



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta tesis doctoral contiene un índice que enlaza a cada uno de los capítulos de la misma.

Existen asimismo botones de retorno al índice al principio y final de cada uno de los capítulos.

[Ir directamente al índice](#)

Para una correcta visualización del texto es necesaria la versión de [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriores

Aquesta tesi doctoral conté un índex que enllaça a cadascun dels capítols. Existeixen així mateix botons de retorn a l'índex al principi i final de cadascun dels capítols .

[Anar directament a l'índex](#)

Per a una correcta visualització del text és necessària la versió d' [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriors.

I



UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

LA PRISION PROVISIONAL

Por JOSE MARIA ASENCIO MELLADO

Trabajo presentado para obtener el
Grado de Doctor en Derecho, reali-
zado bajo la dirección del Prof.
Dr. D. JOSE VICENTE GIMENO SENDRA.

Registro n.º 9

II



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A mis padres y a Esperanza.



INDICE GENERAL

INTRODUCCION..... 1

CAPITULO PRIMERO

NATURALEZA. FINALIDAD Y CARACTERES DE LA PRISION PROVISIONAL

A)-FINALIDAD

- a)-Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo..... 17
- b)-Asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de futuros medios de prueba..... 20
- c)-Evitar la reiteración delictiva por parte del imputado..... 23
- d)-Satisfacer las demandas sociales de seguridad..... 26

B)-CARACTERES

- a)-Instrumentalidad..... 31
- b)-Provisionalidad..... 33
- c)-Obedecer a la regla "rebus sic stantibus"... 36
- d)-Jurisdiccionalidad..... 43
 - a,)-Exclusividad de la Jurisdicción..... 45
 - b,)-Juez Legal..... 49
 - c,)-Principio de legalidad..... 52

CAPITULO II

LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISION PROVISIONAL

A)-EL PERICULUM IN MORA

- a)-CRITERIOS OBJETIVOS..... 79
 - a,)-LA GRAVEDAD DEL DELITO..... 79
 - a)-Antecedentes históricos..... 79



b)-La necesidad y dificultad de establecimiento de una pena tipo.....	82
c)-La penalidad. El delito "in abstracto" o "in concreto".....	87
a,)-Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los arts. 8, 9 y 10 del C.P.....	90
b,)-Causas de extinción de la responsabilidad.....	100
c,)-Formas perfectas e imperfectas de ejecución y grados de participación.....	101
d,)-Concurso real e ideal de delitos. Delito continuado y masa. Las circunstancias modificativas específicas.....	103
a,,)-Concurso real.....	103
b,,)-Concurso ideal.....	104
c,,)-Delito continuado.....	105
d,,)-Delito masa.....	107
e,,)-Las circunstancias modificativas específicas constitutivas del tipo penal.....	109
b,)-LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO.....	111
c,)-LA INCOMPARECENCIA DEL ART. 504,1.....	119
b)-CRITERIOS SUBJETIVOS.....	122
a,)-LOS ANTECEDENTES.....	122
a)-Contenido.....	126
b)-Finalidad pretendida por el módulo subjetivo "antecedentes".....	135
b,)-CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	147
a)-Su aplicación en el orden jurídico interno español.....	147



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

B)-EL FUMUS BONI IURIS O APARIENCIA DE BUEN DERECHO
a)-Necesidad de una imputación delictiva.
La exclusión de las faltas.....158
b)-La exigencia de "motivos bastantes para
creer responsable criminalmente a una
persona".....162
a,)-Motivos.....163
b,)-Bastantes.....170
c,)-Responsabilidad criminal.....174
C)-CRITERIOS LEGALES QUE NO OBEDECEN A UNA FINALIDAD
CAUTELAR. LA ALARMA SOCIAL Y LA FRECUENCIA.....176
a)-El concepto de "alarma". Su evolución
histórica.....179
b)-El concepto de "frecuencia". La supre-
sión de la referencia a la "territoria-
lidad".....185

CAPITULO III

REGIMEN DE CUMPLIMIENTO Y CLASES DE LA PRISION
PROVISIONAL.

A)-CUMPLIMIENTO DE LA PRISION PROVISIONAL. REGIMEN
GENERAL.....240
a)-Principios inspiradores.....240
a,)-La presunción de inocencia.....240
b,)-El principio de excepcionalidad.....242
c,)-La finalidad cautelar de la prisión
provisional.....244
b)-El régimen de los presos preventivos a
la luz del art. 520 de la LECrim.....246
a,)-El régimen común de las personas pri-
vañas de libertad. La tortura.....246
b,)-El régimen especial de los internos
preventivos.....248



c)-Derechos y obligaciones de los internos preventivos. Las discordancias existentes entre la LECrim. y las normas penitenciarias.....	251
a,)-La separación entre penados y preventivos.....	253
b,)-Trabajo Penitenciario.....	266
c,)-Permisos de salida.....	272
a,,)-Causas.....	274
b,,)-Requisitos.....	275
c,,)-Finalidad.....	285
d,)-Régimen de comunicaciones y visitas.....	289
a,,)-Clases de comunicaciones y visitas.....	290
b,,)-Limitaciones.....	292
x)-Suspensión en los casos de incomunicación judicial.....	292
y)-Suspensión o intervención de las comunicaciones por orden motivada del Director de la Prisión.....	294
z)-Las comunicaciones con los Abogados defensores y los órganos judiciales.....	299
c,,)-Visitas.....	308
x)-La visita íntima.....	309
y)-La supresión de las visitas y el aislamiento.....	311
d)-La asimilación real de la prisión provisional a la pena privativa de libertad.....	314
a,)-La exclusión del tratamiento penitenciario.....	315

VII

b,)-Los efectos psicológicos de la prisión provisional sobre el interno.....	317
c,)-El abono de la prisión preventiva.....	318
a,)-Tiempo abonable.....	321
b,)-Requisitos.....	322
c,)-Extensión.....	326
d,)-Recursos.....	327
B)- <u>LA PRISION INCOMUNICADA</u>	329
a)-Finalidad de la incomunicación.....	330
b)-Régimen de la incomunicación.....	332
a,)-Sujeto pasivo.....	332
b,)-Sujeto activo.....	334
c,)-Duración.....	335
d,)-El aislamiento respecto del exterior...	336
e,)-La incomunicación y el derecho de de- fensa.....	337
x)-La autodefensa y la incomunicación..	338
y)-La motivación del auto de prisión y la incomunicación.....	340
C)- <u>LA PRISION ATENUADA</u>	343
a)-Régimen de la prisión atenuada.....	345
a,)-Requisitos.....	345
b,)-Forma de cumplimiento.....	348

CAPITULO IV

PROCEDIMIENTO

A)- <u>FORMA</u>	388
a)-La motivación de los autos de prisión.....	389
a,)-La motivación en general. Su finalidad.	389
b,)-La motivación y la presunción de ino- cencia.....	390
c,)-Contenido de la motivación.....	391



Universitat d'Alacant
 Universidad de Alicante

B)- <u>EL AUTO DE ELEVACION</u>	396
a)-Procedimiento común ordinario.....	398
a,)-El auto de procesamiento y la prisión provisional.....	398
b,)-Sujeto activo.....	400
b)-Procedimientos ordinarios de urgencia.....	410
a,)-Procedimiento competencia de las Au- diencias.....	411
b,)-Procedimientos competencia de los Jueces de Instrucción.....	412
C)- <u>EL AUTO DE RATIFICACION</u>	417
a)-Finalidad.....	418
b)-Momento de su adopción.....	420
c)-Naturaleza.....	424
D)- <u>EL DERECHO DE DEFENSA</u>	428
a)-Contenido.....	428
a,)-Puesta en conocimiento.....	429
b,)-Inteligibilidad de la puesta en cono- cimiento.....	431
b)-La defensa formal, derecho u obligación del órgano jurisdiccional.....	434
a,)-Defensa formal voluntaria.....	435
b,)-Defensa formal como obligación del órgano jurisdiccional.....	436
E)- <u>LOS MEDIOS DE IMPUGNACION</u>	443
a)-La regla "rebus sic stantibus" y la reforma de oficio.....	444
b)-Los medios de impugnación.....	447
a,)-Medios de impugnación ordinarios.....	448
a,,)-Reforma.....	449
b,,)-Apelación.....	453
b,)-Medios de impuganación especiales.....	456
a,,)-El recurso de amparo.....	456



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

b,,)-El recurso individual ante el T.E.D.H.....	465
--	-----

CAPITULO V

LA DURACION DE LA PRISION PROVISIONAL

A)- <u>FUNDAMENTO</u>	491
a)-Carácter y naturaleza cautelar de la prisión provisional.....	491
a,)-Excepcionalidad.....	492
b,)-Provisionalidad y regla "rebus sic stantibus".....	493
b)-Presunción de inocencia.....	498
c)-Derecho a la libertad.....	499
B)- <u>CONTENIDO DE LA LIMITACION TEMPORAL</u>	503
a)-Proceso sin dilaciones indebidas.....	504
b)-La limitación temporal de la duración de la prisión provisional.....	507
C)- <u>COMPUTO DE LA DURACION</u>	510
a)-El art. 504 de la LECrim.....	510
a,)-Evolución histórica.....	511
b,)-Los límites temporales de la prisión provisional tras la reforma de 1.985....	513
a,,)-La penalidad en concreto.....	516
b,,)-La pluralidad de delitos.....	522
c,)-La prolongación de la prisión provi- sional. Sus circunstancias.....	526
b)-Las causas de suspensión de los términos máximos de duración de la prisión provi- sional.....	530
D)- <u>EFFECTOS DEL TRANCURSO DE LOS PLAZOS</u>	534



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

E)- <u>EL PLAZO RAZONABLE</u>	539
a)-Criterios adoptados por la Comisión Europea.	543
b)-Criterios adoptados por el TEDH.	557

CAPITULO VI

LA INDEMNIZACION COMO CONSECUENCIA DE UNA PRISION
PROVISIONAL INJUSTA.-

A)- <u>EL ART. 121 DE LA C.E. DE 1.978</u>	581
a)-El error judicial.	584
b)-El funcionamiento anormal de la Administra- ción de Justicia.	587
B)- <u>LA PRISION PROVISIONAL Y SU ENCUADRAMIENTO EN EL ART.121 DE LA C.E.</u>	594
a)-La situación anterior a 1.978.	594
b)-La C.E. de 1.978	596
a,)-El error judicial.	597
b,)-El funcionamiento anormal.	601
c)-La indemnización por prisión provisional in- justa a la luz de la C.E. y de la LOPJ.. . .	604
a,)-El art. 294 de la L.O.P.J.	604
b,)-El error judicial.	608
c,)-Funcionamiento anormal.. . . .	613
d,)-Requisitos para la concesión de la indemni- zación.	617
e,)-Cuantía de la indemnización.	620

<u>CONCLUSIONES</u>	633
-------------------------------	-----

<u>*INDICE ALFABETICO DE LA BIBLIOGRAFIA UTILIZADA</u> . .	645
--	-----

Abreviaturas más utilizadas.	670
--------------------------------------	-----



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCION



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Hace ya algunos años que GOLDSCHIMDT (1) apuntó la intensa correlación existente entre proceso penal y grado de democracia real de un Estado determinado.

Así, para este autor, "la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución", con lo cual la configuración del procedimiento penal, la posición que en el mismo adoptan las partes, las garantías, en definitiva, que se atribuyen al sujeto pasivo del mismo, son presupuestos de los que, necesariamente, hay que partir para constatar el grado de eficacia atribuido a los derechos fundamentales de la persona en el momento histórico que se toma como referencia.

De todos es sabido que la finalidad esencial del proceso penal es la actuación del "ius puniendi" del Estado que, generalmente, se plasma en la imposición de una pena privativa de libertad (2). De este modo, pues, la restricción de la libertad de una persona ha de adoptarse a través de un procedimiento previamente determinado, en el que se respeten los derechos que la propia Constitución consagre, a través, por tanto, de una fórmula heterocompositiva de resolución de los litigios



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

en la que el juzgador sea independiente e imparcial (3).

Si como se ha dicho, el proceso penal se resuelve, en la mayoría de los casos en que se aboque a una sentencia condenatoria, en una privación de libertad, resulta este derecho, reconocido en el art. 17 de la C.E., el más digno de protección por ser, además, el más importante de los atribuidos a la persona humana.

En base a todo ello, pues, se puede entender la importancia de la regulación y estudio de la prisión provisional, medida cautelar consistente en una privación de libertad, adoptada en atención a la futura y previsible pena a imponer en su momento y que, por tanto, implica una anticipación de los efectos de la sentencia condenatoria (4).

La prisión provisional, de este modo, en tanto afecta fundamentalmente al derecho a la libertad, es fiel reflejo del concepto que un ordenamiento concreto tiene de tal derecho de modo que, como dice del DEL POZZO (5) "constituye desde luego el más sensible patrón para valorar el carácter democrático, autoritario o desde luego totalitario de un ordenamiento".

Es fácil, pues, colegir, como es en la prisión



provisional "donde se refleja. . . más que en ninguna otra institución jurídica, más incluso que en la propia pena, la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento jurídico" (6).

De lo expuesto resulta, en consecuencia, la íntima relación entre prisión preventiva y grado de democracia de un Estado.

La solución que se ofrezca al conflicto interés individual en la libertad-interés colectivo en la seguridad, plasmado en la resolución cautelar de la prisión provisional habrá de servir de termómetro a los efectos arriba apuntados.

En estos últimos años las respuestas ofrecidas por el legislador al problema de la seguridad ciudadana y, por tanto, la regulación que se ha realizado de la prisión preventiva ha sufrido multitud de variaciones que, en ocasiones, ha eludido las específicas funciones cautelares que dicha medida está llamada a cumplir.

La reforma de 1.980, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina (7) subordinó el derecho consagrado en el art. 17 de la C.E. a exigencias de seguridad colectiva e hizo perder a la prisión provisional su naturaleza cautelar atribuyéndole finalidades típicas de la pena o las medidas de seguridad.



Tal vez, fue la Ley de 1.983 la más digna de elogio al respetar el carácter y atribuciones otorgadas a las resoluciones cautelares, eximiéndolas de la enojosa misión de satisfacer demandas sociales de seguridad, lícitas, pero cuyo cumplimiento ha de corresponder esencialmente a la pena.

Por último, la "contrarreforma" de 1.985 se ha quedado a medio camino entre las dos anteriores, si bien supera con creces, en lo referido al respeto al derecho a la libertad, a la primera de 1.980.

Todas estas modificaciones legales, las razones que han llevado a ellas, la importancia, en definitiva, de la prisión provisional, constituyen la justificación del por qué de este trabajo en un tema ciertamente abandonado por la doctrina, abandono que no se entiende dada la relevancia de la medida cautelar constituida por la prisión preventiva.

La finalidad de este estudio, sin embargo, lejos de lo que pueda parecer por las palabras hasta ahora dichas, no es meramente de carácter teórico sino que, antes al contrario, es nuestra intención proceder a una interpretación de los preceptos legales en los que se asienta la prisión provisional de forma que pueda ser útil a los profesionales



que cada día se enfrentan al tremendo dilema de ver privados de libertad a sus patrocinados y, en algunos casos, sin justificación aparente para ello.

En este sentido, pues, no sólo se va a utilizar como fuente la doctrinal, sino que, esencialmente, se va a atender a las fuentes legales y jurisprudenciales, en especial, la escasísima pero importantísima jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y aquella emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de su Comisión, de aplicación directa en España aunque, como se ha dicho por algún autor, desconocida en la práctica del foro (8).

Tampoco pretende este estudio abordar todo lo relativo a la libertad en materia procesal penal. El que ahora se presenta habrá de ser completado, necesariamente, con otros que se refieran al resto de las medidas cautelares personales, es decir, la detención y la libertad provisional.

No es nuestra intención igualmente conatruir una teoría general sobre el derecho a la libertad, pues ello es labor más propia de los teóricos del Derecho político y Constitucional y sobre el que se podrían completar Bibliotecas enteras sin llegar nunca a ninguna conclusión, pues el



grado de libertad que un sujeto ha de poseer es de difícil medición en términos generales y, sobre todo, de compleja concreción en los textos legales que tantos intereses han de cohonestar.



NOTAS BIBLIOGRAFICAS A LA INTRODUCCION

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (1) Principios Generales del Proceso. Buenos Aires 1.961. pag. 110.
- (2) Cfr. GIMENO SENDRA. El proceso de Habeas Corpus. Madrid 1.985. pags. 17 y ss.
- (3) Cfr. GIMENO SENDRA. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid 1.981. pags. 24 y ss.
- (4) Cfr. GIMENO SENDRA "El proceso. . .". pag. 35.
- (5) Introduzione allo studio della libertà personale nel processo. Milano 1.959. pag. 22.
- (6) Vide MUÑOZ CONDE- MORENO CATENA. La prisión provisional en el derecho español. en "La reforma penal y penitenciaria". Santiago de Compostela 1.9880. pag. 344.
- (7) Cfr. MORENO CATENA, V; En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1.980. R.D.Proc. ib-filip. 1.981-4. pag. 651.
ANDRES IBAÑEZ, P; Cien años después. Lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. R.P.Jud. núm. 4. Septiembre 1.982. pags. 42 y ss.
- (8) Cfr. AMODIO, E; La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. Riv.it.dir.e proc.pen. 1.967-3. pags. 842 y ss.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO I

NATURALEZA. FINALIDAD Y CARACTERES DE LA PRISION
PROVISIONAL.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Como pone de manifiesto DE LUCA (1) parafraseando a San Agustín, según el cual "los hombres torturaban para saber si se debía torturar", tal expresión adquiere hoy en día todo su vigor, dado que, aunque abolida la tortura, en la actualidad, "se arresta para saber si se debe arrestar".

He ahí la tremenda contradicción de la prisión provisional, institución que ha sido, incluso, calificada de inmoral (2) por suponer una privación de libertad que recae sobre la persona aún no declarada culpable, que la cumple, en definitiva, un inocente.

La prisión preventiva, de este modo, y fundamentalmente, en virtud de constituir un atentado a la presunción de inocencia, ha sido considerada por la mayoría de la doctrina (3), como de difícil justificación teórica, en la medida en la que se resuelve en una restricción de la libertad anterior a la sentencia condenatoria.

La medida privativa del derecho contenido en el art. 17 de la C.E., como se ha dicho reiteradamente (4), es el resultado del conflicto de intereses individual en la libertad-social en el mantenimiento de la seguridad, en la eficacia de la persecución de los delitos que, en todo caso, y en un Estado



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

democrático debe solucionarse a través de la consecución de la síntesis de ambos, los cuales son igualmente dignos de protección.

En base a ello, y en aras de la virtualidad práctica del proceso penal, la prisión provisional, aunque rechazable desde un punto de vista teórico, aparece como absolutamente necesaria (5) en virtud de dos datos correlativos: el primero el retraso (6), el retardo en la tramitación de los procedimientos que hace obligada la adopción de cualquier medida que asegure los efectos que han de derivarse de la futura y probable pena que se impondrá; el segundo, los fines que están asignados a la resolución cautelar que aquí se trata, fines de carácter y naturaleza esencialmente asegurativos (7) que encuentran su fundamento en la garantía de eficacia que el Estado está obligado a otorgar al procedimiento penal.

El problema de la prisión provisional, pues, no es tanto el de su existencia, -ya que lo deseable pero inviable en la actualidad sería que la libertad se mantuviera hasta el momento de dictarse la sentencia-(8), sino el de su regulación positiva o, lo que es lo mismo, que su plasmación en los textos legales responda de una forma clara a su



verdadera naturaleza cautelar y, a su vez, se limitara en función de los derechos constitucionales a la libertad y a la presunción de inocencia y las consecuencias derivadas de su vigencia.

En este sentido, y teniendo en cuenta que la prisión provisional en la práctica se equipara y confunde con la pena por coincidir el contenido de ambas, es decir, resolverse las dos en una privación de libertad, es conveniente que la resolución cautelar se adopte en atención a estrictas finalidades cautelares y responda a los caracteres propios de tales medidas.

Igualmente, y como se ha dicho, los límites que han de establecerse a la prisión preventiva tienen su origen en el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia. De esta manera, y por una parte, la vigencia del art. 17 de la C.E. impone ciertas restricciones no sólo en la adopción, sino también en el cumplimiento de la detención provisional, de forma tal que, como se indica en determinados textos legales internacionales (8), el principio de excepcionalidad ha de estar presente en la regulación concreta de dicha medida, de modo que sólo se decrete cuando sea absolutamente necesaria, debiendo ser la regla



general la libertad.

Por otra parte, el derecho a la presunción de inocencia impone también la exigencia del establecimiento de algunos límites en lo que a la prisión provisional respecta.

Tales límites, y partiendo de la idea de que tal medida supone una anticipación de los efectos de la condena (9) sin que la misma se haya dictado, imponen la obligación de que a esta situación sólo se habrá de llegar cuando concurren determinados presupuestos, que no son otros que los comunes a toda medida cautelar del "periculum in mora" y del "fumus boni iuris" que justifiquen su adopción y mantenimiento y, a la vez, y para evitar no deseables excesos de cumplimiento, la ley habrá de señalar de forma clara el tiempo máximo de duración de la resolución cautelar.

Todo este conjunto de medidas, es decir, la excepcionalidad, responder a los presupuestos del "periculum in mora" y del "fumus boni iuris" y duración limitada, así como la correlación entre la prisión provisional y la naturaleza y caracteres propios de las medidas cautelares, si bien no constituyen una justificación a nivel teórico de la prisión provisional, sí la dotan de las



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

garantías necesarias para cumplir las atribuciones que le están asignadas.

En consecuencia, pues, en el presente capítulo, se va a tratar de la naturaleza, finalidad y caracteres de la prisión provisional, dado que, tanto los presupuestos como la duración será comentada en epígrafes posteriores.

En línea con esta intención, y como se ha dicho, con carácter general, a la prisión preventiva se le atribuye naturaleza cautelar (10) en función de las finalidades que cumple, que no son otras que las establecidas para este tipo de resoluciones consistentes según GIMENO (11) "en trbar determinados bienes o adoptar alguna situación frente a las personas para hacer efectiva la realización ulterior de la sentencia".

De acuerdo, por tanto, con este concepto a la prisión provisional correspondería la misión en el proceso de asegurar las personas, puesto que los bienes se garantizan mediante otras medidas, también cautelares, pero de carácter real (12).

En conclusión, y como parece desprenderse de esta exposición, el elemento relevante para calificar a una resolución como cautelar o atribuirle un significado distinto depende, en definitiva, de



las funciones que realice.

Por tanto, naturaleza y finalidad son notas que se complementan y dotan de sentido mutuamente, por lo que, el segundo de los criterios apuntados constituye, a nuestro entender, la mejor referencia para constatar la efectiva consideración de la prisión preventiva como medida cautelar.

Junto a ello, necesariamente, habrá que establecer el grado de aplicabilidad de los caracteres generales que dichas medidas presentan en materia de privación de libertad.

De este modo, las notas comunes de la provisionalidad, instrumentalidad, jurisdiccionalidad etc. .definitorios del concepto de cautela, serán ponderados en esta materia para extraer la adecuación de la prisión preventiva a la categoría común de las resoluciones de las que, teóricamente, forma parte.



A)- FINALIDAD.-

Muchas son las funciones que, generalmente se atribuyen a la prisión provisional, de muy diversa índole y, en consecuencia, son también numerosas las opiniones de la doctrina al respecto y, sobre todo, en lo referente a la naturaleza de cada una de ellas.

Igualmente, tampoco la legislación es uniforme a la hora de regular este tema y, por tanto, no es de extrañar que, determinadas finalidades que los autores atribuyen a la prisión preventiva, no encuentren amparo legal en las normas de procedimiento.

No obstante, y siguiendo en este punto a FERNANDEZ ENTRALGO (13) las distintas funciones asignadas a la prisión provisional pueden ser reconducidas a cuatro, cuales son las de evitar la frustración del proceso imposibilitando la fuga del reo, asegurar el éxito de la instrucción y la ocultación de futuros medios de prueba, impedir la reiteración delictiva y, por último, satisfacer las demandas sociales de seguridad en los casos en los que el delito haya causado alarma.

Indudablemente las opiniones al respecto han sido múltiples ya que, como se verá, si las dos



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

primeras gozan de un asentimiento generalizado, no ocurre así con las demás que han sido puestas en tela de juicio por los sectores más avanzados de la doctrina en base, fundamentalmente, a criterios tendentes a evitar que la prisión provisional cumpla funciones más propias de la pena o de las medidas de seguridad.

En este punto, pues, conviene reflejar cada una de las diferentes finalidades mencionadas, destacando los elementos en que, a su vez, se subdividen, si bien, ello se hará sin profuindizar en cada una de las mismas puesto que, a lo largo del presente trabajo, y al hacer referencia a aspectos puntuales del mismo, se realizará la valoración de cada supuesto de la norma del cual se desprenda la posible atribución de las funciones señaladas.

a) -Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo.-

La presente función se concreta en dos, de carácter más específico, cuales son el aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y el sometimiento del inculpado a la ejecución de la presumible pena a imponer.



Si bien, como parece lógico, ambas cuestiones son correlativas entre sí e interdependientes, puesto que la necesidad de evitar que el juicio oral no se celebre tiene la intención de conseguir que se ejecute en su día la pena que se impuso, la doctrina, aunque en su mayoría se inclina por estimar que las dos se dan unidas, no es unánime en esta afirmación y, en algunas ocasiones, yuxtapone o subordina una a la otra.

En consecuencia, la casi generalidad de autores del Derecho Procesal mantienen esta postura en base a las siguientes afirmaciones: primera, la fuga y, por tanto, la declaración en rebeldía del sujeto (14) frustra no sólo el proceso, sino también la ejecución de la futura pena; segundo, la pena no es únicamente la consecuencia de la tramitación de un procedimiento penal sino, esencialmente, su finalidad más importante de modo tal que, el ejercicio del "ius puniendi" por parte del Estado encuentra su fundamento en el propio proceso penal, sin el cual los ciudadanos carecerían de toda garantía frente a la Administración (15).

No obstante la casi unanimidad en torno a la postura arriba esbozada, para ciertos autores las dos posiciones no son igualmente defendibles,



bien por considerar la mayor importancia de una de ellas, o bien por entender que la consistente en el aseguramiento de la pena implica en sí misma una infracción del derecho a la presunción de inocencia por lo que tiene de prejuzgamiento (16).

En esta línea de argumentación, tales autores defienden fundamentalmente la finalidad de asegurar el proceso, con independencia de hacer lo propio con la pena. Así, PISAPIA (17) y ANDRES IBAÑEZ (18) se basan, esencialmente, en la importancia que presenta la necesidad de evitar la declaración de rebeldía del sujeto que, en cualquier caso, frustraría el proceso y, por tanto, haría imposible el descubrimiento del hecho imputado.

Por el contrario, para DE LUCA (19), esta función, por sí sola no justifica la prisión provisional, puesto que el sacrificio exigido al sujeto, a los meros efectos de lograr su disponibilidad respecto del órgano jurisdiccional, es muy superior que las ventajas que ello puede reportar y, en consecuencia, para este autor, la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso únicamente se explica en virtud de garantizar la ejecución de la pena.

Para PISAPIA (20), sin embargo, esta última



función no legitima la prisión preventiva con independencia de la primera y ello porque estima que tal resolución así entendida no es otra cosa que una solución práctica al retardo en la tramitación de los procedimientos penales.

En definitiva, pues, diversas posturas que mantienen diferentes criterios pero que, en última instancia, y con carácter general, consideran que la función de evitar la frustración del proceso y la posterior ejecución de la pena a imponer constituye una finalidad cautelar y, por tanto, digna de amparo mediante la prisión provisional.

b) Asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de futuros medios de prueba
(21).-

Aunque la LECrim. tan sólo se refiera a la función de garantía del éxito de la instrucción cuando realiza la regulación de la prisión incomunicada, la misma puede ser extendida también a la de evitación de la ocultación de los futuros medios de prueba que, en su momento, habrán de servir de base para dictar una sentencia determinada.

Dicha pretensión se consigue, en lo referido a la instrucción, imposibilitando que el imputado, mediante sus comunicaciones con el exterior se



confabule con cómplices, testigos etc. . . desvirtuando la finalidad del sumario, es decir, la de aportación de los hechos al juicio oral (22), para lo cual se establecen limitaciones a la correspondencia oral, escrita etc. . .del preso con otros sujetos que se encuentran fuera del recinto carcelario.

A su vez, a la prisión provisional se asigna una finalidad consistente en la evitación de la ocultación de futuros medios de prueba, finalidad que, generalmente, se conseguirá impidiendo la frustración de la instrucción, pero que, no siempre coincide dado el distinto carácter de los actos de investigación y los de prueba (23).

Así, pues, y una vez matizado el contenido de la función que se analiza, conviene ahora esbozar las distintas opiniones y argumentos mantenidos por la doctrina en apoyo o desacuerdo con el carácter cautelar de dicha función.

Para un sector de la doctrina la misma goza del referido carácter por una razón esencial cual es la de que mediante ella se pretende garantizar el proceso, de modo tal que, si tal labor no se llevara a cabo, el procedimiento podría frustrarse, no ya por la incomparecencia del imputado, sino



por la falta del mínimo material fáctico sobre el que apoyarse la inculpación (24).

Las voces disonantes, sin embargo, no son de menor entidad. Así, y fundamentalmente, para PISAPIA (25), la atribución de dicha finalidad a la prisión provisional podría acarrear consecuencias dañinas para el ejercicio del derecho de defensa del sujeto pasivo de la pretensión penal, ya que, si bien a través de ella se consigue el aseguramiento de las pruebas en contra del acusado mediante la evitación de la confabulación con el exterior, a su vez, se puede privar al imputado de utilizar todas las pruebas que considere oportunas para su defensa, y ello porque la situación de privación de libertad es la menos indicada para proceder a una labor de búsqueda de tales medios de defensa.

Junto a estas opiniones, merecen ser destacadas aquellas que adoptan una postura intermedia y que tienen la virtualidad de conjugar la naturaleza cautelar de la prisión provisional con la regulación legal que nuestra norma procesal penal realiza de dicha medida.

En este sentido, es comunmente aceptado que la LECrim. no contempla ningún precepto que autorice la adopción de la prisión preventiva a los efectos



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de asegurar la prueba (26), si bien, igualmente, se puede afirmar que, una vez decretada la resolución privativa de libertad, ésta se convierte en un instrumento idóneo para servir a los mencionados fines y ello, fundamentalmente, en los casos en que la medida adquiere la modalidad de la incomunicación (27).

En conclusión, pues, y siguiendo esta última interpretación, se puede afirmar que la finalidad de asegurar la instrucción no constituye en sí misma una función que explique el fenómeno cautelar (28) y que justifique el acuerdo de prisión. No obstante, si la prisión preventiva se adopta en atención a los criterios generales establecidos en los arts. 503 y ss. de la LECrim. nada obsta para que sea susceptible de cumplir la misión de garantizar el proceso mediante la evitación de la desaparición de las pruebas.

c) -Evitar la reiteración delictiva por parte del imputado.-

Tal finalidad que, en algunos casos puede aparecer mucho más agravada, -como ocurre con el art. 5,1-c del Convenio Europeo que autoriza la detención preventiva en los supuestos en que "se estime necesario para impedir al sujeto que



cometa una infracción" y, por tanto, antes de la realización de un hecho delictivo-, descansa sobre las ideas de peligrosidad y pretende, de este modo, cumplir una función de prevención.

En su virtud, y caso de admitirse este motivo como justificativo para la adopción de la prisión provisional, se estaría posibilitando que la prisión preventiva actuara como un medio asegurativo del orden social, de la tranquilidad ciudadana que, de no decretarse la medida, podría sufrir las consecuencias de una posible reiteración delictiva por parte del mismo sujeto.

La necesidad, pues, de evitar la reiteración constituye la base y el fundamento de esta finalidad que, como se ha dicho, responde a criterios de peligrosidad del presunto delincuente y a su aseguramiento en función de exigencias preventivas.

Tal finalidad, no obstante, no se encuentra positivizada, de forma expresa, en el ordenamiento procesal español (29), si bien, los arts. 503 y 504 de la LECrim., al referirse a los "antecedentes" del inculpado, podrían suponer una vía abierta para su posible admisión.

Como quiera, no obstante, que este tema será



abordado con más detenimiento en un momento posterior (30), queda aquí únicamente apuntado para más adelante referirnos a él en mayor profundidad.

La postura de la doctrina de la doctrina en relación con la finalidad que comentamos se encuentra, al igual que ocurre con las demás dividida.

De este modo, para un importante sector(31), la función de prevención asignada a la prisión provisional es perfectamente compatible con su naturaleza cautelar y deviene, además, obligada, en virtud de exigencias de seguridad, debiendo, por tanto, mantenerse.

La opinión, sin embargo, de otro grupo de autores es radicalmente distinta. En este sentido cabe destacar a ORTELLS (32) para quien la prisión preventiva adoptada en aras de evitar la reiteración delictiva no responde a criterios de carácter cautelar, sino que, antes al contrario, se apoya en ideas de prevención propias de las medidas de seguridad, con lo cual, caso de admitirse tal finalidad se estaría atribuyendo igual naturaleza a la prisión.

Esta última interpretación parece ser la que en mayor grado podría acomodarse a la resolución cautelar constituida por la prisión provisional



cuya función, esencialmente, consiste en asegurar el proceso y la posterior pena (33).

No obstante, y como conclusión, lo cierto es que, de acuerdo con lo expuesto por SOLCHAGA (34), aunque la finalidad preventiva no puede incluirse entre las propias de la medida cautelar, lo cierto es que, la realidad pone de manifiesto como, y en mayor medida cada vez, la prisión preventiva se adopta en base no a exigencias estrictamente cautelares, sino en atención a la peligrosidad aparente del imputado y en aras de garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a la posible reiteración delictiva por parte de éste, y ello ya que la pena, debido al retardo de los procedimientos difícilmente puede cumplir esta misión.

d)-Satisfacer las demandas sociales de seguridad.-

Si bien, en principio, y a primera vista, puede parecer que la finalidad antes comentada y la presente coinciden, dado que ambas pretenden lo mismo, es decir, salvaguardar a la sociedad de los perjudiciales efectos derivados de la comisión de delitos y tranquilizar la inquietud ciudadana, amenazada por la inseguridad, a poco que se profundice se podrá observar que, aún teniendo puntos en común, no existe una total correlación.



