se acuerda la prisión provisional, ya que, dada la enorme distancia existente entre la teoría y lo que luego ocurre en la práctica, se perpetúa su mal uso, pasando este desapercibido en numerosas ocasiones. Por ello, se propone se incluya, dentro de su procedimiento, un informe psicosocial del detenido el cual sea emitido por el equipo técnico adscrito al juzgado, es decir, por psicólogos, trabajadores sociales y profesionales de la criminología, que valoren de forma eficaz, si el encausado ha de someterse a la más dura de las medidas cautelares personales. En relación a las garantías de defensa de la persona detenida, se propone el refuerzo de la proposición de prueba respecto de las audiencias a las que hace referencia el artículo 505 LECrim, para que pueda equilibrarse el principio de igualdad de partes. Se hace también de vital importancia, la inclusión de programas formativos para Jueces y Fiscales sobre la aplicación y contenido de la jurisprudencia internacional.

Otras propuestas de mejora que desarrollamos a lo largo de esta tesis, son:

- a) Abogar de forma certera por el uso de aplicaciones y sistemas de geolocalización permanente a fin de tener controlados a los encausados. Las tecnologías son ya una realidad presente, con sus pros y sus contras. Si las mismas son ya empleadas en situaciones tales como la violencia de género, su extensión al resto de la justicia ha de ser una cuestión insoslayable. Además, a pesar del coste que podría implicar su implantación, el mismo sería fácilmente recuperable, ya que el coste de personal se vería ampliamente reducido.

- b) Establecer un modelo de prisión provisional que aporte seguridad jurídica y que sea claro, lo más aproximado posible a un sistema tasado de «*numerus clausus*». Dado que el pago de la fianza que prevé el artículo 529 LECrim, las comparecencias periódicas ante la autoridad judicial, la retirada de pasaporte, o la prohibición de residir o acudir a determinado lugar, o aproximarse a determinadas personas o a comunicarse con ellas, parecen insuficientes que la prisión provisional sea adecuadamente acordada, proponemos también la reforma de la inutilizada prisión provisional atenuada, de tal forma que pueda existir un régimen de semilibertad o tercer grado preventivo, quizás similar al vivido recientemente en tiempos de pandemia, que permita darle una utilidad y uso real a esta institución jurídica, más allá del estado de salud de la persona, que son los supuestos para los que a día de hoy se constituye.
- c) Crear un baremo de la prisión provisional y confeccionar una escala, similar al baremo previsto para los accidentes de tráfico, de tal forma, que la prisión provisional se presente como indiscutible en determinados delitos, en otros no proceda bajo ninguna circunstancia, y otros muchos en los que sea necesario un estudio profundo de las circunstancias de la persona y de los hechos para considerar si procede o no acordar el cautiverio. En este caso, se haría imprescindible el informe psicosocial del que hablábamos más arriba, constituyéndose como un requisito indispensable para cumplir con la prisión preventiva.
- d) Aumentar los supuestos indemnizables y las indemnizaciones a todo aquel que haya sufrido una privación de su libertad ambulatoria o restringida la misma y finalmente resulte absuelto o suspenda la pena. Esta propuesta puede considerarse bastante sencilla de conseguir, gracias

a la STC 85/2019, de 19 de junio, en la que se pone en evidencia el quebrantamiento de varios derechos y principios en torno a la prisión provisional, como sería el principio de presunción de inocencia. En relación a este punto, se propone establecer una cantidad fija por cada día que la persona pasa en prisión provisional. También la concreción de un umbral mínimo de sacrificio indemnizable, o reglas de modulación o exclusión de la indemnización, en atención, por ejemplo, al grado de contribución del sujeto en la adopción de la medida.

