

**VOTO PARTICULAR** que presenta la Excma. Vocal del CGPJ, **Dña. Montserrat Comas d' Argemir**, al que se adhieren los Excmos. Vocales, **D. Fernando Salinas, D. Luis Aguiar de Luque, D. Javier Martínez Lázaro, D. José Antonio Alonso, D. Juan Carlos Campo, D. Félix Pantoja, Dña. M<sup>a</sup> Angeles García y D. Agustín Azparren**, al acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 12 de febrero de 2003 por el que se ha aprobado el **Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional**

La que suscribe este Voto Particular fue designada Ponente en la Comisión de Estudios e Informes de fecha 16 de enero de 2003. La Ponencia presentada fue rechazada globalmente por tres votos en contra y dos a favor en la Comisión de Estudios e Informes de fecha 30 de enero de 2003, sin que se tomara en consideración que los veinte primeros folios son una recopilación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de Prisión Provisional. Tampoco se tomó en consideración las 15 menciones favorables al texto del Anteproyecto en los que se valora de forma positiva no sólo la constitucionalidad del texto sino también la mejora técnica respecto a la vigente regulación legal de la prisión provisional.

Ninguna de las cuestiones críticas que se contienen en la Ponencia que se presentó y respecto de las cuales se sugerían alternativas más acordes a criterios de Jurisprudencia constitucional, **a fin de que cumplan con la finalidad de compaginar el binomio “seguridad ciudadana y protección de las víctimas con las garantías del imputado que no ha sido juzgado y que, en consecuencia goza con el principio de presunción de inocencia”**, han sido recogidas en la nueva ponencia, ni tras la deliberación en el Pleno celebrado en el día de hoy.

Del análisis del Informe aprobado por el Pleno se concluye que no se formulan observaciones, conclusiones ni crítica alguna al texto del Anteproyecto informado, ni siquiera de mejora de técnica legislativa. Por esta razón se presenta como Voto Particular la misma Ponencia que se presentó en su día y que fue desestimada, introduciendo los cambios necesarios para comentar el Informe del cual se discrepa.

## **ESTADO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EUROPEA Y CONSTITUCIONAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL**

La prisión provisional, también denominada prisión preventiva o cautelar, como medida coercitiva y limitación de la libertad personal, constituye una medida cautelar ante el supuesto de un imputado por un delito, sin que exista todavía sentencia condenatoria, por lo que se produce una inevitable analogía 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 al proceso, ya que se trata de medidas que afectan, de la misma manera, en sentido

negativo, a la libertad del inculpado aunque difieran entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad y el alcance de la misma en uno y otro caso. Por ello, el Tribunal Constitucional habla de “ *semejanza sustancial* ” entre una y otra (STC 32/1987, y 128/1995) “ *cuyo contenido material coincide básicamente* ”.

El uso de la prisión provisional afecta pues al núcleo del sistema de libertades, presupuesto de todos los demás derechos, pero al mismo tiempo se relaciona con el principio de presunción de inocencia.

Así, la STC 128/95, citando la 109/86, afirma que “ *la presunción de inocencia... opera en el seno del proceso como una regla de juicio, pero constituye a la vez una regla de tratamiento en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo. Cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusadora tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad, pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta ni puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida, y con mayor razón, proscribida la utilización de prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc, ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales* ”.

En consecuencia, la doctrina mayoritariamente considera la prisión provisional como una medida realmente excepcional, subordinada a las necesidades del procedimiento, brevísima, sólo tolerable en caso de delito grave, subsidiaria, y sólo prorrogable para dar respuesta a auténticas necesidades como impedir la fuga del reo, impedir que estorbe o dificulte la investigación criminal.

Así, junto a fines específicos de naturaleza cautelar como evitar la fuga, asegurar la instrucción o impedir la ocultación de medios de prueba, cumple otros de naturaleza extraprocesal como es impedir la reiteración delictiva, pero, al mismo tiempo, esa duplicidad de fines ocasiona un conflicto entre los derechos que el imputado tiene como persona presuntamente inocente y la demanda social de seguridad ante determinados hechos delictivos.

La prisión provisional supone la privación de libertad de una persona presuntamente inocente y por ello se ve afectado su ámbito de libertad por lo que nunca pueden olvidarse los valores y principios constitucionales y el contenido de los tratados y acuerdos internacionales

sobre derechos y libertades ratificados por España (art. 10 CE, art. 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 5 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966).

No nos encontramos, pues ante una institución de configuración puramente legal pese a que en nuestra Constitución la única mención a ella es para indicar en el art. 17.4 que *“asimismo, por Ley se determinará el plazo máximo de la libertad provisional”*, sino que, como advierte la Sentencia del TC 128/1995, de 26 de julio, citando sentencias anteriores: *“la institución de la prisión provisional, situada ante el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano por otro, no sólo viene delimitado por los preceptos que antes reseñábamos, sino también por el art. 1.1, consagrando el Estado social y democrático de Derecho que “propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político y por el art. 24.2 que dispone que todos tienen derecho a un proceso público, sin dilaciones indebidas y a la presunción de inocencia”*.

*“Este caudal normativo ... descarta tajantemente, sin merma de la relevancia constitucional de la concepción legal de su contenido, que la naturaleza de este derecho “pueda ser mecánicamente conducida a la categoría de los derechos de configuración legal” (STC 206/1991, y 13/1990) y determina que tan ilegítima puede ser la prisión decretada “cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley como contra lo que la ley dispone” (SSTC 127/84, 34/87, 13/94, 241/94, 32/84, 3/92).*

En una sociedad democrática, la privación de libertad de una persona inocente todavía, por no haberse dictado sentencia condenatoria, es una situación realmente excepcional que sólo puede justificarse en tanto en cuanto finalmente responda a la consecución de objetivos de extremo interés o valor para el mantenimiento del Estado de Derecho, por lo que las causas que puedan conducir a la prisión provisional deben estar previstas por el legislador, fundándose siempre en indicios de culpabilidad y acordada motivadamente por un juez, con posibilidad de ser recurrida y a través de un procedimiento que garantice la contradicción y defensa.

Así, en concreto la STC 128/1995 indica que *“El establecimiento de los principios que informan la institución de la prisión provisional debe reparar prioritariamente, en primer lugar, en su carácter restrictivo de la libertad, que la emparenta directamente con las penas privativas de libertad, con cuyo contenido material coincide básicamente (STC 32/1987) y, en segundo lugar, en divergencia ahora con la pena, en que el sujeto que sufre la medida no ha sido declarado culpable de la realización de un hecho delictivo y goza, en consecuencia, de la presunción de inocencia. Estas dos coordenadas fundamentales matizan en parte e intensifican, también parcialmente, la penetración en esta medida cautelar de los criterios*

*conformadores del Derecho sancionador en un Estado social y democrático de Derecho. Mas allá, pues del expresado principio de legalidad (arts. 17.1 y 17.4 CE), debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivos la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos". (f.j.3º).*

*La misma sentencia afirma que "El derecho fundamental a la libertad, de carácter preeminente en nuestro texto constitucional, no se concibe en el mismo, sin embargo, como un derecho absoluto. De modo expreso indica el art. 17 su limitación en función de otros intereses fundamentales. La determinación de esta frontera sirva para identificar, si bien, con carácter negativo, el propio objeto del derecho (que sea la libertad protegida por el art. 17) y su contenido propio (facultad de rechazo del titular frente a toda posición ilegítima de privación o restricción), y para fiscalizar las actuaciones públicas que la afecten. Que la prisión provisional puede constituir un supuesto limitativo excepcional del derecho a la libertad no parece afirmación que despierte controversia; que la misma debe restringirse para ello a determinados casos es algo que ya hemos explicitado en el fundamento anterior; que su decreto debe revestir determinadas formas, peculiarmente las de resolución judicial motivada, es inferencia de la letra del art. 17, de su remisión a la ley y los propios principios constitucionales que informan el derecho a la libertad". (f.j.4º).*

A la vista de las anteriores consideraciones y siguiendo siempre la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, procede analizar más detenidamente los caracteres formales y materiales de la prisión provisional

**Legalidad:** La institución de la prisión provisional, en cuanto limita el derecho fundamental a la libertad, ha de tener la cobertura formal de Ley Orgánica (STC 32/1987), y un contenido proporcionado a los fines que persigue la restricción.

La ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación como el contenido de las injerencias en los derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo necesaria una "predeterminación normativa..... a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción que incorpora" (STC 127/1990).

**Excepcionalidad:** Es una natural exigencia de la institución que nos ocupa dada la proclamación de la libertad personal como derecho fundamental en el art. 17 CE y en el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y conforme señala reiteradamente el TC en sentencias 128/1995, 33/1999, 47/2000 y 8/2002 y el TEDH en sentencias de 29-02-1988, caso Bouamar y de 10-11-1969, caso Stögmüller. Tal principio

puede sintetizarse en que sólo puede adoptarse la medida de prisión provisional cuando subyazca a la misma una imputación suficientemente sólida y cuando persiga una finalidad trascendente y congruente con su naturaleza, como la de eliminar el riesgo de fuga, de obstrucción a la labor de la justicia o evitar la reiteración delictiva, siempre bajo la ineludible necesidad de que el órgano jurisdiccional concrete los presupuestos, finalidad y motive su concurrencia.

**Subsidiariedad:** condición vinculada a la anterior y que exige que, ante la gravedad de la prisión provisional, se de prioridad a otras posibles medidas que pueden ser eficaces para conseguir los mismos fines sin tan grave coste procesal: arresto domiciliario, comparecencias periódicas ante los tribunales o ante la policía, retirada del pasaporte, prohibición de residir en determinados lugares o de acercarse a los mismos, orden de residencia en sitio determinado, etc.

**Instrumentalidad:** La prisión provisional no puede constituir un fin en sí mismo sino que responde a necesidades, ante todo procesales como son asegurar la presencia del imputado en las diferentes fases, asegurar la ejecución de la sentencia, evitar posibles obstrucciones al normal desarrollo del juicio o evitar la reiteración delictiva (STC 128/1995, 47/2000, 8/2002, 23/2002, 142/2002, 217/2001, 207/2000, etc.). En concreto la sentencia 44/1997 afirma que constituirían las finalidades de la prisión provisional *“la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el normal desarrollo del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad parten del imputado: su sustracción de la acción de la Administración de la Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva”*. Por lo tanto no es objetivo de la prisión provisional *“los fines punitivos o de anticipación de la pena”* (SSTC 128/1995, 40/1987, 41/1982), la obtención de declaraciones de los imputados (STC 128/1995) o la mitigación de la alarma social ocasionada por el delito (SSTC 66/1997, 98/1997).