La función de evitación de la reiteración delictiva descansa sobre la idea de la peligrosidad constatada del sujeto pasivo de la medida con independencia del hecho cometido, es decir, se basa en criterios de habitualidad del imputado.

Por el contrario, la que aquí se analiza, sin obviar lógicamente la anterior, que puede darse conjuntamente y ser absorbida por ésta, se fundamenta, esencialmente, en datos objetivos, cuales son "la alarma social" y la "frecuencia" con la que son cometidos los delitos que se consideran susceptibles de ocasionar inseguridad en los ciudadanos.

De este modo, pues, la adopción de la prisión provisional en tales casos respondería más que a exigencias de carácter preventivo, a otras de naturaleza retributiva o vindicativa.

Así se ha puesto de manifiesto por la doctrina que, coincidiendo generalmente en dichos extremos, difiere en lo referido a su aceptación como finalidad propia o, al menos, susceptible de ser cumplida por la prisión provisional.

En base a ello, para autores como GRANATA (35), MATTES (36) o CALVO SANCHEZ (37), la prisión provisional puede y debe cumplir con esta labor que



consiste, esencialmente, en la "ejemplaridad social" necesaria para asegurar el orden perturbado por el hecho delictivo. La satisfacción de las demandas de seguridad, basada en las ideas de "alarma" y "frecuencia" se resuelve, pues, en una función retributiva inmediata por el ilícito penal presuntamente cometido.

De forma contraria, otro sector de la doctrina mantiene una opinión radicalmente opuesta a la anterior que, partiendo de idéntica interpretación de las funciones que en estos casos se asignarían a la prisión provisional, niegan la posibilidad de que tal resolución -y precisamente por su naturaleza cautelar- haya de cumplir finalidades más propias de otras medidas de diferente carácter.

En esta línea se puede situar a ORTELLS (38) quien estima que la prisión provisional decretada en estos supuestos tiene un fin claramente intimidativo consistente en dar una respuesta inmediata a un sentimiento social determinado.

La resolución privativa de libertad en estos casos, por tanto, actuaría anticipando, de forma generalizada, los efectos de una pena y ello en base no a exigencias cautelares, sino en virtud de la imposibilidad, derivada del retraso en la tramitación de los procedimientos, de que esta



última cumpla con sus funciones retributiva y preventiva (39).

Al igual que ocurría en el caso anterior, no existe en nuestro ordenamiento procesal una disposición que, de forma expresa, autorice a considerar que dicha función es propia de la prisión provisional. No obstante, las remisiones que la LECrim., en los arts. 503 y 504 realiza a los conceptos de "alarma" y "frecuencia" en aras del acuerdo o revocación de tal medida, parecen permitir que la misma sea adoptada en atención a las mencionadas necesidades ejemplarizantes (40).



B)- CARACTERES.-

Como ya se puso de manifiesto, el problema de la prisión provisional, dado su obligado mantenimiento, pasaba por una regulación acorde con los derechos constitucionales a la libertad y a la presunción de inocencia, es decir, se resolvía en una cuestión de límites, así como por la atribución de finalidades y la adecuación a los caracteres propios de las medidas denominadas cautelares.

Una vez tratado, por tanto, el tema relativo a las funciones, conviene en este momento realizar un análisis de la segunda cuestión, esto es, la relativa al grado de aplicación de las características comunes de las resoluciones cautelares penales a las específicas de la prisión provisional.

En primer lugar es necesario destacar, siguiendo en este punto a PEDRAZ (41) como las notas típicas de las medidas cautelares civiles no son de modo total extensibles a las penales y, en consecuencia, a la prisión preventiva (42).

La razón esencial en apoyo de esta tesis reside en los principios infirmadores de cada uno de los procedimientos civil y penal y, esencialmente., al distinto poder de disposición de las partes en virtud de la vigencia de un sistema de oficialidad



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

en el proceso penal (43).

De este modo, pues, los caracteres que pueden ser predicados respecto de la prisión preventiva son susceptibles de reconducirse a los siguientes:

a)-Instrumentalidad. b)-Provisionalidad. c)-Obedecer a la regla "rebus sic stantibus". d)-Jurisdiccionalidad.

a)-Instrumentalidad.-

Es comunmente aceptado por la doctrina que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas (44), sino que están preordenadas a un proceso y, en concreto, a la ejecución de la sentencia que en el mismo haya de dictarse.

La resolución cautelar, por tanto, se dirige, fundamentalmente, al aseguramiento del fallo definitivo, el cual, caso de no adoptarse la cautela, podría frustrarse, bien por la desaparición de los bienes en lo que a las responsabilidades civiles se refiere, o bien por la evasión del imputado en lo relativo al efectivo cumplimiento de la pena privativa de libertad (45).

Igualmente, la medida cautelar se encuentra supeditada a la existencia de un proceso del cual depende y en función del que existe (46). De este modo, la adopción de aquélla al margen de un procedi-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

miento no podría justificarse en base a exigencias cautelares, puesto que la consecuencia más importante del proceso es la imposición de una sanción y, como ya se ha dicho, la instrumentalidad viene referida, esencialmente, a la ejecutividad del futuro fallo.

La justificación, por tanto, de las medidas cautelares reside en el retraso en la tramitación de los procedimientos, en la lentitud del otorgamiento de la justicia. Si la sentencia se decretara de forma inmediata, tales resoluciones perderían toda razón de ser (47).

En base a todo lo expuesto, y de acuerdo con lo expresado por PISAPIA (48) y LEONE (49), la prisión provisional puede considerarse como incluida en la categoría constituida por las resoluciones de carácter cautelar ya que la misma se impone en virtud de la existencia de un proceso penal y en atención a la previsible pena que, en su momento, habrá de adoptarse, lo cual viene confirmado por los criterios cuantitativos del art. 503 de la LECrim. referidos a la gravedad de la imputación exigida para el acuerdo de prisión.

Como excepción a esta regla general, tan sólo la detención, por su propia naturaleza, puede llevarse a cabo antes de la iniciación de un procedi-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

miento (arts. 489 y ss. de la LECrim.) pero, en todo caso, en atención a la posibilidad de su iniciación.

Por el contrario, y como se desprende de lo establecido en los arts. 501 y ss. de la norma procesal penal, la prisión provisional se decreta siempre en un proceso penal de modo tal que, su extinción produce, automáticamente, la revocación de la medida restrictiva de libertad.

Del mismo modo, y como se ha dicho, su acuerdo, régimen de cumplimiento y duración depende, directamente, de la cantidad de pena imputada al sujeto de forma tal que, si el juicio de probabilidad acerca de la imposición de una sanción tipificada en el C.P. resulta contradicho por los elementos obrantes en autos, la prisión preventiva habrá de desaparecer.

b) Provisionalidad.-

Constituye la provisionalidad, junto a la instrumentalidad, de la cual deriva, la nota más importante a la hora de calificar una medida como cautelar(50).

Instrumentalidad y provisionalidad encuentran su fundamento, su razón de ser, en la misma causa, es decir, en la existencia de un proceso y la



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

necesidad de garantizar la futura efectividad de la sentencia.

Provisionalidad, por tanto, se concreta en la dependencia directa de la medida cautelar del proceso en el cual se adopta y, por el mismo motivo, del fallo que, en su momento, habrá de ejecutarse.

Las resoluciones cautelares, pues, no son nunca definitivas, sino que dependen de la existencia de un procedimiento, pendiente el cual se mantienen y, en última instancia, de la sentencia firme que, en todo caso, habrá de extinguirlas (51).

Las medidas cautelares, por tanto, no pueden extenderse más allá de la vigencia del proceso ni, en consecuencia, de su fase ejecutiva.

Tal carácter aparece con toda claridad en la prisión provisional de modo tal que, no sólo la sentencia, sino cualquier otra forma de extinción del proceso, cual es el auto de sobreseimiento libre e, incluso, el provisional (52), determina el levantamiento de dicha medida que, de este modo, o se transforma en pena, con las consecuencias en la modificación en el régimen penitenciario que ello conlleva o, por el contrario, implica la puesta en libertad del sujeto.

En este punto es conveniente, no obstante, realizar



una matización que consideramos oportuna y que hace referencia a la diferencia entre las notas de provisionalidad y temporalidad que, si bien responden a los mismos criterios, operan en la práctica de forma distinta, comprendiéndose tal afirmación mejor en esta materia (53).

Siguiendo a CALAMANDREI (54), provisionalidad no es equivalente a temporalidad, ya que la primera implica la supeditación de la vigencia de la medida a la concurrencia de un determinado evento, mientras que la temporalidad supone que la misma no dura siempre, es decir, que puede revocarse con independencia de que sobrevenga un hecho concreto.

Esta opinión del insigne maestro italiano puede ser constatada de forma clara en el proceso penal y, más en concreto, en materia de prisión provisional, puesto que aquí la sola nota de la provisionalidad implicaría el mantenimiento de la prisión preventiva a lo largo de todo el proceso y hasta tanto no se dictara una sentencia definitiva o, en otro caso, se acordara el sobreseimiento del imputado.

Por ello, y en atención a la gravedad que supone la restricción de la libertad de una persona a los fines de asegurar la futura pena y los posibles



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

excesos de cumplimiento que se habrían de derivar del excesivo retraso en la tramitación del procedimiento, la ley, en este punto, ha optado por el establecimiento de un sistema de plazos, cuya extensión no podrá ser rebasada en ningún caso (55) y que se concreta en función de la cuantía de la previsible pena futura.

En consecuencia, pues, en lo referido a la prisión preventiva, la nota de la provisionalidad ha de ser matizada en el sentido de que ha de conjugarse con la de la temporalidad que adquiere así una dimensión de un innegable relieve.

c)-Obedecer a la regla "rebus sic stantibus".-

De todos es conocida la vigencia y la operatividad de la regla "rebus sic stantibus" en el proceso penal y, en concreto, en materia de prisión provisional.

De acuerdo con este carácter, diferente por otra parte de los de provisionalidad y temporalidad, la prisión preventiva ha de sufrir las variaciones que se produzcan en los criterios utilizados para su adopción de modo tal que, el desvanecimiento o modificación del "fumus boni iuris" o del "periculum in mora" habrá, necesariamente, de comportar un cambio en la situación personal del sujeto pasivo.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Sin embargo, tal diferencia entre provisionalidad, temporalidad y regla "rebus sic stantibus" no ha sido a lo largo de la historia bien matizada, posiblemente, por la propia inexistencia de preceptos legales que establecieran límites concretos a la duración de la prisión provisional.

Por ello, y antes de entrar en la enunciación del contenido de la regla "rebus sic stantibus" conviene hacer una referencia a las distintas opiniones que se han mantenido acerca de dicho carácter y los arriba enunciados y de las causas por las cuales no se ha efectuado su diferenciación.

En base, por tanto, a esta confusión, p.ej. para RIVES (56) la prisión provisional debe mantenerse hasta en tanto no desaparezcan los motivos que la ocasionaron y, en caso contrario, únicamente se extingue tras el oportuno fallo definitivo.

Igualmente, IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO (57), en un momento anterior a la reforma de 1.980, entendía que la prisión preventiva no tenía un límite máximo de duración señalado en la ley y, por tanto, debía subsistir en tanto no variaran las razones en virtud de las cuales se decretó.

De este modo, pues, "rebus sic stantibus", provisionalidad y temporalidad no eran diferenciadas



y, en cierta manera, se identificaban.

Ello era el resultado de la no consagración legal del establecimiento de unos plazos determinados de duración de la medida constituida por la prisión provisional.

La consagración del carácter de temporalidad realizada por el legislador, de una forma eficaz, a partir de la L.O. 16/1980, de 22 de abril, supuso una variación esencial en este punto.

A partir de este momento, si bien "rebus sic stantibus", provisionalidad y temporalidad se complementan mutuamente de forma tal que, al igual que ocurre con el resto de características cautelares encuentran su fundamento común en los presupuestos del "periculum in mora" y del "fumus boni iuris", actuando, por tanto, indefectiblemente, unidas en el proceso, todas y, en concreto, las tres que aquí se enuncian poseen una fisonomía propia que las diferencia de las demás.

No obstante ello, incluso a nivel legal, se suele tender a su confusión o, al menos, a su identificación.

Así, la nota de temporalidad que el art. 504 de la LECrim. hace depender de un hecho objetivo, cual es el transcurso del tiempo, se amplía conside-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

rando que otros datos, cuales son la complejidad de la causa y el peligro de fuga son determinantes a la hora de establecer el límite exacto de duración de la medida en un supuesto concreto.

De este modo, posiblemente, la LECrim. está utilizando criterios típicos de la regla "rebus sic stantibus" para su aplicación en materia de temporalidad, cuales son los constituídos por el peligro de fuga que, en general, abarcarían todos los motivos o razones que abogan por el mantenimiento o revocación de la resolución cautelar.

Lo que ocurre, sin embargo, es que, como se ha dicho, los caracteres de las medidas cautelares y, por tanto, aquellos propios de la prisión provisional, no pueden ser analizados entre sí de forma independiente, dado que en su totalidad se complementan y, en su conjunto, califican una resolución como cautelar.

Ejemplos de esta afirmación los podemos encontrar en la jurisprudencia tanto de nuestro T.C., como del TEDH.

Para el T.C., en su Sentencia 41/1982, de 2 de julio, partiendo de la existencia de unos límites máximos de duración de la prisión provisional, consideró que la restricción de libertad podía



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

mantenerse hasta el tope señalado en la ley, siempre y cuando subsistieran los motivos que la hubieran ocasionado. La temporalidad, por tanto, se hace depender de la permanencia de los motivos en base a los cuales se adoptó la medida cautelar.

Igualmente, el TEDH, en el asunto STÖGMULLER (S.10.noviembre.1969) estimó que, aun subsistiendo los motivos que dieron lugar a que se acordara la detención preventiva, ésta debía revocarse cuando su duración excediera del plazo razonable. De este modo, pues, la temporalidad prima o adquiere una mayor importancia que la regla "rebus sic stantibus".

En definitiva, identificación y complementación entre los diferentes caracteres propios de las medidas cautelares, son las notas que han de presidir el estudio de tales elementos.

Llegados a este punto, conviene concretar ahora y siguiendo el orden que se estableció, cual es el contenido de la regla "rebus sic stantibus" (a,), así como su operatividad en materia de prisión provisional (b,).

a,)-Contenido.-

La regla "rebus sic stantibus" hace referencia a la dependencia de la vigencia de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

la prisión preventiva en un proceso determinado, de la subsistencia o invariabilidad de las razones y motivos que constituyeron la base de su adopción.

En su virtud, si dichos motivos desaparecen o varían a lo largo de la causa, correlativamente, la medida cautelar ha de sufrir los efectos derivados de tal modificación y, consecuentemente, debe ser levantada o acomodada a la nueva situación (58).

En este punto, sin embargo, es necesario efectuar una matización en lo referido a los criterios de los que se hace depender la nota "rebus sic stantibus".

Dicha nota se encuentra relacionada, unicamente, con las causas o motivos justificativos del acuerdo de prisión, es decir, los presupuestos del "periculum in mora" y del "fumus boni iuris".

Por tanto, la prisión provisional habrá de desaparecer o, en caso contrario, ser modificada o sustituida por otras cautelas (59), cuando se desvanezcan o varíen las razones que fundamentaron su acuerdo. En este supuesto, en consecuencia, el proceso penal seguiría su curso, si bien el inculpado no estaría sometido a prisión preventiva ya que habría desaparecido o disminuído el peligro de



fuga (60).

Sin embargo, cuando lo que sobreviniera es la convicción acerca de la inocencia del imputado, la libertad del mismo no sería consecuencia de la operatividad de la regla "rebus sic stantibus", sino de la nota de provisionalidad que implica la supeditación de la medida cautelar a una resolución definitiva que, en este caso, se concretaría en una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre (61).

b,)-Operatividad.-

La operatividad de la regla "rebus sic stantibus", a diferencia de la temporalidad y la provisionalidad depende, fundamentalmente, del libre criterio del Juez, el cual, mediante la valoración de los elementos contenidos en los arts. 503 y 504 de la LECrim., podrá mantener o levantar la prisión si considera que los motivos han variado o si, por el contrario, permanecen inalterables.

El precepto en el cual se funda el carácter que aquí se comenta se encuentra recogido en el art. 539 de la LECrim. el cual permite que la situación personal del sujeto se modifique, sin límite alguno, a lo largo de toda la causa (62).

La norma, sin embargo, ha sido objeto de numerosas críticas, que en su momento se tratarán (63), relativas a la inexistencia de una obligación legal por parte del Juez de proceder a realizar revisiones periódicas de las causas justificativas de la prisión (64), lo cual parece una solución acertada, dado que, el excesivo volumen de trabajo que tienen los órganos jurisdiccionales puede convertir en papel mojado las prescripciones del art. 539 de la LeCrim. por la sola causa de la imposibilidad del Juez de atender, de oficio, estas cuestiones.

d) -Jurisdiccionalidad.-

La atribución de la característica de la jurisdiccionalidad a las medidas cautelares personales penales se deriva de dos notas: la primera, relativa a la indisponibilidad del derecho a la libertad; la segunda, dependiente del carácter instrumental de tales resoluciones y del principio de exclusividad jurisdiccional consagrado en la C.E. en su art. 117,3.

Así, el derecho a la libertad resulta indisponible en virtud, no sólo de su propia naturaleza público constitucional, de modo tal que los ciudadanos no son dueños de su ejercicio y, por tanto, no



se puede proceder a su restricción por el único motivo de que lo soliciten(65&; sino también, en base a los principios que rigen el proceso penal que, si bien consagra el acusatorio y, en consecuencia, una vinculación del Juez a las pretensiones de las partes, la misma no es "total" y "absoluta", como ocurre en el proceso civil (66), sino relativa, pudiendo el Juez separarse de las peticiones de condena o absolución utilizando para ello los cauces que la LECrim. le ofrece (67).

De otra parte, la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares personales penales deviene como consecuencia del carácter instrumental de las mismas y del principio de exclusividad de la jurisdicción.

De este modo, la nota de la instrumentalidad,- que implica la subordinación de tales resoluciones a un proceso y a la posterior pena que, en su día, se habrá de dictar, siendo así que tanto la fase declarativa, como la de ejecución están atribuídas a los órganos integrantes de la jurisdicción-, supone que la fase cautelar, igualmente, ha de corresponder a tales órganos y, por tanto, su adopción le ha de estar vedada a las autoridades



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

administrativas (68).

De la misma manera, y siguiendo en este punto a GIMENO (69), la restricción del derecho a la libertad, en tanto utilizada con fines cautelares, es decir, anticipando los efectos de la pena definitiva, supone el ejercicio del "ius puniendi", el cual, únicamente, corresponde a la Jurisdicción, de acuerdo con lo establecido en el art. 117,3 de la C.E.

Aquí, y según este autor, y antes de entrar en el contenido concreto de la prisión provisional, es conveniente realizar un análisis de la vigencia de los principios de Exclusividad de la Jurisdicción, Juez Legal, y de Legalidad en materia de restricción del derecho a la libertad para, a partir del mismo, establecer su grado de aplicación a la medida cautelar privativa de libertad, cual es la prisión provisional.

a,)-Exclusividad de la Jurisdicción.-

En base a lo establecido en el art. 25 de la C.E., el principio de la exclusividad de la Jurisdicción comporta negativamente que los órganos integrantes de la Administración no pueden imponer sanciones que "directa o subsidiariamente impliquen privación



de libertad".

De este modo, todo acto que, de cualquier forma restrinja la libertad de una persona, en tanto que, como se ha dicho, comporta una anticipación de la pena y, en consecuencia, el ejercicio del "ius puniendi", corresponde, exclusivamente, su adopción a los órganos integrantes del Poder Judicial.

En base, pues, a lo preceptuado en los arts. 25 y 17 de la C.E., la autoridad gubernativa no puede dictar resolución alguna que implique una privación de libertad.

No obstante ello, el propio art. 17 de la C.E. que, en este punto es susceptible de ser equiparado al art. 13 de la C.italiana, autoriza a los órganos de la Administración a proceder a limitar la libertad de movimientos de las personas mediante la medida cautelar de la detención.

La regla general, por tanto, de la jurisdiccionalidad, sufre determinadas excepciones que, de acuerdo con lo expuesto por DEL POZZO (70) han de someterse a las siguientes notas: x)-adopción tan sólo en los casos expresamente señalados en la Ley. No puede, pues, la Administración regular esta materia a través de la potestad reglamentaria. y)-Naturaleza provisional de las resoluciones que se decreten.



z)-Necesidad de su convalidación posterior por parte de la Autoridad Judicial y, en caso contrario, anulación automática de sus efectos.

La detención gubernativa en España puede subsumirse dentro de estos tres aspectos señalados, ya que, en general, tal medida tan solo puede acordarse en los supuestos consagrados en los arts. 492 y ss. de la LECrim., se mantiene durante un plazo máximo determinado y es susceptible no sólo de ser convalidada posteriormente por la Autoridad Judicial una vez le es entregada la persona del detenido (arts. 496 y ss. de la LECrim.) sino que, además, puede ser objeto de un recurso de Habeas Corpus (71).

No obstante ser la detención la única excepción a la regla de la jurisdiccionalidad admitida por nuestra Constitución existen otros casos, consistentes en privaciones de libertad, si bien no lo son con una finalidad cautelar, en los que la Autoridad Gubernativa está habilitada para proceder a restringir tal derecho.

Un supuesto típico es el relativo a la detención del sujeto con ocasión de la práctica de las pruebas alcoholométricas de aire expirado o análisis sanguíneo.



En relación con este tema la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su Decisión de 13 de diciembre de 1.979, ha entendido que en tales casos "la ejecución forzosa de un examen de sangre (o prueba de aire expirado) constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración". En este sentido, pues, y a tenor de lo establecido en la mencionada resolución de la Comisión, tal privación de libertad, al ser ordenada por la Policía, constituiría una infracción del art. 17,1 de la C.E.

El T.C., en diferentes Sentencias en las que ha estudiado el tema (72) se ha inclinado por estimar que, si bien, en efecto, tal privación de libertad existe, la misma "está justificada para asegurar el cumplimiento de una obligación legal" y, en consecuencia, no se infringe el precepto constitucional señalado (73).

Un caso diferente es el constituido por el internamiento de personas sospechosas de propagar enfermedades infecto-contagiosas, cuyo aislamiento corresponde decretar, en virtud de lo establecido en el Decreto de 7 de septiembre de 1.934, Ley de 25 de noviembre de 1.944, Orden de 7 de agosto de 1.915 y Decreto de 26 de julio de 1.945, a las Autoridades Sanitarias



que en tales normas se establecen.

En estos supuestos, pues, la privación de libertad, si bien justificada en el peligro de propagación a la sociedad de una enfermedad determinada, se escapa del control "a priori" de la autoridad judicial, bien entendido que, no obstante, tales resoluciones son susceptibles de ser recurridas mediante el ejercicio de un Habeas Corpus a tenor de lo señalado en el art. 1,b de la L.O. 6/1984, de 24 de mayo (74).

b,)-Juez Legal.-

Una vez afirmado el carácter exclusivo de la Jurisdicción en materia de privación de libertad, conviene ahora hacer una referencia a la incidencia del derecho al Juez legal, previsto en el art. 24 de la C.E. en este punto, es decir, al Juez ordinario y predeterminado por la ley al que ha de corresponder una actuación limitativa del derecho sancionado en el art. 17 de la C.E.

De acuerdo con GIMENO (75), y aunque respecto a ello nada diga nuestra Constitución, el Juez legal que tiene conferida la potestad para proceder a la restricción de la libertad de una persona no ha de ser otro que el Juez ordinario penal.

Así, este autor señala que, por imperativo del



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (76) nadie puede ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual. El incumplimiento, por tanto, de una obligación civil no constituye un motivo suficiente para proceder a privar de libertad a un sujeto.

Tal prescripción, sin embargo, es puesta es contradicho en nuestro país por la regulación de la figura del "arresto del quebrado" que, según GIMENO (77) y en base a su adopción de forma automática podría ser susceptible de ser declarada inconstitucional.

No es esta la opinión que mantiene al respecto GARRETA SOLE (78) para quien el "arresto del quebrado" es una especial medida cautelar de carácter personal decretada en un proceso civil con la finalidad de garantizar una eventual condena penal en causa criminal ulterior.

Tal postura, no obstante, presenta ciertas quiebras que descansan en la incompatibilidad de dicha medida y los caracteres y presupuestos propios de las resoluciones cautelares penales.

Como fácilmente se puede colegir la instrumentalidad en relación con un proceso penal, al que teóricamente asegura, es de difícil comprensión puesto



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que, por una parte tal proceso aún no existe y, por otra, que si bien, aunque el mismo no se hubiera iniciado, la resolución se hubiera adoptado en atención a circunstancias específicas de las cuales se derivara la seguridad de la posterior incoación, la medida podría encajarse en la categoría de las resoluciones cautelares, pero la automaticidad de su adopción a tenor de lo establecido en el art. 1.044,2 del C.Com. impide tal calificación.

Igualmente, ni el "periculum in mora", ni el "fumus boni iuris" pueden predicarse de un simple cálculo de probabilidad de que en su momento la quiebra se calificará como punible. En estos casos, no existiría un real peligro de fuga ni, por tanto, una imputación penal suficiente para justificar una privación de libertad.

En consecuencia con lo expuesto, pues, la regla general ha de ser la imposibilidad de decretar la prisión por incumplimiento de obligaciones civiles.

GIMENO (79), sin embargo, considera que ello no puede ser extralimitado y que, en este tema, ha de hacerse una obligada referencia a lo expresado en el art. 5,1-b del Convenio Europeo.

Como es sabido, en dicho texto legal se establece



la posibilidad de detener a una persona "por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley".

En estos casos, pues, se podría proceder a la detención de un sujeto con motivo del incumplimiento de una obligación legal determinada, y así, aún tratándose de un proceso civil, la causa de la misma no consistiría en una deuda (80).

Nada obstaría, por tanto, para que nuestra LEC estableciera un precepto que obligara al deudor que va a ser ejecutado a manifestar sus bienes ante el Juez y proceder, en caso contrario, a su privación de libertad, hecho que respondería no al carácter civil de la ejecución, sino a la desobediencia o desacato a la autoridad judicial(81).

c,)-Principio de legalidad.-

El principio de legalidad implica, en materia de privación de libertad, que la misma sólo puede ser llevada a efecto en dos supuestos muy concretos, esto es, bien como consecuencia de la imposición de una pena tras el oportuno procedimiento, o bien en base a la existencia de motivos bastantes para creer que una persona ha cometido una acción delictiva (82).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

No obstante ello, y siguiendo a GIMENO (83) en este punto, hay determinadas excepciones que pueden ser justificables y otras que, por el contrario, no encuentran suficientes razones de apoyo para su mantenimiento.

Dejando de lado las primeras, es decir, las que se pueden considerar admisibles cuyo ejemplo más claro viene constituido por la detención gubernativa prevista en los arts. 492 y ss. de la LECrim., dada su naturaleza y finalidad cautelares, conviene hacer una revisión de las medidas que se podrían encuadrar en la segunda categoría.

En la actualidad, y una vez reformada la materia relativa a la extradición pasiva y equiparado su régimen al ordinario de la LECrim. (84), tan sólo es digno de mención lo referido a las detenciones de extranjeros, puesto que, la nueva Ley 7/1985, de 1 de julio, ha mantenido, en esencia, los supuestos que anteriormente contemplaba el antiguo Decreto de 14 de febrero de 1.974.

A tenor de lo previsto en el art. 26 de la citada Ley, los extranjeros pueden ser expulsados de España en virtud de seis grupos de causas o razones distintos. De estos, tres, es decir, los comprendidos en los apartados b,d y e (84 bis) no permiten que se adopte previamente la detención del sujeto sino que tal medida únicamente se podrá decretar



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

en caso de incumplimiento de la orden de salida del territorio nacional (art. 33).

En el resto de los supuestos regulados en el mencionado art. 26, es decir, los sancionados en los párrafos a, c y f (encontrarse ilegalmente en España por no haber obtenido por no haber obtenido prórroga de estancia o permiso de residencia. Estar implicados en actividades contrarias al orden público o perjudicar a los intereses del Estado. Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales) la autoridad gubernativa puede acordar la detención del sujeto mientras se sustancia el expediente, detención que habrá que poner en conocimiento del Juez de Instrucción en el plazo de setenta y dos horas, el cual decretará o no el internamiento del extranjero por un tiempo máximo de cuarenta días (art. 26,2).

En estos últimos casos, la detención estaría justificada tan sólo si la conducta hubiera de ser constitutiva de delito ya que, si ello no es así, no se comprende una privación de libertad que, por supuesto, no es absolutamente necesaria ni constituye óbice alguno para que se proceda a la expulsión del extranjero que no cumple con



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

los requisitos que la ley establece para su permanencia en territorio español.

De los supuestos enunciados en el mencionado art. 26 de la Ley de Extranjería no se deduce la necesidad de que el sujeto esté implicado en la comisión de delito alguno e, incluso, si se relaciona el art. 26,1-a con el art. 11,4 se puede deducir que la mera falta de acreditación de la personalidad puede conducir a la calificación de ilegalidad de la permanencia del sujeto en España y, por tanto, servir de base a una detención.

De seguirse esta interpretación, por tanto, el art. 13 de la C.E., que extiende el derecho a la libertad a todas las personas incluidas los extranjeros, podría verse vulnerado al permitirse la adopción de una medida restrictiva de la libertad en virtud de la comisión de una simple falta, siendo así que el art. 495 de la LECrim. prohíbe la detención en base a tales circunstancias, dentro de las cuales puede encajarse la relativa a la indocumentación.

En otro orden de ideas, de la redacción del art. 30,3 de la Ley de Extranjería parece deducirse la inmediata ejecutividad de las órdenes de expulsión decretadas, como expresa el art. 26,1 por el Director



de la Seguridad del Estado.

Tal prescripción, a pesar de las garantías establecidas en el art. 30,2 relativas al derecho a la asistencia letrada del detenido pueden ser contrarias al art. 24 de la C.E. al no permitir el ejercicio del derecho de defensa en virtud de la imposibilidad real de utilizar los recursos pertinentes ya que, si bien el art. 35 explicita claramente que el extranjero puede hacer uso tanto de los medios de impugnación administrativos, como de los jurisdiccionales que estime convenientes, la inmediata efectividad de la expulsión deja vacía de contenido esta última norma ya que, una vez producido el acto lesivo, su restitución, aunque tenga lugar, habrá ocasionado perjuicios difícilmente reparables.

Una vez establecida, pues, la vigencia de los principios de exclusividad y legalidad y del derecho al Juez legal en materia de libertad, conviene ahora matizar cual es el grado de aplicabilidad de los mismos a la medida consistente en la prisión provisional.

Con carácter general, la prisión preventiva se resuelve en una resolución indisponible y ello no sólo porque se traduce en una privación de libertad y, en consecuencia, asume las notas básicas



que se pueden predicar de aquel derecho, sino porquee, en concreto, la prisión provisional, al conformarse como una medida cautelar de naturaleza penal, se escapa del poder de disposición de las partes.

De este modo, si bien la misma puede ser solicitada por las partes en sus escritos de querrela (art. 277 de la LECrim.) el Juez, dueño y señor de la Instrucción, no queda vinculado por tal petición pudiendo, por tanto, obviar tal demanda.

En otro orden de ideas, la prisión provisional solo puede ser adoptada por un Juez penal y en atención al aseguramiento de un proceso en curso y la posterior y previsible pena a imponer (arts. 502, 503 y ss. y 539 de la LECrim.).

Así, pues, en definitiva, se puede concluir que la prisión preventiva responde a los principios y derechos arriba enunciados y se conforma, por tanto, como una auténtica medida cautelar.



NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO I

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (1) Lineamenti della tutela cautelares penale.
La carcerazione preventiva. Milani 1.953.pag.35.

- (2) CARRARA,F. Inmoralità del carcere prevntivo.
en "Opuscoli di diritto criminale".Firenze
1.902.

- (3) Cfr. MORENO CATENA,V."En torno a. . .".pag.640.
PISAPIA.Compendio di procedura penale.Padova
1.982. pag. 256. FERNANDEZ ENTRALGO.El sentido
de la prisión provisional y la Ley Orgánica
10/1984, de 26 de diciembre. Rev. La Ley 18.octu-
bre.1985.

- (4) Cfr. FERNANDEZ ENTRALGO "El sentido de . . .".
PEREZ GORDO Libertad provisional y prisión
provisional en la Constitución, en la LECrim.,
y en los textos legales y jurisprudenciales.Rev.
Justicia-84.núm. 1 pags. 8-9.
GRANATA La tutela della libertà personale
nel diritto processuale penale. Milano 1.957
pag.5.

- (5) PEREZ GORDO op.cit.pags.8-9. MORENO CATENA
"En torno a. . .".pag.640.AGUILERA DE PAZ
Ley de Enjuiciamiento Criminal.Madrid 1.924.
pag.190. DEL POZZO op.cit.pag.59.