- e) Mejoras en cuanto a las condiciones de salud física, psíquica y emocional de los presos. Si tenemos en cuenta los negativos efectos que conlleva el cautiverio para la salud del preso, podemos observar rápidamente cómo se hace necesario cuidar de su salud de forma holística, con vistas a una futura reinserción en la sociedad. En este punto proponemos la inclusión de planes personalizados de formación, coaching y acompañamiento de los presos, con la finalidad de que no caigan en la desidia y el desamparo sino que puedan recuperarse a sí mismos como personas e iniciar una nueva y renovada vida a su salida.
- f) Mejorar la estadística oficial sobre la prisión provisional. Sin estadística, difícilmente pueda hacerse una evaluación real de los avances que puedan darse. Un ejemplo concreto de ello, se da en relación al porcentaje de personas en situación de prisión provisional y que finalmente son condenadas. Otra oportuna estadística sería en relación a la duración de la prisión provisional, también los casos en los que consigue suspenderse la pena tras una sentencia condenatoria, o cuando el juicio es declarado nulo por cualquier incidente de nulidad. Se hace determinante poder concretar estas cuestiones, para poder establecer un plan de mejora certero.

Por tanto, podemos decir que, si bien la institución jurídica de la prisión provisional es necesaria en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, no es menos cierto que su regulación actual no hace más que propiciar un uso inadecuado de la misma, vulnerando derechos fundamentales tan relevantes como la libertad y la dignidad personal, la presunción de inocencia y el derecho a un proceso justo con todas las garantías, entre otros.

Además, tal como la Unión Europea lleva poniendo de manifiesto en reiteradas ocasiones, la práctica de la prisión provisional en España colisiona en bastantes aspectos con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, adoleciendo de una insuficiente implementación de las normas vinculantes de la Unión Europea sobre esta materia.

Por todo ello, podemos concluir que el Derecho español está involucionando, pasando de la seguridad jurídica que concedía el principio de presunción de inocencia a un principio de culpabilidad; de la libertad durante todo el proceso, al encarcelamiento previo a la condena; de anteponer las garantías al hecho enjuiciado, a casi olvidarnos de las mismas; de considerarse la prisión provisional una medida cautelar, a convertirse en una pena anticipada.

Entendemos que de ponerse en marcha estas propuestas disminuiría la delincuencia, se reduciría el gasto penitenciario del estado español, se restituiría de mejor forma el perjuicio causado a la víctima y a la sociedad y se mejoraría la calidad de vida de los encausados, de ahí la relevancia de orientar las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social de los penados, en armonía con lo preceptuado en el 25.2 CE.

Como conclusión final, he de añadir que sin reforma legal, ninguno de los automatismos incrustados en el proceso penal y de los que he hablado a lo largo de esta tesis podrán ser modificados por otros ajustados a Derecho.

Solo mediante Ley podemos conseguir un cambio profundo y real que respete los derechos fundamentales de los ciudadanos, que resuelva la problemática existente en torno a la naturaleza jurídica de la prisión provisional y que se adecue a la jurisprudencia europea.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA DE PAZ, E. «*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*». Editorial Hijos de Reus. (1923).
- ALONSO CUEVILLAS-SAYROL, V. La nueva regulación de la prisión preventiva. *Revista jurídica de Catalunya*. (1997).
- ALONSO FERNÁNDEZ, J.A. «*Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España*». Universitat Internacional de Catalunya. (2017).
- ALONSO FERNÁNDEZ, J.A. «*Tribunal Constitucional fines de la prisión provisional*». Barcelona, José María Bosch Editor (2019)
- Asociación pro Derechos humanos en España, «*La práctica de la prisión provisional en España*». (2015).
- ÁLVAREZ PALENZUELA, V. A, «*Historia de España de la Edad Media*», Editorial Ariel. (2011).
- ALZAGA VILLAAMIL, O. «*Comentarios a la Constitución Española de 1978*». Madrid, Edersa (1998).
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P, «*Presunción de Inocencia y Prisión sin condena. Detención y Prisión Provisional, Cuadernos de Derecho Judicial*», CGPJ. (1996).
- ANDRÉS IBAÑEZ, P. «*Información y criminalización*». En *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid (1988). Págs. 277 y ss.
- ANTERQUERA, J.M «*Historia de la legislación española desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*», Imprenta de San Francisco de Sales, (1895).
- ARAGÓN REYES, M., «*El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978*». *Revista de Estudios Políticos*, nº 7. (1979).
- ARAGONESES MARTINEZ. *Derecho Procesal Penal*. Centro de Estudios Ramón Areces. (2004).
- ARISTÓTELES. «*La Política*».
- ASENCIO MELLADO, J. M. «*Derecho Procesal Penal*». Tirant lo Blanch. (1998).