**Proporcionalidad:** Se refiere a la relación existente entre el medio empleado y el fin perseguido partiendo del dato legitimador de que la libertad sacrificada sea menor que la libertad preservada. Es necesario pues hacer un juicio de ponderación a la hora de adoptar la medida cautelar de manera que las consecuencias gravosas que puede generar en una persona respondan estrictamente a los fines pretendidos y reconocidos constitucionalmente. El fundamento de este principio puede venir: *“del valor justicia (STC 160/1987, 50/1995), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, 50/1995), o de la dignidad de la persona (STC 160/1987)”* (STC 55/1996). Esta misma sentencia reconoce que el TC *“ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas.....y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la*

*norma, sino también a otros fines legítimos que pueden perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos". Más adelante afirma, citando la sentencia 53/1985, que "el legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento" y "Establecida esta premisa, debemos precisar en primer lugar cuál es el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuales son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma. Esta precisión constituye el prius lógico para la determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del art. 17,1 CE, al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad; a la par que permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes" de forma que "En rigor, el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (SSTC 66/85, f. j. 1º; 19/88, f. j. 8º; 50/95, f. j. 7º), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento".(STC 55/1996)*

La doctrina, analizando los criterios de la sentencia citada concluye que el análisis comparativo puede diseccionarse en una condición y tres exigencias. La primera, que sirva a un fin constitucionalmente legítimo y, las condiciones, que cumpla el juicio de idoneidad de forma que cualitativamente sea idóneo para la legítima finalidad perseguida, que no sea igualmente eficaz una medida menos restrictiva y que, en sentido estricto, no sea mayor la libertad sacrificada que la falta de libertad generada. Por lo tanto, no debemos olvidar cuales son los únicos fines de la prisión provisional según la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional: la conjuración de los riesgos de fuga, de obstrucción de la investigación penal y de comisión de delitos. En el mismo sentido se manifiestan las sentencias 33/1999, 8/2002, 128/1995 y 47/2000.

Por otra parte, el contenido sumamente aflictivo de la prisión provisional, catalogada como privativa del derecho fundamental a la libertad, según la jurisprudencia anteriormente citada, supone que también deba tenerse en cuenta la llamada proporcionalidad subjetiva, a través de la constatación de una posibilidad relevante de culpabilidad tal y como establece la, tantas veces citada, STC. 128/1995: "Ausente la posible virtualidad en cuanto tal del principio de culpabilidad, debe asimismo acentuarse, tal como hace el Tribunal Europeo de Derechos

*Humanos (Sentencias del T.E.D.H. de 10 d noviembre de 1969, caso Stögmüller, de 28 de marzo de 1990, caso B contra Austria; de 26 de junio de 1991, caso Letellier; de 25 de noviembre de 1991, caso Kempache; de 12 de diciembre de 1991, caso Toth; de 12 de diciembre de 1991, caso Clooth; de 27 de agosto de 1992, caso Tomasi, de 26 de enero de 1993; caso W. Contra Suiza), que la constatación de “razonables sospechas” de responsabilidad criminal opera como conditio sine qua non de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida cautelar”.*

**Provisionalidad:** La prisión provisional sólo puede mantenerse durante el tiempo que permanezcan las circunstancias que motivaron su imposición como lógica consecuencia de los principios antes citados. Así lo reconoce la abundante jurisprudencia existente al respecto como las STC 142/2002, 8/2002 y de 128/1995 y las sentencias del TEDH de 26-10-2000, asunto Kudla; de 1-8-2000, asunto P.B. contra Francia; de 21-2-1996, asunto Singh, y de 28-3-1990, asunto B. contra Austria, al referirse al derecho, consagrado en el art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento, lo que obliga a la revisión judicial de la situación de prisión o confinamiento para valorar si persisten los indicios racionales de que el detenido había cometido un delito y que persistían motivos suficientes para mantenerle en esa situación excepcional.

**Temporalidad:** La prisión provisional ha de tener un plazo máximo de duración, más allá del cuál no puede mantenerse, aún considerándola necesaria para el correcto desarrollo del proceso. La norma constitucional es clara al respecto (Art.17.4 CE) tanto por exigencias de seguridad jurídica como de proporcionalidad, afirmando la STC. 127/1984 que “... aunque esos plazos pueden variarse por el legislador, mientras la Ley fije unos, es evidente que han de cumplirse, y ese cumplimiento... integra la garantía constitucional de la libertad consagrada en el art. 17 CE”. El mismo Tribunal Constitucional ha delimitado tanto el inicio del cómputo del plazo de prisión provisional, entendiendo que “no necesariamente incluye el período anterior en que se haya padecido privación de libertad con causa legal distinta como son los supuestos de detención” (STC. 37/1996), que sí forma parte de la duración de la prisión provisional el tiempo de prisión atenuada sufrido por un militar (STC. 56/1997), que no cabe entender que la prórroga permitida por la Ley tras la condena no firme se pueda acordar cuando no se ha dictado aún la sentencia condenatoria, pero sí se ha deliberado y votado a cerca de su contenido (STC.241/1994) y que cuando sean varios los delitos imputados no es posible sumar los plazos máximos de duración de la prisión que correspondería a cada uno de ellos para determinar el plazo máximo aplicable, pues “tal interpretación supondría hacer depender el plazo máximo de duración de la prisión provisional, que el art. 17.4CE ordena establecer por Ley, de un elemento incierto, como es el número de delitos de que pueda acusarse a una persona y sería contrario a los pactos internacionales ratificados por España, al poder conducir,

*por simples operaciones aritméticas, a resultados notoriamente superiores a todo plazo razonable” (STC. 28/1985).*

Por otra parte, el plazo legal máximo es también una exigencia del principio de proporcionalidad, ya que *“sin necesidad de rebasar las limitaciones temporales impuestas por el art. 505 de la LECrim. puede lesionarse el referido derecho fundamental si el imputado permanece en situación de prisión provisional más allá de un plazo que, atendidas las circunstancias del caso, puede objetivamente estimarse que excede lo razonable” (STC. 206/1991), ya que se trata de un “concepto jurídico indeterminado que habrá de ser perfilado para cada caso concreto en atención a las circunstancias y, por supuesto, a los criterios establecidos por este Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (STC. 2/1994). En el mismo sentido se manifiestan las SSTC. 41/1996 y 44/1997 así como múltiples sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre las que destacan las de 21/12/2000, 10/10/2000, 1/8/2000, 25/4/2000, 28/3/1999, 29/2/1988, 10/11/69.*

**Carácter jurisdiccional:** *Corresponde exclusivamente a los órganos del Poder Judicial adoptar la medida cautelar de prisión provisional, quedando vedada a los órganos de la administración la adopción de la misma y exigiéndose siempre la imparcialidad objetiva del juez instructor por el mero hecho de reunir tal condición y la de decisor de la libertad del imputado (STC. 98/1997), y exigiéndose un suficiente grado de motivación del auto de prisión para constituir título válido y no generar la indefensión de quien la sufre (SSTC. 128/95, 217/2001, 8/2002, 142/2002, entre otras. En concreto la sentencia 128/1995 afirma que: “en efecto, más allá de las menciones del apartado segundo del art. 17 a la autoridad judicial y más allá de la regulación que de los aspectos formales de la prisión provisional hace la LEC, debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motivación judicial –entendida en el doble sentido de explicitación del fundamento de Derecho en el que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión-, y las circunstancias fácticas que legitiman la privación de libertad, pues sólo en aquélla van a ser cognoscibles y supervisables éstas. De este modo, amén de al genérico derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1.CE (SSTC 66/1989, 5º, 9/1994, 6º 13/1994 6º), en este supuesto de afección judicial al objeto del derecho, la falta de motivación de la resolución que determine la prisión provisional afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la privación de libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma (STC 128/1995, de 26 de julio).*

## **ESTUDIO DEL ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA**

## 1.- Exposición de motivos

Dada la importancia que a efectos interpretativos tiene la exposición de motivos de cualquier norma legal, es conveniente hacer un rápido análisis de la del presente Anteproyecto de Ley Orgánica.

En su apartado 1º, la exposición de motivos, se refiere a la necesidad de la reforma de la prisión provisional de acuerdo con los requisitos, cada vez más claros y exigentes, impuestos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Hace expresa referencia a que 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”* y se remite a la auto-cuestión de inconstitucionalidad promovida sobre los arts. 503 y 504 de la LECrim. por la STC 47/2000. En definitiva, el anteproyecto responde a uno de los objetivos del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001, firmado por el Gobierno de la Nación y los Partidos Popular y Socialista, en el que se afirma que *“se persigue que la justicia actúe con rapidez, eficacia y, calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales”*. En efecto, en el punto 17 del mismo, dentro del apartado dedicado a la Ley de Enjuiciamiento Criminal se recoge la necesidad de abordar *“la reforma de la prisión provisional, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*.

A continuación, y ya en el apartado 2º analiza someramente lo que significa la excepcionalidad y proporcionalidad de la prisión provisional concluyendo que la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso y que la prisión provisional, en cuanto restrictiva de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia, debe tener un contenido tal que la limitación de los derechos fundamentales que esta institución comporta sea proporcionada a los fines que con ella se pretenden alcanzar y que no son otros que asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva y siempre bajo la perspectiva de que el sacrificio que a la libertad de la persona se impone, sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

Así las cosas, se comprende mal el que en la exposición de motivos se afirme “por tanto, no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la Ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea” y ello, porque aunque debe respetarse en la materia el principio de legalidad, anteriormente citado, sobre todo a la hora de establecer realmente los límites a la prisión provisional, no se justifica el que esa descripción taxativa de

las causas sea, como luego se verá, tan sumamente amplia que la excepción llega a convertirse en regla general, mas aún si, como aparece en el articulado, se impone preceptivamente a los órganos jurisdiccionales la obligación de decretar la medida tan pronto como se den los requisitos legalmente determinados.