- (6) Cfr. CALAMANDREI Introduzione allo studio
sistematico dei provvedimenti cautelari Padova
1.936 pag.20.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (7) Cfr. SOTO NIETO La prisión y la libertad provisionales vistas por un Juez. R.D.Proc.1955.pags. 580 y ss. AGUILERA DE PAZ op.cit.pag.190.MORENO CATENA "En torno a. . .".pag.640.
- (8) Vide Resolución 65 (11) del Consejo de Europa.
- (9) Vide GIMENO La detención en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Anteproyecto de Reforma. RGD 1977.pag.490.
- (10) Cfr.,SOTO NIETO op.cit.pags.579-580. GIMENO "La detención. . . ".pag.484. IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO Curso de Derecho Procesal Penal. Madrid 1.969 pag.198. FENECH,M. El proceso penal.Madrid 1.982: pag.147.
- (11) GIMENO "La detención. . ."pag.484.
- (12) Como son los embargos y las fianzas recogidos en los arts. 589 y ss. de la LECrim.
- (13) La prisión provisional.RGD nº 496-497 Enero-febrero 1.986. pag.9.
- (14) Vide arts. 746, 801 y 841 de la LECrim.
- (15) A título de ejemplo los autores más destacados que se inclinan por esta postura son: MORENO CATENA "En torno a. . ."pag.640. ORTELLS RAMOS, M. Para una sistematización de las medidas cautelares.RGLJ mayo 1.978.pag.448. PRIETO CASTRO.Derecho Procesal Penal.Madrid.1982.pag.262.SOTO NIE-



TO.op.cit.pags.579-580.GRANATA op.cit.pag.158.

(16) Cfr. RUIZ-JARABO COLOMER,D. La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Europeo de Estrasburgo. R.D.Jud.núm.10.pag.153.

(17) "Compendio. . . ".pag.261.

(18)op.cit. pag.43.

(19) op.cit. pag.16.

(20) "Compendio. . . ".pag.261.

(21) Aunque, generalmente, no se distingue entre ambas funciones, nosotros consideramos conveniente diferenciar asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de pruebas puesto que, si bien esta última finalidad se suele realizar en la fase de sumario, no siempre los actos de investigación se habrán de convertir en su momento en actos de prueba.

(22) Vide art. 299 de la LECrim.

(23) Sobre distinción entre actos de investigación y Actos de prueba vide SERRA DOMINGUEZ,M. La instrucción de los procesos penal y civil: el Sumario:. en "Estudios de Derecho Procesal". Barcelona 1.969.pag.723. ARAGONESES ALONSO,P. Instituciones de Derecho Procesal. Madrid 1.981.p.207. HERCE QUEMADA. Derecho Procesal Penal. Madrid 1.979 con GOMEZ ORBANEJA pag.117.
A favor del valor probatorio de los actos sumariales JIMENEZ DE ASENJO Concepción Técnico-Jurí



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

dica de la Instrucción Criminal.R.D.Proc.ib-fili
1960-4 pags. 576 y ss.

(24) Cfr. MATTES La prisión preventiva en España.Ma-
drid 1.975 pag. 20. FLORIAN Diritto procesuale
penale 1.939 pags. 412 y ss. cit. en DE LUCA op.
cit. pag. 16. STEFANI, LEVASSEUR y BOULOC Procé-
dure penale. París 1.984 pags.644-645. CARRARA
op.cit. pag.312.

(25) "Compendio. . . ".pag.262.

(26) Cfr. ORTELLS "Para una sistematización. . . ".
pag=455. MATTES op.cit.pag.20.

(27) Cfr. MORENO CATENA "En torno a. . .".pags.644 y
ss.MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit. pags. 357 y
ss. ORTELLS "Para una sistematización. . .".pag.
455.

(28) Cfr. DE LUCA op.cit.pag.16.

(29) Todo lo contrario ocurre en Alemania donde
el parágrafo 112,3 de la StPO autoriza la
prisión provisional en aras de la evitación
de repetición de delitos.

Igualmente en Francia, tras la reforma procesal
operada por la Ley 70/643, de 17 de julio,
reforzada por Ley 81/82, de 2 de febrero,
se atribuye a la prisión provisional esta
función.

Cfr. RODRIGUEZ RAMOS,L. La prisión preventiva
¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de
seguridad?. Rev. La Ley 17. de abril de 1.984.



- (30) Vide infra pags. 126 y ss.
- (31) Cfr. MATTES op.cit. pag. 20. AGUIEERA DE PAZ op. cit: pag. 190. CARRARA op.cit.pag.312.
- (32) "Para una sistematización. . ."pag.455.
- (33) Vide CHIAVARIO Processo e garanzie della persona Milano 1.982. pag.267.
- (34) Consideraciones sobre la tutela de la seguridad personal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Rev.P.Jud.núm.4 septbre. 1.982.pag.60.
Igualmente pone de manifiesto esta realidad y la necesidad de dar una respuesta legal a tal situación irregular RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva ¿pena. .?".
- (35)Op.cit.pag.47.
- (36)Op.cit.pag.20.
- (37) CALVO SANCHEZ De nuevo sobre la prisión provisio-
nal. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984 de 26
de diciembre. Rev. La Ley 22 .marzo.1985.
- (38) "Para una sistematización. . ."pags.457-458.
- (39) Cfr. ANDRES IBAÑEZ op.cit.pag.44.
- (40) Sobre los conceptos de "alarma" y "frecuencia" vide infra pags. 176 y ss.
- (41) Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español.Madrid 1.985. En la pag. 83, y recogiendo en la cit. núm.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

224 las opiniones de un amplio sector de la doctrina, considera como caracteres propios de las medidas cautelares civiles los siguientes: instrumentalidad, temporalidad o provisionalidad, homogeneidad y no identidad con las ejecutivas, dispositividad y urgencia.

Tal clasificación no es uniforme y determinados autores la amplian, otros la reducen y, por último, algunos la refunden.

Así, p.ej. FAIREN La reforma del proceso cautelar español. en "Temas del Ordenamiento Procesal" T.II. Madrid 1.969. pags. 895 y ss. la amplía y enumera de forma distinta. Considera como tales: la instrumentalidad, provisionalidad, responder a la eliminación del periculum in mora, urgencia, obedecer a la regla "rebus sic stantibus" y no producción de efectos de cosa juzgada.

MONTES REYES, A. Registro y proceso: anotaciones preventivas. Salamanca 1.978 las clasifica así: Jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y urgencia.

Otra clasificación puede verse en GUTIERREZ DE CABIEDES Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares en "Estudios de Derecho Procesal". Pamplona 1.974 pags. 388 y ss.

(42) PEDRAZ op.cit.pags.92-93.

(43) Vide sobre principios del proceso GIMENO "Fundamentos. . ." pags.177 y ss. MONTERO AROCA, J. Introducción al Derecho Procesal. Madrid 1.979 pags. 208 y ss.

Sobre el principio dispositivo en el proceso



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

civil vide CAPPELLETTI Proceso, ideologías, sociedad. Buenos Aires 1.974 pags. 91 y ss.

- (44) Vide CALAMANDREI "Introduzione. . ."pag.21.
SERRA Las medidas cautelares en el proceso civil. Barcelona 1.974 pags. 15-16. MONTES REYES op.cit.pag.30.
- (45) Vide CALAMANDREI "Introduzione. . ."pag.21.
GUTIERREZ DE CABIEDES "Elementos. . ."pags. 13-15. FAIREN "La reforma. . ."pags. 895 y ss. PEDRAZ op.cit.pag.86.
- (46) FONT SERRA Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva en "El sistema de medidas cautelares" Pamplona 1.974 pag.143.
HERCE QUEMADA op.cit. pag. 204.
- (47) GUTIERREZ DE CABIEDES "Elmentos. . ." pags. 13-15. CARRERAS LLANSANA, J. Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en "Estudios de Derecho Procesal" con FENECH Barcelona 1.962 pags. 569 y ss. encuentra el fundamento de las medidas cautelares en la "necesidad de cohonestar un -hacer pronto- con un -hacer bien-, dado que considera que si "la justicia humana fallara inmediatamente se correría el peligro gravísimo de que se atendieran por igual las pretensiones justas y las injustas. . ."..
- (48) "Compendio. . ."Pag.49.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (49) Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires
1.963 pag.262.
- (50) Cfr. PEDRAZ op.cit.pags. 87 y ss.
- (51) Cfr. FONT SERRA op.cit.pag.143.FAIREN "La
reforma. . ."pags. 895 y ss. PEDRAZ op.cit.
pags. 87 y ss. CALAMANDREI "Introduzione
. . ."pag.10.
- (52) Vide PEDRAZ op.cit.pags. 88 y ss.
- (53) No obstante parecen identificar ambas notas
PEDRAZ op.cit.pag.83 si bien, posteriormente,
en la pag. 87 matiza esta afirmación.
Igualmente MONTERO La ausencia del imputado
en el proceso penal.R.D.Proc.ib-filip.1977,2-
3 pag.590.
- (54) "Introduzione. . ."pag.10.
- (55) Vide infra pags. 507 y ss.
- (56) RIVES Y ORTIZ ARCE Derecho Procesal.Madrid
1.932.pag.627.
- (57) Op.cit.pag.199.
- (58) Cfr. HECTOR NIEVES La libertad provisional del
detenido como derecho y como institución de pre-
vención criminal.R.D.Proc.ib-filip.1967-4.pag.
146. GIMENO "La detención. . ."pag.484. CHIA-
VARIO "Processo. . ."pag.276.FAIREN "La refor-
ma. . ."pags.895 y ss.DE SALVIA Privazione di



libertà e garanzie del processo penale nella giu-
prudenza della Comisione e della Corte Europea
del diritti dell `uomo. Riv.it.dir.e proc.pen.
1979 pag. 1413.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (59) Cfr. HECTOR NIEVES op.cit.pag.146.
- (60) Cfr. SOTO NIETO op.cit.pag.612.
- (61) GOMEZ DE LA SERNA,P. Tratado académico-forense
de los procedimientos judiciales. Madrid 1.853.
pag.110.
- (62) CALVO SANCHEZ "De nuevo. . ." estima que la re-
gla "rebus sic stantibus" aparece por vez prime-
ra en nuestra legislación tras la reforma de
1.985 en el art. 503,2 de la LECrim. Vide nota
p.pág. del capítulo .
- (63) Vide infra pags. 444 y ss.
- (64) Vide a título de ejemplo en este momento FAIREN
El "encausado" en el proceso penal español en
"Temas del ordenamiento procesal" T.II. Madrid
1.969 pag.1260 NUVOLONE La riforma del processo
penale in Italia e in Germania Riv.it.dir.e proc
pen.1.962 pag.354.
- (65) En este sentido es significativo el asunto
DE WILDE, OOMS y VERSYP (S.18.junio.1971)
ante el TEDH relativo al internamiento de
vagabundos, en el cual el Gobierno justificaba
la privación de libertad en base a que la
misma había sido solicitada libremente por

ellos. Dijo el TEDH ". . .el derecho a la libertad reviste demasiada importancia en una -sociedad democrática-, en el sentido del Convenio, para que una persona pierda el beneficio de la protección de éste por el mero hecho de que ella misma se constituya en prisión. La detención podría infringir el artículo 5 incluso si el individuo de que se tratare la hubiese aceptado".

(66) Cfr. SERRA Incongruencia civil y penal en "Estudios de Derecho Procesal" Barcelona 1.969 pags. 393 y ss. GUASP Derecho Procesal Civil T.I. Madrid 1.968 pags. 517-518. PRIETO CASTRO, L. Tratado de Derecho Procesal Civil I. Pamplona 1.985 pags. 782-783. DE LA OLIVA, A y FERNANDEZ, MA Lecciones de Derecho Procesal T.II Barcelona 1.984 pags. 325 y ss. RAMOS MENDEZ; F Derecho Procesal Civil Barcelona 1.985 pags. 646 y ss.

(67) Cfr. GIMENO "Fundamentos. . ." pags. 188 y ss. FAIREN La disponibilidad del Derecho de Defensa en el sistema acusatorio español en "Temas del ordenamiento procesal" T.II pags. 1206 y ss. SOTO NIETO Correlación entre acusación y sentencia. Madrid 1.979. pags. 14 y ss.

(68) MONTES REYES op.cit. pag. 30.

(69) "El proceso de. . ." pags. 18 y ss.

(70) Op.cit.pags. 38 y ss.

(71) Regulado en la L.O. 6/1984, de 24 de mayo.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (72) Sentencias 100/1985, de 3 de octubre. 103/1985, de 4 de octubre. 145/1985, de 28 de octubre. 148/1985, de 30 de octubre.
- (73) Vide ASENCIO MELLADO, J.M. Los métodos alcoholométricos en la Jurisprudencia constitucional. (Comentario a las Sentencias de 3, 4, 28 y 30 de octubre de 1.985) Rev. La Ley 18 de abril de 1.986.
También GIMENO Valor probatorio de los métodos alcoholométricos. Rev. La Ley 1.984-4 pags. 1103 y ss.
- (74) Dado que el art. 5,4 del Convenio Europeo establece la necesidad de que toda privación de libertad, en los casos en que no es acordada por la autoridad judicial, ha de ser susceptible bien de ser recurrida ante un órgano de la Administración de Justicia, o bien, tales órganos deben realizar controles periódicos de dicha situación.
Vide asuntos VAN DROGENBROECK (S.23.noviembre.1981) WINTERWERP (S.24.octubre.1979), y X contra el Reino Unido (S.5.noviembre.1981).
Tal recurso, estimamos que, en estos casos, podría ser el de Habeas Corpus por la ilicitud de la privación de libertad.
- (75) "El proceso de. . ." pags. 19 y ss.
- (76) Pacto que, en la actualidad, presenta un mayor grado de eficacia dado que España se adhirió en fecha 17 de enero de 1.985 (BOE 2 de abril) al Protocolo facultativo.



En virtud de este Protocolo todas las personas que hayan sufrido una vulneración de los derechos consagrados en el Pacto pueden someter su asunto al Comité de Derechos Humanos que considerará todas las comunicaciones recibidas formulando sus observaciones al Estado parte y al individuo e incluirá en su informe anual un resumen de todas sus actividades.

(77) "El proceso de. . .".pags. 22 y ss.

(78) El arresto del quebrado.Barcelona 1.979.pags. 20, 68, 89 y 91 y ss.

(79) "El proceso de. . .".pag.22.

(80) Vide GIMENO "El proceso de. . .".pag.22.

(81) Vide ASENCIO MELLADO Los procedimientos antiterroristas en el "Nuevo Estado" (1939-1945).Alicante 1.983 Inédita. Donde se recoge como una cláusula similar se establecía en la Ley de Responsabilidades Políticas en su art. 49).
Cfr. GUTIERREZ ALVIZ Y ARMARIO,F El embargo preventivo sin documento cualificado previo. en "El sistema de medidas cautelares". Pamplona 1.974. pags= 134 y ss. MONTERO AROCA Perfeccionamiento del sistema de ejecución singular. La indefensión del ejecutante en "Estudios de Derecho Procesal". Barcelona 1.981 pags. 275 y ss. RAMOS MENDEZ Derecho Procesal Civil Barcelona 1.980. pags. 1012 y ss.

(82) Vide GIMENO "El proceso. . . ".pag.27.



(83) "El proceso de. . .".pag.27.

(84) Por medio de la Ley 4/1985, de 21 de marzo
(BOE de 26 de marzo).Artículo octavo.


(84 bis) Los supuestos de expulsión que no dan lugar a detención previa son: No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando. Haber sido condenados en España o fuera del territorio nacional por conducta dolosa que en nuestro país constituya delito castigado con pena superior a un año de privación de libertad, salvo cancelación de los antecedentes. Incurrir en demora u ocultación dolosas o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a su situación en relación con los cambios de nacionalidad o domicilio y trabajo habitual.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO II

LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISION PROVISIONAL



Una vez establecida la naturaleza de la prisión provisional como medida cautelar, conviene ahora examinar cuáles son los presupuestos que deben concurrir para su adopción y que, en lógica consecuencia con su naturaleza, no pueden ser otros que los propios de la categoría jurídica constituida por las medidas cautelares.

De acuerdo con la doctrina, tanto española, como extranjera, dos son los presupuestos exigidos para que se pueda adoptar una medida cautelar: el "periculum in mora" y el "fumus boni iuris". Ello, no obstante, y a pesar de esta aceptación general, hay que convenir con el gran maestro CALAMANDREI (1), que está todavía por hacer una sistematización de la materia cautelar en lo referido a la elaboración de una teoría general de los institutos cautelares.

Sus palabras, aunque lejanas en el tiempo, ya que datan de 1.935, creemos que siguen conservando una gran actualidad.

Con todo, la elaboración de una teoría general sobre las medidas cautelares se encuentra en este momento más avanzada en el proceso civil que en el proceso penal. Por ello es conveniente antes de entrar en el análisis de los dos presupuestos



señalados anteriormente en su vertiente penal, una sucinta remisión a su contenido en el proceso civil, pues ello nos ha de servir para una mejor comprensión de los mismos cuando nos hayamos de referir a su exigencia en materia de prisión provisional en concreto.

En este sentido, se entiende en el proceso civil el "periculum in mora" como la "existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de un procedimiento jurisdiccional definitivo"(2), pero no un genérico peligro de un daño jurídico, sino un daño específico derivado de la lentitud del procedimiento ordinario. El "periculum in mora" en el proceso civil está íntimamente relacionado, por tanto, con la larga duración de los procesos (3). La medida cautelar actúa, en consecuencia, anticipando los efectos de la resolución definitiva para evitar el probable daño que pueda derivarse del excesivo retraso en la terminación de un proceso (vg. la venta de sus bienes por parte del deudor en perjuicio del acreedor si no se procediera al embargo preventivo).

En lo referente al concepto de "fumus boni iuris" ha de entenderse por tal la apariencia de existencia de un derecho, de forma tal que pueda pensarse



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que la resolución definitiva habrá de coincidir con la provisional de carácter cautelar (5). No es necesario, pues, la certeza, que sólo puede lograrse en la sentencia, para la adopción de una medida cautelar, pero sí una apariencia de buen derecho fundada en un determinado título; es decir, se exige algo más que una posibilidad y menos que la certeza (6).

El contenido, tanto del "periculum in mora", como del "fumus boni iuris", en el proceso penal es muy similar al del proceso civil con las especialidades propias del primero, el cual se rige por principios y normas diferentes y cuya finalidad es, fundamentalmente, la represión de delitos con la importante consecuencia de la restricción de la libertad que ello conlleva. Por este motivo, son las medidas cautelares personales, es decir, aquellas cuyo sujeto pasivo es el imputado, las que tienen una mayor relevancia en el proceso penal, destacándose entre todas ellas por su intensidad la prisión provisional.

Al igual que ocurre en el proceso civil, dos son los presupuestos que han de concurrir para la adopción de una medida cautelar, de la gravedad de la prisión provisional: el "periculum in mora"



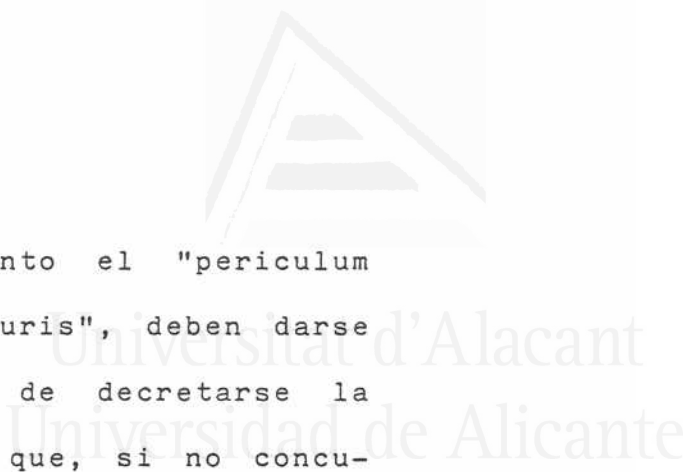
y el "fumus boni iuris".

El "periculum in mora" viene representado por el peligro de fuga, de evasión del imputado al proceso que, consecuentemente, haría imposible en su día la ejecución de la presumible pena a imponer (7). Dicho peligro de fuga se deriva del lógico retraso con que la sentencia penal se produce (8). La larga duración de los procesos obliga a asegurar la persona del imputado con la finalidad esencial de lograr su presencia en el juicio oral o, lo que es lo mismo, para evitar que se frustre el proceso ya que, como es sabido, la regla general en nuestro proceso penal es la de la prohibición del juicio en rebeldía (9). El "periculum in mora", pues, justifica la adopción de la prisión provisional. Evitar la fuga del procesado es la finalidad más importante de dicha medida en lógica consecuencia con su naturaleza cautelar (10); si la prisión provisional se decretara sin la presencia del presente presupuesto quedaría desvirtuada su naturaleza ya que, sus fines no serían los cautelares, sino más bien los propios de una pena anticipada (11).

Por su parte, el "fumus boni iuris", al igual que en el proceso civil, también viene constituido por un juicio de probabilidad, pero no sobre la

existencia de un derecho, sino sobre la posible responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida (12). No basta una mera sospecha sobre la culpabilidad del imputado, sino "motivos bastantes" a tenor de lo establecido en el art. 503 de nuestra LECrim. o, como dice AGUILERA DE PAZ (13), se exigen unos "elementos que puedan servir de base y fundamento a un raciocinio por virtud del cual se le considere criminalmente responsable del delito. . .".


No es necesario, pues, que el Juez tenga la certeza de que el sujeto pasivo de la prisión provisional sea culpable del delito que se le imputa. En la actualidad, como es sabido, los problemas derivados de la compatibilidad entre el "fumus boni iuris" y el derecho constitucional a la presunción de inocencia son, fundamentalmente, los más difíciles de resolver en la práctica judicial. La limitación de la libertad de una persona amparada por los derechos que la Constitución proclama en base a determinados "motivos", en aparente contradicción con el art. 24,2 de la C.E., hace necesario un estudio pormenorizado de los datos en los que debe basarse el presupuesto cautelar del "fumus boni iuris".



Como ha quedado expuesto, tanto el "periculum in mora", como el "fumus boni iuris", deben darse en cualquier caso en que haya de decretarse la prisión provisional de forma tal que, si no concurren, la prisión preventiva perdería su naturaleza verdadera, es decir, la cautelar. El contenido de ambos presupuestos, al menos en el plano teórico, es claro y no induce a error alguno; ello no obstante, y dada la amplitud de dicho contenido, se plantea un primer problema que debe resolver el legislador, este es el relativo a si la ley debe señalar unicamente y de forma genérica la obligatoriedad de la concurrencia de ambos presupuestos o, por el contrario, y dado el subjetivismo absoluto al que podría llegarse con la anterior solución, habría de indicar una serie de módulos o criterios de los cuales y, a través de su valoración individualizada en cada caso, se haya de extraer la existencia o no del peligro de fuga y la imputación penal suficiente para la adopción de la medida (14).

Ha sido la segunda opción la reclamada y seguida por el legislador español, ya desde las Leyes de Partidas, y la actualmente consagrada en los arts. 503 y ss. de la LECrim.

En base a ello, por tanto, y dado que la concurren-



cia de los presupuestos cautelares anteriormente enunciadados se encuentran plasmados en toda una serie de criterios o "stándares" debidamente positivizados en nuestra norma procesal penal, se hace necesario el estudio pormenorizado e individualizado de cada uno de los mismos, lo cual va a constituir el núcleo de la posterior exposición.



A)-EL PERICULUM IN MORA.-

El presente presupuesto cautelar, como ya se ha dicho, viene establecido en los arts. 503 y ss. de la LECrim., en los cuales se fijan los criterios de los que ha de extraerse su concurrencia.

Tales criterios, siguiendo a ARAGONESES (15), pueden clasificarse en dos grandes grupos : subjetivos o relacionados con la persona imputada (vg. los antecedentes) y objetivos o referidos al presunto delito cometido (vg. la gravedad de los hechos o las circunstancias coincidentes en su realización).

El sistema, pues, de estudio de los elementos integrantes del "periculum in mora" responderá, a grandes rasgos, a la división señalada.

a)-CRITERIOS OBJETIVOS.-

a,)-LA GRAVEDAD DEL DELITO.-

a)-Antecedentes históricos.-

La importancia del criterio de la gravedad del delito imputado queda patente si se realiza un breve recorrido histórico a lo largo de nuestro derecho.

Para el legislador ha sido siempre una preocupación esencial la de determinar un límite cuantitativo respecto de la presumible pena a imponer a partir del cual se pudiera pensar que el sujeto pasivo



de la medida preferiría sustraerse al proceso que tener que soportar la futura pena.

Desde las Leyes de Partidas y hasta actualidad, dicho límite ha sufrido importantes modificaciones, condicionado muchas veces por la finalidad que quería atribuirse a la prisión provisional (16).

De este modo, las Leyes de Partidas señalaron la obligatoriedad de la prisión preventiva en caso de que el delito imputado llevara aparejada la pena de muerte, pérdida de algún miembro o cualquier otra pena corporal (17).

El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1.835 fue algo más lejos que las Leyes de Partidas ya que, junto al criterio de las penas corporales introdujo, por primera vez, un límite cuantitativo referido a la duración de la pena privativa de libertad que, en este caso, fue el de "prisión o reclusión por más de seis meses" (18).

La Ley Provisional Reformada de 1.850 suprimió toda referencia a las penas corporales y señaló como límite cuantitativo mínimo de la pena a imponer el "confinamiento menor o arresto mayor", límite, por tanto, muy parecido al establecido anteriormente por el Reglamento Provisional de 1.835 (19).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Una declaración mucho más próxima a la que luego realizarían nuestras primeras Leyes de Enjuiciamiento fue la efectuada por el Real Decreto de 30 de septiembre de 1.853 que elevó la pena exigida a "presidio, prisión y confinamiento mayores" (20).

En esta línea, tanto la LECrim. de 1.872 en su art. 396, como la Compilación General en su art. 648, señalaron, siguiendo los pasos marcados por el Real Decreto de 1.853, como límite mínimo que la pena fuera superior a la de prisión mayor, si bien exceptuaron aquellos casos en que tal pena fuera inferior pero las "circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado" hicieran aconsejable la adopción de la medida mientras el procesado no prestara fianza.

La LECrim. de 1.882, hoy en vigor, inspirada en los mismos principios que las anteriores, reprodujo, casi literalmente, los preceptos relativos a la prisión provisional tal y como habían sido redactados por la Ley Provisional de 1.872 y la Compilación General, si bien, en su art. 503, rebajó la cuantía de la pena exigida a "prisión correccional".

Desde entonces y hasta la actualidad éste ha

sido el límite ordinario señalado para la adopción de la prisión provisional salvo el caso aislado de la Ley 11/1980, de 22 de abril, que lo rebajó a "arresto mayor", pena a todas luces insuficiente para que de ella, y por sí sola, pueda derivarse un real y efectivo "periculum in mora" pues, difícilmente, ante la amenaza de una pena tan corta, puede pensarse que el imputado ha de preferir el exilio a soportar la posibilidad de que opere, en toda su extensión, la figura de la remisión condicional (arts. 92 y ss. del C.P.)(21).

b)-La necesidad y dificultad de establecimiento de una pena tipo.-

De la exposición que se acaba de realizar se desprende la imperiosa necesidad del legislador de establecer una pena tipo, a partir de la cual se pudiera presumir legalmente la evasión del imputado al proceso. De igual modo se puede colegir que dicha tarea no es labor fácil (22), máxime si se tienen en cuenta dos datos: el primero que dada la constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia (art. 24,2 de la C.E.), la prisión provisional debe ser en la mayor medida posible compatible con este derecho, de modo tal que podría incidir en su posible restricción la adopción en los casos en que no se justifica-



ra por la escasa gravedad de la pena.

En segundo lugar hay que constatar que la gravedad del delito afecta a la propia duración de la prisión preventiva, siendo así que, además, y en este sentido, constituye uno de los criterios que la propia Comisión Europea de Derechos Humanos adopta para determinar si la duración de la medida es o no contraria al "plazo razonable" al que se refiere el art. 5,3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos CEDH (23).

Así, y aunque la casi totalidad de la doctrina ha aceptado la necesidad de establecer legalmente un determinado grado de penalidad en base al cual se pueda emitir un juicio sobre el peligro de fuga sin que ello afecte a la naturaleza cautelar de la privación de libertad (24), no es menos cierto que un sector minoritario considera que debe atenderse a la finalidad de la prisión provisional, es decir, la aseguratoria de la pena y que, por tanto, carecen de trascendencia otras consideraciones entre las cuales cabría incluir la gravedad del delito imputado (25).

Tales postulados no son, sin embargo, incompatibles, y ello porque aquellos que mantienen la necesidad de establecer un grado de penalidad



estiman, a su vez, la insuficiencia de atender única y exclusivamente a este dato para presumir el peligro de fuga (26).

Por el contrario, la determinación legal de la gravedad de la pena señalada al delito exigible para decretar la prisión provisional no es otra cosa que una presunción legal (27) de incomparecencia, pero una presunción que, en cualquier caso, puede ser destruida por otros datos relevantes en el proceso (28).

De otra manera, es decir, si se hace depender la adopción de la prisión preventiva exclusivamente de tal presunción, se podría vulnerar, como ya se ha dicho anteriormente, la presunción de inocencia (29) y ello porque, en ningún caso, se motivaría realmente el acto judicial de privación de la libertad personal (30).

Así, pues, se hace necesario, aún partiendo de la grave dificultad que ello conlleva, tratar de señalar una pena tipo a partir de la cual se pueda entender, se pueda presumir, la posible sustracción del imputado al proceso sin que, por tanto, baste ese solo elemento fáctico o, al menos, deba ser considerado conjuntamente con todos los



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

demás aportados al proceso (31). De este modo, un dato objetivo como el que estudiamos podrá armonizarse con la presunción de inocencia y el Juez estará en condiciones de dictar un resolución motivada tal y como establece el art. 143 de la LeCrim.

El problema, pues, una vez establecida la necesidad de señalar un módulo objetivo, se centra en concretar cual ha de ser la referida pena o, lo que es lo mismo, a partir de qué pena de las señaladas en la escala gradual del art. 73 del C.P. debe entenderse que existe peligro de fuga.

De la exposición histórica arriba realizada se deduce que el legislador, salvo momentos aislados, estimó como regla general que se ha mantenido durante un siglo, que la presunción de sustracción al proceso se puede deducir de la comisión de un hecho que tenga asignada una pena superior a prisión menor, es decir, superior a seis años. Así, pues, no obedecería, como regla general, a un "periculum in mora" la imposición de la prisión provisional en aquellos casos que tuvieran señalada una pena inferior.

Tal es la opinión dominante en la doctrina que, mayoritariamente, se inclina por este límite (32).



De acuerdo con REUS (33) "es de creer, si cabe cálculo alguno en este sentido, que el procesado comience a temer más el peligro que corre su libre acción cuando acierta a vislumbrar el triste recinto de la prisión donde ha de extinguir su pena, que cuando solo le amenazan unos meses de arresto" (34).

La regla general, por tanto, en el caso de delitos con pena inferior a prisión menor debe ser la de la libertad (35). La adopción de la prisión provisional en estos supuestos, como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina, no sólo desvirtúa la naturaleza y finalidad de la medida convirtiéndola en una mera anticipación de la pena (36), sino que atenta a la presunción de inocencia dado que, en este caso, la prisión provisional se convierte en la regla y no en la excepción (37) y provoca importantes efectos perjudiciales que por su relevancia merecen un detenimiento especial a lo largo del presente trabajo y que, a juicio de MORENO CATENA (38), al realizar una brillante crítica a la reforma de los arts. 503 y 504 de la LECrim operada por la Ley de 22 de abril de 1.980 se pueden reconducir a los siguientes: a) El hacinamiento penitenciario provocado por el aumento innecesario de la población reclusa. b) la supresión de la



discrecionalidad judicial. c) imposibilidad de aplicación de los beneficios de la remisión condicional.

A tenor, pues, de lo anteriormente expuesto hay que concluir que el establecimiento de un determinado grado de penalidad a partir del cual se pueda fijar una presunción legal de incomparecencia debe compatibilizarse, en un nivel más teórico, con los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia, y en atención a la realidad material con la situación actual de nuestra Administración Penitenciaria y con toda una serie de preceptos del C.P. que aconsejan a los órganos jurisdiccionales la máxima cautela a la hora de decretar la prisión preventiva ante delitos que tienen señalada una pena de corta duración.

c)-La penalidad. El delito "in abstracto" o "in concreto".-

El último punto a tratar en orden al criterio objetivo de la gravedad del delito imputado es, probablemente, el más conflictivo y el que mayores problemas plantea, y ello porque la LECrim. no se refiere al mismo de forma expresa o, simplemente, lo menciona de forma indirecta.

Nos referimos al tema de si la pena asignada



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

al delito ha de considerarse "in abstracto" , es decir, omitiendo cualquier análisis sobre los múltiples elementos particulares que incidan en el caso específico o, si por el contrario, debe atenderse a la pena "in concreto", o sea, teniendo en cuenta aquellos datos que hacen referencia a las circunstancias del hecho o de su presunto autor en el caso individual que se examina.

Como ya se ha dicho, y a diferencia de lo que ocurre vg. en el ordenamiento procesal italiano (39), nuestra LECrim. no ofrece ninguna solución, limitándose exclusivamente a señalar en el art. 503,2 que, en caso de que la pena señalada al delito fuera la de prisión menor o inferior habrá que atender, entre otros extremos, a las circunstancias del hecho para poder decretar la prisión provisional. Lo que no nos dice la LeCrim. es a qué circunstancias se refiere, es decir, si es a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las causas de extinción del delito o a las formas de ejecución, ni tampoco, en el caso de que el enunciado reproducido se refiriera a las anteriormente mencionadas, si las mismas habrían de ser valoradas a los efectos de la determinación de la presumible pena a imponer y, por



tanto, afectando a la propia duración de la privación de libertad o, si por el contrario, de estimarse, lo serían de una forma más genérica, es decir, sin incidencia en la presunta gravedad del delito y a los solos efectos de la adopción o no de la medida a tenor de su concurrencia.

Por tanto, en los epígrafes que a continuación se van a desarrollar se va a tratar la posible incidencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, las causas de extinción del delito y las formas de ejecución, solo en lo referente a su posible incidencia en cuanto a la determinación de la gravedad del delito, es decir, a si su concurrencia ha de ser tenida en cuenta por el Juez a la hora de establecer la posible pena futura a imponer.