- ASENCIO MELLADO, J.M. «*La prisión provisional*». Civitas. (1987).
- ASENCIO MELLADO, J.M. «*Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad*», La Ley, núm. 6211, 16 de marzo de 2005.
- ARROYO COBO, J.M; RUIZ ARIAS, S; GIRALDEZ RAMIREZ, P; ACEDO RAMIRO, R. «*Institución penitenciaria y salud mental: La última frontera*». (2020).
- BANACLOCHE PALAO, J. en «*La libertad personal y sus limitaciones*». McGraw-Hill. (1986).
- BARALLAT LÓPEZ. «*Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional*». Editorial Sepin. (2004).
- BARONA VILAR, S. «*Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*». Editorial Tirant lo Blanch (2004).
- BARONA VILAR, S. «*Medidas cautelares en el proceso penal*». Editorial OIM (2015).
- BARONA VILAR, S. «*Prisión provisional y medidas alternativas*». Bosch. (1988).
- BARRITA LÓPEZ, F. A. «*Prisión preventiva y ciencias penales*. Editorial Porrúa, S.A. (1999).
- BERNAL PULIDO, C. «*El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*». Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (2003).
- BURILLO ALBACETE, F: «*El nacimiento de la pena privativa de libertad*». Editorial Edersa (1999).
- CALDERÓN CUADRADO, M.P. «*Medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*». Editorial Civitas. (1992).
- CAMPANER MUÑOZ, J. «*El uso (hasta el abuso) de la prisión preventiva en España*». Derecho Penitenciario. (2011).
- CARRARA, F. «*Opúsculos de Derecho Criminal*». Editorial Temis. (1978).

- CASTELLANOS, N. «*El espejo del cerebro*». Editorial La huerta grande. (2021)
- CATALINA BENAVENTE, M. A. «*La regulación de la prisión provisional tras la reforma efectuada por la LO 13/2003. Expectativas insatisfechas*». Editorial Aranzadi (2007).
- CASTRO FELICIANO, A. J. «*Reflexiones sobre la prisión preventiva, conveniencia de mantener su configuración actual o necesidad de su reforma: sentido o alcance de esta*». Revista del Poder Judicial. (1995).
- CLÉMENT MARTIN, J. «*La revolución francesa. Una nueva historia*». Editorial Crítica (2013).
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «*Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*». (1997)
- DAMIÁN MORENO, J. «*La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal*». Editorial Sepin. (2004).
- DELGADO MARTÍN, J. «*La posición de la víctima ante la prisión provisional*», en *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepin, Madrid (2004).
- DE MARISCAL, G. «*Justicia: independencia, imparcialidad, politización* ». Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria, 2006.
- DÍEZ PICAZO, L.M., «*El poder de acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*». Editorial Ariel. (2000).
- DORREGO DE CARLOS, A. «*Hacia una nueva justicia penal*». Editorial sepín. (2004).
- ESCAFF SILVA, E., ESTÉVEZ MERELLO, M., FELIÚ VERGARA, P., TORREALBA-HENRÍQUEZ, C. «*Consecuencias psicosociales de la privación de libertad en imputados inocentes*». Revista Criminalidad, 55 (3).
- ENGELBERT OELSNER, K. «*Un relato de la vida de Sieyès. Miembro de la primera Asamblea Nacional, y de la Convención*». Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional de Perú. 2021.
- FAIRÉN, V., «*Teoría General del Derecho Procesal, Instituto de Investigaciones Jurídicas*». (1992).