En el apartado 3º de la exposición de motivos ya se alude al establecimiento de un límite mínimo para acordar la prisión provisional de un sujeto, fijación correcta a la luz de la doctrina del TC y del TEDH, si no fuera porque ya se anuncia que dicho límite (sustituir por campo de aplicación) estará en los dos años de prisión o incluso menos en casos excepcionales, límite realmente reducido e inadecuado a los fines que la ley dice perseguir, como más adelante se analizará y especialmente incongruente con la clasificación de los delitos que hace el Código Penal.

Igualmente se considera positivo, por cumplir el mandato del art. 17.4 de la CE la limitación del tiempo de prisión provisional, que sólo podrá mantenerse mientras subsistan los fines constitucionalmente legítimos que la justifican en un caso concreto, teniendo de nuevo en cuenta la exigencia de proporcionalidad e impidiendo el que un sujeto permanezca indefinidamente privado de libertad, sin haber sido declarada su criminalidad, aún cuando subsistan los riesgos que el art. 503 establece. Ello, como se anuncia, obligará a los jueces y tribunales a actuar sin dilaciones indebidas, dando respuesta a la jurisprudencia del TEDH al interpretar y aplicar el art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Aceptada y conforme a los principios constitucionales es también toda la referencia al procedimiento que debe seguirse para la adopción de la medida, a través de una comparecencia en la que se garantiza la contradicción y defensa, así como la forma de adopción de la resolución por la que se acuerda la prisión provisional, exigiendo su motivación de acuerdo con las exigencias constitucionales y poniendo especial cuidado en aquellos casos en los que el sumario se hubiere declarado secreto.

Opinión favorable merece también la referencia al intento de simplificar y acelerar el trámite de los recursos que se interpongan contra el auto acordando la prisión preventiva, cumpliendo así con lo previsto en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia.

## **2. Artículo 502. Carácter excepcional y subsidiario de la prisión provisional**

### **2.1.- Carácter Jurisdiccional**

El artículo 502 del Anteproyecto comienza haciendo referencia al Juez o Magistrado instructor, al Juez que forma las primeras diligencias y al Juez o Tribunal que conozca de la causa como únicos competentes para acordar la prisión provisional, manteniendo así el

principio de exclusividad judicial, como no podía ser de otro modo, dado que, según unánime jurisprudencia constitucional nos encontramos en presencia de una medida limitadora del derecho fundamental a la libertad personal de especial trascendencia en cuanto que su privación condiciona las posibilidades de realización práctica de todo el sistema de libertades reconocido en la constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales. Sólo los Jueces y Tribunales en cuanto garantes de los derechos, según el art. 117 de la CE y 6 y 7 de la LOPJ pueden establecer limitaciones a los mismos.

La Sentencia de 10/11/69 del TEDH, asunto Stögmüller , afirma que corresponde al Tribunal “buscar y apreciar el carácter razonable de los motivos que han determinado a las autoridades judiciales a decidir, en el caso que les ha sido sometido esta grave derogación de los principios de la libertad individual y de la presunción de inocencia que constituye toda detención sin condena”

## **2.2.- Subsidiariedad**

El párrafo 2º del mismo artículo se refiere al principio de subsidiariedad, aludiendo a la necesidad objetiva de adopción de la medida conforme a los criterios a que se exponen en los arts. siguientes pero siempre cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines. En Derecho Comparado se han ido imponiendo toda una serie de medidas, algunas de las cuales también contempla nuestro derecho positivo, que pueden cumplir funciones similares sin el grave coste personal de la prisión provisional. Incluso el Comité de Ministros del Consejo de Europa sugiere la conveniencia de sustituir tan dura medida recurriendo a otras como la vigilancia domiciliaria, la orden de no abandonar un lugar determinado sin previa autorización del Juez, la orden de comparecer periódicamente ante determinada Autoridad, la prestación de una caución, el internamiento de delincuentes jóvenes en instituciones especializadas. La recomendación 80 del mismo Comité establece como alternativas la promesa del interesado de responder a los requerimientos de la autoridad judicial y de no obstaculizar el curso a la Justicia, la obligación de residir en un lugar determinado, la prohibición de abandonar un lugar sin autorización, la obligación de presentarse regularmente ante alguna Autoridad, la retirada del pasaporte o de otros documentos de identidad, la prestación de una caución o de otras garantías para el interesado, teniendo en cuenta sus recursos, la prestación de garantía por un tercero y el control y asistencia por un órgano determinado, designado por la autoridad judicial.

En el derecho comparado existen, además de éstas, algunas otras medidas de control, de especial interés en atención al principio de subsidiariedad ya que pueden cumplir el fin de la prisión provisional restringiendo en mucha menor medida los derechos de quien todavía no ha sido declarado culpable de delito alguno.

Así, y a título de ejemplo, en el derecho francés se prevé el deber de informar al Juez de los desplazamientos más allá de ciertos límites, responder a las llamadas de cualquier autoridad o persona cualificada designada por el Juez, sometiéndose a medidas de control relativas a las actividades profesionales, abstenerse de conducir todos y determinados vehículos, abstenerse de relacionarse con determinadas personas, someterse a medidas de examen tratamiento o curación, no ejercer determinada actividad profesional, no emitir cheques, no utilizar o llevar armas, constituir garantías reales o personales para asegurar los derechos de las víctimas, justificar la contribución a las cargas familiares a las que haya sido condenado. Ante un incumplimiento de estas medidas sí que podría proceder la prisión provisional.

En el derecho alemán existe un catálogo menos extenso de medidas alternativas, pero no se limitan las que pueden adoptarse de tal modo que el Juez tiene una facultad discrecional para acordar aquellas que sean convenientes, como no admitir contactos con determinadas personas, internamientos en hospitales, retirada del permiso de conducir, etc.

Medias similares existen en el derecho portugués e italiano e incluso en éste el Juez tiene una amplia facultad de decisión sobre cual es la medida más adecuada, atendiendo a las circunstancias e insistiéndose en la proporcionalidad y regulando el arresto domiciliario. En cualquier caso, incluso en el ámbito de estas medidas alternativas se obliga a seguir el criterio de la subsidiariedad y proporcionalidad de tal modo que la acordada inicialmente debe sustituirse por una menos restrictiva tan pronto como las circunstancias así lo aconsejen.

En Inglaterra existe una mayor imprecisión normativa pero en la práctica el funcionamiento es muy similar estableciéndose en la Bail Act una presunción general a favor de la fianza, en especial cuando se superan los límites temporales impuestos legalmente para la celebración del juicio.

En consecuencia, se valora positivamente la redacción del art. 502.2 en cuanto establece las pautas básicas a seguir por los jueces y tribunales a la hora de decidir si se decreta o no la prisión provisional al fijar que debe ser objetivamente necesaria y que no

existan otras medidas menos gravosas a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines.

A tales fines y valorando las medidas cautelares contenidas en nuestra ley procesal penal, esta Vocal sugiere al Consejo que proponga al Gobierno que estudie la conveniencia de promover una modificación legislativa en este ámbito, a fin de incorporar en nuestro ordenamiento y a título indicativo algunas de las medidas cautelares previstas en el derecho comparado antes citado. Así por ejemplo, la generalización de las medidas de alejamiento previstas únicamente para los delitos del art. 57 CP, determinadas limitaciones de la libertad ambulatoria, la retirada del pasaporte, la caución de conducta propia, la suspensión cautelar de la tenencia y permiso de armas, etc.

### **2.3.- Gravedad de la pena**

El art. 502.3 establece que la gravedad de la pena por sí sola, no podrá justificar la adopción de la prisión preventiva si, atendida la naturaleza del hecho y las circunstancias de arraigo del imputado, puede presumirse que no se sustraerá a la acción de la Justicia.

Al respecto la STC 128/1995 afirma, analizando el peligro de fuga que “al constatar la existencia de ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. En efecto, la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga –y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de Justicia- resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huida cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia. Sin embargo, ese dato objetivo inicial y fundamental, no puede operar como único criterio –de aplicación objetiva y puramente mecánica- a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características personales del inculpado –como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de que dispone, etc.” ( Sentencias del TEDH de 27 de junio de 1968, caso Neumeister; de 10 de noviembre 1969, caso Matznetter; de 10 de noviembre 1969, caso Stögmüller; de 26 de junio 1991, caso Letellier; de 27 de agosto 1992, caso Tomasi; de 26 de enero 1993, caso W. contra Suiza).

En concreto la Sentencia .de 23/1/93 del TEDH, asunto W. contra Suiza, afirma que *“el peligro de fuga no puede apreciarse sobre la sola base de la gravedad de la pena a imponer”*.

En el asunto B. contra Austria, de 28/3/90 afirma *“en cuanto al riesgo de fuga, el Tribunal recuerda que la eventualidad de una condena severa no es suficiente, después de algún tiempo, para justificar el tiempo de la detención (Asunto Wemhoff)”*.

A la STC 128/1995, se refiere la STC 47/2000 poniendo en relación las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza con otra serie de circunstancias a la hora de constatar el peligro de fuga y recuerda que la 128/1995 también afirma que *“si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga..., también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso”*.

No obstante, la STC 47/2000 citando las SSTC 37/96 y 62/96 afirma que *“la medida de prisión provisional debe en todo momento responder a los fines constitucionalmente legítimos de la misma y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito”*.

La STC 217/2001 a su vez mantiene que *“entre los criterios que hemos considerado relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y racionalidad de la motivación se encuentran, en primer lugar, las características del delito imputado, su gravedad y de la pena con que se castiguen y, en segundo lugar las circunstancias concretas y las personales del imputado, siendo importante también el momento en que la medida se adopte”*.

La STC 8/2002 dice *“este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación en la medida cautelar. El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado”*. Análogo criterio sigue la STC 142/2002.