En un epígrafe posterior, en el que se desarrollará en concreto el criterio objetivo referido a las circunstancias del hecho, se estudiará, si ello es así, de las anteriormente señaladas circunstancias que, de esta forma, no afectarán a la penalidad, pero sí, a la misma posibilidad de decretar o no la prisión provisional.



a,)-Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los arts. 8, 9 y 10 del C.P.-

Este punto ha sido tratado, si no ampliamente, sí en profundidad por la doctrina al estudiar no sólo el tema referido en concreto a la prisión provisional, sino al extender su tratamiento con ocasión de la valoración de su incidencia en el auto de procesamiento, acto procesal en el que, dada su naturaleza de presupuesto de la prisión preventiva, los problemas que se plantean son de la misma índole.

Así, para un determinado grupo de autores, las circunstancias a las que nos estamos refiriendo no deben tenerse en cuenta en virtud de múltiples razones entre las que cabe destacar las siguientes: las que consideran que la ley no puede descender a las particularidades del caso concreto, debiendo limitarse a señalar parámetros generales (40); aquellas otras que entienden que la labor del Juez de Instrucción es meramente cognoscitiva y que, por tanto, no debe entrar en la valoración de las circunstancias referidas a la antijuridicidad y a la culpabilidad (41); las que estiman que una valoración sobre tales extremos en este momento



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

procesal podría ser contraria a la presunción de inocencia (42); y, por último, aquellas que, por efectuar una interpretación estrictamente literal del precepto actual, que no contempla, a diferencia del texto de 1.980 (43) referencia expresa alguna acerca de la apreciación de las tales circunstancias llegan a la misma conclusión que las anteriores (44).

Para algún otro autor, sin embargo, aunque en relación con el auto de procesamiento, el Juez de Instrucción ha de valorar todos y cada uno de los elementos del delito, es decir, no sólo la tipicidad, sino también la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, no debiendo procesar (ni por tanto decretar la prisión provisional añadimos nosotros, al ser el procesamiento requisito previo al auto de prisión), si tiene alguna duda acerca de la concurrencia de determinada eximente (45).

Ambas posturas extremas, si bien no carecen de fundamento, deben ser rechazadas en virtud de toda una serie de consideraciones que abogan por una solución intermedia. De este modo, y aunque es cierto que no le es atribuido al Juez de Instrucción una labor cognoscitiva pues ello implica



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

siempre el contradictorio que, en el proceso penal solo se da en toda su extensión en el juicio oral, no lo es menos que el negarle cualquier actividad de este tipo, como señala GIMENO (46), sería contrario a la propia norma procesal que, en determinados momentos, exige valoraciones sobre la culpabilidad (vg. la detención de los arts. 489 y ss. de la LECrim.) y a un principio de economía procesal ya que, en la práctica, se dan casos en que la falta de responsabilidad penal queda evidenciada desde el primer momento. Por todo ello entendemos más oportuno mantener una posición ecléctica que intente conciliar ambas posturas extremas.

De este modo, y dada por una parte la realidad de la supresión del antiguo art. 504,4 de la reforma de 1.980 que se refería expresamente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y su repercusión en el plazo de duración de la prisión provisional y en atención, a la vez, a los propios debates producidos en el seno de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados con ocasión de la discusión del proyecto de ley de reforma de los arts. 503 y ss. de la LeCrim. del año 1.983 (47), se puede concluir que las tales circunstancias no han de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ser tenidas en cuenta a la hora de decretar la prisión provisional en lo referido a la modificación de la pena "in abstracto" que corresponde imponer al sujeto pasivo de la medida cautelar.

Ello, no obstante, y a pesar de esta interpretación hay que entender que la LECrim. en otros preceptos de su articulado, obliga a mantener una postura distinta en lo relativo, esencialmente, a dos eximentes, cuales son la enajenación mental y la menor edad (48).

a,,).-

Respecto a la enajenación mental la situación es bastante compleja a tenor de lo que se desprende de los arts. 381 y ss. de la LECrim. El art. 381 habla no sólo de "procesado", sino también de "preso" al referirse a la actitud que debe adoptar el Juez cuando aprecie síntomas de enajenación mental en el sujeto pasivo, lo que puede hacer pensar que la concurrencia de cualquier tipo de perturbación mental no constituye óbice alguno para que puedan decretarse tanto el procesamiento, como la prisión provisional (49). No obstante, el hecho de que dichos preceptos se encuentren incardinados en nuestra ley procesal con anterioridad al art. 384, que es el que regula el procesamiento,



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

puede hacer pensar que la apreciación de la circunstancia eximente de la enajenación mental podría llevarse a cabo con anterioridad al referido auto (50).

Tal parece ser la interpretación correcta a tenor de lo que se desprende de la lectura del art. 381, pues, si bien no establece ninguna obligación para el Juez Instructor en el sentido de que éste haya de realizar un examen previo acerca de la situación psíquica del sujeto pasivo, lo cierto es que la expresión "si el Juez advirtiera. . ." revela la intención del legislador de que el Juez, en cualquier momento de la causa en que aprecie un síntoma de enajenación mental, deba proceder a la observación del sujeto por parte de los médicos forenses para que emitan el informe preceptivo (51).

Por ello, si la sospecha de que el imputado padece alguna enfermedad mental relevante a los efectos del art. 8 del C.P. es anterior al auto de procesamiento y tal indicio se confirma posteriormente por los oportunos informes psiquiátricos, el Juez de Instrucción debería abstenerse de dictar el auto de procesamiento y, consecuentemente, por ser el anterior previo y preceptivo, tampoco



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

el auto de prisión, y ello porque el enajenado mental carece de la capacidad de actuación procesal necesaria para constituirse en parte pasiva del proceso, términos en los que se expresa el art. 380 de la LECrim. (52).

En este caso, pues, lo conveniente sería la aplicación de una medida de seguridad, la cual tendría naturaleza de post-delictual, si ello resultara de los informes emitidos.

Mayores problemas plantea el hecho de que la constatación de la enfermedad mental se haga con posterioridad al procesamiento e, incluso, a la prisión provisional.

A tenor del art. 383, el Juez de Instrucción debería revocar el procesamiento si la enajenación mental hubiera aparecido con anterioridad a la comisión del delito, o bien, en caso de enfermedad posterior al hecho, una vez concluido el sumario, debería el Tribunal competente archivar la causa acordando el sobreseimiento libre al amparo del anúm. 3 del art. 637 de la LECrim. (53).

Esta última solución, sin embargo, precisa de determinadas puntualizaciones.

En efecto, el Tribunal puede acordar en cualquier caso el sobreseimiento libre con motivo de la



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

apreciación de una circunstancia eximente que le impediría, en su momento, dictar una sentencia condenatoria. De este modo, si la constatación de la enfermedad mental resulta ya en fase de sumario, sería contrario a un principio de economía procesal la apertura del juicio oral, cuando el contenido de la sentencia es prácticamente conocido.

No obstante ello, la vigencia del art. 24 de la C.E. y, en consecuencia, la proclamación que este precepto realiza de los derechos a un proceso y a la defensa obliga, tal y como se ha expuesto por nuestro T.S. en Sentencias de 16 de abril de 1.979 (Ref. Aranzadi 1.639) y 5 de noviembre del mismo año (Ref. Aranzadi 3,814) a mostrarse muy cautos en este punto, dado el carácter meramente preparatorio del juicio que posee la instrucción y el derecho fundamental de todo ciudadano a no ser condenado sin ser previamente oído. Por tanto, y aunque ello venía siendo práctica frecuente con anterioridad a la promulgación de la Constitución, no se puede, en la actualidad, sobreseer libremente en base al art. 637,3 y proceder el mismo órgano jurisdiccional a adoptar una medida de seguridad consistente en el internamiento y consecuente privación de libertad de un sujeto



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

sin que se haya celebrado el correspondiente juicio oral ya que, como dice el T.S., "aunque sea posible diferenciar la pena de la medida de seguridad, por su origen y finalidad, en definitiva ésta como aquélla presuponen una privación y restricción de bienes jurídicos, por lo que su imposición y ejecución deben revestir ciertas garantías e ir precedidas y rodeadas de análogo respeto a los derechos individuales de la persona. . .". En este sentido, el T.S. considera que es aplicable a estas medidas lo dispuesto en el art. 24 de la C.E., es decir, los derechos de defensa y asistencia letrada, derecho a un proceso público con todas las garantías y a utilizar las pruebas pertinentes (54).

Por todo lo expuesto hay que concluir que toda persona en la que se aprecie enfermedad relevante a los efectos del art. 8 del C.P., tiene un derecho fundamental a que la aplicación de una medida de seguridad, consistente en su privación de libertad, vaya precedida del correspondiente juicio oral en el cual se dilucide la misma, con las garantías inherentes al contradictorio. Sería procedente en estos casos, por tanto, una sentencia absolutoria y posteriormente la imposición de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

la medida de seguridad si ello resultara del juicio.

Esta solución, como apunta el T.S., no excluye la posibilidad de sobreeser libremente de forma radical ya que, es viable tal actitud, siempre y cuando la imposición de la medida de internamiento se llevara a cabo a través de un procedimiento con todas las garantías arriba enunciadas.

b,,)-

Un problema similar pero de más fácil solución se plantea respecto a los menores de edad, bien lo sean de dieciseis años (Art. 8,2 C.P.), bien de dieciocho (art. 9,3 C.P.).

Al igual que en el supuesto anterior, el art. 375 de la LECrim. habla de "acreditar la edad del procesado", lo cual parece permitir el procesamiento y, por consiguiente, la prisión provisional en tanto no se certifique tal extremo, aún siendo el procesado menor de edad. Ello, además, vendría confirmado por el hecho de que el precepto indicado se refiere a las diligencias de identificación, siendo así que el art. 384 sólo exige, para QUE pueda procesarse a una persona su determinación y, por tanto, la identificación y el reconocimiento quedan para un momento posterior (55).

Sin embargo, una solución de este carácter pecaría



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de simplista e ignoraría algo tan esencial como la imposibilidad de procesar a un menor de edad dado que tiene una capacidad de actuación procesal limitada y, en consecuencia, no puede constituirse plenamente como parte pasiva del proceso (56).

La respuesta a la cuestión planteada nos la ofrece el art. 376 de la LECrim. que se refiere a la falta de justificación de la edad del imputado, hecho que no impide la continuación del procedimiento, siempre y cuando "conocidamente tuviera la edad que el Código Penal requiere para poderle exigir la responsabilidad criminal en toda su extensión. . .".

Por tanto, a tenor de estos preceptos de la LECrim. y del art. 9 del Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, Decreto de 11 de junio de 1.948, hay que concluir que el Juez de Instrucción no podrá procesar a un menor de edad, si bien ha de proveerle de Abogado Defensor (art.118,3 de la LECrim. en relación con el art. 24 de la C.E.) y, consiguientemente, tampoco decretar su prisión provisional debiendo, antes de proceder a acordar tales resoluciones comprobar la edad del imputado y, si resulta irresponsable ponerlo a disposición de los Tribunales



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tutelares de Menores (57), tal y como señala el propio art. 8,2 del C.P. De igual modo, si tras la comprobación expresada, resultara que el imputado es menor de dieciocho años, debería tenerse en cuenta la concurrencia de tal atenuante del art.: 9,3 del C.P. a los efectos de determinar la gravedad del delito en orden a la construcción de una presunción de incomparecencia real y efectiva.

b,)-Causas de extinción de la responsabilidad.-

A diferencia de lo que ocurre con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las causas de extinción del art. 112 del C.P. no deben considerarse como cuestiones de fondo que precisen por ello del contradictorio para alcanzar la certeza necesaria acerca de su existencia, sino que, antes al contrario, presentan la naturaleza de presupuestos procesales de carácter negativo (58), presupuestos cuya concurrencia impide el procesamiento y la posterior prisión provisional, tal y como lo demuestra el hecho de que, normalmente, se aprecian, salvo justificación previa de su concurrencia, en un momento anterior a la formulación de los escritos de calificación provisional, esto es, como artículos de previo pronunciamiento (art. 666 de la LECrim.).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Por ello, si aparece alguna de las causas a las que se refiere el mencionado precepto del C.P., debidamente aportada y acreditada por las partes, deberá el Juez de Instrucción abstenerse de decretar el procesamiento y consiguientemente la prisión (59).

No obstante lo anterior, en caso de existir duda acerca de la concurrencia de alguna de las tales causas, el procedimiento seguirá su curso correspondiente, discutiéndose los referidos presupuestos en el momento procesal oportuno, es decir, como artículos de previo pronunciamiento o en el juicio oral si se acumularan al fondo del asunto (60).

c,)-Formas perfectas e imperfectas de ejecución y grados de participación de su autor.-

Los arts 3 y ss. y 12 y ss. del C.P. regulan minuciosa y detalladamente las formas de ejecución de un delito y los grados de participación de su autor.

De tal regulación se deduce la complejidad de la apreciación de cada uno de los supuestos en un momento anterior al juicio oral. Si es fácil distinguir entre un delito consumado y otro en grado imperfecto de ejecución, o entre una persona



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que resulte autora directa y otra cuya intervención lo haya sido como encubridor, dicha tarea se complica cuando se ha de individualizar y estimar si el delito no consumado lo fue en grado de tentativa, frustración, conspiración etc. . .o si la persona que no actuó directamente lo fue en calidad de autor por inducción o cómplice.

Dada, por tanto, la tremenda complejidad de la cuestión, ante un caso concreto, difícilmente podrá el Juez de Instrucción, con los pocos datos que posee en el momento de decretar la prisión provisional formarse una convicción, que precisaría de una mayor información y que, por ello, necesitaría de la celebración del juicio oral.

En este sentido, por tanto, tales extremos si bien han de apreciarse a la hora de determinar la gravedad del delito, lo han de ser en la medida en que el Juez posea los datos suficientes para ello y, generalmente, los poseerá en las fórmulas más simples, esto es, entre la disyuntiva consumación tentativa, autor-cómplice (61). En caso contrario, es decir, ante la existencia de dudas al respecto su valoración precisaría de la celebración del juicio oral para poder llegar a la certeza sobre los mismos (62).



d,)-Concurso real e ideal de delitos. Delito consumado y masa. Las circunstancias modificativas específicas.-

No obstante lo anteriormente expuesto, no puede mantenerse que el papel del Juez de Instrucción a la hora de adoptar la prisión provisional sea el de un mero autómata. Si bien, y como se ha dicho, la apreciación de determinadas circunstancias precisa de la contradicción propia del juicio oral, no es menos cierto que, en lo referente a la gravedad del delito que presuntamente se va a sancionar, determinadas figuras, hoy definitivamente reguladas en el C.P., inciden directamente en la futura pena de modo que, parece conveniente su apreciación en el momento de decretar la prisión preventiva. Tales figuras son las siguientes:

a,,)-Concurso real de delitos.-

De acuerdo con lo establecido en el art. 69 del C.P. el concurso real se produce como consecuencia de la existencia de varios hechos que tienen como resultado la comisión de más de un delito, de forma tal que como exponen COBO-VIVES (63), se dan los presupuestos necesarios para su enjuiciamiento simultáneo.

El resultado producido por este evento es, por



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

tanto, el de una acumulación material (64), que no jurídica, que da lugar a una serie de efectos en orden a la pena a imponer.

De este modo, las reglas previstas en el art. 70,1-2 del C.P. referidas al cumplimiento sucesivo y, en todo caso, la limitación señalada consistente en prohibir que el total de las penas impuestas no supere el triplo de la más grave, habrán de apreciarse a la hora de adoptar la prisión provisional, pues inciden directamente en la futura pena y su duración y, por tanto, en el supuesto peligro de fuga.

b,,)-Concurso ideal de delitos.-

Al igual que en el caso anterior, el concurso ideal, en tanto que es relevante a los efectos de la pena futura, constituye un elemento digno de valoración por parte del Juez de Instrucción a la hora de determinar la entidad del "periculum in mora" subyacente en el caso concreto tomado en consideración.

Dejando de lado el tema de si en la figura regulada en el art. 71 del C.P. existe un solo delito o si, efectivamente, se dan varias acciones punibles (65), lo cierto es que en el presente precepto se modifican las reglas comunes de imposición de penas.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

De este modo, cuando de un solo hecho se deriva la existencia de varios delitos (66), con independencia de los dos supuestos contemplados en el art. 71 (67) la pena a imponer será la "correspondiente al delito más grave en su grado máximo. . .", es decir, estaremos ante una verdadera acumulación jurídica dada la globalización de la pena (68).

Así, la rebaja sustancial que este supuesto puede suponer del periodo de provación de libertad constituye un elemento digno de atención en tanto que el peligro de fuga puede, si no desaparecer, sí disminuir considerablemente.

c,,)-Delito continuado.-

La reforma operada en el C. P. por medio de la L.O. 8/1983, de 25 de junio, introdujo en el articulado del mencionado texto legal las figuras, anteriormente creadas por vía jurisprudencial, del delito continuado y del delito masa, ambas en el nuevo art. 69 bis.

Según CASTIÑEIRA (69) por delito continuado hay que entender "pluralidad de acciones semejantes objetiva y subjetivamente que son objeto de una valoración jurídica unitaria".

El delito continuado, pues, viene en la actualidad configurado por dos grupos de elementos, unos



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de carácter objetivo y otros de naturaleza subjetiva.

Desde un punto de vista subjetivo, para la apreciación de la presente figura se precisa la existencia, a tenor del art. 69 bis del C.P., de "un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión" (70), en definitiva, como exponen COBO-VIVES (71) es necesario que exista una "unidad de plan entendida en relación con el fin fundamental de la actuación", es decir, que los diferentes hechos sean cometidos de acuerdo con una intención unitaria en relación al fin.

Desde un punto de vista objetivo se exigen tres requisitos esenciales:

- 1)-"Pluralidad de acciones y omisiones"(72).
- 2)-"Infracción del mismo o semejante precepto penal". Que se entiende no como vulneración de la misma norma, sino como unidad o referencia a un concreto bien jurídico (73).
- 3)-"Exclusión de la aplicación de la aplicación de esta figura a las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo los referidos al honor y a la honestidad". Lo cual, como ha puesto de relieve BUSTOS (74) se trata de una exclusión ambigua en tanto que el concepto "personal" es de difícil concreción.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En definitiva, pues, en la medida en la que concurren los requisitos expuestos y sea una única persona el sujeto pasivo de las diferentes acciones, nos encontraremos ante un delito continuado que lleva implícito una penalidad diferente a la que correspondería si se sancionara cada acción de forma independiente.

Así, el art. 69 bis establece que, en tales casos, se impondrá la pena señalada a la infracción más grave en cualquiera de sus grados, pudiéndose, no obstante, aplicar la pena superior en su grado medio. Se observa, por tanto, un amplio margen de discrecionalidad otorgado al Juez en estos supuestos.

La regla general enunciada, sin embargo, se modifica si se trata de delitos contra el patrimonio en los casos en los que la pena a aplicar ha de atender al "perjuicio total causado", permitiendo la ley, en estos supuestos, imponer la pena superior correspondiente al delito en cualquiera de sus grados si el hecho revistiera notoria gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas.

d,,)-Delito masa.-

La figura del delito masa, al igual que la anteriormente expuesta, fue creada



por cía jurisprudencial e introducida en el art.:

69 bis del C.P. tras la reforma de 1.983.

Autores como REOL (75) y SAINZ CANTERO (76) ya pusieron de relieve hace bastantes años la importancia de la protección penal del sujeto pasivo masa, es decir, el compuesto por una pluralidad de personas, en delitos, fundamentalmente de carácter económico, fruto de la sociedad industrial, en los que ciertos sujetos u organizaciones desarrollan determinadas actividades de carácter fraudulento que repercuten "en los sectores menos dotados económicamente" (77) y que, en este sentido, reclaman una actividad por parte del Estado en defensa de los intereses de la colectividad.

De este modo, por delito masa, y siguiendo a SAINZ CANTERO (78) se puede entender aquel en que "mediante una sola acción (79) o por varias acciones que, consideradas independientemente, constituiría cada una de ellas un delito o falta, el sujeto activo pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas, cuyos componentes individuales, en principio, indeterminados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos".

El concepto emitido por SAINZ CANTERO venía



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

a constituir el delito masa como una unidad independiente y autónoma del delito continuado. Sin embargo, como expone BUSTOS (80), la realidad legal impuesta por la reforma de 1.983 obliga a mantener la naturaleza de "subcaso del delito continuado" del delito masa, cualificado por la pluralidad de perjudicados en el segundo, pero sometido a los mismos requisitos que el primero (81).

En consecuencia, y como resumen de lo expuesto, cabe concluir la importancia de las figuras contempladas en el art. 69 bis del C.P. en la medida en la que configuran una penalidad determinada que, el Juez de Instrucción, a la hora de decretar la prisión provisional, habrá de tomar en consideración, fundamentalmente, en lo referido al delito masa que de forma tan directa incide en la delincuencia económica y ecológica, dado que el peligro de fuga, en estos supuestos, aumentará considerablemente en la medida en la que la pena a imponer también sufrirá tal variación.

e,,)-Las circunstancias modificativas específicas constitutivas del tipo penal.-

Si como ya se ha expuesto las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los arts. 8, 9 y 10



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

del C.P.no han de ser, en principio, apreciadas, salvo certeza del Juez acerca de su concurrencia, a la hora de determinar la gravedad del delito presuntamente a punir, existen toda otra serie de circunstancias, no recogidas en los preceptos citados, pero que suponen una agravación o dulcificación de la pena de cuya confluencia en el caso, por tanto, se puede extraer un mayor o menor "periculum in mora".

A título de ejemplo, y como casos más relevantes a este efecto se pueden citar los relativos al delito de estafa o insolvencia fraudulenta.

En este sentido, el art. 528 del C.P. asigna al delito de estafa la pena genérica de arresto mayor, si bien, ésta puede elevarse hasta prisión mayor si concurren determinados casos previstos en el art. 529 que agravan considerablemente la intención criminal del sujeto o el perjuicio de los que sufren sus consecuencias, tales como la alteración de las sustancias, calidad o cantidad de los artículos de primera necesidad, el abuso de firma en blanco, el elevado valor de la defraudación o la multiplicidad de perjudicados etc. .

Tales hechos, en la medida en que se presenten en el caso, deben ser considerados en virtud de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

la mayor posibilidad de fuga del imputado en los mismos.

Igualmente ha de tratarse el delito de insolvencia punible que, en la misma línea que el delito de estafa, lleva aparejado una pena de arresto mayor (art. 523), la cual, sin embargo, puede elevarse a prisión menor, por ejemplo, si se han enajenado valores de la masa con posterioridad a la declaración del concurso, simulación de enajenación etc.
. . .

b,) -LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO.-

La determinación de cual sea el contenido de este módulo objetivo recogido en el art. 503,2 de la LECrim. plantea algunos problemas derivados no sólo de su concreción legal, sino también del vacío doctrinal y jurisprudencial existente a este respecto.

La práctica judicial se inclina por entender que dicha causa viene referida al hecho de que la forma o manera de la comisión del ilícito penal, por su especial violencia u otras circunstancias anormales que confluyan en su realización, revelen una virtual peligrosidad del imputado de forma tal que, la no adopción de la medida cautelar



supondría el riesgo de una posible reiteración delictiva por parte de la misma persona (82).

En definitiva, se trataría, pues, de una fórmula que permitiría una absoluta discrecionalidad por parte del Juez, quien decidiría acerca de su adopción sin limitación alguna, máxime si se tiene en cuenta la redacción del art. 503,2 de la LECrim. que autoriza a decretar la prisión provisional en los casos en que la pena señalada al delito sea igual o inferior a prisión menor, únicamente con la concurrencia de dicha causa (83), obviando todas las demás.

No obstante lo anteriormente expuesto, la subsodicha práctica judicial necesita determinadas precisiones que, sin ser contrarias a ella, la maticen y diferencien del resto de los motivos contemplados en los preceptos que regulan la prisión preventiva dentro de la LECrim. Para ello es necesario referirse a "stándares" tales como la alarma social, la frecuencia, los antecedentes y la gravedad del delito, tratando de delimitar los posibles puntos comunes para trazar una línea divisoria entre cada una de las citadas circunstancias y la que nos ocupa en este epígrafe.



a)-Alarma social.--(84)

El concepto de "alarma social" es es ciertamente uno de los más complejos e indeterminados de los que se recogen en los arts. 503 y ss. de la LECrim. Sin profundizar en él y a los solos efectos de señalar la falta de paralelismo existente entre este concepto y las "circunstancias del hecho", baste decir que ambos términos se refieren a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido. La diferencia radica en que, bajo la rúbrica "alarma social" se entiende la reacción que se produce en la sociedad ante el delito, la repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos, dotando a la prisión provisional adoptada en estos casos de una doble naturaleza: penal de un lado ya que constituye una sanción que satisface a la sociedad (85) y de medida de seguridad por otro, en tanto que se pretende, con una finalidad preventiva, aislar a un sujeto supuestamente peligroso.

Por el contrario, por "circunstancias del hecho" solo deben entenderse aquellas que revelen una especial peligrosidad del imputado, de modo tal que sea necesario proceder a su privación de libertad cautelar para evitar la reiteración delictiva.



b)-Frecuencia.-

Algo similar a lo que sucede con la "alarma social" ocurre con la "frecuencia", bien sea ésta territorial (art. 504,2), bien sin límite alguno (art. 503,2).

El concepto de frecuencia hace referencia a la comisión reiterada de actos de la misma naturaleza que da lugar a que se produzca una reacción social contra esta situación.

Del mismo modo que en el caso anterior la prisión provisional se impone como un medio de satisfacción a las exigencias ciudadanas de seguridad y, por tanto, la privación de libertad no responde a exigencias cautelares, sino a las propias de la pena, pues se pretende, fundamentalmente, una finalidad de prevención general (87).

De forma contraria, bajo la rúbrica "circunstancias del hecho" y, como ya se ha dicho antes, se persigue, únicamente, la evitación de la reiteración en la actitud delictiva por parte del sujeto pasivo de la medida pero, a diferencia de lo que ocurre con el módulo "frecuencia" no se atiende aquí, ni a la naturaleza de la infracción, (es decir, se decreta la medida cautelar cualquiera que sea

el delito, y tan sólo en función de su forma de ejecución de la cual se deduce una presunta peligrosidad del imputado) ni tampoco se atiende a la reacción social producida por el hecho. La finalidad de la prisión preventiva es, en este caso, meramente asegurativa del sujeto, aunque no responda a exigencias cautelares.

c)-Antecedentes.-

Los antecedentes del imputado constituyen otro criterio, éste de carácter subjetivo, del cual se puede extraer una presunción legal de incomparecencia del sujeto pasivo al proceso.

Sin entrar en este momento a determinar qué se debe entender por "antecedentes" lo que sí parece claro es que tal expresión viene referida no a la conducta actual, al hecho por el cual se decreta la prisión, sino a conductas anteriores que revelan una habitualidad de tal modo que se pueda presumir que el imputado no comparecerá, si se le deja en libertad, al juicio oral.

Por el contrario, y aquí reside la diferencia, al analizar las "circunstancias del hecho" se prescindirá de todo tipo de valoración de actuaciones anteriores del sujeto para centrarse, exclusivamente, en la forma de ejecución del acto que constituye



la base de la imputación actual.

d)-Gravedad del delito.-

Como ya se ha dicho, el Juez de Instrucción a la hora de determinar la gravedad del delito imputado a los efectos de aplicar los arts. 503 y ss. de la LECrim. ha de hacer abstracción, salvo los casos que se han señalado, de las posibles circunstancias recogidas en los arts. 8, 9 y 10 del C.P.

No obstante ello, las tales circunstancias y su posible incidencia en el caso concreto han de tener una determinada operatividad pues, en definitiva, en su momento, pueden servir de base a una sentencia absolutoria o agravar o dulcificar la pena impuesta.

En consecuencia, pues, y aunque el Juez atienda a la gravedad del delito "in abstracto", las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes gozan de una virtualidad que las hace merecedoras de una especial atención.

Así parecen confirmarlo las sucesivas modificaciones que en los arts. 503 y ss. de la LECrim. se han ido produciendo tras la reforma de 1.980 y hasta la actualidad.

La reforma de 1.980 suprimió toda referencia



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

al criterio, anteriormente considerado clásico, constituido por las "circunstancias del hecho" y, en su lugar, introdujo dos nuevos "stándares": "circunstancias del inculpado" (art. 504,2) y "circunstancias modificativas" (art. 504,4).

Al referirse a las circunstancias modificativas, incluso las relacionaba con la presunta gravedad de la pena a imponer, estableciendo que si no concurrían se estimaría siempre en su grado medio.

Así, pues, la reforma de 1.980 obligaba a los Jueces, a la hora de determinar la presunta gravedad del delito cometido, a analizar la concurrencia de las circunstancias recogidas en los arts. 8, 9, y 10 del C.P.

La reforma operada en la LECrim. mediante Ley de 23 de abril de 1.983 retornó en este punto a la redacción anterior a 1.980, reintroduciendo el módulo "circunstancias del hecho" y suprimiendo, por tanto, los "stándares" creados por la Ley de 1.980.

De este modo, pues, parece que la intención del legislador era la de evitar la incidencia, en el terreno de la presunta pena a imponer, de los arts. 8, 9 y 10, dada la necesidad de la certeza



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que debería concurrir para realizar las operaciones de graduación a que la Ley de 1.980 obligaba.

Por tanto, y de acuerdo con la realidad legal actual, el término "circunstancias del hecho" adquiere una significación importante en la medida en la que en su enunciado parece que deban englobarse las posibles causas eximentes, atenuantes y agravantes y ello no con la finalidad de determinar una pena "in concreto", pues tal labor es de imposible realización antes del juicio, sino como datos relevantes, en la medida en que se aprecie su virtual concurrencia, para concretar la existencia de un mayor o menor peligro de fuga.

Así, pues, de su confluencia en el caso concreto dependerá la valoración que el Juez realice acerca de la necesidad o no de decretar la prisión provisional.

Parece lógico pensar que vg. en el caso de un homicidio en el que el autor actuó en legítima defensa (robo a una joyería con armas y en el que el joyero, una vez que el atacante le disparó repelió la agresión causándole la muerte), aunque la pena a imponer sea la prevista en el art. 407 del C.P. y la eximente no pueda ser valorada hasta el momento del juicio, el Juez, a la vista de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

los hechos, puede estimar la desaparición de todo peligro de fuga y no acordar la prisión provisional.

c,)-LA INCOMPARECENCIA DEL ART. 504,1.-

En este precepto se contempla una posibilidad excepcional de adopción de la prisión provisional con independencia tanto de la pena presuntamente asignada al delito, como de cualquier otra circunstancia, salvo una de carácter totalmente objetivo cual es la "incomparecencia ante el Juez o Tribunal que hubiere citado al sujeto pasivo".

En estos casos basta por tanto para que proceda la medida cautelar la existencia del "fumus boni iuris", es decir, de un delito y de motivos para creer responsable a una persona y el hecho de la incomparecencia, siempre y cuando ésta lo haya sido "sin motivo legítimo", a la llamada judicial.

El supuesto, a pesar de la gravedad que denota a simple vista, es perfectamente encuadrable dentro de los casos en que la prisión provisional se adopta en atención a un efectivo "peiculum in mora".

En efecto, el no acudir a un llamamiento judicial sin causa legítima es base suficiente para establecer una presunción (perfectamente constatada) de evasión



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

al proceso, mayor, incluso, que en el resto de los supuestos enunciados en los arts. 503 y 504 de la LECrim.

Pero, para que, efectivamente, de la causa objetiva establecida en el art. 504,1 se pueda deducir una intención clara de evasión al proceso, han de darse una serie de requisitos, por otra parte perfectamente enunciados en el precepto comentado.

De este modo, la expresión "motivo legítimo", debería ser interpretada con la suficiente amplitud y así, toda excusa, cualquiera que sea su naturaleza, laboral, personal, familiar, de salud etc. . .que ponga de manifiesto la intención del sujeto pasivo de acudir a la llamada judicial y siempre que, por tanto, la conducta del inculpado no suponga un obstáculo a la acción de la justicia entendida en el sentido de ponerse en contacto con el órgano judicial para dar razones de su incomparecencia, debe excluirse la prisión provisional.

Lo importante de este precepto no es la mera incomparecencia, sino solo aquella que revela una intención de evasión al proceso.

La expresión "llamamiento judicial", por otra parte , parece indicar que la requisitoria ha



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de provenir, en cualquier caso, de un órgano jurisdiccional. No basta, por tanto, una citación policial u otra de carácter administrativo.

Por último, la citación ha de ser personal, es decir, ha de ser notificada al sujeto pasivo.

No basta la citación por edictos ya que, como ha puesto de relieve nuestro T.C. (87 bis), debe considerarse contraria al derecho de defensa.

Si la persona no tiene conocimiento del proceso incoado contra ella a resultas del cual se le cita para comparecer ante un órgano judicial y, en base a ello, se decreta su prisión, se estará extrayendo una presunción de incomparecencia de un hecho irrelevante por desconocido por su autor.



b) -CRITERIOS SUBJETIVOS.-

a,) -LOS ANTECEDENTES.-

El criterio de los "antecedentes" recogido en la actualidad en los arts. 503,2 y 504,2 de la LECrim. no es de reciente creación sino que, antes al contrario, ya fue concebido e introducido en nuestro ordenamiento procesal penal por la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1.872 que, en su art. 396, lo establecía con una redacción muy similar a la vigente hoy en día.

Tanto la Compilación General de 1.879 en su art. 648,2, como la LECrim. de 1.882 en el art. 503 reprodujeron, casi literalmente, el precepto antes citado, si bien esta última ley añadió una nueva referencia al criterio "antecedentes" en el art. 504.

En efecto, a partir de esta fecha tal criterio no era tenido tan solo en cuenta para decretar la prisión provisional en caso de que la pena señalada al delito fuera inferior a la mínima prevista, es decir, con una finalidad agravatoria de la medida (art. 503,2), sino que el art. 504 permitía la adopción de la libertad provisional aún en el caso de que la pena que llevara aparejada



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

el delito fuera superior a la pena tipo, siempre y cuando el "procesado tuviera buenos antecedentes"; criterio éste que, lejos de referirse exclusivamente a la falta de antecedentes penales del imputado, implicaba, además, toda una serie de circunstancias que acreditaran la buena conducta del sujeto pasivo del proceso (88).