- FARALDO CABANA, P. «*El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*». Revista Actualidad Penal. (2003).
- FERNANDEZ ENTRALGO, J. «*Prisión provisional*». Revista general del derecho. (1986).
- FERNÁNDEZ MARUGÁN, F. «*Retrasos en la administración de justicia*», separata del volumen II del Informe anual 2018 del Defensor del Pueblo, Madrid.
- GANON, G. «*Reforma de la Policía, ¿cambio organizacional o estructural?*», en Seguridad urbana, nuevos problemas, nuevas perspectivas. Pensar alternativas teóricas y políticas sobre la cuestión criminal, Santa Fe: Universidad del Litoral.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «*Curso de Derecho administrativo*». Editorial Civitas. (1988).
- GARRIDO GUZMÁN, L. «*Manual de ciencia penitenciaria*», Editorial Edersa, (1983).
- GIMENO SENDRA, V., «*Constitución y Proceso*». (1998).
- GIMENO SENDRA, V., «*Introducción al Derecho Procesal*». Editorial Tirant lo Blanch. (2020).
- GIMENO SENDRA, V. «*La aplicación procesal del nuevo Código Penal*». Revista general de Derecho. (1997).
- GIMENO SENDRA, J.V. en «*La prisión provisional y el derecho a la libertad*». Editorial La Ley. (1998).
- GIMENO SENDRA, V. «*Manual de derecho procesal penal*». Editorial Dykinson, Pamplona (2019).
- GOMEZ BENÍTEZ, J.M. «*Teoría del Derecho Penal. Parte General*». Editorial Civitas. (1984).
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. «*El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español*». Artículo publicado en Cuadernos de Derecho Público. (1998).

- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. «*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*». Editorial Colex. (1990).
- GONZALEZ PASTOR, C. P. «*La nueva regulación de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*». Editorial La Ley. (2003).
- GRECO, L. «*Lo vivo y lo muerto de la teoría de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal*». Marcial Pons (2015).
- GROSSO GARCÍA, M. S. «*Una aproximación crítica al concepto derecho penal del enemigo*». *Revista iusta*. (2007).
- GUERRA PÉREZ, C. «*La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*», Editorial Tirant lo Blanch. (2010).
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. «*La prisión provisional*». Monografías Aranzadi. (2004).
- HABERMAS, J. «*Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*». Trotta. (1998).
- De las HERAS SANTOS, J.L. «*La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*», Universidad de Salamanca. (1994).
- HERNANDEZ GÓMEZ, I. «*Prisión provisional y garantías. Revista de la facultad de ciencias jurídicas*». (2012).
- HERNÁNDEZ HOLGADO, F: «*Cárceles de mujeres del Novecientos: una práctica de siglos*». Universidad complutense de Madrid. (2013).
- HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. «*Prisión provisional y garantías*», en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, Nº 16/17, 2011/2012
- HOMERO. «*La Iliada*».
- IBAÑEZ JUSTINIANO, A. «*Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*». Universidad de Castilla la Mancha. (1996).
- JAR COUSELO, G. «*El papel de la policía en una sociedad democrática*», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (1999).

- JIMENA QUESADA, L. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1997, de 20 de mayo». *Revista General de Derecho*. (1997).
- JIMÉNEZ Y GÓMEZ, M. «Desaparición de la prisión preventiva». *Revista Ius*. (2007).
- JORGE BARREIRO, A. «La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial. (1996).
- Krishnananda. Dr. Thomas Trobe. «De la Codependencia a la Libertad: Cara a cara con el miedo. (Psicoemoción)». Editorial Gaia. (2017).
- LANDROVE, D. G. «Prisión preventiva y medidas alternativas de libertad en estudios penales y criminológicos». Universidad de Santiago de Compostela. (1984).
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A. «Los fines de la prisión provisional». Editorial Aranzadi. (1998).
- LEYVA ESTUPIÑAN, M.A y LUGO ARTEAGA, L: «La influencia de Beccaria en el Derecho Penal Moderno». *Derecho Penal y Criminología*. (2013).
- LOPEZ AGUILAR, J. F., «La Justicia y sus problemas en la constitución». Editorial Tecnos. (2001).
- LOPEZ RUBIO, D.; ROSAS LOZANO, M.V.; TORRES MARTÍN, L.; VICO ARANDA, J. M. «La prisión preventiva». *Boletín criminológico*. (1996).
- MACIÁ GOMEZ, R. I. «El nuevo sistema de adopción de la medida cautelar de prisión provisional». *Actualidad penal* (1996).
- MATOS LARRINAGA, J. «Un curso de emociones». Editorial Urano. (2020).
- MATTES, HEINZ, «La prisión preventiva en España». Servicio de publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo (CEU), (1975).
- MATXOA, E. «Efectos de la cárcel. Harrera Elkarte», 1-15.
- MOMMSEN, CRHISTIAN MATTHIAS THEODHOR. «Derecho penal romano», Editorial Temis. (1991).