En consecuencia, la redacción de la norma responde a criterios constitucionales debiendo ponderar razonablemente el Juez, como hace en las sentencias citadas, el peso que para el acusado o inculpado puede tener la mayor gravedad de la pena a la hora de intentar sustraerse a la acción de la justicia, lo que debe valorarse atendiendo a la naturaleza del hecho, circunstancias personales y concretas. En este sentido tal vez hubiese sido más correcto utilizar la expresión *“circunstancias personales del imputado”*, o *“arraigo social y familiar así como los datos del caso concreto”* (SSTC 128/1995 f.j.4º; 37/1996, F.J. 6º; 62/1996 f.j. 5º; 44/1997 f.j. 5º; 66/1997, f.j. 4º. Todas ellas citadas en la STC de 8 de marzo de 1999),

-

No obstante, cabría plantearse si en determinados supuestos la gravedad de la pena debería justificar la adopción de la prisión preventiva, pues una pena grave es establecida por el legislador, en atención al principio de proporcionalidad de la pena, reconocido por la jurisprudencia del TC entre otras en STC 53/1985, 66/85, 19/88, 111/93, 55/96, etc., en consideración al reproche social que una determinada conducta delictiva ocasiona, de tal forma que a mayor pena más gravedad del delito sancionado, con una naturaleza muy especial que en el concepto público es tenida por esencial para la paz social, como pueden ser determinadas agresiones sexuales, delitos contra la vida o delitos especialmente graves en el ámbito familiar y delitos contra la integridad física y moral. En estos supuestos de especial relevancia, en atención a los bienes jurídicos protegidos, cabría entender que con independencia del nivel de arraigo, el riesgo de fuga reside en la elevada pena a la que el imputado se enfrenta, pudiéndose presumir que por esta razón puede eludir la acción de la justicia. Piénsese, por ejemplo, en el caso del presunto homicida de su cónyuge, sin antecedentes penales, con arraigo social y familiar, con domicilio fijo y conocido y sin que quepa aludir a una hipotética reiteración delictiva.

### **3.- Requisitos para acordar la prisión provisional.**

#### **3.1.- Margen de apreciación del Juez**

La expresión imperativa “será” utilizada por el artículo 503.1 obliga al Juez o Tribunal a decretar, de forma automática la prisión provisional una vez que constate que se dan los requisitos legalmente exigidos de forma objetiva, sin dejarle un razonable margen de apreciación, propio de la labor jurisdiccional, que no quiere decir arbitrariedad toda vez que el auto acordando la prisión debe ser motivado, conforme establece el art. 506.1 del anteproyecto, y en el que se efectuará un juicio de ponderación de los derechos fundamentales e intereses constitucionales en pugna, siendo el auto recurrible conforme a lo establecido en el art. 507.

Por otra parte, la expresión utilizada se contradice con la redacción dada al art. 502.1 que dice “podrá ser decretada”; con el art. 503.2, “También podrá acordarse la prisión provisional”; con el art. 504.2, “El Juez o Tribunal podrá, en los términos previstos en el art. 505, acordar mediante auto una sola prórroga..” y “la prisión provisional podrá prorrogarse”, y, con la exposición de motivos “pueda acordarse...”

El carácter cautelar de la medida y la nota de provisionalidad, obliga a una amplia facultad de ponderación por el juez si no queremos convertirla en una regla general y automática.

El carácter jurisdiccional de la medida que nos ocupa, debe entenderse no sólo en el sentido de que debe ser adoptada por un Juez o Tribunal sino también que éste debe poder encontrarse en condiciones de decidir libremente acerca de la situación personal del imputado, optando ineludiblemente entre garantizar el desarrollo del proceso penal o la seguridad de importantes bienes jurídicos o preservar la libertad del afectado por la decisión y todo ello a través del conocimiento de la máxima información relevante sobre las circunstancias de todo tipo que pueden concurrir, calibrando la suficiencia de los datos en el momento en que se adopta la decisión.

El TC en sus sentencias ciñe su competencia en amparo a *“constatar si la fundamentación que las resoluciones judiciales exponen es suficiente, razonada y proporcionada “ (STC 217/2001), haciendo los jueces una ponderación necesaria de las circunstancias concretas que “le permitan tomar una decisión sobre la misma” (STC 142/2002, 8/2002 y 128/1995). La sentencia del TC 47/2000, en concreto alude a la razonabilidad de la motivación “cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego”. Del mismo modo, la abundante jurisprudencia del TEDH, ya citada anteriormente, siempre se refiere al juicio y valoración llevado a cabo por los tribunales, por lo que difícilmente se justifica unas norma de carácter imperativo que limita la labor jurisdiccional.*

Por todo ello esta Vocal sugiere que la forma verbal imperativa “será” sea sustituida por la facultativa de “podrá ser”, a fin de que el redactado del precepto sea respetuoso con la libre valoración y ponderación jurisdiccional de cada caso concreto.

### **3.2.- Principio de proporcionalidad. Delincuentes que han cometido el primer delito.**

No se puede objetar nada al requisito establecido en el art. 503.1.1º, que exige *“que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito”,* pues este es el primer elemento que debe ser tenido en cuenta para la adopción de la medida cautelar.

No obstante, a juicio de quien formula el voto particular, podría quedar infringido el principio de proporcionalidad, anteriormente analizado con detenimiento, cuando se prevé que el delito esté sancionado con *“pena cuyo máximo sea igual o superior a 2 años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados o que pudieran serlo, derivados de condena por delito doloso”.*

Si como hemos dicho, el principio de proporcionalidad se fundamenta en el valor justicia, en el principio del Estado de Derecho, en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y en la dignidad de la personal (STC 55/1996), con independencia de que el legislador al ejecutar o aplicar la constitución, pueda adoptar libremente las opciones

políticas que en cada momento estima más oportunas, ha de atender también al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, por lo que el Tribunal Constitucional ha llegado a analizar si en la determinación de las penas el legislador ha incurrido en un excesivo rigor, vulnerador del derecho a la libertad, introduciendo un sacrificio de la misma *‘patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado’*. Debe existir pues, una adecuada proporcionalidad entre el sacrificio de la libertad y los bienes o intereses a proteger cuando, estos tienen una menor relevancia social, en cuyo caso es más razonable acudir a medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia.

Examinando el Libro 2º del Código Penal, es fácil comprobar que un gran número de delitos pueden ser castigados con pena de prisión igual o superior a 2 años. Así, a título simplemente de ejemplo, podemos citar, el aborto con consentimiento de la mujer, las lesiones, las lesiones por imprudencia grave, las amenazas, coacciones, descubrimiento y revelación de secretos, allanamiento de morada, calumnias, matrimonios ilegales, suposición de parto, quebrantamiento del deber de custodia y de la inducción de menores al abandono del domicilio, hurtos, robo con fuerza en las cosas, estafas y apropiación indebida, insolencias punibles, alteración del precio de las cosas, daños, delitos relativos a la propiedad intelectual, delitos relativos a la propiedad industrial, delitos relativos al mercado y a los consumidores, delitos societarios, receptación, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social en general, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros delitos sobre la ordenación del territorio, delitos sobre el Patrimonio Histórico, contra los recursos naturales y el medio ambiente, relativos a la protección de la flora y fauna, incendio en zonas no forestales o en bienes propios, delitos contra la salud pública en general, conducción con temeridad manifiesta, falsedades documentales en documentos privados, usurpación del estado civil, usurpación de funciones públicas e intrusismo, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, prevaricación, omisión del deber de impedir delitos, encubrimiento, acusación y denuncia falsa, falso testimonio, ocultación o destrucción de documentos por abogados y procuradores, quebrantamiento de condena, usurpación de atribuciones, tenencia de armas de fuego, etc.

En cualquier caso se aprecia una falta de congruencia con lo establecido en el Código Penal ya que en el art. 33 considera como pena grave la de prisión superior a 3 años, justificándose por tanto difícilmente el que delitos menos graves puedan suponer la adopción inmediata de la prisión provisional. Por otra parte, la división penológica de los 2 años no se corresponde con la pena señalada a muchos de los delitos del Código Penal, entre los que se encuentran casi todos los citados anteriormente, al existir una gran variedad de penas en lo

que se refiere a su magnitud temporal y que abarcan tanto el período de las penas graves como el de las menos graves.

El límite de los 2 años resulta, pues excesivamente severo, gravoso e incongruente con el sistema de penas extendiendo exageradamente las posibilidades de aplicación de la medida cautelar, en supuestos en los que el imputado carece de antecedentes penales

Además, puede hacer ineficaz la medida de suspensión de la ejecución de la pena prevista en los art. 80 y siguientes del CP para los condenados a penas privativas de libertad inferiores a dos años en el caso de delincuentes primarios, o, incluso de hasta tres años para los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su grave dependencia de las sustancias alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos (art. 87), para los que se prevé la suspensión de la pena aún cuando sean reincidentes.

Debe tenerse también en cuenta que, tratándose de un delincuente primario, puesto a disposición del juez o tribunal por la presunta comisión de un delito para el que se señala en el CP una pena máxima inferior a 2 años de privación de libertad, con la concurrencia de alguna posible atenuante, es desproporcionado el que se deba imponer como medida cautelar la prisión provisional.

Por todo ello, este Consejo entiende que el respeto al principio de proporcionalidad exige que en los supuestos de imputados sin antecedentes penales, la medida cautelar de prisión provisional pueda imponerse en los delitos de carácter grave, es decir, con pena privativa igual o superior a tres años.

El límite de los 2 años desaparece en aquellos casos en que el imputado “tuviere antecedentes penales no cancelados o que pudieran serlo, derivados de condena por delito doloso”. Al respecto hay que decir que se observa una precisión a todas luces correcta, cual es la referencia a que los antecedentes tienen que ser necesariamente por delito doloso, evitando así que una imprudencia tenga relevancia a la hora de decretar la prisión provisional, pero por otra parte, debería ponerse el precepto en relación con lo establecido en el art. 22.8ª del Código Penal en el que se define la reincidencia en el sentido de que el culpable debe haber sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este código, siempre que sea de la misma naturaleza. Con ello se evitaría el que necesariamente los jueces y tribunales se vean obligados a decretar la prisión provisional en aquellos casos en los que el imputado tuviere antecedentes penales por delitos de muy distinta naturaleza.