Esta regulación se mantuvo en vigor casi todo un siglo, hasta la reforma de 1.980, que introdujo importantes modificaciones en los preceptos comentados.

Así, la Ley 16/1980, de 22 de abril, suprimió el término "antecedentes" del art. 503 y lo incorporó al art. 504 dotándolo de una doble función: por un lado los "antecedentes penales" a los que se hacía referencia en el párrafo primero del art. 504 cumplían la misma misión que los antiguos "buenos antecedentes", es decir, la de servir, en defecto de su concurrencia, para decretar la libertad provisional aunque la pena señalada al delito imputado fuera superior a la de arresto mayor. La mayor virtualidad de esta innovación, pues, residió en la introducción de un término cuya calificación era exclusivamente jurídica dado que, la conducta del imputado se valoraba,



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

unicamente, desde la vertiente de la comisión anterior de otros delitos, dejando de lado y obviando criterio tan ambiguos como la buena conducta.

Por otro lado, el párrafo segundo del art. 504, tal y como resultó de la reforma citada reprodujo, en esencia, el significado o contenido del criterio relativo a los "antecedentes" que, anteriormente, se recogía en el art. 503. De este modo, y al igual que ocurría en la situación precedente, aunque la pena no excediera de arresto mayor (89), se podía decretar la prisión provisional en base a ciertos "stándares", entre los que se encontraban los "antecedentes".

La reforma de los preceptos relativos a la prisión provisional producida en 1.983 vino a ser una combinación de lo establecido en la LeCrim. de 1.882 y la modificación de 1.980.

En este sentido, de nuevo se ubicaron los "antecedentes" como causa agravatoria en el art. 503, es decir, cuando la pena fuera inferior a la pena tipo, lo cual, salvo la variación de lugar, no supuso innovación alguna.

Por el contrario, los "antecedentes" como motivo para no dictar el auto de prisión sufrieron una modificación importante al añadirse que, no sólo



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

aunque la pena fuera superior a prisión menor se podía optar por la libertad provisional si no concurrían antecedentes, sino que también tal evento podía tener lugar si los mismos "debieran considerarse cancelados", es decir, no era necesaria la cancelación efectiva, sino que bastaba con entender que la misma podría llevarse a efecto (90).

La reforma de 1.985 ha supuesto una reproducción de la Ley de 1.983 en este punto y, por tanto, los problemas planteados en aquel momento gozan ahora de la misma actualidad, máxime si se tiene en cuenta que la modificación del C.P. producida por L.O. 8/1983, de 25 de junio, hoy en vigor, afectó ya en su momento a la LECrim. en lo relativo a la supresión de determinadas circunstancias agravantes tales como la multirreincidencia y la reiteración, esta última absorbida por la reincidencia.

En consecuencia, y en base a todo lo expuesto, varios son los puntos que merecen ser dilucidados en orden a determinar qué se debe entender por el término "antecedentes".

En primer lugar, necesariamente, habrá de concretarse cual sea su contenido, o sea, si solo debe comprenderse en esta expresión legal lo que el



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

C.P. recoge, fundamentalmente, en su art. 10 como circunstancias agravantes o, por el contrario, si la LeCrim. se refiere a un concepto mucho más amplio, cual era el antiguo relativo a la "buena conducta".

Posteriormente, en segundo lugar, habrá de precisarse, una vez tratado de esclarecer su contenido, la virtualidad del criterio para responder a un efectivo "periculum in mora" o si, contrariamente a esta finalidad cautelar, responde a exigencias más cercanas a las propias de una medida de naturaleza penal o de seguridad.

Finalmente, en tercer lugar, y desde un punto de vista esencialmente práctico, será necesario realizar una exégesis de los preceptos legales de la LECrim. relativos al módulo "antecedentes" para, a partir de esta labor, esclarecer su operatividad a la hora de servir de base a la concesión de la libertad o a su negación.

a)-Contenido.-

En base a la exposición histórica realizada, el primer problema que se plantea en orden a determinar el contenido del módulo subjetivo "antecedentes" es el de concretar si el mismo viene únicamente referido al concepto legal de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

antecedentes recogido en el C.P. y que comprendería la agravante de reincidencia del art. 10,15 o si, por el contrario, se trata de un concepto más amplio que el meramente legal, o lo que es lo mismo, si hay que atender también a otras conductas del inculpado que, sin haber sido en su momento constitutivas de delito y no haber recaído sentencia condenatoria ejecutoria, revelen una tendencia delictiva que habría que tener en cuenta a la hora de decretar la prisión provisional.

Toda una serie de argumentos se inclinan a favor de estimar que las actividades previas al delito que ahora se imputa, no constitutivas de delito, no deben considerarse encuadradas dentro del concepto "antecedentes".

Así se deduce en primer lugar de una mera lectura de los textos legales citados en la breve introducción histórica arriba realizada.

Como ya se dijo, el término "buenos antecedentes" recogido en la LECrim. de 1.882 fue suprimido por la Ley 16/1980, de 22 de abril, que, en su lugar, estableció y con la misma función anterior, la expresión "antecedentes penales", expresión que coincide plenamente con la recogida en el art. 118 del C.P. y que se refiere, únicamente,



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

a la rehabilitación del condenado que haya cumplido la pena que se le impuso.

Por tanto, a partir de 1.980 hay que entender que la LECrim. deja de lado toda referencia a módulos de conducta distintos de aquellos constituidos por la condena como consecuencia de un delito anterior a la imputación actual.

En segundo lugar, se pueda argüir en apoyo de la tesis aquí mantenida una razón que se encuentra íntimamente unida a la propia naturaleza cautelar de la prisión provisional, en virtud de la cual, si la prisión preventiva sólo se puede adoptar en caso de comisión de un delito, tal y como establece el art. 503,1 de la LECrim. y el peligro de reiteración, en sí mismo considerado, no constituye una infracción punible (91), en mayor medida se puede concluir que, si dicho peligro se extrae de actuaciones anteriores del imputado que revelan una conducta peligrosa pero que, en ningún caso, se apoya en la comisión de un hecho que presente los caracteres de delito, la privación de libertad, en estos supuestos, no respondería a una exigencia cautelar, sino más bien a la propia de las medidas de seguridad predelictuales (92).

Por todo ello, pues, se puede establecer que



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

por "antecedentes" sólo debe entenderse la anterior comisión de delitos por parte del sujeto pasivo de la medida, siempre y cuando y a tenor de lo señalado en el art. 10,15 del C.P. hubiera recaído sentencia condenatoria ejecutoria.

No obstante esta conclusión no puede zanjarse aquí la cuestión sino que es necesario seguir indagando en ella y, en concreto, acerca de qué conductas de las recogidas en el art. 10,15 del C.P. son relevantes a los efectos prevenidos en los arts. 503 y 504 de la LECrim.

Por tal motivo merece especial atención atender a las diferencias entre conceptos tales como reincidencia, reiteración y multirreincidencia (aunque hoy esté suprimida), para extraer de aquí si su distinta naturaleza afecta de algún modo a la forma de operar de los arts. 503 y 504 de la LeCrim. o, si por el contrario, es irrelevante.

Para ello es necesario, en primer lugar, emitir un concepto de cada una de estas conductas para, posteriormente, y a la luz de ellas, establecer los puntos de conexión entre las mismas y el término "antecedentes".

a,)-Reiteración.- (93)

Por reiteración el C.P., con ante-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

rioridad a su reforma de 1.983, entendía en el art. 10,14 que "el culpable hubiere sido castigado por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor".

La reiteración, pues, hace abstracción del hecho de que el delito o delitos cometidos con anterioridad estén incardinados en el mismo capítulo del C.P., es decir, sean de la misma naturaleza, atendiendo, únicamente, al criterio de la repetición de actuaciones punibles por parte del sujeto pasivo.

Según señala GONZALEZ CUELLAR (94), el fundamento de la reiteración, al igual que el de la reincidencia o la multirreincidencia, no puede encontrarse en razones tales como, que las mencionadas conductas denoten una mayor peligrosidad de su autor o una mayor culpabilidad; piensa este autor que su fundamento hay que encontrarlo en simples razones de defensa social, en vista de lo cual, estima la inadecuación de la pena para luchar contra estas acciones que revelan habitualidad, siendo más conveniente su orientación hacia la vía de las medidas de seguridad (95).

b,)-Reincidencia.-

Por reincidencia, entendía el C.



P. con anterioridad a 1.983 la condena del sujeto pasivo anteriormente "por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título del C.Penal".

Tras la reforma de 1.983 sólo se ha mantenido como circunstancia agravante en el art. 10,15 la reincidencia, si bien ha variado esencialmente su contenido.

De este modo, la agravante de reincidencia ha venido a absorber la anterior reiteración y la propia reincidencia en una nueva figura única y común que, no sólo tiene la virtualidad de realizar una unificación plausible, sino que, a la vez, al modificar la antigua exigencia de que los delitos se encontraran encuadrados en el mismo título y requerir ahora que se incardinan en el mismo capítulo, permite apreciar una verdadera identidad de conductas que, en este caso, ya han de ser de la misma naturaleza (96).

c,)-Multirreincidencia.-

Por multirreincidencia se entendía, (ya que fue suprimida por la reforma de 1.983) la anterior condena del sujeto pasivo "por dos o más delitos comprendidos en el mismo título, siempre que en algunas de las sentencias se hubiera apreciado ya la circunstancia de reinciden-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cia".

La importancia de esta circunstancia residía en que, a tenor de lo establecido en el art. 61,6 del C.P., era la única cuya concurrencia permitía a los Tribunales imponer una pena mayor que la señalada al delito imputado "in abstracto" y en la extensión que los mismos consideraran conveniente.

Su supresión no vino a hacer otra cosa que responder a las múltiples voces autorizadas de la doctrina penal que así y reiteradamente lo solicitaron (97).

Su fundamentación, como ya se expuso anteriormente, era la misma que la de la reiteración y, en consecuencia, no tenía razón de ser.

Una vez señalado, pues, el contenido de cada una de las circunstancias del C.P. referidas a las conductas anteriores del imputado, nos toca ahora examinar si el término "antecedentes" de la LECrim. está en relación con todas ellas o, si tan sólo lo es respecto de alguna de las mismas puesto que, como ya se ha señalado, no puede ser comprensivo de actividades distintas de las delictivas.

La respuesta a esta cuestión es esencial pues el fundamento de las mencionadas circunstancias,



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

si bien no coincide plenamente con el módulo previsto en la LeCrim., sí goza de un cierto paralelismo a partir del cual y posteriormente, establecer si tal criterio responde a exigencias cautelares o no.

De una primera lectura de los arts. 503 y 504 de la LECrim. en relación con el art. 10 del C.P. podría pensarse que por "antecedentes", en la actualidad, habría que entender, exclusivamente, el supuesto de la reincidencia como circunstancia recogida en el párrafo 15 del mencionado art. 10, única que sirve para agravar la presunta pena a imponer.

Tal argumentación, no obstante, difícilmente puede ser sostenida por dos motivos esenciales: el primero porque, tras la supresión de la multi-reincidencia y una vez derogado el párrafo sexto del art. 61 del C.P., no puede elevarse la pena señalada al delito imputado, de modo tal que se pudiera extraer un mayor "periculum in mora" en base a una mayor agravación del tipo delictivo, siendo así que la reincidencia solo sirve para imponer la pena en su grado máximo, hecho no relevante a los efectos de la prisión provisional, al menos en lo referido a la mayor gravedad del delito.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este sentido, la concurrencia de "antecedentes" no obedece, por tanto, a un mayor peligro de fuga basado en una mayor imputación, sino que lo que se desprende de tal módulo es una habitualidad a partir de la cual se puede presumir la incomparecencia del inculpado.

El segundo motivo por el que no se puede sostener la afirmación de que la LeCrim. se refiere exclusivamente a la reincidencia, viene apoyado en la propia argumentación anterior dado que, al no responder a un criterio de agravación de la pena, la simple concurrencia de una sentencia condenatoria anterior, aún no pudiéndose encuadrar en los supuestos del art. 10,15 del C.P. (98) serviría para decretar la prisión provisional, pues la finalidad del módulo "antecedentes" es distinta a la perseguida por el C.P. en el precepto de referencia.

Por tanto, hay que concluir que los arts. 503 y 504 de la LECrim., al hablar de "antecedentes" se están refiriendo no sólo a las conductas encuadradas en la llamada reincidencia, sino a cualquier supuesto en que hubiera existido con anterioridad una sentencia condenatoria ejecutoria, incluso aquellos casos conocidos por el nombre de "reincidencia internacional" recogidos en los arts. 288,



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

452,bis-f y 344 del C.P. y, también, en la medida en que se refieren al "periculum in mora", las posibles declaraciones en rebeldía del sujeto pasivo (99).

b)-Finalidad pretendida por el módulo subjetivo "antecedentes".-

Una vez establecido el contenido del concepto "antecedentes" y señalada su falta de conexión con los supuestos típicos recogidos en el C.P., se hace necesario aludir a la finalidad a la que responde el referido "standard", es decir, si obedece a un efectivo "periculum in mora" y, en su defecto, si goza de una virtual naturaleza de pena o de medida de seguridad.

a,)-Su idoneidad para responder a un efectivo "periculum in mora".-

Como ya se ha puesto de manifiesto, la concurrencia en un determinado sujeto de "antecedentes" revela una habitualidad delictiva de la cual puede derivarse un mayor peligro de fuga respecto de los casos en que tal circunstancia no se da (100). De este modo, si la habitualidad contrastada del imputado tan sólo debe responder a exigencias cautelares, resultan de ello dos datos específicos que habrá que individualizar



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

y tener en cuenta a la hora de valorar si es conveniente o no decretar la medida en base a la existencia de "antecedentes penales".

En primer lugar, debe destacarse que no ha de ser indiferente para el Juez de Instrucción el mayor o menor número de delitos cometidos con anterioridad por el sujeto pasivo del proceso, y ello porque es obvio que el mayor grado de "antecedentes" revela una mayor habitualidad delictiva y, en consecuencia un riesgo más elevado de sustracción del inculpado al proceso.

En segundo lugar, el Juez de Instrucción debe tener en cuenta, en este sentido, la propia naturaleza de las infracciones penales anteriores y ello porque la habitualidad podrá ser más contrastada en la medida en la que los delitos presenten una misma identidad (101) (vg. el caso del autor de un delito de homicidio, por el que ya fue condenado, al que ahora se imputa un robo; es un supuesto muy diferente de aquel que, con anterioridad, cometió diversos delitos de robo).

Ello, sin embarho, debe analizarse de forma muy cautelosa y sin entrar en valoraciones, tales como la reacción de la sociedad ante la frecuencia delictiva o la posible reiteración por parte del



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

imputado (102), ya que una actitud así no respondería a la finalidad cautelar de la prisión provisional, sino a otro tipo de exigencias a las que, obviamente, debe darse cumplida satisfacción, pero por otros medios más adecuados (103).

Por tanto, sería impropio de la LECrim. el establecimiento, en los arts. 503 y 504, de una causa específica de agravación que recogiera los fenómenos que, en el régimen anterior al actual C.P. se encuadraban en el tipo de la multirreincidencia (104).

b.)-Su naturaleza.-

La propia complejidad del concepto constituido por las medidas de seguridad, su finalidad, naturaleza y la diversidad de funciones que, en la actualidad, se le asignan, hacen ya de por sí muy difícil establecer una línea divisoria entre ellas y la pena, máxime cuando de lo que se trata es de analizar si una tercera, de naturaleza distinta, puede responder a los fines de las anteriores.

La medida de seguridad descansa siempre sobre la idea de la peligrosidad (105) y, en este sentido, para evitar una repetición de la actividad delictiva y con una intención claramente preventiva (106)



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

se adoptan las citadas medidas, siendo las más importantes las constituídas por el internamiento del sujeto peligroso (107), o lo que es lo mismo, por su aislamiento social ya que, en el fondo, su justificación viene dada por la propia idea de defensa social (108).

La pena privativa de libertad, entre sus distintas finalidades realiza una, cual es la de prevención general o especial, basada también en la idea de satisfacción del interés social en el mantenimiento del orden público y el desistimiento de los ciudadanos en la comisión de actividades delictivas. En definitiva, una labor propiamente preventiva (109).

En ambos casos y refiriéndonos ya al supuesto que se estudia, la orientación de la prisión provisional a los fines de prevención, en orden a evitar que el imputado cometa nuevos delitos o a dar cumplida satisfacción a los intereses sociales de salvaguarda del orden público serían ajenos a la naturaleza cautelar de la medida, situándose en un plano más cercano a los institutos conformados por la pena o las medidas de seguridad.

La adopción de la prisión preventiva fuera de los casos en que la habitualidad del sujeto pasivo denote un peligro de evasión al proceso será contra-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

rio a la naturaleza cautelar de la resolución y, posiblemente, a los propios enunciados constitucionales y textos internacionales al respecto.

En este sentido, podría vulnerarse la Constitución por suponer una infracción al derecho a la presunción de inocencia, pues la idea de prevención, de evitación de la comisión de ulteriores delitos, basada en una supuesta peligrosidad extraída de anteriores ilícitos penales, parte de una presunción de culpabilidad (110), siendo así que la prisión provisional se adopta en un momento procesal anterior a la sentencia, única resolución capaz de destruir, con las debidas garantías, el mencionado derecho constitucional.

También podría ser contraria la prisión provisional así adoptada, a los diversos textos internacionales que regulan el derecho a la libertad pues, su adopción, en estos casos, responde a una clara intención punitiva, de sanción anticipada, como remedio o satisfacción a las demandas sociales de seguridad, siendo así que, por ejemplo, la Resolución 65 (11) del Consejo de Europa, de 9 de abril, prohíbe que, en ningún caso, se decrete la prisión preventiva con fines punitivos (111).

En definitiva, y como conclusión, la concurrencia



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de "antecedentes" solo puede ser valorada y tenida en cuenta a la luz de los arts. 503 y 504 de la LECrim. al margen de valoraciones, tales como la peligrosidad y la alarma social, y tan sólo se justifica en atención a un hipotético peligro de fuga, el cual puede extraerse, tras el debido análisis individualizado y particular de cada caso, de una habitualidad delictiva perfectamente contrastada en la realidad y la práctica forense, pero con todas las cautelas que impone nuestra Constitución que recoge en su art. 1º como uno de sus valores más esenciales el de la libertad (112).

c,)-Los antecedentes en los arts. 503 y 504,-

Tres son los supuestos que se recogen en la LECrim., en orden a la adopción de la prisión provisional o la libertad, en atención a la concurrencia o no de "antecedentes", de los cuales dos se establecen en el art. 503 y uno en el art. 5043, siendo común a todos ellos el constituir excepciones a la regla general, es decir, aquella en virtud de la cual la prisión preventiva solo puede decretarse en los casos en que la pena asignada al delito sea superior a prisión menor.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

a,,).-

El art. 503 de la LECrim. señala en su párrafo segundo como primera modificación a la norma común que, aún en el supuesto de que la pena que lleve aparejada el delito sea de prisión menor o inferior, el Juez podrá acordar la prisión provisional si concurren determinadas circunstancias, o alguna de ellas, entre las que se encuentran los "antecedentes" del imputado (113).

En este caso, por tanto, el hecho de la existencia de antecedentes penales conlleva una agravación de la medida cautelar que, a veces, podría significar su adopción aún cuando el delito imputado sea de una gravedad mínima, es decir, esté castigado con una simple pena de arresto mayor lo que, a todas luces, y, aunque existan "antecedentes", no responde a un efectivo "periculum in mora", sino más bien a una clara finalidad retributiva o preventiva.

b,,).-

El propio art. 503,2ª recoge un segundo supuesto que se puede decir que constituye la excepción del más arriba comentado.

De este modo, se establece aquí que, en los casos en que se haya decretado la prisión provisional



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

por un delito con pena prevista inferior a prisión mayor, si varían las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, se podrá dejar sin efecto.

Dos matizaciones requiere este precepto para su mejor comprensión.

En primer lugar hay que concretar si las circunstancias a las que se refiere el art. 503,2ª son las relativas a los antecedentes, circunstancias del hecho, alarma social y frecuencia o, si por el contrario, pueden ser introducidas otras distintas.

La solución a esta cuestión nos la ofrece el mismo legislador en la sesión celebrada el día 6 de septiembre de 1.984 por la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados.

En esta ocasión, el Sr. VIZCAYA, del Grupo Vasco, estimó que la expresión recogida en el art. 503,2ª "si las circunstancias tenidas en cuenta hubieran variado", debería haber sido suprimida por una razón esencial, a saber, que las mismas, en principio y por su propia naturaleza, son de las que no cambian.

De acuerdo con su exposición, si las tales circunstancias no son mensurables en lo que respecta



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

a su variación y la concesión de la libertad se condiciona a su modificación, lo que se está haciendo es atar al Juez a su libertad de apreciación.

Dicha enmienda no fue admitida por el Grupo Socialista y, por tanto, no prosperó.

La respuesta del Sr. MOYA MILANES consistió, básicamente en lo siguiente: si tales circunstancias son mensurables para decretar la prisión provisional, y así parece desprenderse de la lectura del art. 503,2, lo habrán de ser también para dejar sin efecto la medida, por lo que el Grupo Socialista deja claro que la fórmula "circunstancias tenidas en cuenta. . ." se refiere únicamente a las mencionadas en el art. 503,2ª y no a otras.

Por tanto, hay que concluir que, en este punto en concreto, la concesión de la libertad ha de basarse, en la variación de las cuatro circunstancias a las que se ha hecho referencia anteriormente y que recoge, expresamente, el art. 503,2ª (113bis).

No otorga, en este lugar la LECrim., discrecionalidad alguna al Juez para valorar si debe o no actuar en un sentido o en otro (114).

En segundo lugar se plantea respecto de este precepto otra cuestión, la cual está íntimamente ligada a la anterior y parte, necesariamente,



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de las deficiencias arriba expuestas.

En efecto, -y tenía a nuestro entender razón el Grupo Vasco del Congreso- las circunstancias recogidas en el art. 503,2 son de difícil mensurabilidad; si tal y como manifestó el Sr. VUZCAYA ni las "circunstancias del hecho", ni los "antecedentes", así como tampoco la "alarma y la frecuencia" pueden variar con el paso del tiempo, habría que concluir que la fórmula utilizada en el precepto que se comenta queda vacía de contenido y, en consecuencia, la concesión de la libertad es inviable (115).

No obstante, en atención a la voluntad del legislador ya que, en estos casos no cabe otra interpretación, es obligado buscar una salida que haga viable el precepto y, por tanto, útil en la práctica forense. Por ello, la variación de los "antecedentes" debe entenderse, (y tal interpretación vendría sustentada por el propio art. 504,2 de la LECrim. que más tarde será objeto de comentario) por el hecho de la cancelación o posible cancelación de los mismos, en una palabra, por la rehabilitación del imputado en los términos previstos en los arts. 118 y ss. del C.P. (116).

No es posible otra forma distinta de aplicación



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

del supuesto ya que, salvo por su cancelación, los "antecedentes" no pueden sufrir modificación alguna, a no ser los excepcionales casos del recurso de revisión (arts. 954 y ss. de la LECrim.) o, dado, que dentro de los "antecedentes" debían comprenderse las posibles declaraciones del imputado en rebeldía, una sentencia absolutoria en las causas en que tales declaraciones tuvieran lugar.

c,,).-

El tercer supuesto en que operan los "antecedentes" se encuentra recogido en el art. 504,2 de la LECrim. y viene a suponer, como ya se dijo, una excepción a la regla general de decretar la prisión en caso de delitos con una pena señalada superior a prisión menor.

De este modo, el citado precepto autoriza la concesión de la libertad al imputado, aún en el caso de que la pena asignada al delito sea superior a prisión menor siempre y cuando se den una serie de circunstancias, entre las que se encuentra la ausencia de "antecedentes penales o que éstos deban considerarse cancelados".

Dos matizaciones, al igual que ocurría en el caso anterior, deben efectuarse también en el presente.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Por un lado hay que determinar en qué deben consistir los "antecedentes" a los que se refiere este precepto y, por otro, se hace a la vez necesario indagar acerca del valor que tiene este criterio en sí mismo considerado y en relación con los demás que expresa el art. 504,2.

Respecto de la primera cuestión hay que señalar que la LECrim. exige un requisito esencial para la concesión de la libertad en los casos de pena superior a prisión menor, constituido por la ausencia de antecedentes o su posible cancelación. Así, el Juez Instructor no podrá otorgar la libertad a un sujeto que los posea, siendo condición "sine quanon" la ausencia total de éstos o bien la posibilidad de su cancelación, es decir, el requisito esencial no es su efectiva cancelación, sino que se den las condiciones necesarias para ello.

En relación a la segunda cuestión es preciso indicar que la LECrim., en el art. 504,2, establece un sistema diferente al del art. 503,2. Si en este último la concurrencia o modificación de una sola de las circunstancias expresamente señaladas servía para decretar o levantar la prisión provisional, en base a la ya mencionada conjunción "o"; el art. 504,2 utiliza un criterio radicalmente



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

opuesto, ya que la concesión de la libertad, en base a la dicción literal del precepto, sólo puede tener lugar cuando se den todas y cada una de las circunstancias recogidas en esta disposición.

De este modo, el Juez Instructor no podrá acordar la libertad del inculpado, aunque éste carezca de antecedentes penales, si el delito ha producido alarma o es de los cometidos con frecuencia en su demarcación o, en último lugar, abrigue dudas acerca de su comparecencia.

La existencia de cualquiera de estas circunstancias aunque las restantes no se dieran en el caso, supondría un obstáculo para que el Juez concediera la libertad, y ello porque la utilización de la conjunción "y", de acuerdo con una interpretación exclusivamente literal, no autoriza a mantener una postura distinta.

b.)-CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.-

a)-Su aplicación en el orden jurídico interno español.-

Junto a las circunstancias objetivas y subjetivas que, en atención al "periculum in mora" recogen de forma expresa los arts. 503 y ss. de la LECrim., la sucesiva y reiterada juris-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

prudencia del TEDH ha introducido toda otra serie de ellas que, tal y como ya se ha expuesto, han de ser de directa aplicación, pues la ratificación por parte española conlleva la aceptación de la interpretación que el TEDH realice de los preceptos contenidos en dicho texto legal (117).

No puede ponerse en duda que datos, tales como la posibilidad de huir al extranjero o el arraigo en el país (Caso STÖGMULLER), el carácter y moralidad del interesado, su profesión, domicilio, recursos y lazos familiares (Caso NEUMEISTER) (118) son totalmente idóneos para extraer de ellos una presunción de incomparecencia al proceso y ello con independencia de la gravedad de la presunta pena a imponer ya que, como ha manifestado el TEDH, la gravedad de la pena no basta por sí sola para probar el peligro de fuga (119), sino que debe conjugarse con toda una serie de circunstancias que coinciden con las arriba expresadas.

Del mismo modo, tampoco la concurrencia o no de cualquiera de los índices o parámetros utilizados por el TEDH, por sí solos, implican la existencia o inexistencia de peligro de evasión al proceso, sino que deben ser contrastados entre sí y fundamentalmente con el más importante de los requisitos,



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cual es el de la gravedad de la pena (120).

Los criterios del TEDH, en esencia, no son nuevos en nuestro ordenamiento positivo interno, sino que, antes al contrario, ya se recogían en el Real Decreto de 30 de septiembre de 1.853 con la finalidad de garantizar la presencia del "reo" ante los Tribunales mediante la presentación periódica ante ellos, en los casos de penas leves, es decir, de arresto mayor. Se introducían en este Real Decreto criterios tales como el arraigo, la familia o el establecimiento fijo que, coinciden claramente con los ahora utilizados por el TEDH.

Posteriormente las Leyes de Enjuiciamiento no volvieron a hacer referencia expresa a los mismos pudiendo, sin embargo, encuadrarse, si no todos, alguno, en otros módulos como los "buenos antecedentes" a los que ya se hizo referencia y que podían absorber los relativos a la moralidad o el carácter del procesado, o el "estado social" al que se refiere el art. 531 para determinar la cuantía de la fianza, en relación al criterio de los recursos económicos. Todo ello, no obstante, necesita de diversas puntualizaciones, fundamentalmente referidas a los datos que, a nuestro entender, son los más importantes, que coinciden con aquellos que presentan un más difícil encaje en las circunstancias que recoge nuestra actual LECrim.



x)-Arraigo en el lugar.-

Por "arraigo", según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española debe entenderse "establecimiento, fijación firme de una cosa etc. . ." Denota, pues, esta expresión un sentido de permanencia, de ligazón con un determinado lugar.

De acuerdo, por tanto, con esta definición. el arraigo en el lugar utilizado como criterio p. ej. en el asunto STÖGMULLER, no debe considerarse como un concepto distinto e independiente de los constituidos por "la profesión, domicilio y lazos familiares" que menciona la sentencia pronunciada en el caso NEUMEISTER sino que, antes al contrario, éstos últimos deben comprenderse en el más amplio y general del arraigo pues, en definitiva, el establecimiento fijo en un lugar depende directamente de las relaciones familiares y profesionales que una determinada persona desarrolla.

Es evidente que un individuo estará en mayor medida arraigado en tanto las tales relaciones sean de una mayor intensidad y viceversa. Obviamente, y ya en relación con el tema que nos ocupa, el peligro de fuga será más grande en tanto exista un menor arraigo, o sea, escasas o nulas relaciones



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

familiares y profesionales del sujeto pasivo en el país en el que se encuentra privado de libertad.

y)-Posibilidad de huir al extranjero.-

La relación

de este elemento de valoración jurídica con el "periculum in mora" es obvia.

Parece lógico que se pueda afirmar que en la medida en la que el sujeto pasivo de la prisión provisional posea un mayor poder económico que le permita su evasión fuera del territorio nacional, si, además, posee relaciones y bienes con un país extranjero, la posibilidad de huida, de evasión al proceso será mayor.

Es este un tema que ha ocupado muchas de las sentencias dictadas por el TEDH en materia de prisión preventiva y, fundamentalmente, el problema se ha planteado siempre en los casos de sujetos con imputaciones de delitos de carácter económico, lo cual revela que este peligro es mayor en los supuestos de personas pertenecientes a una clase social alta (121).

Por consiguiente, el presente criterio debe tenerse en cuenta en los casos de delincuencia económica para la no concesión de la libertad provisional, incluso cuando la fianza a imponer



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

pueda ser muy elevada, pues el sacrificio es mínimo en sujetos de estas características.

El peligro de evasión cuando el sujeto es detentador de un cierto poder económico, la imputación grave y las posibilidades de vida en el extranjero elevadas, es mucho mayor que en el caso contrario.

z)-Carácter y moralidad del imputado.-

A diferencia

de lo que ocurría en el régimen anterior al año 1.980 en el que, como ya se ha dicho, la concurrencia de "buenos antecedentes" podía servir de base para la no adopción de la prisión provisional en los casos de imputación de delitos que tuvieran señaladas penas superiores a prisión menor, en la actualidad se ha suprimido toda referencia a criterios relativos a la personalidad del imputado y en su lugar se ha adoptado la fórmula, mucho más segura y precisa, de "ausencia de antecedentes penales".

Como ya se expuso en su momento, la antigua expresión "buenos antecedentes", en atención, además, a los sujetos a los que la LECrim. atribuye la capacidad para constatarlos, siendo así que no son órganos jurisdiccionales, debe considerarse suprimida con acierto.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Toda referencia a módulos de contenido extrajurídico implica un juicio de valor que, en estos casos, supone no ya una anticipación de la sentencia, sino de la propia ejecución de la misma pues, tales datos solo deben ser tenidos en cuenta, previos los oportunos informes de los respectivos especialistas (criminólogos, psicólogos etc. . .), hecho que únicamente se produce una vez que el condenado cumple su pena en el Establecimiento Penitenciario (122).

Los contrario, es decir, atribuir al Juez de Instrucción esta delicada labor que, por otra parte, precisa de conocimientos concretos impropios del oficio de juzgar, traería como consecuencia una posible arbitrariedad impregnada por la conjunción de los valores propios de la ideología del Juez, lo cual constituye una limitación a la misma independencia judicial (123).

Por todo ello, y aún siendo de directa aplicación el presente criterio por el relevante papel del TEDH, debe ser analizado con las mayores cautelas posibles en previsión de múltiples problemas como los aquí expresados.



B) - EL "FUMUS BONI IURIS" O APARIENCIA DE BUEN DERECHO.-

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Junto al "periculum in mora" o peligro de retardo derivado de la lentitud de los procesos, otro presupuesto más, el "fumus boni iuris", viene a conformar una resolución judicial como medida cautelar.

El "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho consiste, en el proceso penal, en un "juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena" (124).

Por tanto, el "fumus boni iuris" no hace referencia a una situación de certeza sobre la responsabilidad criminal de una persona, pues, es obvio que a tal situación solo se puede llegar en la sentencia definitiva y tras el correspondiente juicio oral desarrollado con todas las garantías derivadas del contradictorio.

Para la imposición de la prisión provisional se precisa, únicamente, la existencia de una imputación penal (125) consistente, en estos casos, en la aparición de "motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

contra quien se haya de dictar el auto de prisión" (art. 503,3 de la LECrim.). La imputación penal referida, a la luz de los distintos preceptos de la LECrim. relativos a las diferentes resoluciones judiciales que afectan a la situación personal del sujeto pasivo del proceso, ha de ser de una entidad suficiente que permita, en base a ella, la adopción de una medida tan grave de restricción del derecho a la libertad.

No basta, por consiguiente, que haya "motivos racionalmente bastantes. . . para creer que la persona a detener tuvo participación en el delito" (art. 492,4) o que existan "indicios racionales de criminalidad" (art. 384), (requisitos exigidos para detener o procesar a una persona respectivamente); la imputación requerida para la adopción de la prisión provisional ha de tener una base más sólida, una mayor motivación (126), como consecuencia de la gravedad de la medida cautelar.