- MONTANOS FERRIN, E. «*Estudios de historia del derecho criminal*», Madrid, Editorial Dykinson, (1990).
- MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisprudencial III*. Editorial Tirant lo Blanch, (2018).
- MORA, F. «*Cómo funciona el cerebro*». Editorial Alianza. (2017)
- MORENO CATENA, R. «*Derecho procesal Penab*». Editorial Tirant lo Blanch.
- MORENO CATENA, V. «*En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980*». Revista de derecho procesal Iberoamericana. (1981).
- MORENO CATENA, R. «*las medidas cautelares persiguen siempre una finalidad procesal permitiendo el normal desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia*». Editorial Tirant lo Blanch (2005).
- MORENO CATENA, R. «*Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos*». Editorial Tirant lo Blanch. (2006).
- MORENO, V. Y CORTÉS, V. «*Derecho procesal penab*». Editorial Tirant lo Blanch. (2017).
- MUÑOZ CONDE, F. «*¿Es el Derecho Penal internacional un «Derecho Penal del Enemigo»?»*. Revista Penal, nº 21, (2008).
- NAVARRO MASSIP, J. «*La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines*». Editorial Aranzadi (2013).
- NIETO, A., «*La organización del desgobierno*». Editorial Ariel. (1993).
- Observatorio Derechos Humanos y Salud Mental en Prisión. «*Informe derechos humanos salud mental prisión*». Editorial Àmbit. (2021).
- OLIVER OLMO, P: «*El siglo de los castigos. Prisión y formas carcelarias en la España del siglo XX*». Editorial Anthropos. (2013)
- OLIVER OLMO, P. «*La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado Liberal*». Universidad del País Vasco, (2000).
- ORTELLS RAMOS, M. «*Para una sistematización de las medidas cautelares*». Revista General de Legislación y Jurisprudencia. (1978).

- PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V. «*El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas*», Poder Judicial, 19 (1990).
- PEREZ GORDO, A. «*Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la LECrim y en los textos legales y jurisprudenciales*». Editorial Justicia 84. (1984).
- PÉREZ CEPEDA, A.I. «*La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal posmoderno*». Editorial Lustel (2007).
- PÉREZ MARTÍN, A. J.: «*La doctrina jurídica y el proceso inquisitorial*». Anuarios de Derecho. (1989).
- PÉREZ MORALES, G. «*Actual regulación de la prisión Provisional, Anales de Derecho*». Universidad de Murcia. (1996).
- PÉREZ RODRIGUEZ, A. «*La prisión provisional y su aplicación en el denominado "juicio del proces"*». Comillas Universidad Pontificia. (2020).
- PILLADO GONZÁLEZ. E. «*Hacia un proceso penal más reparador y resocializador: Avances desde la justicia terapéutica*». Editorial Dykinson (2019).
- PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. «*Derecho Procesal Penal*», Civitas. (2010).
- PORTILLA CONTRERAS, G. «*El Derecho Penal y Procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-internos, en Dogmática y Ley Penal*». Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. (2004).
- PRIETO RODRÍGUEZ, J.I. «*La medida de prisión provisional. Privación de libertad sin condena*». Publicación semanal técnico jurídica de Derecho Penal. (1988).
- RAMOS MÉNDEZ, F. «*Enjuiciamiento criminal. Séptima lectura constitucional*». Editorial Atelier. (2004).
- REUS, E. «*Ley de Enjuiciamiento Criminal. Concordada y anotada*». Revista General de Legislación y Jurisprudencia. (1983).
- RÍOS MARTÍN, J., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. «*Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito: su determinación y aplicación*». Ed. Universidad Pontificia de Comillas, 2016.