La remisión a la Sección 2ª del capítulo II del Título III del Libro I del Código Penal, donde se establecen las reglas especiales para la aplicación de las penas, en especial en lo que se refiere al concurso y al delito continuado, es correcta pues con ello se permite la

determinación de la pena que debe tenerse en cuenta a los efectos que nos ocupa, fijándola en concreto y no en abstracto, como lo determina la STC 9/1994, siendo una solución razonable, atendiendo al carácter excepcional de la prisión provisional, aunque, es cierto, como afirma algún sector de la doctrina que ello puede obligar a una difícil labor en el momento en que la medida se acuerda, cuando, como suele ser normal, se dispone todavía de pocos datos acerca de la entidad del hecho cometido, calificación, grado de participación, y concurrencia de otros delitos, lo que obligará, en cualquier caso, a una interpretación restrictiva y favorable al imputado.

### **3.3.- Motivos bastantes de criminalidad**

La exigencia, prevista en el art. 503.1.2º del anteproyecto, de 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, responde a las exigencias constitucionales. Como afirma la doctrina al respecto, el principio de culpabilidad no es aplicable como tal a una medida que, como la de prisión provisional, no supone atribución alguna de responsabilidad,. Sin embargo, su contenido altamente aflictivo, que la emparenta con la pena, hace que el postulado esencial de proporcionalidad subjetiva que informa el principio de culpabilidad deba incorporarse ineludiblemente a la regulación de la citada institución sino quiere padecer el estigma del desequilibrio, la deslegitimación y la injusticia. Al respecto ya hemos citado anteriormente como la STC 128/1995, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige la constatación de razonables sospechas de responsabilidad criminal, que opera como *conditio sine qua non* de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida cautelar.

El anteproyecto sigue manteniendo la expresión “motivos bastantes”, que la doctrina, e incluso la jurisprudencia, relaciona o compara con los “indicios racionales de criminalidad” necesarios para dictar el auto de procesamiento. Se considera que gramaticalmente tienen una mayor entidad y solidez incriminatoria los hechos integrantes de los “motivos bastantes” frente a los que se requieren para acordar el procesamiento.

Los “motivos” pueden tener una mayor carga subjetiva que los “indicios”. Indicio, gramaticalmente tiene un significado más objetivo que “motivo” pues por él se entiende el fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. Pero dado que el legislador añade el adjetivo de “racional”, no parece existir una diferencia esencial entre “motivos bastantes” e “indicios racionales”. De hecho esta es la expresión utilizada con frecuencia por el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la sentencia 128/1995, ya citada, cuando habla de “razonables sospechas”, o la sentencia 47/2000 que utiliza la expresión “indicios racionales de la comisión de una acción delictiva”.

### **3.4.- Fines de la prisión provisional**

El art. 503.1.3º, hace referencia a los fines de la prisión provisional, siguiendo correctamente la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al exigir el que se persiga: a) asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un peligro de fuga; 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.

Para valorar el primero, exige atender a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena, a la situación familiar, laboral y económica del imputado, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral. Evidentemente, el riesgo de fuga está relacionado con la gravedad de la pena que pudiera imponerse y a ello se ha referido reiteradamente el TEDH y el TC, tal y como ya hemos analizado antes al examinar el art. 502.3, pues “resulta innegable ...que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huída” (STC 128/1995).

En cuanto a la naturaleza del hecho, la misma sentencia citada indica “que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la justicia”.

No obstante, acertadamente, el anteproyecto siguiendo los criterios de la sentencia 128/1995, a su vez inspirada en los casos Neumeister, Matznetter, Stögmüller, Letelier, y Tomasi del TEDH, obliga a tener en cuenta otros datos, como son las características personales del imputado haciendo referencia a su situación familiar, laboral y económica, sin olvidar la inminencia de la celebración del juicio, pero en la valoración de las circunstancias mencionadas no debe suponer un desvalor, contrario al imputado, el encontrarse en situación de desempleado, de penuria económica o convivir de hecho con otra persona.

Se tiene en cuenta a efectos de acordar la prisión provisional la falta de comparecencia del imputado sin causa justificada en anteriores llamamientos realizados por los órganos jurisdiccionales, en la misma o en otras causas, o hubiere sido declarado rebelde en un procedimiento penal, sin que en estos casos sea de aplicación el límite que respecto de la pena establece el art. 503.1º. La medida está justificada y las únicas objeciones que pueden hacerse son la dificultad de comprobar si se da esa situación ante la falta de un registro de incomparecencias y que sería conveniente, a juicio de este Consejo General del Poder Judicial, cambiar la expresión imperativa “procederá acordar” por la de “podrá ser acordada”, debiendo mantenerla únicamente para los delitos de carácter grave, ante la incomparecencia en los 2 años inmediatamente anteriores.

De manera detallada se regula el fin de 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. La objetivación es completa, cumpliendo así con la finalidad constitucional de la medida, pues no cabe con que el órgano jurisdiccional, en abstracto considere que existe el peligro señalado, Incluso se garantiza el derecho de defensa prohibiendo el acordar la prisión provisional por ésta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación, haciendo así efectivo el derecho reconocido en el artículo 24.2 de la CE.

Se concretan también los elementos que deben tenerse en cuenta para considerar que objetivamente existe el peligro de ocultar, alterar o destruir fuentes de prueba y así se deben atender a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a dichas fuentes, o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo, o para actuar contra bienes jurídicos de la víctima, con una mención especial a aquellos casos en que ésta lo es como consecuencia de la violencia doméstica.

El asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de pruebas está admitida como fin de la prisión preventiva por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras en Sentencias dictadas en el asunto Ringeisen y en el asunto W. contra Suiza y por el Tribunal Constitucional en buen número de Sentencias, ya citadas con anterioridad y en especial en la 128/1995.

Con acierto el Anteproyecto hace desaparecer de la regulación de la prisión provisional toda referencia a la alarma social, cuya constitucionalidad fue siempre discutida por la doctrina, pues adulteraba y distorsionaba su verdadera naturaleza procesal por consistir únicamente en la inseguridad, el desasosiego o el temor que generaba en los ciudadanos la ejecución de determinados delitos, dando lugar a una finalidad retribucionista de la medida cautelar y también de prevención general. La finalidad retributiva aparece expresamente excluida de los fines de la medida cautelar en las Sentencias ya citadas y en especial en la 47/2000, que no sólo no la contempla entre los mismos sino que incluso se detiene en su análisis afirmando *“...Porque como dijimos en la STC 66/1997 (fundamento jurídico 6º), y reiteramos en la STC 98/1997 (fundamento jurídico 9º), 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 –a 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 procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa..”*

Hay que reconocer que determinados hechos delictivos generan una grave repulsa y sensación de inseguridad en los ciudadanos que no comprenden que no se decrete en estos casos de inmediato la prisión provisional. No obstante siempre sería posible adoptar algunas de las medidas alternativas a la prisión provisional, tanto las ya reconocidas en nuestra legislación como las previstas en el derecho

### **3.5- El riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos**

El artículo 503.2 del anteproyecto dice: *“también podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo el requisito establecido en el ordinal 2º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado 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 concurran los requisitos siguientes :*

- a) que el hecho delictivo imputado sea doloso;*
- b) que el máximo de la pena prevista para el delito sea igual o superior a 2 años de prisión. Este límite no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la policía judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad”*

No existen precedentes en nuestro derecho de este motivo autónomo para acordar la prisión provisional y únicamente encuentra justificación en el artículo 5.1.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que establece *que“ toda persona tiene derecho a libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley; c) si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la Autoridad Judicial competente, cuando existan indicios racionales de que se ha cometido una infracción o*

*cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido".* Por su parte el artículo 60 del mismo Convenio establece que *"ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar a aquellos Derechos Humanos o Libertades Fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las Leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en que ésta sea parte".*

El comentario debe ser necesariamente crítico ya que, aun cuando tanto el TC y el TEDH coinciden en señalar entre los fines de la prisión preventiva "la efectividad de la justicia penal con evitación de mas hechos delictivos" (STC 217/2001) o hablan de la reiteración delictiva como riesgo a prevenir (STC 33/1999 y 8/2002), lo cierto es que, en general se pone siempre en relación ésta finalidad con otros elementos o circunstancias del hecho, del autor o del proceso que aconsejan la limitación de la libertad.

El texto exige como requisito necesario para acordar la prisión provisional con el único fin de evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos el que aparezcan en la causa motivos bastantes para creerle responsable criminalmente del delito, pero no hace ninguna referencia a otros fines aunque luego intenta objetivar las circunstancias de hecho y la gravedad de los delitos.

La Sentencia dictada por el TEDH en el asunto Matznetter afirma que el peligro de repetición de infracciones es compatible con el art. 5.3 de la Convención pero añade *".....en las circunstancias especiales de la causa. Un Juez pueda razonablemente tener en cuenta la gravedad de las consecuencias de los crímenes o de los delitos cuando se trata de considerar el peligro de ver como esas infracciones se repiten.."* En el asunto W. contra Suiza, al analizar el peligro de repetición de infracciones, hace suyas las afirmaciones del Tribunal en el sentido de que ya sólo el peligro de fuga y el de obstrucción a la Justicia justificaban el mantenimiento de la prisión.

El mismo criterio sigue el Auto 179/1996 del TC, en el que tras analizar la jurisprudencia general sobre la prisión preventiva y en especial las Sentencias 128/1995 y 14/1996 concluye que la prisión acordada estaba justificada pero tanto por *"la reiteración delictiva, así como la posibilidad de hacer desaparecer o divulgar los documentos que, según se imputa, se hayan en poder del procesado"*.

Debería exigirse, por lo tanto una elevación del límite de la pena señalada para el delito, al menos a los tres años y además, que en todo caso el Juez deba tener en cuenta los antecedentes penales del imputado y datos y circunstancias que resulten acreditados en la causa, así como el número de causas judiciales pendientes, pues, como es sabido, los datos que aporta la Policía Judicial tienen el simple valor de denuncia a tenor de lo dispuesto en el

art. 297 LECRIM y jurisprudencia constitucional consolidada (SSTC 80/86, 82/88, 137/88, 107/93 y 157/95)

La falta de proporcionalidad de la medida es evidente conforme a la doctrina establecida en la STC 55/1996 pues parece que se produce “un patente derroche inútil de coacción que convierte la Norma en arbitraria y que socava los principios elementales de Justicia inherentes a la dignidad de la persona y al estado de Derecho”. En cualquier caso se podría acudir a medidas alternativas menos gravosas para supuestos como el contemplado.