Pero, a la necesidad de concurrencia de este requisito, la LECrim. añade uno más, el cual es consecuencia lógica del pretendido equilibrio interés social-interés privado que conastituye la base de la prisión preventiva (127).

No se considera, en este sentido, requisito



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

suficiente para privar a una persona de libertad el hecho de la existencia de una imputación, por muy sólida que ésta sea, es necesario, además, que la base de la sospecha venga constituida por una acción que presente los caracteres de delito, es decir, no parece que pueda decretarse la prisión provisional ante la concurrencia de una falta o de una infracción administrativa.

a) -Necesidad de una imputación delictiva. La exclusión de las faltas.-

El art. 503,1 de la LEC rim. recoge como primer requisito exigido para la adopción de la prisión provisional "la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito". Del tenor literal de este precepto se pueden extraer dos importantes conclusiones.

En base a la primera de ellas puede sostenerse que la adopción de la prisión preventiva requiere la existencia de un hecho previo, es decir, que en ningún caso se puede decretar dicha medida cautelar en previsión de la realización de un evento futuro; la segunda implica la obligatoriedad de que tal hecho, ya cometido, sea constitutivo de delito, o sea, se encuentre tipificado en el Libro Segundo del C.P.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tales afirmaciones encuentran su fundamento no sólo en una interpretación exclusivamente literal del art. 503,1 de la LeCrim., sino que a esta solución apuntan también razones íntimamente relacionadas con la propia naturaleza y finalidad de la prisión provisional.

De este modo, si una finalidad de las resoluciones cautelares es, entre otras, la de asegurar la futura pena a imponer, parece lógico que se pueda pensar que la prisión provisional no se pueda adoptar en previsión de la comisión de un hecho futuro dado que, en estos casos, no se ha de producir sentencia condenatoria alguna.

Por otra parte, parece también oportuno estimar, como un argumento en apoyo de este criterio que, si el principio de legalidad en su acepción penal prohíbe la imposición de una pena si, previamente, no se ha cometido un hecho constitutivo de delito (*nulla poena sine crimine*) (128), de igual modo la prisión provisional debe ser consiguiente a la efectiva realización de un hecho criminoso.

En este sentido es conveniente traer aquí a colación el art. 5,1-c del CEDH que autoriza a detener preventivamente a un persona para hacerla comparecer ante la autoridad judicial, entre otros



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

casos, en aquellos en los que "se estime necesario para impedirle que cometa una infracción"(129).

Del enunciado del precepto se deduce una clara finalidad preventiva en base a la cual se puede proceder a la detención e internamiento de una persona para evitar que la misma cometa una infracción sin que, anteriormente, se haya realizado una acción similar.

La finalidad pretendida en estos supuestos es distinta de la de aislamiento de sujetos peligrosos, cuya privación de libertad se encuadra en el art. 5,1-e.

Hasta este momento el TEDH no ha dictado ninguna sentencia en aplicación de este motivo del art. 5,1-c y sus referencias al mismo lo han sido siempre en los casos de personas privadas de libertad en base al apartado "e" (relacionado con las medidas de seguridad).

Por ello es de difícil solución el problema que se plantea, si bien es evidente, y así resulta de la lectura de la Sentencia dictada en el asunto "DE WILDE; OOMS Y VERSYP" (130) que los supuestos recogidos en el apartado "c" lo son con la finalidad de hacer comparecer al sujeto ante la autoridad judicial, finalidad claramente cautelar, mientras



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que los previstos en el apartado "e" tienen una intención claramente preventiva, es decir, de aislamiento de sujetos peligrosos (131).

Por tanto, para conocer el ámbito de aplicación del art. 5,1-c habrá que esperar a que el TEDH se pronuncie a su respecto, hecho que, como ya se ha dicho, aún no ha tenido lugar. Lo que sí parece, de acuerdo con las tesis mantenidas por FAIREN (132) es que debe rechazarse la posibilidad de privar a una persona de libertad con fines cautelares si, previamente, no ha cometido un delito.

En segundo lugar, del art. 503,1 se deduce que el hecho ha de ser constitutivo de delito, es decir, que no puede ser adoptada la prisión provisional ante la comisión de una falta o una infracción de carácter administrativo.

Así parece desprenderse de nuestro Derecho Histórico y de ciertos preceptos de la LECrim. vigente que abogan por esta solución.

La exigencia de la comisión de un delito para poder privar a una persona de libertad ha sido reiteradamente indicada no sólo en nuestras leyes procesales, sino también, y lo que es más importante, en los textos internacionales.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Ya se estableció claramente en el art. 2º de la Constitución de 1.869 (133), instaurando una tradición que se mantuvo hasta la Constitución republicana de 1.931 que en su art. 29 reprodujo, íntegramente, el art. 2º de 1.869 y que se frustró tras la rebelión militar de 1.936 fruto de la cual es el "Fuero de los españoles" de 1.945 que omitió una referencia expresa a la exigencia de un hecho delictivo para proceder a la detención de una persona (134).

En la misma línea que la referida norma franquista, se orienta el art. 17 de la C.E. de 1.978 pero con una diferencia esencial, esto es, la no existencia en estos momentos de leyes especiales que posibiliten detenciones arbitrarias o, lo que es lo mismo, fuera de los casos en que concurren fundadas sospechas de que se ha cometido un acto delictivo (135).

A la misma conclusión se llega mediante una simple lectura de los distintos preceptos de la LECrim. que apuntan hacia esta dirección; unos incardinados en la misma regulación de la prisión provisional y otros fuera de ella, pero relacionados con una materia muy cercana, cual es la detención.

En este sentido debe destacarse el art. 504



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de la LECrim. que, al establecer en su párrafo cuarto los plazos de duración de la prisión preventiva, señala expresamente como pena mínima asignada al delito la de "arresto mayor", en cuyo caso, la prisión no podrá exceder de tres meses.

De la mencionada redacción no parece desprenderse, en ningún momento, la posibilidad de que la resolución cautelar que se estudia pueda imponerse en caso de penas inferiores. Una interpretación diferente, en la medida en que la LECrim. autoriza una duración mínima de la prisión provisional de tres meses, podría llevar al absurdo de que la privación de libertad provisional fuera de una mayor extensión que la correspondiente a la pena a imponer, lo que ocurriría en el caso de las faltas, ya que la máxima pena privativa de libertad posibles es la de un mes (art. 30 C.P.).

Una idéntica solución ofrece el art. 495 de la LECrim. que, al regular la detención, prohíbe su adopción en base a la comisión de simples faltas.

De este modo se llegaría a una situación paradójica si se admitiera la prisión provisional en caso de faltas, siendo así que la detención, -medida cautelar de carácter provisionalísimo y de una menor gravedad ya que nunca puede exceder de veinti-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cuatro o setenta y dos horas según sea ésta gubernativa o judicial (136)- no se autoriza en estos supuestos.

Por estas razones hay que concluir con la mayoría de la doctrina (137) que la adopción de la prisión provisional exige la existencia de un hecho presuntamente constitutivo de delito, de modo tal que ante la comisión de una falta deviene imposible el acuerdo de la mencionada medida cautelar.

b)-La exigencia de motivos bastantes para creer responsable criminalmente a una persona.-

Como ya se ha dicho, el "fumus boni iuris" en la prisión preventiva viene constituido por dos elementos: el primero, arriba tratado, que estriba en la necesidad de existencia de "un hecho delictivo"; y el segundo consistente en la imputación del mismo a una persona determinada, imputación que, en principio, debe ser diferente en este caso a la exigida para la adopción de otras resoluciones judiciales, cuales son el auto de procesamiento o la detención que, al igual que la prisión provisional, afectan a la persona sujeta a un proceso penal.

Ello, no obstante, la posición mantenida por la doctrina acerca del significado concreto de los términos "motivos", "bastantes" y "responsabili-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

dad" no es pacífica, por lo que se hace necesario, como punto de partida, indagar, atendiendo a criterios tanto jurídicos como extrajurídicos, sobre el contenido de las tales expresiones.

a,)-MOTIVOS.-Su significado. Su diferencia con las "sospechas" y con los "indicios".-

Según la Real Academia de la Lengua "motivo" es "causa o razón que mueve para una cosa".

De esta definición del término se extrae la necesidad de que el resultado pretendido por la motivación se encuentra apoyado en un dato (causa) objetivo o en un elemento racional o subjetivo (razón).

Los motivos, pues, en su acepción gramatical, no han de ser, necesariamente, de carácter objetivo o, lo que es lo mismo, no tienen por qué estar apoyados en ningún hecho o dato concreto o específico, pero, en cualquier caso, deben ser de una entidad suficiente como para permitir a quien los tenga actuar en un sentido determinado.

Por su parte por "indicio" nuestro Diccionario entiende "acción o señal que da a conocer lo oculto".

La base del indicio, por tanto, ha de ser eminente-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

mente objetiva. Ha de estar constituída por una acción expresa o tácita que revele una intencionalidad o hecho real.

De este modo, el indicio debe estar siempre basado en un dato fáctico del cual pueda extraerse una posible actuación en concreto.

En último lugar "sospechar" significa "aprehender o imaginar una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad".

Tal expresión, por tanto, y a diferencia de las anteriores, conlleva un razonamiento o apoyo real menor ya que, por una parte no exige su fundamentación en un dato fáctico real, lo que la distingue de los indicios y, por otra parte, no exige una cuasicerteza, como los motivos, de tal fuerza que induzca al sujeto a actuar en un sentido determinado, sino que la sospecha es una aprehensión o imaginación de una posible realidad, una simple conjetura o suposición.

Por todo ello hay que excluir ya desde este momento que la imputación requerida en el art. 503,3ª pueda consistir, exclusivamente, en una mera sospecha (138), los motivos, como ha quedado expuesto, han de ser de una mayor entidad o fuerza que las meras sospechas por muy vehementes que estas sean (139).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El problema fundamental, no obstante, no queda resuelto con esta afirmación ya que, antes al contrario, es obligado indagar acerca de la posible diferencia existente entre los términos "motivos" e "indicios", dado que son éstos los que presentan una mayor complejidad, al ser los utilizados por la LECrim. al regular los autos de prisión y procesamiento.

En este orden de cosas es necesario, pues, hacer referencia a dos cuestiones: la primera se centra en indicar si existe o no una verdadera diferencia entre ambas expresiones; la segunda se concreta en establecer cuál de ellas representa una mayor entidad, un mayor grado de certeza o, si por el contrario, se sitúan al mismo nivel.

En relación con la primera de las cuestiones la mayoría de la doctrina se inclina por estimar que "motivos" e "indicios" son conceptos diversos (140), no sólo a nivel del mayor o menor convencimiento del Juez en uno u otro caso, sino también en cuanto al apoyo, al soporte objetivo o subjetivo en el que el razonamiento del órgano instructor debe sustentarse.

La distinción entre "motivos" e "indicios" en lo que se refiere a los hechos o razones en los que deben basarse, es una de las cuestiones que



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

más problemas plantea por escapar, en ocasiones, su solución a un mero enunciado jurídico.

Es opinión generalizada que el "indicio" goza de una naturaleza objetiva o externa (141) pero se confunde, a veces, el indicio con el hecho que sirve de base al mismo. De este modo, para algún autor (142) por "indicio", según el art. 384, debe entenderse una sospecha que descansa sobre una base fáctica, considerando, por consiguiente, que el indicio es el elemento racional que surge de la apreciación del hecho, pero no el hecho mismo.

Para otros autores (143), el indicio viene a identificarse con el propio hecho, de modo tal que el elemento fáctico no es otra cosa que la base de la presunción. De acuerdo con la acepción gramatical de la expresión "indicio" (acción o señal que da a conocer lo oculto) hay que estar conformes con esta segunda interpretación. Así, indicio coincide con el dato fáctico, real, a partir del cual y por medio de una operación racional y lógica se puede llegar a una presunción que, en el caso del auto de procesamiento ha de ser de imputabilidad (144).

De forma contraria a lo que ocurre con los "indi-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cios", a los "motivos" se les atribuye una naturaleza claramente subjetiva. Si la presunción no es otra cosa que la "conjetura, la sospecha apoyada en indicios o señales" (145), los motivos van más allá que la suposición, aunque ésta esté basada en datos reales ya que no basta una simple "creencia" para la existencia de los mismos, sino que es necesaria una verosimilitud tal que el Juez únicamente debe apreciarlos o valorarlos (146).

Los motivos, por tanto, tienen una naturaleza eminentemente subjetiva (147), pues implican una valoración, una apreciación de tal entidad que conduzca al sujeto a adoptar una resolución tan grave como la prisión provisional que supone, siempre, la anticipación de los efectos de una sentencia condenatoria (148).

Ello, sin embargo, no autoriza a pensar que los motivos son algo alejado del mundo real de los hechos, antes al contrario, y con mayor razón en el proceso penal, han de estar apoyados en una sólida base fáctica ya que, el auto de prisión debe motivarse y tal motivación, para que sea real, lo ha de ser, esencialmente, sobre los hechos objeto de la resolución (149).

Una vez establecida la distinta naturaleza de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que gozan los "indicios" y los "motivos" con las consiguientes repercusiones prácticas que ello conlleva, nos toca ahora determinar si la diferencia entre ambas expresiones es meramente cualitativa o, si por el contrario, esta diferencia cualitativa determina, a su vez, una de carácter cuantitativo.

En este tema, al igual que en el caso anterior, la doctrina se muestra, de forma casi unánime, a favor de la consideración de que los "motivos" implican una imputación mayor que la derivada de los meros indicios (150).

En este sentido se entiende por "indicios" la existencia de una simple posibilidad racional (151), de una sola duda sobre la inocencia (152), mientras que los "motivos" implican una mayor certeza sobre el juicio de reproche (153), una convicción basada en los datos del sumario (154) que permita sostener, de forma provisional, la responsabilidad criminal del sujeto (155).

De ser ello así resultaría que el auto adoptando la prisión provisional, en cualquier caso, habría de ser posterior a la declaración de procesamiento.

No obstante, en la práctica, ocurre todo lo contrario y la restricción de la libertad se suele hacer con anterioridad al procesamiento de la



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

persona (156) por un error en la conceptualización de lo que es el auto de procesamiento que, lejos de representar una imputación definitiva que recoja todos y cada uno de los hechos del sumario debe, en atención a su fiel naturaleza, plasmar una mera inculpación provisional que sirva, fundamentalmente, al objeto de comunicar al procesado su situación, los hechos que se le imputan, para que éste ejercite su derecho de defensa (157).

En este sentido, mantener que el procesamiento es, en ocasiones, más grave que la propia prisión provisional por llevar aparejado a veces sanciones tales como la suspensión de empleo para los funcionarios (158) supone aceptar ciertos efectos que se derivan del mismo y que, autores de la talla de GARCIA DE ENTERRIA Y TOMAS RAMON FERNANDEZ (159) consideran que pueden ser contrarios a la propia presunción de inocencia, toda vez que la restricción de un derecho solo se podrá llevar a cabo en la medida en la que exista certeza sobre la culpabilidad y no en un momento procesal en que aún rige la presunción de inocencia y el inculpa-do, por tanto, no puede ser considerado culpable (160).

En consecuencia, y aunque en la práctica "indicios"



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

y "motivos" aparecen como términos similares (161), ello, a la vista de lo expuesto, podría ser considerado contrario a los derechos constitucionales arriba comentados.

b,)-BASTANTES. La discrecionalidad judicial.-

Como ya se ha dicho, los "motivos" necesarios para adoptar la prisión provisional han de ser suficientes para, a partir de ellos, poder atribuir a una persona, de forma provisional, la comisión de un delito en términos de probabilidad referidos no a una certeza absoluta y definitiva, pero sí a la que puede proporcionar el material instructorio aportado hasta el momento en que se decreta la privación de libertad.

En consecuencia, parece obligado que se deba indagar en el concepto de "suficiencia" o, lo que es lo mismo, qué se debe entender por "bastantes" para alcanzar la ya mencionada convicción de responsabilidad criminal.

La falta de concreción legal de los motivos que pueden considerarse suficientes ya fue puesta de manifiesto por nuestros "prácticos", quienes estimaban que la ausencia de especificación de tal dato en nuestras leyes suponía una dejación en manos de la arbitrariedad de los jueces de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

tan importante tema que, en ocasiones, daba lugar a una gran inseguridad y ruptura de la igualdad ya que, dependía su valoración del Juez que conociera del asunto en concreto (162).

Tan sólo una declaración legislativa, el art. 1º del Decreto de Cortes de 11 de septiembre de 1.820 (163) especificó o concretó, de algún modo, lo que debía entenderse por "información sumaria", el equivalente en la actualidad a la suficiencia de motivos. De este modo, se establecía en el referido Decreto que "información sumaria" no era equiparable a la existencia de prueba plena o semiplena, sino que bastaba algún motivo o indicio suficiente para creer que una persona había cometido un hecho. A su vez, entendía por indicios suficientes la declaración del ofendido o de algún testigo presencial.

No obstante esta declaración, los autores de la época consideraron que la ley no especificaba aún, de forma clara, cuáles habían de ser los elementos suficientes para proceder a la privación de libertad de una persona estimando necesario, pues, acudir a la labor de los intérpretes para elaborar de la forma más completa posible este importante tema. En este sentido cabe destacar



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

la opinión al respecto de un autor de tanta importancia como lo fue EUGENIO DE TAPIA que consideró necesario para la adopción de la prisión provisional de un sujeto la concurrencia de, al menos uno de los siguientes requisitos: 1º) Declaración de un testigo que en cualquier caso debía ser abonado (164). 2º) Indicios fundados o presunciones legales, entendiéndose que no se podía establecer una regla fija para los tales indicios, y que los mismos habría que dejarlos al libre arbitrio del Juez, no a su capricho y en cualquier caso debían estar fundados o razonados. 3º) Difamación (165).

No parece que puedan considerarse en el momento presente como válidos los argumentos vertidos por nuestros prácticos y, dada la ya expuesta inconcreción legal, se hace necesario indagar que ha de entenderse hoy por motivos "bastantes" a tenor de lo expresado en el art. 503,3 de la LECrim.

Parece evidente, y así lo entendió nuestro legislador, como se desprende del Decreto de 1.820 arriba citado, que por "motivos bastantes" no debe considerarse la existencia de una prueba. Tal argumento, además, vendría abonado por el hecho de que, en nuestro proceso penal, no hay otra prueba que



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

la practicada en el juicio oral (166), siendo así que la prisión provisional se decreta, normalmente, en la fase de sumario; donde las actuaciones que se llevan cabo, en ningún caso, y salvo los supuestos de prueba anticipada, pueden tener valor probatorio (167).

La exigencia, en este caso, de prueba para acordar la prisión preventiva supondría dejar vacía de contenido la medida cautelar, pues su adopción devendría imposible.

Por ello, hay que concluir que los motivos a los que se refiere el art. 503,3 de la LECrim. no pueden basarse en otra cosa que no sean los actos de investigación que se realizan en la fase de sumario con la finalidad de aportar los hechos al juicio oral (168), actos de investigación tanto directos como indirectos (169) que se regulan en los arts. 299 y ss. de la LECrim.

La denuncia o querrela no pueden servir de base para la adopción del acuerdo de prisión dado que, como ya se ha dicho, la prisión preventiva, en tanto supone una privación de libertad, es en sí misma una anticipación de la pena de modo que, si como ha declarado nuestro T.C. en su famosa S. de 28 de julio de 1.981 (170) no basta la mera declaración del imputado para dictar una sentencia condenatoria, tampoco debe servir la del sujeto



pasivo para decretar la prisión provisional por las mismas razones y porque, como indica dicha Sentencia, la denuncia o la querrela son tan sólo medios de transmisión de la "notitia criminis" al órgano jurisdiccional que, provocando la incoación del proceso penal, precisan ser en él verificadas.

En consecuencia, el Juez de Instrucción, debe valorar, apreciar (171) los hechos que resulten del sumario de forma discrecional, no arbitraria, y dictar el auto de prisión cuando estime suficientes los elementos que posea para la adopción de una resolución tan grave.

Pero, en la medida en la que la Ley no establece expresamente los subsodichos motivos y éstos quedan sometidos a la libre apreciación del Juez, el derecho de defensa, consagrado en el art. 24 de la C.E. exige la motivación de los autos de prisión y, en consecuencia, y tal como expone la Real Orden de 13 de marzo de 1.895, no deben contenerse en fórmulas estampilladas, sino que, antes al contrario, habrán de redactarse de forma tal que contengan los hechos y fundamentos de derecho que sirven de base a la medida (172).

c.)-Responsabilidad criminal.-

Lo que debe entender-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

se en este punto por "responsabilidad criminal" nos lleva a la ya mencionada discusión doctrinal acerca de si debe atenderse a todos los elementos que según BELING y la dogmática alemana constituyen el delito, es decir, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad o si, por el contrario, en el momento de la adopción de la prisión provisional tales elementos deben ser irrelevantes y las cuestiones relativas a las circunstancias de exención, extinción y modificación de la responsabilidad criminal han de dejarse para su solución en la sentencia definitiva.

Como quiere que el tema ya se ha tratado al hablar del criterio objetivo referido a la gravedad del delito exigida para decretar la prisión provisional y si éste debía considerarse "in abstracto" o "in concreto", allí nos remitimos, pues los argumentos utilizados en aquel punto son válidos para su aplicación en el presente.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

C)-CRITERIOS LEGALES QUE NO OBEDECEN A UNA FINALIDAD CAUTELAR. LA ALARMA SOCIAL Y LA FRECUENCIA.-

Como ya se ha dicho, toda medida cautelar y, en concreto, la prisión provisional, para poder conformarse como tal y responder a los fines propios de dicha institución, como son los aseguratorios del proceso y de la futura pena, ha de responder a los presupuestos, ya sobradamente conocidos, del "periculum in mora" y del "fumus boni iuris". En caso contrario, la resolución judicial privativa de libertad no responderá a unas efectivas exigencias cautelares sino que, habrá de justificarse en otras necesidades, legítimas, pero extrañas a la esencia cautelar de la prisión preventiva.

Esto último es lo que ocurre con los criterios recogidos en los arts. 503,2 y 504,2 de la LECrim. referidos a la "alarma social" y a la "frecuencia".

A través de los mismos, y a diferencia de lo que ocurría con los "stándares" ya comentados, no puede extraerse la concurrencia de un real peligro de fuga (173) ni, tampoco, en base a los tales extremos, puede el Juez formarse una convicción de responsabilidad del sujeto en el delito imputado.

La "alarma social" y la "frecuencia" son conceptos independientes que funcionan "a posteriori" una



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

vez contrastada la existencia de los presupuestos cautelares. No obstante si ello fuera así y, efectivamente, tales criterios actuaran solo en los casos en que la resolución privativa de libertad se adoptara en base a datos estrictamente cautelares y, por tanto, no coincidentes con aquellos, podría admitirse que, aún siendo ajenos a la institución de la prisión provisional no desvirtuarían su naturaleza. Pero, lo cierto es que, a pesar de lo expuesto, "alarma social" y "frecuencia", por sí solos, y con independencia de la concurrencia o no de otros criterios objetivos o subjetivos que revelan un "periculum in mora", justifican, en la actualidad, una privación de libertad no cautelar, pero subsumida en los arts. 503 y ss. de la LECrim.

En este sentido es de destacar el párrafo segundo del art. 503 que permite la adopción de la prisión provisional aún en los casos en que la pena señalada al delito sea inferior a prisión mayor cuando el hecho haya producido "alarma social" o sea de los que se cometen con "frecuencia". En la misma línea, el art. 504,2 impide la concesión de la libertad en los casos de penas superiores a prisión menor, únicamente en base a la concurrencia



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de tales criterios. En ambos supuestos, pues, se omite toda referencia o, al menos, es irrelevante, a criterios capaces de expresar un inminente peligro de fuga, tales como los antecedentes, el arraigo etc. . .

Por estos motivos un importante sector doctrinal ha estimado que la prisión provisional adoptada en base a la "alarma social" y a la "frecuencia", al no obedecer al presupuesto del "periculum in mora", no goza de la naturaleza propia de esta medida cual es la cautelar (174) sino que, antes al contrario, su finalidad es doble: por una parte se trata con ella de realizar una función de prevención, o sea, de aislar al sujeto considerado peligroso para evitar la comisión de nuevos delitos (175), lo cual coincide con las características propias de las medidas de seguridad (176); por otra parte, se pretende imponer una sanción anticipada a la propia condena con la intención de satisfacer las demandas sociales de seguridad o, lo que es lo mismo, de contribuir a la tranquilidad ciudadana (177) cumpliendo, por tanto, en estos casos, una función retributiva más propia de la pena que de una medida cautelar (178).

Si bien, y así se desprende de lo anteriormente



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

expuesto, la prisión provisional decretada unicamente por motivos de seguridad o de retribución no responde à una exigencia cautelar cual es la de asegurar el juicio oral y la presumible futura pena a imponer no parece, sin embargo que, en estos supuestos, se esté desvirtuando la presunción de inocencia, ya que no se parte de una presunción de culpabilidad (179), sino que la Ley exige la concurrencia de los requisitos previstos en los párrafos 1º y 3º del art. 503, requisitos que, como es sabido, sirven para constatar una apariencia de buen derecho, un "fumus boni iuris" representado por la existencia de un hecho delictivo, como de "motivos bastantes de responsabilidad criminal" (180).

a) -El concepto de alarma. Su evolución histórica.-

El concepto "alarma" se introdujo, por primera vez en nuestra legislación procesal, con motivo de la promulgación de la LECrim. de 1.882 en su art. 504,2 con una redacción similar y operando en el mismo sentido que lo hace en nuestros días. De este modo, se establecía y se establece en el art. 504,2 la posibilidad del Juez de acordar la libertad, mediante fianza, en los casos en que la pena señalada al delito imputado fuera superior a prisión menor, salvo que, entre otras



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cosas, el delito hubiera producido alarma.

El concepto de "alarma", ya desde entonces, se reveló como un concepto indeterminado, que parecía hacer referencia, como antes se ha indicado, a la irritación social, a la inseguridad ciudadana provocada por la comisión de un hecho pero que, en cualquier caso, era y lo es un concepto que no presenta un claro y específico contenido. Aparece, pues, como una norma en blanco que habrán de interpretar los Jueces en el ejercicio de su función.

Fue, sin embargo, en el año 1.957 y como consecuencia del Decreto-Ley de 22 de marzo de este año, cuando se añadió un nuevo párrafo, el cuarto, al art. 503 (181), conforme al cual el término "alarma" adoptó el significado actual, repercutiendo gravemente en la propia naturaleza cautelar, ya dañada anteriormente, pero no con la intensidad y finalidad con la que, a partir de aquella fecha se hizo.

En efecto, y como consecuencia del precitado Decreto-Ley, la prisión provisional pasó a ser obligatoria en todos aquellos casos en los que los delitos imputados fueran de los considerados como atentatorios a la "seguridad interior del Estado" de modo tal que la privación de libertad



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

duraría en tanto la situación alterada por el delito no se hubiera normalizado completamente (182). Se subordinaba así la propia medida y su extensión en el tiempo a la eliminación de los efectos objetivos y subjetivos provocados en la sociedad por el hecho cometido.

La misma declaración fue realizada por el art. 9,1-a de la Ley creadora del T.O.P., de 2 de diciembre de 1.963 con idéntica finalidad que la anterior, la cual no era otra que la de evitar, en aras de un encubierto interés en el mantenimiento del "orden público" que determinados Tribunales de excepción (183) concedieran ciertas libertades provisionales que, por razones de Estado, ajenas a toda motivación estrictamente cautelar, no interesaba que fueran otorgadas (184) todo ello con clara evocación del concepto de irritación social (Erregung in der Öffentlichkeit) de la reforma nacionalsocialista alemana de 1.935 (185).

Como consecuencia de la citada reforma de 1.957, el concepto de "alarma social" adquirió un significado muy distinto al anterior y se extendió más allá de los límites que podían considerarse permisibles.

Así, a diferencia de lo que antes ocurría, la



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

alarma social vino a suponer, cuando concurría, una agravación de la prisión provisional que debía decretarse en cualquier caso con independencia de la gravedad del delito imputado atendiéndose, tan sólo, a la naturaleza del mismo, cumpliendo de este modo una función propia de las medidas de seguridad o de la pena.

La reforma de 1.980, una vez suprimido el párrafo cuarto del art. 503 de la LECrim. por la Ley 10/78, de 20 de febrero, continuó la tradición inaugurada por el Decreto-Ley de 1.957 e introdujo en el art. 504,2 una nueva redacción que cumplía con un papel muy similar al anteriormente enunciado, es decir, evitar la concesión de la libertad, aunque la pena no excediera de arresto mayor, si el hecho había producido alarma. Como antes se puso de manifiesto, la reforma de 1.980 pretendió, por medio de la modificación de la prisión provisional, combatir el aumento de la delincuencia, el incremento de la inseguridad ciudadana (186). En este sentido, el legislador, en consonancia con una conciencia social arraigada en ciertos grupos de ciudadanos y partidos políticos, continuó con una práctica heredada del antiguo régimen, de subordinar la libertad individual a los intereses



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

colectivos (187), utilizando para ello el instrumento menos apropiado, es decir, una Ley procesal cual es la LECrim. (188).

En esta línea se puede situar la Circular 2/1980 de la F.T.S. en la cual se daban instrucciones a los Fiscales acerca de la interpretación que había de realizarse de la Ley 16/1980, de 22 de abril.

De acuerdo con esta Circular, la finalidad de la citada reforma no era otra que la de combatir la delincuencia menor (tirones de bolsos, sustracciones de vehículos. . .) que provocaban una alteración de la seguridad ciudadana. de forma tal que el Estado debía, en esa medida, arbitrar los medios oportunos (189).

El legislador de 1.983 suprimió el párrafo segundo del art. 504,2 de 1.980 introduciendo, en su lugar, el ya clásico instaurado por la primigenia ley de 1.882 y, lo que es más importante, omitiendo toda referencia al concepto de "alarma" tal y como se venía entendiendo desde 1.957.

No obstante, tal situación ha representado un breve paréntesis legislativo ya que, la última reforma de 1.985, hoy en vigor, ha reintroducido el concepto, ahora llamado "alarma social" en



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

el art. 503,2 con la exclusiva finalidad de agravar la prisión provisional, es decir, de servir de obstáculo a la concesión de la libertad en aquellos casos en que, aún no existiendo peligro de fuga, intereses sociales aconsejen el mantenimiento del sujeto en situación de preso preventivo.

La reforma de 1.985 ha supuesto, pues, en este punto, la reintroducción de los postulados mantenidos por la Ley 16/1980.

En este sentido, por tanto, y dado que la evolución de la delincuencia no ha variado sustancialmente en estos años, parece que deben englobarse en el concepto "alarma social" los criterios reproducidos por la Circular 2/1980 de la F.T.S.

Puede entenderse, pues, que la prisión provisional goza de una función específica, cual es la del mantenimiento de la paz social que, en estos casos, se concreta en la privación de libertad de las personas a las que se imputan delitos.

Ello no obstante, de tener que mantener tal postura, no creemos que tan sólo sean estos delitos los que deban encuadrarse bajo la rúbrica "alarma social", ya que en el momento actual, en el cual prolifera de una forma desorbitada la delincuencia económica, que acarrea un daño social enormemente



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

mayor que el ocasionado por la pequeña delincuencia, es conveniente que la prisión provisional se constituya como un medio más de la prevención de la tal delincuencia que, generalmente, causa unos perjuicios a las clases sociales menos dotadas económicamente, de irremediable solución en la mayoría de los casos.

A pesar de todo ello, y de "lege ferenda" y al igual que se hizo en la reforma de 1.983, sería conveniente a los fines de reconducir la prisión provisional a sus justos límites, la supresión de toda referencia a la "alarma social" en los arts. 503 y ss. de la LECrim. so pena de reducir el derecho a la libertad a un enunciado meramente formal.

b)-El concepto de "frecuencia". La supresión de la referencia a la "territorialidad".-

El concepto "frecuencia" ha seguido a lo largo de la historia una evolución paralela a la desarrollada por la "alarma", a la cual ha acompañado de manera inseparable.

En efecto, recogida ya en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882, se ha mantenido de forma constante en nuestra legislación como compañera de la "alarma" y cumpliendo su misma función salvo en la reforma



de 1.957, en la que la LECrim., en relación a la "frecuencia", mantuvo su redacción originaria.

Por "frecuencia", si bien no existe ninguna aclaración legal al respecto, cabe entender la reiteración o reproducción de forma continuada, de los mismos hechos, de manera tal que produce una reacción social contra su comisión, obligando a la autoridad a actuar en un sentido determinado para erradicar la alarma provocada con ello. En este sentido, "frecuencia" y "alarma" se complementan lo que explicaría ese extraño hermanamiento seguido en ambos criterios.

La circunstancia de la "frecuencia", por tanto, responde a los mismos fines e idéntica naturaleza que la "alarma", es decir, cumple con una función que, lejos de ser propiamente cautelar, obedece en mayor medida a la desempeñada por las medidas de seguridad o por la pena. Todo lo dicho a este respecto en atención a la "alarma" es aplicable, en consecuencia, al criterio de la "frecuencia".

Tan sólo es de destacar una novedad que merece una especial atención y que ha sido introducida por la reciente reforma de la LECrim. de 1.985.

La "frecuencia", hasta esa fecha, había sido siempre de carácter territorial (190), es decir,



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

se atendía exclusivamente a ella si los hechos se producían de forma reiterada en un determinado territorio, que coincidía con aquel en el que el Juez o Tribunal que decretaba la prisión provisional ejercía su jurisdicción (191). A partir de esta fecha, la "frecuencia", tomada en su significado más restrictivo del derecho a la libertad, deja de ser territorial para extender su ámbito de acción a todo el Estado (192). En este sentido, la prisión preventiva adoptada en base a la frecuencia delictiva se comporta como un verdadero instrumento de política criminal, asumiendo funciones típicas de la pena, tales como las de prevención general y especial (193).