- RODRÍGUEZ BLANCO, V. «*La Politización de la justicia: Instrumentos a favor de una mayor separación de poderes como presupuesto necesario para una democracia de calidad*». Universidad Miguel Hernández. (2018).
- RODRÍGUEZ BLANCO, V., «*Poder Judicial y calidad democrática en España*». Revista Pasos a la Izquierda, nº7. (2017).
- RODRIGUEZ MAGARIÑOS, F.G. «*La paulatina erradicación de la prisión preventiva: Un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías*». Universidad autónoma de Madrid. (2009).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «*Algunas consideraciones sobre el principio de legalidad y otros principios básicos del Derecho Penal*». Real academia gallega de jurisprudencia y legislación. (2017).
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. «*Configuración constitucional de la prisión provisional*». Editorial Aranzadi. (1998).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «*Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy*», Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Editor Dykinson (2010).
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. «*La prisión preventiva y los derechos humanos*». Anuario de derechos humanos, (1983).
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. «*La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?*» Revista jurídica española de doctrina. (1984).
- ROXÍN, C., «*Derecho Penal. Parte general*», (2007).
- RUIZ Y RODRÍGUEZ, HERMENEGILDO MARÍA. «*Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal, concordada, anotada y seguida de observaciones*». Imprenta de la revista de la legislación, (1880).
- SÁNCHEZ MELGAR. Límites temporales de la prisión provisional. Editorial Tirant lo Blanch. (2003).
- SÁNCHEZ ROIG, M., y COLL CÁMARA, A. «*Prison nursing and its training*», revista Española de Sanidad Penitenciaria (2016) 18.

- SÁNCHEZ –VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «*Una lectura crítica de la Ley del indulto*». Revista para el análisis del Derecho. (2008).
- SANGUINÉ. «*Prisión provisional y derechos fundamentales*». Editorial Tirant lo Blanch. (2004).
- SERRANO GÓMEZ, A., «*Corrupción, delito y crisis en la Administración de Justicia*». Diario la Ley. (2013).
- SEVILLANO FUERTES, A. y VIDAL ENCINAS, J.M. «*Urbs Magnifica. Una aproximación a la Arqueología de Asturica Augusta (Astorga, León)*», Editorial Celarayn (2002).
- URBANO CASTRILLO, E. «*Presupuestos y fines de la prisión provisional*». Editorial Sepin. (2004).
- VALVERDE MOLINA, J. «*La cárcel y sus consecuencias La intervención sobre la conducta desadaptada*», Editorial Popular, Madrid, 1997.
- VEGAS TORRES, J., «*El Consejo General del Poder Judicial como garantía de la independencia judicial*». Diario la Ley. (2012).
- VIDAL, C, «*Apóstol para las naciones: La Vida y los Tiempos de Pablo de Tarso*», Editorial B & H. (2021).
- VILLEGAS FERNANDEZ, J.M. «*Prisión provisional y opinión pública*». Editorial Aranzadi. (2007).
- WACQUANT, L. «*Las cárceles de la miseria*», Editorial Manantial, Buenos Aires (2000).
- ZAFFARONI, E., ALAGIA A., y SLOKAR A., «*Derecho penal. Parte general*», Editorial Ediar, Buenos Aires (2011).
- ZAMBRANO PASQUEL, A. «*Derecho penal del enemigo y la impronta del terrorismo*» Editorial Adier. (2006).