La asociación que se produce entre prisión provisional y privación especial es evidente al vincular a la condición de justiciable el valor de indicador de una peligrosidad específica, en cierto modo ya acreditada. Se presupone que el imputado podría reincidir en el delito cuya realización ya se le atribuye sin duda alguna y por lo tanto se estructura la prisión preventiva en clave de violencia social, operando directamente sobre una “presunción de culpabilidad”.

En cualquier caso de la redacción del precepto se deduce que nos encontramos ante una evidente quiebra de los principios de excepcionalidad, subsidiariedad y proporcionalidad, pues más bien parece una medida de seguridad o que, pese a la expresa prohibición del TC se pretende por esta vía dar entrada de nuevo a la idea de “alarma social”, sobre todo si tenemos en cuenta que entre los requisitos que se exigen para acordar la prisión provisional por esta causa se encuentra el de que el máximo de la pena prevista para el delito sea igual o superior a dos años de prisión, límite excesivamente bajo como ya analizamos anteriormente. Pero es más, incluso éste límite puede rebajarse simplemente teniendo en cuenta los antecedentes del imputado (y tengamos en cuenta que se refiere a antecedentes en general y no a los antecedentes penales), así como los demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones si de ello puede inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

En consecuencia es posible exigir un mayor ámbito de protección, de tal forma que nunca, a la luz de las Sentencias del TC antes citadas, se permite el fundamentar la prisión provisional únicamente y en abstracto el “evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos” expresión ésta sumamente genérica. No cualquier riesgo de cometer cualquier hecho delictivo debe ser tenido en cuenta. El riesgo ha de ser concreto y debe objetivarse y esa objetivación no se lleva a cabo en el Anteproyecto con una referencia a las circunstancias del hecho y gravedad de los delitos que se pudieran cometer o aludiendo a que el hecho delictivo imputado sea doloso y que el máximo de la pena prevista sea igual o superior a dos años o incluso inferior cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma

organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus funciones delictivas con habitualidad.

La objetivación debe de ponerse siempre en relación con los antecedentes penales del imputado o, en su caso, con las circunstancias o datos que consten acreditados en la causa y no por los que aporte la Policía Judicial, según ya hemos dicho. Un elemento a tener en cuenta podría ser el número de causas abiertas y causa abierta no equivale a detención o atestado policial.

El análisis de las Sentencias del Tribunal Constitucional y del TEDH, antes citadas pone de manifiesto la relación de ésta finalidad con otros objetivos y en cualquier caso se refiere siempre a evitar un riesgo de reiteración delictiva concreto y determinado, en general relacionado con el delito anteriormente cometido y que ha dado lugar a la apertura del procedimiento, es decir se trata de evitar la progresión delictiva es decir, que siga delinquiendo en la misma línea.

Sí sería procedente, por ejemplo el acordar la prisión provisional para evitar la comisión de un delito cuando el imputado ha infringido alguna de las medidas cautelares previstas en el art. 544 bis de la LECrim y otras que pudieran introducirse en nuestra legislación y que fue adoptada expresamente para impedir la comisión del delito y para proteger a la víctima. Aquí el peligro es concreto y objetivable como se comprueba en los supuestos de delitos relacionados con la violencia doméstica.

Por otra parte, no cabe duda de que el texto que comentamos pretende evitar la comisión de determinados delitos, que individualmente considerados presentan poca gravedad pero que en el concepto público generan alarma y sensación de peligro, pero, además de la posibilidad de adoptar medidas alternativas, el legislador ya ha puesto remedio a esta situación mediante la creación de los llamados juicios rápidos, con los que se pretende un inmediato enjuiciamiento de esas conductas con lo cual se pondrá fin a la posibilidad de reiteración delictiva.

El único fundamento admisible de este motivo para acordar la prisión provisional podría ser la protección de las víctimas de determinados delitos en aquellos casos en los que se puede constatar, por la conducta anterior y en especial por la falta de acatamiento de medidas cautelares adoptadas, que existe una firme intención de continuar en la progresión delictiva. Dicha protección a las víctimas está reconocida legalmente a través de los mecanismos previstos en los arts. 13 y 544 bis de la LECrim.

Por todo ello, sería conveniente llevar a cabo una nueva redacción del art. 503.2 haciendo referencia a que lo que se trata es de impedir la progresión delictiva en la propia

causa o actividades delictivas análogas o relacionadas con la causa, siempre que la pena señalada para el delito sea igual o superior a 3 años y sustituyendo la referencia a los datos o circunstancias que aporte la policía judicial por los datos o circunstancias que resulten acreditados en la causa, teniendo en cuenta el número de causas judiciales abiertas.

#### **4.- Duración y prórroga de la prisión provisional**

Como se adelanta en la exposición de motivos, se hace absolutamente necesario regular la duración de la prisión provisional pues su excepcionalidad supone también la provisionalidad y temporalidad, de tal forma que, por una parte la medida sólo puede mantenerse mientras subsistan los fines constitucionalmente legítimos que la justifican en cada caso concreto y por otra, aun cuando dichos fines subsistan no puede prorrogarse mas allá del tiempo expresamente fijado por el legislador en cumplimiento estricto de lo establecido en el artículo 17.4 de la CE. Esta limitación se debe también a imperativos de seguridad jurídica y a ello se refiere la STC 127/1984.

La prórroga de la prisión provisional y su duración ha sido analizada en gran número de ocasiones por el TEDH que, con carácter general la admite siempre y cuando se garantice íntegramente el art. 5.3 del Convenio Europeo, correspondiendo al legislador nacional establecer el límite temporal y los requisitos y condiciones de la prórroga pero respetando los fines constitucionalmente legítimos de la medida, así a título de ejemplo podemos señalar las SSTEDH de 26.10.2000 (asunto Kudla) la de 1.8.2000 (asunto Pb. contra Francia), de 25.4.2000, (asunto Punzelt). En cualquier caso, siempre ha considerado que los requisitos exigidos en el momento inicial de la adopción de la prisión provisional no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento. El Tribunal Constitucional español también la ha estudiado, entre otras, en las Sentencias 8/1990, 206/1991, 41/1996 etc. En concreto la STC 8/2002 afirma *"...este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar....El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el trascurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y*

*obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momento posteriores (SSTC 128/1995, 37/1996, 62/1996, y 33/1999)".*

Con acertado criterio a la hora de establecer el límite máximo de la prisión provisional en el art. 504 del anteproyecto que se examina, se distingue entre el fin de asegurar la presencia del imputado en el proceso y el fin de evitar la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba ya que en este caso la duración no puede exceder de seis meses, dada la finalidad estrictamente procesal de la medida. Igualmente se valora positivamente la obligación del Juez o Tribunal de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional cuando se levanta la incomunicación del imputado o el secreto del sumario.

Necesariamente, para prorrogar la prisión provisional debe acudir al procedimiento señalado en el art. 505, es decir convocando a una audiencia con intervención del imputado y del Ministerio Fiscal y partes acusadoras, pero se observa que falta una remisión a la necesidad ineludible de que para dicha prórroga deben cumplirse siempre los requisitos establecidos en el artículo 503, pues sólo así la prórroga tendría amparo constitucional.

En un trato notoriamente favorable al imputado se concreta en el artículo 504.5 que para el cómputo de los plazos establecidos se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido por la misma causa y ello pese a que en la STC 37/1996 del TC había indicado que no es constitucionalmente obligado entender que el inicio del cómputo se sitúa en el momento de la detención.

Por último, el artículo excluye del cómputo el tiempo que la causa sufre dilaciones por causas no imputables a la Administración de Justicia. Tal vez sería conveniente una redacción más correcta del precepto para evitar que una interpretación literal y restrictiva del mismo perjudique la libertad del imputado, pues éste no es responsable de las dilaciones debidas a otras partes procesales ni a la administración no judicial, por lo que deberían computarse los periodos de dilación atribuibles a los terceros totalmente ajenos al interesado.

## **5.- El trámite de audiencia**

Para adoptar la medida el art. 505 impone la celebración de una audiencia, salvo que el Juez decretase su libertad provisional sin fianza, a la que debe asistir el imputado, el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras. Se garantiza así el derecho del imputado a la defensa al poder ser oído antes de tomar cualquier decisión sobre su libertad, con la correspondiente asistencia letrada y un debate contradictorio en el que las partes acusadoras deben hacer valer sus pretensiones a través del trámite de alegaciones e incluso la posibilidad de proponer prueba ya que si ninguna de las partes instare la prisión o la imposición de fianza, se acordará la inmediata puesta en libertad del imputado.

Aunque expresamente no lo establece el texto comentado, la remisión que el art. 504.2 hace al 505 obliga a entender que en la comparecencia para acordar la prórroga de la prisión provisional debe estar presente del inculpado, por supuesto con su letrado, solucionando así una disputa doctrinal y superando, en cuanto más garantista, la doctrina establecida por el TC en su sentencia 108/1997 que entendía que la obligación de comparecer, previa a la decisión sobre la continuación de la prisión provisional en la tramitación del recurso de casación, no es exigida directamente por la Constitución y considerando que tal comparecencia puede llegar a ser, en algunos casos, dilatoria y perturbadora para la correcta tramitación del procedimiento.

La audiencia debe celebrarse tan pronto como el imputado sea puesto a disposición judicial o, al menos, en un plazo de veinticuatro horas, pues aunque el texto propuesto es idéntico al del actual art. 504. bis.2, sería conveniente aprovechar la reforma para mejorar la redacción, ya que la posibilidad de proponer y practicar prueba, en todo caso en las setenta y dos horas señaladas, puede hacer imposible la práctica de la prueba propuesta o llevar a una desaconsejable dilación.

El apartado 5 del precepto prevé la posibilidad de que el juez o tribunal acuerde la prisión o la libertad provisional con fianza si la audiencia no pudiera celebrarse. Estamos ante lo que se ha denominado prisión provisionalísima, para la que se exige que concurren los supuestos del art. 503, siguiendo el texto un criterio restrictivo. No obstante, debe convocarse una nueva audiencia, sin perjuicio de adoptar las medidas que procedan por la falta de celebración de la primera. No se contempla la posibilidad de que tampoco se celebre la segunda, pero en este caso parece desproporcionada la idea de convocar una tercera, pues daría lugar a una cadena ininterrumpida de comparecencias con prisión provisional contraria a la excepcionalidad. No obstante si no compareciese el imputado o su defensa, cabría acordar la prisión ante el riesgo de fuga. Si no comparecieren las partes acusadoras o el Ministerio Fiscal, debería decretarse la libertad.