Una buena política criminal, no obstante, ha de apoyarse en datos ciertos y reales para combatir la delincuencia específica de cada lugar y momento y, como se ha demostrado (194), los distintos tipos delictivos varían según el lugar al que se atiende, -no es lo mismo una zona urbana, industrial, que una zona despoblada o agrícola-. En este sentido, la referencia a la "frecuencia" con omisión de toda incardinación en un determinado territorio no tiene en cuenta factores de necesaria referencia en la lucha contra la delincuencia, tales como los ya citados del lugar y momento en el que se



ha de aplicar la medida. La prisión provisional, por tanto, no sólo se asienta sobre una real y verdadera naturaleza cautelar, sino que tampoco se convierte en una medida operativa de lucha contra la delincuencia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO II



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (1) Cfr. CALAMANDREI "Introduzione. . ." "Avvertenza a la obra.
- (2) CALAMANDREI "Introduzione. . ." "pag.15. En el mismo sentido GOMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA op.cit.pag. 231.FONT SERRA op.cit. pag.145.
- (3) GOMEZ ORBANEJA op.cit. pag. 231. FONT SERRA op.cit. pag. 145. LIEBMAN Manual de Derecho Procesal Civil Buenos Aires 1.980.pags. 161-162. GUASP op.cit. pag.683.
- (4) FONT SERRA op.cit.pag.146.
- (5) CALAMANDREI "Introducción. . ." "pag.58.ORTELLS RAMOS "Para una sistematización. . ." "pag.472.
- (6) GUTIERREZ DE CABIEDES "Elementos esenciales para . . ." "pag.15. FAIREN "La reforma del proceso cautelar. . ." "pags. 895 y ss.
- (7) TAPIA, Eugenio de Febrero Novísimo. Tomo VII. Tratado del Juicio Criminal. Valencia 1.837.pag. 318. PISAPIA "Compendio. . ." "pags. 260 y ss. SOTO NIETO "La prisión . . ." "pags. 579-580. RODRIGUEZ RAMOS,L. La prisión preventiva y los derechos humanos.en Anuario de Derechos Humanos" marzo 1.983. LEONE op.cit.pag. 261.
- (8) Cfr. FAIREN La detención antes del juicio. R.D.Proc. ib-filip. 1.971-4 pag.755.
- (9) ASECIO "Los procedimientos. . ." "pag.106. Vide art. 841 de la LeCrim.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (10) Cfr. ORTELLS RAMOS "Para una sistematización . . ."pag. 448.SOTO NIETO "La prisión y la libertad. . ."pags. 680 y ss.
- (11) RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva y los derecho. . .".
- (12) ORTELLS RAMOS "Para una sistematización . . ."pag.:472. GRANATA op.cit.pag.57. CARNELUTTI Derecho Procesal Civil y Penal Vol.II Buenos Aires 1.971 pags. 184 y ss.
- (13) Op.cit. pag.202. RIVES Y ORTIZ ARCE op.cit. pags. 627 y ss.
- (14) Problema distinto y que será tratado en su momento es el de la discrecionalidad u obligatoriedad por parte del Juez de decretar la prisión provisional cuando tales módulos o criterios concurren en todo o parte de se extensión.
- (15) Op. cir. pags. 258 y ss.
- (16) Para ANDRES IBAÑEZ op.cit.pag.44 la adopción de la prisión provisional en casos de penas leves supone constituir el libertad por su contrario. "Inconfensadas razones de pretendida-defensa social-convierten tal medida en pura anticipación generalizada del cumplimiento de la pena. . .(Aún referida esta expresión a la reforma de la LeCrim. de 1.980, su contenido es aplicable a cualquier momento histórico en que tal evento se produzca).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(17) Partida séptima. Título I. Ley XVI. . ."desde que hubiere respondido si el yerro sobre el que fue acusado es de tal naturaleza: que si le fuera probado, que deba recibir muerte, o perder miembro, o recibir otra pena en el cuerpo, el juzgador debe catar que el acusado sea guardado, de manera que se pueda cumplir en él la justicia. . .". La finalidad de la custodia preventiva aparecía, pues, clara; guardar el acusado pára poder cumplir la justicia, para evitar su sustracción al proceso. Téngase en cuenta que, hasta el primer C.P. de 1.822, no se establecieron penas privativas de libertad que fueron una conquista más de la Revolución francesa.

(18) El art. 11 del citado Reglamento, además, aclaró qué penas debían ser consideradas como corporales. Así, entendía como tales "además de la capital, la de azotes, vergüenza, bombas, galeras, arsenales, presidio, obras públicas, destierro del reino. . .".

(19) Si bien el art. 25 de esta disposición fijó como límite el confinamiento menor o arresto mayor, este mismo precepto y el art. 35 exceptuaron de dicha general los delitos de vagancia, robo, hurto, estafa, atentado y desacato a la Autoridad, lesiones graves o menos graves mientras no resuktara la sanidad del ofendido. En estos casos la prisión provisional era siempre obligatoria con independencia de la pena señalada al delito.

Cfr. GOMEZ DE LA SERNA op.cit.pag.92.

(20) Esta disposición, no obstante, conservó las excepciones consagradas por la Ley reformada de 1.850 en su art. 35 anteriormente mencionadas

(21) Cfr. GIMENO-ASENCIO Reforma y contrarreforma de la prisión provisional. Diario Información de Alicante. 17 y 18 de abril de 1.984.

(22) Vide REUS Ley de Enjuiciamiento Criminal. Madrid 1.883. pags. 302 y ss.

(23) Dicho criterio ha sido utilizado en la llamada regla de los "siete criterios" que la Comisión Europea ha seguido cuando ha tenido que resolver se si ha violano o no el "plazo razonable". Sirvan como ejemplo los asuntos WEMHOFF, MATZNETTER, STÖGMULLER . . .Cfr. RUIZ-JARABO COLOMER op.cit. pag.153. Dicho autor estima que el dato de la duración de la privación de libertad en sí misma considerada sólo puede ser tenido en cuenta atendiendo a otros argumentos, fundamentalmente, al de la gravedad de la pena a imponer.

(24) SOTO NIETO "La prisión y la libertad. . ." pag. 586. REUS op.cit.pags. 309 y ss. FABREGA Y CORTES Lecciones de procedimientos judiciales. Bracelona 1.927 pags. 606 y ss.
Vide arts. 253 y ss. del C.P.P.i. que demuestra que este sistema es el utilizado en Italia.
En la R.F.A., por el contrario, se ha preferido un sistema mixto. Por una parte el parágrafo 112 de la StPO señala una serie de delitos,

tales como el asesinato, genocidio, terrorismo etc. . .en que la prisión provisional se adopta sin que sea necesaria la concurrencia de otros motivos y con independencia de la pena asignada a los mismos. Por otra parte, y en base al principio de la "proporcionalidad" instaurado en el propio parágrafo 112 se prohíbe la imposición de la medida si ésta fuera desproporcionada en relación con la posible pena o medida a imponer.

Asímismo, el parágrafo 113 excluye la prisión provisional en supuestos de pequeña criminalidad.

Vide GOMEZ COLOMER, J.L; El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Barcelona 1.985 pags. 107-108. También NUVOLONE op.cit. pag.354.

(25) RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva y los derechos. . ." pag.482.

(26) AGUILERA DE PAZ op.cit.pag.197. CHIAVARIO "Processo. . ." pag.285. ORTELLS RAMOS "Para una. . ." pag.476.

En el mismo sentido se ha pronunciado el TEDH en determinados casos entre los que cabe destacar los de WEMHOFF, STOGMULLER, NEUMEISTER etc. .

(27) Cfr. IBAÑEA Y GARCIA DE VELASCO op.cit.pag.199. Del mismo modo se expresa la Sentencia de 3 de marzo de 1.982 del Tribunal Federal Suizo en un asunto que se le planteó sobre prolongación de la prisión preventiva..

(28) Como ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones el TEDH. Casos MATZNETTER, NEUMEISTER, STOGMULLER.

(29) Ello es lo que ocurriría, caso de que pudiera adoptarse la prisión provisional de forma obligatoria por el Juez atendiendo exclusivamente a la gravedad del delito o, incluso, a su naturaleza, tal y como ocurre, vg. en el proceso penal italiano a tenor del art. 253 del C.P.P.i.

Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina italiana reiteradamente.

Cfr. DE LUCA op.cit. pags. 34 y 43. LEONE op.cit. pag.261 cree que la prisión provisional obligatoria no se opone al "fumus boni iuris" puesto que se exigen los datos relativos a la imputación.

ILLUMINATI Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art. 2 della L. 15 dicembre 1.972).Riv.it.dir.e proc.pen. 1.973-3 pags. 603 y ss. señala que las fuertes críticas al sistema del mandato captura obligatorio generaron la modificación del art. 277 del C.P.P.i. en el sentido de autorizar al Juez la concesión de la libertad provisional aún en estos casos.

En España, como es sabido, tras la reforma de 1.983, la prisión provisional es totalmente discrecional, no obligatoria. Como excepciones cabe señalar el art. 19 de la Ley Antiterrorista que establece la obligación del Juez de decretar la prisión provisional en los casos en que



la pena señalada al delito sea igual o superior a prisión mayor.

Cfr. CALVO SANCHEZ "De nuevo. . ." estima que el automatismo sigue existiendo en los supuestos contemplados en los arts. 503,2ª-2 y 504,1.

(30) En los casos de prisión provisional obligatoria no se da una mínima valoración por parte del Juez de los motivos que lo han conducido a la adopción de la medida. El papel del Juez es el de un mero autómatas, la boca que pronuncia las palabras de la ley como diría MONSTESQUIEU. La motivación de la privación de libertad viene exigida por los dictados de los propios textos internacionales.

Vide Resolución 65 (11) Consejo de Europa. Punto 1-d.

(31) RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva ¿pena. . .". SOTO NIETO "La prisión y . . ."pags. 580 y ss. STEFANI y otros op.cit.pags. 648 y ss. CHIAVARIO "Processo. ."pag.285.

El TEDH así lo ha entendido en todas las ocasiones en que se ha planteado el problema. Concretamente en el asunto MATZNETTER dice expresamente ". . .la gravedad de la pena previsible. . .no basta. . .para probar la existencia de un peligro de fuga "(Fluchtgefahr) En el mismo sentido se expresa la Comisión Europea para quien uno de los mencionados criterios viene constituido por la pena prevista para el delito. La Comisión valora conjuntamente

los siete criterios sin estimar que alguno de ellos goce de una mayor importancia que los demás. En contra de este sistema se muestra RUIZ-JARABO op.cit.pag.154.

(32) AGUILERA DE PAZ op.cit.pags. 196 y ss. REUS op.cit. pags. 309 y ss. MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit. pags. 367 y ss.

(33) Op.cit. pags.,309 y ss.

(34) Tal criterio es también mantenido por la Comisión Europea y el TEDH. Vide asunto ante el TEDH, WEMHOFF. Cfr. DE SALVIA op.cit. pags. 1421-1422.

(35) SOTO NIETO "La prisión y . . ."pags. 580 y ss.

(36) ANDRES IBAÑEZ op.cit. pag.44.

(37) Cfr. GARCIA VALDES Reflexiones sobre la prisión provisional. en "Estudios de Derecho Penitenciario. Madrid 1.982.pag.76.

Vide en este sentido la Resolución 65 (11) del Consejo de Europa que prohíbe la prisión provisional obligatoria declarando que tal situación debe ser siempre excepcional.

Cuando la prisión provisional es la regla y la concesión de la libertad se supedita al libre criterio del Juez, el derecho a la libertad, que no es otra cosa que un derecho constitucional, aparece configurado en realidad como un "beneficio de la benignidad del Juez



y el derecho subjetivo del imputado degenera en una suerte de interés ocasionalmente protegido" ILLUMINATI op.cit.pag.606.

Universitat d'Alacant

Universidad de Alicante

- (38) Cfr. MORENO CATENA "En torno a. . ."pags.656 y ss.

Para este autor y como consecuencia de la reforma de 1.980, el número de internos en nuestras prisiones casi se duplicó. El número de preventivos excedía al de penados. El 62 por ciento en marzo de 1.980 eran preventivos Para FRIEDER DUNKEL La ejecución penal en la República Federal de Alemania y la evolución de su reforma desde 1.970.Rev. Justicia-85 núm.II.pag.273, el 1 de febrero de 1.984 el 40,9 por ciento de los internos eran preventivos en España.

Según GIMENO-ASENCIO op.cit. la realidad fue que de un número de 13.627 presos en 1.970 se pasó, a finales de 1.980 a 18.253 y en febrero de 1.983 este número se había elevado a 21.300.

- (39) El art. 256 del C.P.P.i. dice que "no debe emitirse el mandato de captura en ningún caso, cuando aparece que el hecho se ha cometido en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de una facultad legítima. . .". El art. 255 establece que habrán de tenerse en cuenta las agravantes, no las atenuantes, salvo la menor edad.

LEONE op.cit. pag.271 entiende que dentro de la rúbrica "facultad legítima" que considera más amplia que la de "ejercicio de un derecho"

deberían incluirse la legítima defensa y el esta de necesidad. A su vez, estima que el art. 240 del C.P.P.i., que mantiene una redacción similar a la del art. 256 pero referido al arresto sin orden judicial, incluye también las causas de los arts. 53, 54 y 599,2 del C.P.i., esto es, el uso legítimo de armas, estado de necesidad y el arrebatu o obcecación. Sin embargo, no estarían aquí incluídas las causas de no punibilidad.

Por su parte PISAPIA Le misure restrittiva della libertà personali nel progetto preliminare del codice di procedura penale. en "Studi in onore di Enrico Tullio Liebman. Vol.IV. Milano 1.979. pag. 2966 nos dice que el art. 263 del proyecto italiano del C.P.P.i., que no ha prosperado, establecía que "no se puede aplicar ninguna medida si el hecho se ha ejecutado en presencia de una causa de justificación o de no punibilidad, o si subsiste una causa de extinción del delito o bien una causa de extinción de la pena. . . "

Una disposición así vendría a solucionar el problema aquí planteado, ya que el Juez Instructor, antes de decretar la prisión provisional e, incluso, antes de dictar el auto de procesamiento, estaría obligado a efectuar un examen de todas aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y de las causas de extinción del delito, de modo tal que, concurriendo alguna de ellas, no sería posible la adopción de la cautela.

(40) AGUILERA DE PAZ op.cit. pag.199.

(41) JIMENEZ DE ASUA La tipicidad y la función del Juez de Instrucción. en "La Ley y el delito. Principios del Derecho Penal". Buenos Aires 1.967. pag. 282 cit. en GIMENO Elk auto de procesamiento. RGLJ septiembre 1.979 pag.285.

(42) RUIZ-JARABO op.cit.pag.153. Si bien a continuación parece inclinarse por la postura de TRECHSEL La durée raisonable de la detention preventive. Revue des Droits de L`homme.Vol.IV-I pag.136 que mantiene que tal labor no es contraria a dicho derecho constitucional.

(43) En efecto, el art. 504,4 tal y como fue redactado por la Ley de 22 de abril de 1.980 decía "A estos efectos se entenderá como pena la que en razón de las posibles circunstancias modificativas pueda corresponder al inculpa-do. . .".

(44) CALVO SANCHEZ,M.C; Comentario a la Ley Orgánica de 23 de abril de 1.983 sobre reforma de la prisión provisional.Rev. La Ley 1.983-

(45) 4 pags. 1260 y ss.

Para SCOTTI Inammissibilità dell`assoluzione per insufficienza di prove sulla legittima difesa. en "Citica pena." 1946 III pag.152. MAZZANTI Esimenti e formula dubitativa. en "Riv.Pen."1.957-I pag.706. cit. ambos en MASSA,M; Il dubbio sulle cause di giustificazione.Riv.it.

dir, e proc. pen. l. 960 pag. 111. "la antijuridicidad puede ser considerada como un verdadero y propio elemento del delito".

(45) LOPEZ REY El valor procesal de la llamada tipicidad. Valor y contenido del auto de procesamiento. R.D. Púb. l. 934 pags. 134 y ss. cit. en GIMENO "El auto de procesamiento" pag. 326. En el sentido de que en caso de duda sobre la antijuridicidad no se debe, no procesar, sino absolver en la sentencia definitiva se manifiestan BATTAGLINI Diritto penale. parte gen. 1.949. GUADAGNO Il dubbio sulle cause di esclusione della antigiuridicità penale. en "Foro pen." 1.952 pag. 637 cits. en MASSA op. cit. pag. 110.

GUTIERREZ DE CABIEDES El principio "pro reo" en el Derecho y en el proceso penal. en "Estudios de derecho Procesal" Pamplona 1.974. pag. 501 piensa todo lo contrario, o sea, que en caso de duda se debe procesar. Si concurren eximentes no se debe dictar el auto de procesamiento tan sólo en aquellos casos en los que exista una certeza evidente.

Consideran que la duda debe resolverse en el sentido de su negación ONDEI Considerazioni sulla prove in materia penale. en "annali. . ." cit. en MASSA op. cit. pag. 110.

(46) " El auto de procesamiento" pags. 324 y ss.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(47) Vide DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Comisión de Justicia e Interior.16 de marzo de 1.983.

Tras una intervención del Sr. RUIZ GALLARDON solicitando que se tuvieran en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, si bien en un intento de ampliar el plazo de duración de la prisión provisional a la mitad del tiempo correspondiente a la presumible pena a imponer (es decir, atender tan sólo a la agravantes) la contestación del Grupo Socialista por parte del Sr. BARRERO LOPEZ, parece ir en el sentido de que tales circunstancias no se tuviera en cuenta a la hora de la determinación de la pena.

(48) IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit.pags.180-181 hace referencia a toda una serie de circunstancias del art. 8 del C.P. que habrán de tenerse en cuenta con anterioridad al auto de procesamiento (y, por tanto, a la prisión provisional), vg.caso fortuito, fuerza irresistible, cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y parentesco del art. 564 del C.P. excluyendo, por estimar necesario el contradictorio para llegar a la evidencia de su concurrencia el trastorno mental transitorio, la sordomudez, la legítima defensa, el estado de necesidad, el miedo insuperable y la obediencia debida. Dicha postura no parece sostenerse a tenor de la redacción actual del art. 504 de la LECrim. en contraste con la de 1.980.

(49) Cfr. MATTES op.cit.pag.85.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(50) Cfr. LOPEZ-MUÑIZ GOÑI,M; El artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. R.D.Jud. enero-marzo 1.963 núm.13 pag.101.

(51) En el proceso penal alemán, de acuerdo con el párrafo 81 de la StPO, "en el caso de que existan sospechas sobre el estado de salud mental del inculpado", debe procederse a adoptar la medida coercitiva personal de internamiento en hospital psiquiátrico público, con el fin de que sea sometido a observación médica y se pueda preparar el pertinente informe.

Tal informe ha de versar, entre otros extremos, sobre el hecho de si el procesado padecía la enfermedad con anterioridad a la comisión del hecho o no y, además, "si es capaz procesalmente de asistir al juicio oral".

La medida, que tan solo puede ser decretada por el Juez competente en su día para conocer del procedimiento principal, no podrá sobrepasar las seis semanas de duración.

Vide por todo GOMEZ COLOMER op.cit.pags.112-113.

(52) Cfr. LOPEZ-MUÑIZ op.cit.pags.106-107. GIMENO "El auto de procesamiento" pag.339.

CONSO,G. La capacità dell'imputato nel rapporto processuale penale.Riv.it.dir.e proc.pen.1959 pags. 1311 y ss. auna la capacidad para ser imputado con aquella relativa a la atribución de un delito. Considera que el Juez, en base al art. 88 del C.P.P.i. debe suspender el



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

procedimiento y decidir el internamiento del sujeto en un hospital psiquiátrico, en los casos en los que observe falta de capacidad de entender o querer. En el caso de enfermedad mental anterior al hecho y subsistente al proceso falta la capacidad procesal necesaria y según CONSO "consentir la prosecución del proceso. . .constituiría una abierta violación del derecho de autodefensa".

- (53) Cfr. IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit.pag.181.
- (54) En este mismo sentido, varias Sentencias del TEDH han estimado la necesidad de un procedimiento judicial, con todas las garantías, para proceder a la privación de libertad de una persona mediante la aplicación de una medida de seguridad. No basta para este Alto Tribunal que la resolución sea adoptada por un órgano jurisdiccional, sino que es necesario que tal decisión se alcance mediante el procedimiento judicial adecuado.
Vide asuntos VAN DROGENBROECK 23.noviembre.1.981
Caso X contra el Reino Unido 5.noviembre.1981.
WINTERWERP 24.noviembre.1979.SCHIESSER.4.diciembre.1.979.
- (55) Vide sobre diligencias de determinación, identificación y reconocimiento del imputado SERRA El imputado. en "Estudios de Derecho Procesal". Barcelona 1.969.pags. 681 y ss.
- (56) CONSO op.cit. estima la incapacidad procesal del menor de edad en cuanto que es también incapaz respecto del delito.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (57) Cfr. IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit.pag.181.
LUZON DOMINGO,D; Legislación Penal Juvenil.
en "Delincuencia Juvenil. Estudio de su proble-
mática en España". Madrid 1.972 pag.42.
- (58) Cfr. GIMENO "El auto de procesamiento" pags.
324 y ss.
- (59) En este sentido se expresa el art. 277 bis
del C.P.P.i. que permite la concesión de
la libertad provisional en el caso de concurren-
cia de una causa de extinción de la pena.
- (60) GIMENO "El auto de procesamiento" pags. 324
y ss.
- (61) Así, el art. 255 del C.P.P.i. atiende, vg.,
a la diferencia entre delito consumado o
tentado para graduar la pena prevista.
- (62) CALVO SANCHEZ "Comentario. . ." pags. 1263
y ss. entiende que deben apreciarse ambos
elementos previamente y antes de decretar
la prisión provisional. Creemos que, efectiva-
mente, habrán de tenerse en cuenta, si bien
con las puntualizaciones que se han realizado.
- (63) Derecho Penal. Parte General. Valencia 1.984
pag. 647.
- (64) BUSTOS RAMIREZ,J; Manual de Derecho Penal
español.Parte General. Barcelona 1.984.pag.344.
- (65) BUSTOS op.cit. pag. 345.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(66) BUSTOS op.cit. pag.345. COBO-VIVES op.cit. pag. 647.

(67) 1)-Cuando un solo hecho constituye dos o más delitos.
2) Cuando un hecho sea necesario para cometer otro.

(68) BUSTOS op.cit.pag.346.

(69) El delito continuado. Barcelona 1.977.pag.15.

(70) Sobre el elemento subjetivo vide CASTIÑEIRA op.cit.pags. 91 y ss.

(71) Op.cit. pag. 661.

(72) Sobre los problemas que plantea la conjunción "y" en lugar de la "o" vide BUSTOS op.cit. pag.348.

Sin embargo no hay que entender que sea necesaria la existencia de una acción y una omisión al menos, basta con varias acciones u omisiones delictivas.

(73) Vide BUSTOS op.cit. pag.348. También COBO-VIVES op.cit.pag.657. Sobre los problemas planteados por la identidad objetiva con anterioridad a la reforma de 1.983 vide CASTIÑEIRA op.cit.pags. 68 y ss.



- (74) Op.cit.pag.349. Para este autor tal exclusión ha de referirse a todos aquellos actos que supongan una "afección directa a la mantención y desarrollo de otro".
- (75) REOL SUAREZ,A; El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa.ADP 1.958 pags. 21 y ss.
- (76) SAINZ CANTERO,J.A; El delito masa. ADP 1.971 pags. 649 y ss.
- (77) LANDROVE DIAZ Los fraudes colectivos. Barcelona 1.978. pag. 13.
- (78) Op.cit. pag. 664.
- (79) BUSTOS op.cit.pag.350 realiza una crítica y actualización del concepto de SAINZ CANTERO a la realidad legal operada tras el año 1.983. En este sentido considera que, en la actualidad, y conforme a la redacción del art. 69 bis sólo se puede apreciar tal delito masa si hay una pluralidad de acciones, cuando resulta "evidente que el delito masa se puede cometer también por una sola acción. . ello implica un claro vacío de la Ley".
- (80) Op.cit. pag. 350.
- (81) Si bien con características diferentes ya que, el sujeto activo, suele venir integrado por sociedades y el sujeto pasivo suele ser un grupo unido entre sí únicamente por el vínculo del ahorro pero perteneciente a las

clases sociales menos relevantes, entre las que se produce una situación de indefensión y, por último, el daño individual es escaso, pero en su conjunto suele tener un elevado alcance económico. Vide LANDROVE op.cit.pag.22.

(82) Supuesto que encajaría en el art. 5,1-c del Convenio Europeo, pero que, sin embargo, más que responder a una finalidad cautelar, hace lo propio de las medidas de seguridad. Cfr. RUIZ-JARABO op.cit. pag. 154. RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva y. . ."pag.486.

A este particular y en relación con la peligrosidad revelada por un sujeto de la cual se deriva el peligro de reiteración de delitos; es interesante el voto particular del Juez ZEKIA en el caso MATZNETTER (Sentencia 10.noviembre.1.961). Para ZEKIA al no ser el "peligro de repetición" un delito, no se justificaría (por no atender a un fin cautelar) la privación de libertad de una persona.

Cfr. CARRARA "Inmoralità. . ."pag.312.

También AMODIO Op.cit. pags. 874 y ss.

(83) Ello es lo que se deriva de la conjunción "o" que aparece en la nueva redacción del art. 503,2, a diferencia de la "y" que se recogía en el mismo precepto tras la reforma de 1.983. Cfr. CALVO SANCHEZ "De nuevo sobre. . .".

(84) Nos referimos exclusivamente en este momento a la "alarma social" para diferenciarla de las "circunstancias del hecho". Por este



motivo obviamos cualquier concepto de la misma que se elaborará más adelante al tratar de ella en profundidad.

- (85) ORTELLA RAMOS "Para una. . ." pag.640. Sobre finalidad retributiva de la pena vide CUELLO CALON La moderna penología. Barcelona 1.973 pags. 17 y ss. SAUER,G; Derecho Penal (Parte General).Barcelona 1.956 pag.18. JESCHECK,H,H; Tratado de Derecho Penal Vol.I. Barcelona 1.981. pags. 90 y ss.
- (86) Vide el DIARIO DE SESIONE DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Comisión de Justicia e Interior. 6 de septiembre de 1.984. núm.203.Intervención del Sr. MOYA MILANES en respuesta a la anterior del Sr. BANDRES MOYET en solicitud de supresión de los conceptos de "alarma social" y "frecuencia".
- (87) Sobre la prevención general como finalidad de la pena vide CUELLO CALON op.cit.pags. 19 y ss. SAUER op.cit. pag. 19. JESCHECK op.cit. pags. 92 y ss.
- (87 bis) Vide S.T.C. de 31 de marzo de 1.981; 20 de octubre de 1.982 y 31 de mayo de 1.983.
- (88) Criterio, por tanto, que escapa a valoraciones meramente jurídicas. Tales informes de "buena conducta", a tenor de lo eatablecido en los arts. 377 y 378 de la LECrim. correspondería expedirlos a los Alcaldes de barrio, funcionarios de policía o cualquier otra persona

que el Juez Instructor estimara idónea para ello. Cfr. GIMENO "Fundamentos. . ."pags. 54 y ss.

- (89) Prisión menor en la legislación anterior.
- (90) Vide DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Comisión de Justicia e Interior. Sesión del 16 de marzo de 1.983. núm.10. pag. 373. Intervención del Sr. CABANILLAS GALLAS.
- (91) Voto particular del Juez ZEKIA. Asunto MATZNETTER ante el TEDH. (Sentencia 10.noviembre.1969)
- (92) Sobre medidas de seguridad vide CEREZO MIR Curso de Derecho Penal Madrid 1.976 pags. 3 y ss. ANCEL,M; La defense sociale nouvelle. París 1.981 pags. 232 y ss. GRAMATICA,F. Principios de defensa social. Madrid 1.974. pags. 305 y ss.
Sobre la Escuela de la Defensa Social, sus principios y los antitéticos retributivos vide BETTIOL,G; Sulla "nuova difesa sociale", considerata de un punto di vista cattolico. Riv.it.dir.e proc.pen.1.964-3 pags. 671 y ss.
- (93) Un amplio estudio sobre esta antigua circunstancia agravante puede verse en GONZALEZ-CUELLAR GARCIA,A; La reincidencia. en "Comentarios a la Legislación Penal" Vol.II. Madrid 1.983. pags. 42 y ss. MIR PUIG. La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10,14; 10,15; 61,6 y 516,3. Barcelona 1.974 pags. 29 y ss.



- (94) Op. cit. pag.22.
- (95) Lo cual coincide plenamente con las finalidades propias e inherentes a las medidas de seguridad. Cfr. GRAMATICA op.cit. pags. 95 y ss. En el mismo sentido se expresan COBO-VIVES op.cit. pags. 761 y ss. También BUSTOS op.cit. pagsd. 430 y ss.
- (96) Vide por todo COBO-VIVES op.cit. pags. 761 y ss. BUSTOS op.cit. pags. 430 y ss.
- (97) Cfr. GONZALEZ-CUELLAR op.cit.pags. 21 y ss. COBO-VIVES op.cit.pag.762.
En contra CERESO MIR,J; Observaciones a la propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. en "Documentación Jurídica" Vol.I. enero-diciembre 1.983 pags. 50-51.
- (98) Por ejemplo la comisión de un solo delito que tuviera señala una pena inferior y perteneciente a un capítulo distinto.
- (99) Cfr. GROSSO GALVAN.Los antecedentes delictivos. Su cancelación tras la Ley de reforma urgente y parcial del Código Penal y en la propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. en "Documentación Jurídica" Vol.I.enero-diciembre 1.983. pag. 271.
- (100) Cfr. CARRARA "Inmoralità. . ."pag.312.
- (101) En este sentido tiene razón el Sr. RUIZ GALLARDON, DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DEL CONGRESO DE LOSA DIPUTADOS. Comisión de Justicia e Interior.6.septiembre.1984.pag.

6204, al solicitar que el Juez de Instrucción deba examinar con singularidad el hecho de que el sujeto haya cometido con anterioridad delitos análogos, si bien su razonamiento y los motivos en que se funda son bien distintos a los que nosotros mantenemos.

(102) Ello no obstante, el peligro de reiteración en la actividad delictiva se recoge expresamente como motivo justificativo de la prisión provisional en el art. 5,1-c del Convenio Europeo.

Asímismo, el parágrafo 112 de la StPO alemana, en virtud de la Ley de 7 de agosto de 1.972, ha extendido este motivo de prisión provisional a cuertos delitos, los más corrientes en su comisión. Vide GOMEZ COLOMER op.cit. pag. 107.

La peligrosidad entendida como posibilidad de repetición para AMODIO op.cit.pags.881 y ss. está muy cercana a las medidas de coerción personal fundadas en razones de defensa social y, por tanto, lejos de las funciones procesales de la restricción de libertad no definitiva.

(103) Vide en el DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Comisión de Justicia e Interior. 6.septiembre.1984 pags. 6205 y 6207 la intervención del Sr. RIAÑO sobre la utilización de medios de una ley sustantiva para luchar contra la delincuencia y no los ofrecidos por una ley procesal.

(104) Como pretende el Sr. RUIZ GALLARDON en su intervención citada en la nota p.p. núm 101.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (105) Cfr. ONECHA SANTAMARIA Adecuación de las medidas de seguridad al estado peligroso. RGLJ diciembre 1.976 pag. 583.
- (106) FAIREN El enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delincuentes. R.D.Proc.ib-filip.1.972,2-3. pag.337.
- (107) ONECHA SANTAMARIA op.cit.pag.584.
- (108) Vide por todo ANCEL op.cit.
- (109) RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva ¿pena . . .".
- (110) MORENO CATENA "En torno a . . ."pag.649.
- (111) Punto 1-a ". . .en aucun cas, elle ne doit être appliquée à des fins punitives".
- (112) La adopción de la prisión provisional de forma indiscriminada convertiría el derecho a la libertad en la excepción, siendo así que, como se deduce del precepto constitucional citado y del art. 17, ha de ser siempre la regla.
Acerca de la excepcionalidad de la prisión provisional cfr. HECTOR NIEVES La libertad provisional del detenido como derecho y como institución de prevención criminal. R.D.Proc.ib-filip.1967-4 pag,.146 DE LUCA op.cit. pag.16. LANDROVE DIAZ Prisión preventiva y penas privativas de libertad. en "Estudios penales y criminológicos" Vol.VII Santiago de Compostela 1.984. pags. 286 y ss.



Vide Resolución 65 (11) de 9 de abril del Comité de Ministros de la Convención Europea. También STC 41/1982, de 2 de julio.

(113) Basta, como ya se ha dicho, la concurrencia de una sola de las tales circunstancias, como se deriva de la conjunción "o" del art. 503,2.

Cfr. CALVO SANCHEZ "De nuevo. . .".

(113 bis) Lo cual no puede ser admitido pues la reiterada jurisprudencia del TEDH, de aplicación en nuestro orden interno, contempla toda otra serie de circunstancias que, obviamente, y aunque no estén recogidas en la pueden y deben tenerse en cuenta a la hora de decretar o no la prisión provisional. Vide asuntos STOGMULLER, NEUMEISTER, WEMHOFF, RINGEISEN etc. . .

Cfr. LINDE PANIAGUA Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en la Constitución Española de 1.978. RGLJ mayo 1.981. pag.503.

(114) Con lo cual se estaría dando la razón a CALVO SANCHEZ "De nuevo. . ." quien estima que el automatismo y, por tanto, la adopción de la prisión provisional de forma obligatoria, sigue existiendo, en concreto, en el art. 503,2 in fine.

Ello, no obstante, y a pesar de todo, la fórmula "para decretar. . ." del art. 503 ahora utilizada en la LECrim. frente a la de "decretará. . ." de 1.980 revela que



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

todo el sistema se encuentra supeditado a una fórmula discrecional, no obligatoria de adopción de la prisión provisional. Puede, por qué no, establecerse un "numerus clausus" de circunstancias pero, a pesar de ello, será el Juez en cada caso el que habrá de valorar si procede o no la privación de libertad.