VIII. LEGISLACIÓN

- España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, 17 de septiembre de 1882, núm. 260.
- España. Decreto 3096/1973, de 14 septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (vigente hasta el 05 de Julio de 2010)
- España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, págs. 33987-34058.
- España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 02 de Julio de 1985, núm. 157.
- España. Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado, 5 de octubre de 1979, núm. 239.
- España. Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Boletín Oficial del Estado, 6 de octubre de 2015, núm. 239, páginas 90192 a 90219.
- España. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado, 13 de enero de 2000, núm. 11.
- España. Ley 16/1980, de 22 de abril, sobre modificación de los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional. Boletín Oficial del Estado, 26 de abril de 1980, páginas 9060 a 9060 núm. 101.
- España. Ley 23/1976 de 19 de Julio, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación y expresión de las ideas y libertad de trabajo. Boletín Oficial del Estado, de 21 de Julio de 1976, páginas 14135 a 14136 núm. 174.
- España. Ley 10/1978 de 20 de febrero, de derogación de la circunstancia cuarta del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Boletín Oficial del Estado de 23 de febrero de 1978, páginas 4394 a 4394, núm. 46

- España. Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Boletín Oficial del Estado de 13 de enero de 1982, núm. 11.
- Real Decreto Ley 2/1977
- la Ley de 10 de septiembre de 1931
- Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal del 1872
- Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835
- Códigos Penales de 1848 y 1850
- Constituciones españolas posteriores de 1869, 1876 1931
- Novísima Recopilación de las Leyes de España, 1567
- Nueva York. Instrumento de ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Boletín Oficial del Estado, de 30 de abril de 1977, páginas 9337 a 9343, núm. 103.
- Roma. Convenio de Roma de 5 de noviembre de 1950. Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los Derechos y libertades fundamentales hecho en roma el 4 de noviembre de 1950, el protocolo adicional al convenio, hecho en parís el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Boletín Oficial del Estado, número 243, de 10 de octubre de 1979.
- Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Diario Oficial de la Unión Europea, de 6 de noviembre de 2013, páginas 1 a 12, núm. 294.
- Francia. Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa de 26 de agosto de 1789.
- CEDH
- Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. (BACPP)
- Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020
- Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la

comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas. Boletín Oficial del Estado, de 18 de junio de 2011, núm. 145.

- España. Decreto de 23 de noviembre de 1940. Boletín Oficial del Estado de 29 de noviembre de 1940, Ministerio de la Gobernación.
- Carta Europea sobre el Estatuto del Juez

IX. JURISPRUDENCIA

- STC 49/1999, de 5 de abril, Boletín Oficial del Estado, núm. 100, de 27 de abril de 1999
- STC 147/2000, de 29 de mayo, Boletín Oficial del Estado, núm. 156, de 30 de junio de 2000.
- STC 128/1995, de 26 de Julio, Boletín Oficial del Estado, núm. 200, de 22 de agosto de 1995
- STC núm. 146/1997, de 15 de septiembre. Boletín Oficial del Estado, núm. 248, de 16 de octubre de 1997
- STC 140/2012 de 2 de Julio. Boletín Oficial del Estado, núm. 181, de 30 de julio de 2012.
- STC 60/2001 de 26 de Febrero, Boletín Oficial del Estado, núm. 77, de 30 de marzo de 2001
- STC 138/2002 de 3 de Junio, Boletín Oficial del Estado,
- STC núm. 98/0998, 4 de Mayo, Boletín Oficial del Estado,
- STC 41/1982, de 2 de Julio, Boletín Oficial del Estado,
- -STC 19/1999 de 22 de Febrero, Boletín Oficial del Estado,
- STC 156/1997, de 29 de Septiembre, Boletín Oficial del Estado,
- STC 23/2002 de 28 de Enero, Boletín Oficial del Estado,
- STC 94/2001
- SSTC 60/2001, de 26 de Febrero, Boletín Oficial del Estado,
- STC 138/2002, de 3 de Junio, Boletín Oficial del Estado,
- STC 62/2005;
- STC 333/2006, de 20 de Noviembre, Boletín Oficial del Estado,
- STC 128/1995
- STC 191/2004, de 2 de noviembre, Boletín Oficial del Estado,
- STC 56/1987 de 14 de Mayo, Boletín Oficial del Estado,
- STC 3/1992 de 13 de Enero, Boletín Oficial del Estado,
- STC 128/1995 de 26 de Julio, Boletín Oficial del Estado,