Los problemas que se suscitaban en aquellos casos en que el detenido era puesto a disposición de un Juez que no era competente para conocer de la causa y el procedimiento ya estaba iniciado se solucionan en el Anteproyecto, en concreto en el punto sexto del artículo 505. Es indudable que, en último término ha de ser Juez competente para resolver sobre la libertad o la prisión provisional en el que conozca de la causa. Pero al no tener en su presencia al detenido y no contar con la posibilidad de un traslado inmediato cuando se halla en territorio alejado de su jurisdicción, se opta por que sea el Juez ante el que ha sido llevado, decidirá sobre su situación, naturalmente a través de los trámites previsto en el art. 505 y siempre que el detenido no pudiere ser puesto a disposición del Juez o Tribunal que conociere o hubiere de conocer de la causa en el plazo de setenta y dos horas. No obstante, recibidas las diligencias

por el Juez o Tribunal competente, éste debe oír de nuevo al imputado, asistido de su Abogado, tan pronto como fuera posible, dictando la Resolución que proceda.

## **6.- Motivación del auto de prisión provisional**

La obligación de motivar el auto en el que se acuerda la prisión provisional se regula en el art. 506 haciendo referencia a la necesidad de expresar los motivos por los que la medida se considera “necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción”.

Al respecto la jurisprudencia del TC afirma: “... *debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motivación judicial –entendida en el doble sentido de explicación del fundamento de derecho en que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión- y las circunstancias fácticas que legitiman la privación de libertad, pues sólo en aquélla van a ser cognoscibles y supervisables éstas.*” (STC 128/1995).

El juez debe exteriorizar un motivo que no puede ser arbitrario, irrazonable o erróneo y en la motivación debe realizar el análisis de proporcionalidad de la medida: “..*la indispensabilidad de la expresión del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente perseguido*” (STC 44/1997). Por otra parte es sabido que debe calibrarse la suficiencia de la motivación en atención a los datos de que se dispone en el momento de acordar la prisión y que dicha suficiencia “no depende de la cantidad de argumentos, sino del poder de convicción de su conjunción”.

El apartado segundo del artículo, siguiendo parámetros claramente constitucionales, obliga a notificar el auto de prisión al inculcado aunque el sumario se halla declarado secreto, omitiendo extremos cuyo conocimiento pueda perjudicar el éxito de la investigación pero siempre debe describir el hecho sucintamente y los fines que se persiguen con la medida. Siguiendo los principios constitucionales, alzado el secreto, debe notificarse el auto íntegro al imputado.

El respeto de los derechos procesales a nivel constitucional, obliga a notificar el auto, no sólo al imputado, sino también a los perjudicados por el delito.

## **7.- Recursos contra el auto de prisión provisional**

La posibilidad de interponer recurso de apelación contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional en la forma prevista en el artículo 766 de la

LECrim., gozando de tramitación preferente no merece sino el más favorable de los comentarios, aunque cabría admitir la posibilidad de fijar un plazo máximo para la resolución del recurso evitando así dilaciones indebidas con grave afectación del derecho a la libertad. Igualmente positiva es la posibilidad de recurrir el auto íntegro, una vez notificado, en los casos en los que previamente se había decretado el secreto del sumario.

## **8.- El arresto domiciliario**

El arresto domiciliario se contempla como una medida alternativa para aquellos supuestos en que por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para la salud. Ninguna objeción puede hacerse a tan humanitaria previsión que responde a la exigencia constitucional del respeto de la dignidad de la persona humana (ART. 10 CE)

No obstante, esta institución del arresto domiciliario, arraigada en el derecho español pues con base en el Código de Justicia Militar de 1890, se incorporó a la LECrim. por Ley de 10 de septiembre de 1931, aunque formalmente se hizo en la reforma de 22 de abril de 1980, puede plantear problemas si no se articulan los medios adecuados para hacer efectiva la adecuada vigilancia tanto en el domicilio como cuando sea necesario salir de él para el tratamiento de la enfermedad.

## **9.- Prisión provisional incomunicada**

La prisión incomunicada, prevista en el artículo 509, tiene como fin el evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, o que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos.

La prisión incomunicada planteaba no pocos problemas por la extraordinaria restricción de derechos que supone. No obstante es admitida como medio necesario para fines muy concretos y siempre que se limite al máximo, y así lo reconoce el TC en sentencias 46/1988, 196/1987, 206/1991 y 127/2000 entre otras y por ello la reforma establece una doble limitación temporal: la primera, que dure sólo el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el art. 509.1 ya citados, y la segunda, que, en cualquier caso, no puede extenderse más allá de cinco días. Debe advertirse que incluso la primera limitación está suficientemente reforzada al imponer que las diligencias se practiquen con urgencia.

No obstante, la medida debería acordarse únicamente a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, ligándola así al principio acusatorio ya que supone una notoria restricción de derechos.

Únicamente se podrá prorrogar la incomunicación por plazo no superior a cinco días cuando se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el art. 384 bis o se investiguen actividades propias de la delincuencia organizada, concepto éste sumamente indeterminado que requiere de una concreción legal.

En efecto salvo la referencia a asociación ilícita del art. 515 del CP en el que no se precisan las características de la estructura organizativa, siendo por lo tanto un precepto sumamente genérico y la referencia a la organización criminal para agravar determinados tipos de la parte especial no existe una elaboración precisa del concepto de delincuencia organizada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene que no es suficiente con la concurrencia de personas vinculadas por una decisión conjunta para la comisión de un delito para subsumirla sin más en el concepto de organización (TS18.4.96). Lo decisivo es la posibilidad de desarrollo de un plan delictivo con independencia de las personas individuales integrantes de la organización y que dificultan de manera extraordinaria la persecución de los delitos aumentando, al mismo tiempo, el daño posible causado.

Sólo al hacer referencia a la figura del “agente encubierto” la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere al concepto legal de delincuencia organizada, considerando que se trata de la asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tenga como fin cometer algunos de los delitos siguientes:

a) Delito de secuestro de personas previsto en los arts. 164 a 166 del Código Penal. b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187 a 189 del Código Penal. c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 del Código Penal. e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los arts. 332 y 334 del Código Penal. f) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345 del Código Penal. g) Delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del Código Penal. h) Delito de falsificación de moneda previsto en el art. 386 del Código Penal. i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566 a 568 del Código Penal. j) Delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 578 del

Código Penal.k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el art. 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Se observa en esta regulación que :

- 1) No todos los delitos a que se refiere contienen en todo caso una agravación en el Código penal por la pertenencia del culpable a una organización, con lo que se produce pues una disociación del tratamiento sustantivo respecto del procesal.
- 2) No se define propiamente lo que es la organización y no destaca las exigencias de la estructura organizativa
- 3) Se parte de un amplio concepto de delincuencia organizada , que permite comprender casos de realización de delitos *menos graves* según el Código Penal , de acuerdo con la clasificación contenida en los arts. 13 y 33 CP ( así, delito básico de robo - art. 240 - , robo y hurto de uso de vehículos - art- 244 CP - , delitos relativos a la protección de la flora y la fauna - arts. 332 y 334 CP - , tráfico ilegal de mano de obra . art. 312 - , inmigración clandestina - art. 313 - , y delito de contrabando - art. 3 LO 12/ 1995, en relación con la Disposición Transitoria Undécima del CP ).

Por ello debería el legislador proporcionar una definición autónoma de organización criminal con los fines establecidos en estos preceptos, limitando el alcance de los delitos a que se refiere en función de una determinada gravedad.

#### **10.- Garantías y límites de la prisión provisional incomunicada**

El debido respeto a los derechos del imputado obliga a limitar en extremo, no sólo el tiempo de incomunicación, sino también las circunstancias y forma de la misma, intentando ser coherentes con lo establecido en el art. 8.1 del Convenio Europeo y la doctrina establecida en los asuntos McHeich, O'Neill y Evans contra el Reino Unido. Así se le permite asistir a las diligencias en la que la Ley de Enjuiciamiento Criminal le de intervención, siempre y cuando su presencia no desvirtúe el objeto de la incomunicación y adoptando las debidas precauciones. Al mismo tiempo se le permitirá contar con los efectos que, a juicio del Juez o Tribunal no frustre los fines de la incomunicación y en este sentido se podrán autorizar comunicaciones adoptando las medidas oportunas. Se trata en definitiva, de que la incomunicación no lleve al desconocimiento del paradero de una persona para sus familiares, ocasionándoles una inquietud y desazón que en modo alguno se justifica con los fines de la prisión incomunicada, permitiendo la suficiente relación con los familiares, previo el oportuno control judicial.

## **11.- Mandamiento de prisión provisional**

El artículo 511 se limita a determinar la forma en que se ejecutará el Auto de prisión provisional. Para ello se expedirán dos mandamientos, uno a la Policía Judicial o Agente Judicial que haya de ejecutarlo y otro al director del establecimiento que deba recibir al preso. En dicho mandamiento deben constar los datos personales del imputado, el delito que da lugar al procedimiento y si la prisión ha de ser con comunicación o sin ella. Se prohíbe a los directores de los establecimientos el recibir a ninguna persona en condición de preso sin que se les entregue mandamiento de prisión y, una vez que se acuerde la libertad del preso, inmediatamente se debe expedir mandamiento al director del establecimiento.

La potestad de la Policía Judicial y de los Agentes Judiciales para hacerse cargo de los mandamientos deriva de lo dispuesto en los arts. 445 y 454 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Reglamento de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia.

## **12.- Fianza**

El artículo 2º del Anteproyecto da una nueva redacción al artículo 529 de la L.E.Crm., mejorando el texto, al obligar a la celebración de la comparecencia del artículo 505 para acordar la imposición de una fianza para continuar en libertad provisional, lo que supone que la petición de fianza debe solicitarla el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras. La medida se acordará en el propio auto que será notificado al Ministerio Fiscal, partes personadas y al imputado, siendo recurrible de acuerdo con lo previsto en el art. 507.