- STC 18/1983
- STC 2/1994
- STC 85/2019 de 19 de Junio, Boletín Oficial del Estado,
- STC 89/1987
- STC 60/2015
- STC 8/2017 de 19 de Enero, Boletín Oficial del Estado,
- STC 143/2010, de 21 de diciembre, Boletín Oficial del Estado.
- STC 27/2008, de 11 de febrero, Boletín Oficial del Estado.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife 2465/2013, de 11 de noviembre 2013.
- STC 150/1989, de 19 de mayo de 2021.
- STC 21/2018, de 5 de marzo de 2018.

X. RECURSOS WEB CONSULTADOS

- Agencia Española de Protección de Datos:
[//www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf](https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf)

- Blog cuerpo mente:
https://www.cuerpomente.com/psicologia/cerebro/meditacion-efectos-salud-cerebro-neurociencia_4219

- Cis base de datos:
<http://www.analisis.cis.es/BDConsultaSeriePrg.jsp>

- Diario 20 minutos:
<https://www.20minutos.es/noticia/3557284/0/espana-menos-tasa-prision-preventiva-europa/>

- Diario el mundo:
<https://www.elmundo.es/espana/2020/01/13/5e1c1e88fc6c83147d8b4645.html>

<https://www.elmundo.es/economia/2020/06/16/5ee86aa121efa0077f8b4584.html>

- Diario el País:
http://elpais.com/diario/1994/02/04/espana/760316428_850215.html

https://elpais.com/diario/2010/03/14/espana/1268521201_850215.html

- Diario Infolibre:

https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/06/03/el_greco_vuelve_in_star_espana_modificar_sistema_eleccion_del_cgj_para_garantizar_independencia_judicial_107386_1012.html

- Diario La Vanguardia:

<https://www.lavanguardia.com/deportes/fc-barcelona/20200710/482205797347/rosell-indemnizacion-29-millones-estado.html>

- Diario Valenciaplaza:

<https://valenciaplaza.com/el-juez-eloy-velasco-apoya-la-supresion-del-constitucional-en-favor-del-supremo>

- El Diario de la Educación:

<https://eldiariodelaeducacion.com/2020/04/02/el-control-social-sera-uno-de-los-grandes-ganadores-de-la-pandemia/>

- Foro judicial:

<http://forojudicial.es/wpfi/?cat=524-2-2001>.

- Instituciones penitenciarias:

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html>

- Lista de estupefacientes sometidos a fiscalización internacional.
https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/Yellow_List/57th_edition/57th_edition_YL_SPA.pdf

- Ministerio del Interior (Gobierno de España).
<http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas-/informe-general-de-instituciones-penitenciarias>

- Poder Judicial:
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/>

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/>

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Un-70-por-ciento-de-los-juicios-por-violencia-de-genero-acabaron-en-condena-en-el-tercer-trimestre-del-ano->

- REDIB:
<https://revistaenletra.files.wordpress.com/2020/08/el-10-garaventa.pdf>

- RAE:
<https://dle.rae.es/abate>

- Tribunal Constitucional:

http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/memoria_2013.aspx

- Youtube:

Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=nYUwqM9G7Rw> (Las fechorías del Tribunal Constitucional hasta Cándido Conde-Pumpido)

Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=dVgKWRPQ-Ys> (Peligros de la big data)

Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=Pwuw4W1-Pfo&t=1599s> (Carme Jiménez Huertas)

Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=6XtvMEhiNpw> (Los efectos de la pandemia más allá de la crisis sanitaria. Conferencia Emilio Carrillo)