En este caso el derecho a la libertad del imputado está condicionado a que aporte una garantía adecuada para asegurar su comparecencia en el juicio. Opera, pues, como una garantía adicional pero debe ser fijada en atención a las circunstancias ya que si es excesiva o desproporcionada, hará realmente inviable el alcanzar la libertad pretendida, incurriendo en infracción de los principios constitucionales antes estudiados y, en especial, los de excepcionalidad de la medida y subsidiariedad. Al respecto tienen especial interés, entre otras las SSTC de 15.02.02, 14.01.02 y los Autos del mismo Tribunal de 15.06.00 y 11.12.95. En este Auto en concreto, se afirma que la revisión de la razonabilidad de la fianza se debe hacer no sólo desde la "perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sino también desde la estricta que impone el artículo 17 CE, puesto que, mas allá de aquél y de la libre disponibilidad de los bienes, lo que está en juego es un condicionamiento de la libertad personal (SSTC108/84, 66/89, 85/89)".

La comparecencia prevista en el art. 539.4 sería conveniente que se celebrase en el plazo de 24 horas en consonancia con lo expuesto al comentar el art. 505.

### **13.- Reforma de la medida cautelar acordada**

El mismo artículo. 2º reforma el artículo 539 en sus párrafos 3º y 4º simplemente para introducir mejoras técnicas como es en el párrafo 3º la referencia a la comparecencia del art. 505 y no del artículo 504 bis 2 y en el párrafo 4º la necesidad de que concurran los presupuestos del artículo 503 para que el juez o tribunal reforme la medida cautelar, acordando incluso la prisión, si el imputado se encontrase en libertad, siempre a través de la indicada comparecencia, con lo cual se da una mayor amplitud al precepto pues antes sólo se podía dictar Auto de reforma si concurría riesgo de fuga. Por lo tanto debe entenderse aplicable a éste cuarto párrafo del art. 539 todo cuanto hemos dicho al analizar el citado artículo 503.

### **14.- Prisión provisional por incumplimiento de otras medidas cautelares**

Se considera acertada y positiva la nueva redacción que se efectúa en el último párrafo del artículo 544 bis, sustancialmente coincidente con lo ya establecido en la redacción anterior, pero introduciendo dos importantes novedades. La primera, al prever la posibilidad de que se pueda decretar la prisión provisional del imputado que ha incumplido cualquiera de las “medidas de alejamiento” a las que se refiere dicho precepto, y no únicamente otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal. La reforma en este punto implica un reforzamiento de las medidas de protección a las víctimas respecto a los delitos relacionados en el art. 57 CP – homicidio, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, y otros... y que se cometen en su mayor medida en el ámbito de la violencia doméstica.

La segunda novedad reside en la exigencia de que tanto para la adopción de medidas cautelares que suponen una mayor limitación de su libertad provisional, como la de prisión provisional, debe previamente convocarse la comparecencia del art. 505 con audiencia y defensa del afectado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, lo que supone un reforzamiento de las garantías del imputado.

### **15.- Disposición Transitoria. Retroactividad.**

La disposición transitoria del Anteproyecto establece que “las decisiones que sobre la situación personal del imputado se adopten con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por ella, aun tratándose de procesos incoados con anterioridad a su diligencia. En particular, alzado, en su caso, el secreto del sumario, deberá notificarse al imputado el contenido del auto de prisión en los términos y a los efectos previstos en esta Ley.”

No se cuestiona que las decisiones que se adopten con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley y que afecten a la situación personal del imputado puedan regirse por ella, aún tratándose de procesos incoados con anterioridad a su diligencia pero sería conveniente advertir que siempre que con ello no se perjudique al imputado, situación que puede darse en determinados supuestos en los que directamente se ve afectada la libertad personal en cuanto derecho reconocido en el art. 17 de la Constitución, pues la naturaleza de la medida acordada hace imposible que en esos casos se pueda aplicar la nueva situación más gravosa a hechos anteriores con infracción del principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9.3 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional en SSTC 32/87 y 33/87, afirma que la naturaleza procesal o adjetiva de las normas reguladoras de la prisión provisional y el alcance meramente preventivo o cautelar de la misma no pueden en modo alguno ocultar la efectiva limitación de la libertad personal del inculcado en una causa penal, de modo análogo a la pena privativa de libertad impuesta en Sentencia.

El Consejo de Estado, ha señalado que la seguridad jurídica que la Constitución garantiza, significa que *“todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a que atenerse; lo cual supone, por un lado, un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ellas se definen. Estas dos circunstancias -certeza y estabilidad- deben coexistir en un Estado de derecho donde no cabe la posibilidad dialéctica de que se viva sine lege certa, sine iure certo.”*. Memoria 1992. pág. 99).

Por lo tanto sería conveniente aclarar el texto de la Disposición Transitoria en el sentido de incluir en su primer párrafo la expresión “salvo en aquello en lo que el imputado resulte perjudicado”, situación que al menos se observa en tres circunstancias: 1) En el supuesto previsto en el art. 503.1.3º.a), en virtud del cual procederá a acordar la prisión provisional cuando el imputado no hubiere comparecido en los dos años inmediatamente anteriores, sin causa justificada, al llamamiento en calidad de imputado realizado por cualquier juzgado o tribunal en la misma o en otra causa penal, o hubiere sido declarado rebelde en un procedimiento penal, pues quiebra notoriamente la seguridad jurídica desde el momento en que el imputado después de la entrada en vigor de la ley desconocía las consecuencias que tiene la falta de comparecencia en causas anteriores; 2) Cuando sea de aplicación el art. 503.2, al adoptar la prisión provisional para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, por ser una situación absolutamente nueva y en la que se van a tener en cuenta situaciones anteriores y, 3) En el supuesto del art. 509 al permitirse la prórroga de la incomunicación por cinco días y no por tres días como establece el art. 508.

LA VOCAL DÑA. M<sup>a</sup> ANGELES GARCÍA NO SE ADHIERE A LO RAZONADO EN ESTE APARTADO N<sup>o</sup> 15.

## **CONCLUSIONES**

Los vocales que suscribimos este Voto particular entendemos que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional debería haber formulado las siguientes observaciones:

1.- La forma verbal imperativa “será” del artículo 503.1, debería ser sustituida por la facultativa “podrá ser”.

2.- En el artículo 503.1.1<sup>o</sup> sería conveniente sustituir la referencia a “con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión” por la de “con pena cuyo máximo sea igual o superior a tres años de prisión”.

3.- Con respecto a la previsión del art. 503.1.1<sup>o</sup> acerca de la adopción de la prisión provisional en los delitos con pena inferior a tres años, se propone la alternativa de que sólo procedería si el imputado fuere reincidente en la forma establecida en el artículo 22.8<sup>a</sup> del Código Penal.

4.- Sería oportuno cambiar la palabra “procederá” del art. 503.1.3<sup>o</sup> a) por la expresión “Se podrá”, eliminando el último párrafo del precepto (“En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1<sup>o</sup> de este apartado”). Para valorar la existencia de peligro de fuga, en función de la situación familia, laboral y económica, no deberán tenerse en cuenta la convivencia de hecho, el desempleo o la penuria económica.

5.- Dado el principio de subsidiariedad de la medida cautelar de la prisión provisional se propone que por el Gobierno se estudie la conveniencia, en su caso, de si procede la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para introducir además de las medidas cautelares ya previstas otras menos gravosas tales como la vigilancia domiciliaria, la orden de no abandonar un lugar determinado sin previa autorización del Juez, comparecencias periódicas ante autoridad no judicial, prestación de caución, internamiento de delincuentes jóvenes en instituciones especializadas poniendo en vigor el art. 4 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, promesa de responder a los requerimientos judiciales y no obstaculizar el curso de la Justicia, obligación de residir en lugar determinado, retirada del Pasaporte o Documento de Identidad, prestación de garantía por tercero, informar al Juez de determinados desplazamientos, retirada del permiso de conducir, someterse a medidas de

examen médico, tratamiento o curación, no ejercer determinadas actividades profesionales o sociales, no emitir cheques, no utilizar ni llevar armas, justificar la contribución a las cargas familiares, etc.

**6.-**El artículo 503.2 debería redactarse en el sentido siguiente:

1. Cambiar la frase “para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos” por “para impedir la previsible continuación delictiva en la propia causa o actividades delictivas análogas o relacionadas con la causa”

2. Para valorar la existencia de este riesgo se propone atender a las circunstancias del hecho, antecedentes penales del imputado y gravedad de los delitos que objetivamente se pudieran cometer.

Se debe valorar una redacción alternativa del resto del artículo para que sólo pueda acordarse la prisión provisional por esta causa cuando concurren los requisitos siguientes:

- a) que el hecho delictivo imputado sea doloso, como ya está previsto.
- b) Que el máximo de la pena prevista para el delito sea igual o superior a tres años de prisión sustituyendo la referencia “a los datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial” por “datos o circunstancias que resulten acreditados en la causa, teniendo en cuenta el número de causas judiciales abiertas”.

**7.-** Debería definirse el concepto de organización delictiva o criminal a que se refiere el precepto anterior, así como el de delincuencia organizada a la que se refiere el art. 509.2., pudiéndose adoptar únicamente la incomunicación del imputado previa solicitud del Ministerio Fiscal o de la acusación.

**8.-** En el artículo 504.2, párrafo 1º sería conveniente incluir la referencia a que deben cumplirse los requisitos del artículo 503.

**9.-** Podría ser oportuno redactar el artículo 505.2 en el sentido de que la audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse de inmediato al ser puesto el detenido a disposición judicial y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes.

**10.-** La comparecencia prevista en el art. 539.2 debería celebrarse en el plazo de 24 horas.

**11.-** Se sugiere incluir en el primer párrafo de la Disposición Transitoria la expresión “salvo en aquello en lo que la aplicación de la presente Ley sea desfavorable al imputado”.

En Madrid, a 12 de febrero de 2003

Fdo. Montserrat Comas d'Argemir

Fdo: Luis Aguiar de Luque

Fdo: Juan Carlos Campo

Fdo: M<sup>a</sup> Angeles García

Fdo: Agustín Azparren

Fdo : Fernando Salinas

Fdo: Javier Martínez Lázaro

Fdo: Félix Pantoja

Fdo: José Antonio Alonso