(115) De ser ello así se podría dar la paradoja de que la revocación de la prisión provisional en los casos de penas inferiores a prisión mayor presentara mayores limitaciones que en los casos de una entidad superior ya que, el art. 539 de la LECrim. permite la revocación del auto de prisión en cualquier momento en atención a la cláusula "rebus sic stantibus" y tal precepto es aplicable a los casos de penas superiores a prisión mayor.

Siendo ello así, y existiendo la regla "rebus sic stantibus" en nuestro proceso penal desde 1.882 (aunque tras la reforma de 1.985 ciertos autores estimen que se ha introducido ahora. CALVO SANCHEZ "De nuevo. . .") la limitación a la posibilidad de revocar el auto de prisión establecida en el nuevo art. 503,2 debe considerarse subsumida dentro de la más general y amplia recogida en el art. 539.

(116) Vide sobre rehabilitación GROSSO GALVAN op.cit.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(117) Cfr. LINDE PANIAGUA op.cit. pag.503.

Dos tipos de argumentaciones sirven de apoyo para mantener la tesis de la vinculación de los órganos de nuestra Administración de Justicia a las decisiones del TEDH. Por un lado el art. 10 de la C.E. que establece que los derechos fundamentales se interpretarán de acuerdo con lo señalado en los Tratados Internacionales. Por otra parte, los arts. 53 y 54 del Convenio que así parecen darlo a entender.

No obstante, como expone AMODIO op.cit. pag. 847, aún refiriéndose al caso italiano, la finalidad de la Convención no es innovar, sino salvaguardar, pero los principios sancionados en la Convención no han tenido incidencia en la interpretación de las normas internas y ello por el desconocimiento por parte de los Tribunales patrios no sólo del ordenamiento europeo, sino de su jurisprudencia. Su efectividad se reduce, pues, al recurso directo ante el TEDH.

(118) Vide art. 254 del C.P.P.i. que hace referencia al criterio de la "cualidad moral de la persona" para decretar o no la prisión provisional en los casos en que ésta es de carácter facultativo.

(119) Vide asunto MATZNETTER.

(120) Así se establece en los asuntos STOGMULLER y WEMHOFF de forma clara.

Vide DE SALVIA op.cit.pag.1422.

En el derecho italiano, junto al art. 254 del C.P.P.i. ya reproducido, el art. 259 incluye determinadas causas, independientes de la gravedad de la pena que pueden excluir la prisión provisional en base a la propia persona del imputado, tales como su cualidad moral y otras relacionadas con cuestiones de carácter humanitario, como el embarazo, el estado de salud etc. . . Si las referidas a la cualidad moral pueden, en base a la doctrina del TEDH, responder a un efectivo "periculum in mora", no puede decirse lo mismo con las restantes para las que parece más lógica una solución como la española de la prisión atenuada.

(121) NEUMEISTER era propietario y director de una gran empresa de transportes, la "Internationales Transportkontos".

STOGMULLER era fundador de la empresa "Stögmüller y cia." dedicada al tráfico inmobiliario.

MATZNETTER desempeñó un papel preponderante en el grupo de empresas "Schiwitz".

(122) Vide arts. 59 y ss. de la L.O. 11/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

(123) Vide GIMENO "Fundamentos. . ."pags.63 y ss. TOHARIA J.J; El Juez español. Madrid 1.975.pags. 78 y ss.

(124) ORTELLS RAMOS "Para una. . ."pag.472.

(125) GIMENO-VIVES "La detención"Pags,91 y ss.



(126) Cfr. GIMENO-VIVES "La detención" pags. 92-93.

(127) Cfr. JARDI ABELLA La libertad provisoria del detenido como derecho y como instituto de prevención criminal. R.D.Proc. ib-filip. 1.967-4 pag.159.
PEREZ GORDO op.cit.pags.8-9.

(128) Vide COBO-VIVES op.cit.pag.61, donde se recoge la formulación del principio de legalidad penal realizado por FEUERBACH. Téngase en cuenta que dentro de lo que estimamos comisión de un hecho, deben encuadrarse también las formas de realización del mismo por omisión o por comisión por omisión.

(129) De acuerdo con DE SALVIA op.cit.pag.1412 que estima que una privación de libertas a los fines citados está sujeta a dos exigencias: a) existencia de disposiciones legales en derecho interno. b) ausencia de medidas arbitrarias imputables a la autoridad. Vide Demandas ante la Comisión 2621/75; 7755/77.

(130) Sentencia TEDH de 18 de junio de 1.971. Internamiento de vagabundos DE WILDE; OOMS y VERSYP.

(131) Cfr. DE SALVIA op.cit.pags. 1413 y ss. quien establece que la Comisión no delimita los conceptos de enajenación, vagancia etc.
. . . muy diferentes en cada Estado. Ello ha

obligado a la Comisión y al Tribunal a un examen particularizado de las legislaciones internas. Vide asuntos WINTERWERP, DE WILDE-OOMS y VERSYP, GUZZARDI; DEmanda 7493/76 ante la Comisión.

(132) Vide por todo FAIREN "El enjuiciamiento de. . ." Del mismo autor Problemas del proceso por peligrosidad sin delito. Madrid 1.972.

(133) "Ningún español podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito".

(134) Art. 18 Fuero de los Españoles. "Ningún español podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriben las leyes". Declaración que venía agravada por las leyes de la época que autorizaban la detención en cualquier caso. vg. La Ley de Orden Público de 1.959.

(135) En esta misma línea puede situarse la C.I. que, en su art. 13, al consagrar el derecho a la libertad, recoge las formas en que puede ser limitado y se refiere a los "casos y modos previstos en la ley" sin hacer referencia expresa a que el hecho que motiva la detención sea delictivo.

(136) Vide GIMENO-VIVES "La detención"pags. 101 y ss. Del mismo autor "El proceso de Habeas Corpus" pags. 67 y ss. En contra LLOBEL MUEDRA, J; La modificación de los arts. 520 y 527 de la L.E.Crim. por la Ley Orgánica 14/1982, de 12 de diciembre. Rev. La Ley 15.mayo.1984.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(137) Solo merece destacarse como favorable a la posibilidad de decretar la prisión provisional en caso de faltas a MATTES op.cit. pags. 33-34 y ello, a su entender, sólo en casos excepcionales, por analogía con el art. 494, cuando el "presunto reo no tuviera domicilio conocido ni diera fianza bastante".

(138) En un sentido contrario se manifiesta ALMAGRO NOSETE Protección procesal de los Derechos Humanos en España. R.D.Proc.ib-filip. 1973-1 pag. 40 para quien la prisión provisional puede adoptarse en tanto existan sospechas de que es responsable criminalmente, aquel contra quien haya de decretarse la prisión.

Para RIVES ORTIZ Y ARCE op.cit. pag.627 el "fumus boni iuris" exigido en la prisión provisional precisa de la exigencia de "elementos de juicio bastantes para una presunción directa y clara sobre la existencia del delito", lo cual estima no puede lograrse a través de la única concurrencia de indicios o sospechas.

De acuerdo con el parágrafo 112 de la StPO alemana la adopción de la prisión provisional requiere la concurrencia de "sospechas muy fundadas" o, como dice GOMEZ COLOMER op.cit. pag, 106 "alto grado de probabilidad de que el imputado haya cometido el hecho".

En este mismo sentido se expresa el art. 5,1-c del Convenio Europeo que habla de "razones para sospechar. .", expresión que, como expone AMODIO op.cit. pag. 873, no está justificada en relación a la presunción



de no culpabilidad, y ello por suponer un grado de probabilidad menor que el indicio o la prueba. La simple sospecha, pues, no sirve de base a una restricción de libertad provisional.

(139) Para MATTES, aun distinguiendo entre indicios y motivos y considerando de mayor entidad los motivos, ambas expresiones vienen constituidas por sospechas, las cuales, en el caso de los motivos, han de ser "vehementes". No creemos que puedan equipararse los términos ya que, a la luz de su acepción gramatical, la diferencia es clara. La sospecha, cualquiera que sea su identidad, no puede confundirse ni con los indicios ni con los motivos.

(140) Cfr. GIMENO-VIVES "La detención".pags. - 92 y ss. RIVES Y ORTIZ ARCE op.cit.pag.27. SERRA "La instrucción . . ."pag.735. AGUILERA DE PAZ op.cit.pag. 202. REUS Ley de Enjuiciamiento Criminal Madrid 1.883.pag.309.

(141) GIMENO-VIVES "La detención" pag.97.

(142) MATTES op.cit.pag.27.

(143) GIMENO-VIVES "La detención"pag.97.SERRA Función del indicio en el proceso penal. en "Estudios de Derecho Procesal" Barcelona 1.9969. pag.704.

(144) Cfr. AGUILERA DE PAZ op.cit.pag. 202. ". . . para declarar procesado al presunto culpable basta un solo dato que la razón



estime digno de tenerse en cuenta para dudar de la inocencia. . .". La duda sobre la inocencia es una presunción, no afirmación sobre la culpabilidad del imputado.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(145) Así lo entiende la Real Academia de la Lengua Española.

(146) Cfr. FAIREN Presente y futuro del proceso penal español. R.D.Jud. 1.968-33 pag.57.

(147) GIMENO-VIVES "La detención" pag.97.

(148) Cfr. GIMENO "La detención en la Ley. . .". pag. 490. RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva ¿pena. . .". DE LUCA op.cit.pags. 28, 34 y 38.

(149) Vide sobre la motivación de las sentencias ORTELLS Origen histórico del deber de motivar las sentencias R.D.Proc.ib-filip. 1.977-4.

(150) Cfr. MATTES op.cit.pag.27. AGUILERA DE PAZ op.cit.pag.202. REUS op.cit.pag.309. IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit.pag.200. RUVES Y ORTIZ ARCE op.cit.pag.627.

(151) Cfr. MATTES op.cit.pag.:.27.

(152) AGUILERA DE PAZ op.cit.pag.202. REUS op.cit. pag. 309.

(153) IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit.pag.200.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (154) AGUILERA DE PAZ op.cit. pag.202.
- (155) MATTES op.cit.pag.27.
- (156) IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit.pag.200.
- (157) GIMENO "El auto de procesamiento. . .".pags.
313 y ss.
- (158) CALVO SANCHEZ "Comentario. . ."pag. 1263.
Ejemplos de ello son los representados por
los arts. 48 de la Ley articulada de Funciona-
rios del Estado de 7 de febrero de 1.964.
El procesamiento por delitos contra la propie-
dad impide contratar con la Administración
del Estado y otros Entes Públicos en virtud
de los arts. 9º de la Ley de Contratos del
Estado y 4º del Reglamento de Contratación
de las Corporaciones Locales de 1.953.
- (159) Curso de Derecho Administrativo II. Madrid
1.981 pag.26.
- (160) RODRIGUEZ RAMOS Presunción de inocencia
no minimizada. Rev. La Ley 29.noviembre.1983.
SANCHEZ AGESTA El artículo 24 de la Constitu-
ción y el recurso de Amparo. en "Tribunal
Constitucional" Vol. III. Madrid 1.981 pag.
2.489.
- (161) Cfr. CALVO SANCHEZ "Comentario. . .".

(162) Cfr. TAPIA op.cit. pags. 319-320. Merecen destacarse aquí las demás expresiones vertidas por GUTIERREZ,M; Práctica Criminal T.I. pag. 207 que, por su importancia, vamos a transcribir literalmente: ". . .la ley . . .debería prescribir con toda especificación qué indicios, presunciones o pruebas de criminalidad ha de tener contra sí un ciudadano para proceder a su prisión. Si la fuga, si la difamación, si la confesión extrajudicial, si la declaración de un cómplice o de otro testigo fidedigno o indigno de crédito, son motivos bastantes para prender, prescribalo así la ley. Mas por desgracia no se halla determinado claramente en nuestra legislación un punto de tanta importancia para la libertad civil, que por otra parte procuran las leyes hacer respetar, y aún estando a la letra de una de ellas (Ley I.tit.9.Part.7 "Enfamado ò acusado seyendo algun home de yerro que oviere fecho. . .puedelo luego mandar recabar el juez ordinario ante quien fuere fecho el acusamiento) parece basta para prender a una persona que sea enfamada o acusada de un delito. De aquí es que los intérpretes con su acostumbrada osadía, y cada uno a su antojo o arbitrio, pasaron a resolver la duda, llegando hasta decir que cualquier presunción y el dicho de un menor, de un siervo, de un pariente, de un infame o de cualquier otro testigo inhábil, bastaba para decretar el auto de prisión, haciendo por este medio de semejantes personas una

confianza que prudentemente no hace de ellas la Ley. A vista de esto no debemos maravillarnos de que jueces inhumanos o ignorantes sean demasiado fáciles, y aún precipitados para hacer conducir a las cárceles innumerables ciudadanos.

Hase visto más de una vez que por delitos de un solo autor han sido aprisionadas muchas personas, causando, además de grandes perjuicios en sus intereses, tan grave aflicción a unos inocentes, haciendo derramar muchas lágrimas a sus inocentes familias, y llenando de terror y desconsuelo a toda una población. Cualquiera casualidad, cualquiera expresión, cualquiera noticia miradas por tales jueces con el microscopio de si ignorancia ó crueldad, son á sus ojos otras tantas pruebas completas del crimen, así como cualquiera inadvertencia y cualquiera contravención son para ellos delitos dignos de encierro".

(163) Cit. en GOMEZ DE LA SERNA op.cit.pag.93.

(164) Que fuera de fiar.

(165) TAPIA op.cit.pags. 320-321.

(166) Así se desprende, con toda claridad, del art. 741 de la LECrim. Cfr. SERRA "La instrucción. . ."pag. 723. ARAGONESES op.cit. pag.207. HERCE QUEMADA op.cit. pag. 155. GIMENO "Valor probatorio de . . .".

(167) Una opinión contraria la sustenta JIMENEZ DE ASENJO "Concepción . . .",pags. 576 y ss.



- (168) Vide art. 299 de la LECrim.
- (169) IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit. pags. 145 y ss.
- (170) Cfr. GUERRA SAN MARTIN y otros El derecho a la presunción de inocencia.Rev. La Ley 17.mayo.1983. ALAMILLO CANILLAS,F; La presunción de inocencia y el recurso de casación penal. Rev. La Ley 15.febrero.1983.
- (171) FAIREN "Presente y . . ."pag. 57. "losd motivos no se creen, se aprecian, se valoran".
- (172) Sobre la necesidad de motivar las sentencias penales en lo referido a los hechos a los efectos del recurso de casación vide ORTELLS RAMOS "El origen. . .",pags. 926 y ss. Los argumentos son aplicables al tema que nos ocupa dado que su finalidad es la misma hacer viable el recurso que resultaría imposible si no se actuara de esta forma.
- (173) Aunque como señala CHIAVARIO Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale.Riv.it.dir.e proc. pen. 1970-3 pag. 663. "normalmente los indicados de delitos que provocan alarma social son aquellos que más probablemente suscitan sospechas de fuga".
- (174) RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva y . . ."Pag. 486.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (175) ORTELLS RAMOS "Para una. . ."pag.460.
También AMODIO op.cit.pag.881.
- (176) RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva y
. . ." pag. 486.
- (177) MORENO CATENA "En torno a. . ."pag. 651.
ORTELLS RAMOS "Para una. . ."pag.460. CALVO
SANCHEZ "De nuevo. . .".
Así se desprende de lo que se establecía
en el Preámbulo del proyecto de ley remitido
al Congreso de los Diputados con ocasión
de la reforma de 1.980 en relación con la
"alarma". "Las circunstancias hoy concurrentes
de aumento de un cierto tipo de delincuencia
que sin ser de extrema gravedad atenta a
la tranquilidad ciudadana. . .hace aconsejable
una mayor rigor en las medidas provisionales
que el Juez puede decretar para asegurar
la persona del detenido". BOCD I-Legislatura.
núm. 76-1 octubre 1.979.pag.481.
Así lo entiende AMODIO op.cit. pag. 881
que reconduce el concepto de alarma social
al de irritación social de la reforma nacional-
socialista alemana de 1.935.
- (178) ORTELLS RAMOS "Para una. . ."pag.460. En
este sentido ILLUMINATI op.cit.pag. 614
entiende que la atribución a la prisión
provisional de una finalidad de defensa
social que abarcaría las varias de prevención
del delito, ejemplaridad, inmediatez de
la reacción social etc. . .equivale a su
configuración material como pena.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(179) Como así lo estima MORENO CATENA "En torno a... ."pag. 651.

ANDRES IBAÑEZ op.cit. pag.44 cree también que, en estos casos, se produce una desnaturalización de la presunción de inocencia.

FILIPPI,L; La libertà provvisoria secondo la -lege sull'ordina pubblico-Riv.it.dir.e proc.pen.1.977 pag. 983 considera que la prisión provisional adoptada para "aplacar la alarma social provocada por el delito es contraria, también, a la presunción de no culpabilidad del art. 27,2 de la C.I.

La adopción de la prisión provisional con fines de "ejemplaridad" atenta a la presunción de inocencia en tanto su vigencia no responde a criterios de excepcionalidad, sino de "estricta necesidad" que GHIARA,A Presunzione di innocenza, presunzione di -non colpevolezza- e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale.Riv.it.dir,e proc.pen.1974 pag,88 atribuye al C.P. fascista de 1.931.

(180) CALVO SANCHEZ "De nuevo. . .".

(181) Decreto Ley 22,marzo.1957 art.1º "Cuando de la causa resulte la existencia de delito comprendido en el título segundo del Código Penal, sea cualquiera la pena señalada al delito y mientras la situación alterada por él no haya sido completamente normalizada, se decretará la prisión provisional, sin que en ningún caso pueda exceder ésta de la duración de la pena señalada al delito que lo motiva".



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(182) En esta línea la prisión provisional se podía mantener durante todo el tiempo en que p.ej. durara una movilización estudiantil si la misma había surgido de una asamblea en la cual había sido detenido un estudiante ahora sujeto pasivo de la medida cautelar.

(183) Como jurisdicción especial fue calificado el T.O.P. y los J.O.P. por GIMENO La extinción de la Jurisdicción de Orden Público y la creación de la Audiencia Nacional.C.P.Crim. 1.978 pag. 69.

FAIREN Notas sobre jurisdicciones especiales. R.D.Proc.ib-filip.1.971. pags.7-8.

(184) Esta razón es la que apunta BANDRES como esencial en la introducción de este criterio, - que no es otro que el de alarma social- en la LECrim. en el art. 503 con una finalidad distinta a la, hasta entonces perseguida, o sea, la agravación de la medida.

DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Comisión de Justicia e Interior.6.septiembre 1.984. pag,6211.

Vide AMODIO op.cit.pag.881.

(185) Cfr. GIMENO-ASENCIO op.cit. También GOMEZ COLOMER op.cit. pag.107.

(186) Vide nota núm. 177.

(187) "El principio general sobre la libertad humana y la excepcionalidad de su limitación que tan arraigado tenían nuestros legisladores

liberales, ha resultado muy deteriorado en los últimos años por los efectos del régimen autoritario sufrido en España, porque la presión social impuesta por tal sistema, unida a una práctica estatal coherente con dicha mentalidad autoritaria, ha decantado la creencia, a nivel de principio, en la psicología social española, de que todas las autoridades y sus agentes tenían el derecho y la facultad de detener a cualquier ciudadano, sin sujetarse a requisito alguno y sin que existan causas absolutamente preestablecidas y limitadas". PERIS GOMEZ, M; La Ley de Enjuiciamiento Criminal. Un ejemplo de ética legislativa. R.P.Jud.núm 4. septiembre 1.982. pag.64.

(188) Vide a este respecto intervenciones de los Sres. RUIZ GALLARDON y LOPEZ RIAÑO pags. 6204 y ss. DIARIO DE SESIONES. 6.septiembre. 1.984.

También Editorial Rev. Justicia 84-II pag.261.

(189) Exponía la Circular citada lo siguiente:
"La motivación de la ley es clara y precisa: conceder a los jueces la inmediata facultad de prisión provisional para aquellos delincuentes que perturbando con la multiplicación de acciones dañosas la seguridad ciudadana no alcanzaban, por otra parte, por la objetiva categoría penal de aquellas, el grado individual de gravedad determinante de la inmediata privación de libertad para los sujetos.

Son los "tirones" de bolsos, los robos callejeros con la amenaza de arma blanca u otros modos de intimidación, las sustracciones de automóviles, los actos de mero "gamberrismo" . . . Intereso, por tanto, de los Fiscales la mayor atención en la solicitud de las prisiones provisionales que sean procedentes con arreglo a los casos que genericamente quedan descritos y que tanto están dañando la paz pública que requieren los españoles. En ocasiones podrá incluso resultar penosa la demanda de prisión en relación con las circunstancias de edad del delincuente, pero entre la colisión de derechos que las circunstancias plantean con el de la vida, la dignidad y la seguridad ciudadana son éstos los que deben primar atendidas las circunstancias. . . .".

(190) Art. 504,2 LECrim. 1882. ". . . ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia. . . .".

Art. 504,2 LECrim. 1.983 ". . . ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerza su jurisdicción . . . ". Radacción que coincide más con el ámbito territorial en el que desempeña su función el Juez encargado de decretar la prisión provisional.

(191) Hay que tener en cuenta aquí que la reforma de 1.980 en el art. 504,1 estableció la frecuencia sin hacer referencia alguna a cualquier tipo de ámbito territorial. Ello,

no obstante, se incardinaba en un precepto cuya finalidad era la de evitar la concesión de la libertad en los casos de penas superiores a arresto mayor y aunque, indudablemente, se trataba de un importante obstáculo al ejercicio del derecho a la libertad, no lo fue en la medida en que la reforma de 1.985 lo ha consagrado.

(192) CALVO SANCHEZ "De nuevo. . .".

(193) Vide JESCHECK op.cit.pags.92 y ss.

COBO-VIVES op.cit.pags. 177 y ss. RODRIGUEZ DEVESA Derecho Penal Español. Parte General. Madrid 1.979 pags. 815 y ss. BOIX REIG,J; Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción. en "Comentarios a la Legislación Penal". Madrid 1.982 pags. 229 y ss.

(194) Cfr. GARRIDO GUZMAN,L; Aspectos criminológicos de la delincuencia de sangre. Estudio de 200 delincuentes de sangre de la Región Canaria. Tenerife 1.974 pags. 172 y ss.

Indica la influencia que el ambiente local ejerce sobre las clases y formas de criminalidad, destacándose a este nivel las diferencias existentes entre los delitos cometidos en zonas urbanas o rurales. Recoge unas tablas con datos estadísticos relativos a la delincuencia de sangre, comparando en atención al lugar de nacimiento o de residencia, la mayor o menor comisión de tales hechos según el autor haya nacido o reside en capitales, municipios de más de 10.000 habitantes o zonas rurales.




Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO III

=====

REGIMEN DE CUMPLIMIENTO Y CLASES DE PRISION PROVISIONAL

=====



La finalidad esencial de la prisión provisional, cual es la de mantener al sujeto pasivo a disposición de la autoridad judicial para, de este modo, asegurar el proceso y la presumible futura pena a imponerse traduce, necesariamente, en una privación de libertad en aquellos casos en que la misma es inevitable para la consecución de los resultados pretendidos por la cautela.

La privación de libertad decretada como consecuencia de una medida preventiva, generalmente, se suele llevar a efecto en Centros Penitenciarios, establecimientos que, aunque técnicamente son lugares destinados al cumplimiento de las penas sirven, a su vez, y en mayor medida de lo deseable (1), para albergar a los presos preventivos, siendo así que sobre éstos, en ningún caso, ha recaído sentencia condenatoria alguna (2).

De este modo, y aunque nuestras LECrim., L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y su Reglamento de 8 de mayo de 1.981 se hayan esforzado en declarar la vigencia de la presunción de inocencia respecto de los internos preventivos, la necesaria separación entre éstos y los penados y, fundamentalmente, que la finalidad de la retención del interno no penado es mantenerlo a disposición



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

judicial, lo cierto es que, como apuntan MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA (3) "de hecho la prisión provisional funciona en la práctica como una auténtica pena privativa de libertad, como una pena a cuenta".

En efecto, el hecho de que la medida cautelar se lleve a cabo en los mismos establecimientos que los destinados a la ejecución de las penas, a pesar de las declaraciones de la L.O.G.P. en este sentido (4), las mínimas diferencias existentes entre el cumplimiento de los penados y los preventivos hacen que la prisión provisional se configure en la práctica como una verdadera pena privativa de libertad (5) e, incluso, en algunos casos, como se ha puesto de manifiesto por CASTELLANO CERVERA (6) llegue a ser más grave que la propia pena, ya que "tiene todos los inconvenientes de ésta y ninguna de sus ventajas" (7).

Llegados a este punto, y dada la imposibilidad de suprimir, a pesar de sus inconvenientes, la institución de la prisión provisional de nuestro ordenamiento procesal, y la falta de medios materiales para remediar la situación arriba expuesta se hace necesario, como expone FERNANDEZ ENTRALGO (8), regular adecuadamente la prisión preventiva en tanto se constituye como medio inexcusable




Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de aseguramiento del proceso.

En este sentido conviene aquí realizar un análisis del régimen de cumplimiento de la prisión provisional en los Centros Penitenciarios donde, en realidad, se lleva a cabo, atendiendo para ello a las prescripciones que al efecto realizan tanto la LECrim. en los arts. 520 y ss. y la L.O.G.P. y su Reglamento, así como las disposiciones que la Constitución, en su art. 24, efectúa en relación con los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa.

La adecuación entre las primeras, es decir, las Leyes ordinarias y nuestra Ley Fundamental, y la subordinación de aquéllas a ésta resulta no sólo obligada por el principio de jerarquía normativa (9), sino por la propia y deseable naturaleza cautelar de la prisión provisional. El desconocimiento del derecho a la presunción de inocencia, en tanto que supone la línea divisoria más importante entre la medida preventiva y la penal supone, en definitiva, la confusión de ambas en una única forma de restricción del derecho a la libertad.


Una vez se haya estudiado el régimen de cumplimiento que viene a constituir en esencia la norma común aplicable a la inmensa mayoría de los sujetos que se encuentran en situación de preventivos, se pasará a analizar las distintas excepciones que la propia LECrim. establece al sistema general.



De este modo, nuestra norma procesal contempla, esencialmente, junto al régimen ordinario regulado fundamentalmente en los arts. 520 y ss., dos modalidades diferentes adicionales de cumplimiento de la privación de libertad cautelar, esto es, la prisión incomunicada prevista en los arts. 506 y ss. y la prisión atenuada contenida en el art. 505 y la Ley de 10 de septiembre de 1.931.

La incomunicación supone una limitación de los derechos del preso en lo relativo a sus contactos con el exterior bien de forma directa, o bien mediante correspondencia postal, telegráfica, telefónica etc. . . con la finalidad de asegurar el éxito de la instrucción, de evitar confabulaciones con otras personas que pueden frustrar las averiguaciones sumariales.

Dos temas fundamentales se plantean en este punto: el primero consiste en determinar si la referida finalidad aseguratoria del sumario y de las futuras fuentes de prueba es de naturaleza cautelar o, si por el contrario, responde a exigencias distintas y nunca superiores a la tutela debida al derecho a la libertad (10). La doctrina, como se verá, se encuentra dividida en este tema que, si antes de la reforma del art. 520 de la LECrim. por la L.O. 14/1983, de 12 de diciembre, y en base a este precepto, daba la razón a los



que reclamaban una pretendida naturaleza cautelar del aseguramiento de la prueba en el proceso penal, con posterioridad a la misma, y aunque la supresión del citado precepto parece abrir nuevas posibilidades a la prisión provisional (11), ciertamente se elude ahora toda referencia a la finalidad del instituto, debiéndose, por tanto, reconducir el aspecto teleológico a lo establecido en la propia LECrim., cuyos arts. 503 y 504 no parecen admitir la mencionada posibilidad, como así tampoco la Exposición de Motivos de la L.O. 9/1984, de 25 de diciembre, que sólo reconoce como finalidad de la prisión provisional la de asegurar el proceso (12).

El segundo problema que se plantea en la regulación de la prisión incomunicada es el de la posible limitación injustificada del derecho de defensa. En efecto, las disposiciones contenidas en nuestras normas procesales parecen, en principio, admitir una subordinación de la defensa, tanto material como formal (13) al interés constituido por el descubrimiento de la verdad en el proceso. Ello es lo que se deriva de preceptos tales como el art. 527 de la LECrim. que impide, en caso de incomunicación, el nombremiento de Abogado de




Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

confianza (14) debiendo procederse a la designación de uno de oficio; los arts. 51,2 de la L.O.G.P. y 101 del Reglamento que autorizan la suspensión de las comunicaciones del preso con su Abogado, previa orden judicial y en casos de terrorismo; y el art. 523 de la LECrim. que, en este mismo sentido, parece estimar lícita la supresión de las tales comunicaciones en los supuestos de incomunicación.

Por otra parte, y en lo referido a la defensa material, el art. 108,2 de nuestra norma procesal penal excluye la puesta en conocimiento del preso incomunicado de la parte del auto de prisión que contiene la motivación autorizando, unicamente, el conocimiento por parte del sujeto pasivo de la parte dispositiva del auto.

Todo ello, pues, ha de ser confrontado con los arts. 24 y 55 de la Constitución y 5 y 6 del Convenio Europeo para, a partir de los mismos, establecer si las referidas limitaciones al derecho de defensa son admisibles a la luz de la Ley Fundamental, ya que, en definitiva, los derechos constitucionales no pueden tener otras limitaciones que aquellas que no afecten a su contenido esencial (15) y, aún así, habrán de adoptarse mediante Ley Orgánica (16) según se establece en los arts. 53 y 81 de la Constitución.



La segunda excepción al régimen ordinario de cumplimiento de la prisión provisional viene constituida por la denominada prisión atenuada prevista en el art. 505,2 de la LECrim. y en la no derogada Ley de 10 de septiembre de 1.931 que supuso la incorporación a la LECrim. de lo establecido al respecto en el Código de Justicia Militar de 1.890.

En este punto, sobre todo, resulta de interés el tratamiento del alcance de tal forma de cautela, esto es, la determinación de los motivos y casos en que procede su disposición dada la aparente contradicción existente entre la Ley de 1.931 y el art. 505 fruto de la reforma de 1.980. A su vez, convendrá también destacar las ventajas de la generalización de la prisión atenuada, toda vez que se presenta como una alternativa real ante la actual situación penitenciaria española caracterizada por el hacinamiento y su consecuencia directa manifestada en los efectos criminógenos atribuidos a la prisión provisional (17).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A)- CUMPLIMIENTO DE LA PRISION PROVISIONAL. REGIMEN GENERAL.


a)- Principios informadores.-

a,)-La presunción de inocencia.-

El principio inspirador y rector por excelencia del régimen de cumplimiento de la prisión provisional es aquel que viene presidido por el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Como es sabido, el art. 24 de la C.E. proclama la atribución de este derecho a todo ciudadano de forma tal que, únicamente, puede quedar desvirtuado mediante la oportuna sentencia condenatoria que declare de manera definitiva la culpabilidad (18). En este sentido, las personas sometidas a la medida de la prisión provisional, en tanto no declaradas culpables, son sujetos del mencionado derecho y su situación de privación de libertad debe ser, en la mayor medida posible, compatible con el estado procesal de inocencia inherente al momento en el que se encuentran (19).

De este modo, los arts. 5 de la L.O.G.P. y 3,3 de su Reglamento, establecen la norma de que "el principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos" (20).



Partiendo de esta realidad, la primera cuestión que se plantea es la determinar la compatibilidad no sólo teórica sino real del derecho a la presunción de inocencia con una privación de libertad de carácter provisional impuesta con anterioridad a la declaración de culpabilidad de una persona.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, en principio, la prisión provisional choca frontalmente con el referido derecho constitucional, máxime cuando se decreta sin atender a efectivas exigencias cautelares y, en todo caso, en la medida en que supone una anticipación de los efectos de la futura condena (21).

Con todo, el conflicto interés social en la seguridad colectiva, en el orden público-interés privado en el mantenimiento de la libertad, debe resolverse en un Estado democrático de forma equitativa, o sea, en el sentido de equilibrar ambos intereses que, en ningún caso deben aparecer como antagónicos (22).

La prisión provisional, si bien es cierto que teóricamente supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no lo es menos que deviene necesaria en la medida en que resulta ineludible para garantizar el proceso penal.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

De este modo, el tema así planteado debe superar discusiones ciertamente basadas en fundamentos, como diría AGUILERA DE PAZ (23), humanitarios y reconducirse a una eficaz regulación de la medida cautelar (24), que sin suprimirse, quede reducida a sus justos límites, es decir, a la excepcionalidad y cumplimiento, en los casos en que sea inevitable, de la forma más compatible posible con el derecho a la presunción de inocencia.

Así, el régimen de los preventivos, en la actualidad muy similar e, incluso, en ocasiones, de mayor gravedad que el de los penados (25) debiera, en base al derecho a la presunción de inocencia, reunir todos aquellos beneficios de los que debe gozar una persona aún inocente, y la restricción de la libertad únicamente sería conveniente que incidiera en aquellos aspectos del todo punto necesarios para cumplir la función que le es inherente, es decir, la de someter al inculpado al órgano jurisdiccional evitando su posible huida (26).

b,)-El principio de excepcionalidad.-

Junto al derecho a la presunción de inocencia y como lógica consecuencia de éste aparece que la prisión provisional debe regirse por el principio de excepcionalidad.

Tal principio no sólo opera, como ya se ha dicho, en el momento de decretar la medida en el sentido de restringirla a aquellos casos en que sea totalmente necesaria para asegurar el proceso (27), sino que, antes al contrario, su vigencia debe extenderse al momento de su cumplimiento.

Parece lógico que se pueda pensar que si la privación provisional de libertad a efectos meramente procesales, que no penales, constituye la excepción a la regla general de la libertad (28), no lo es menos que su cumplimiento también deba estar presidido por tal excepcionalidad, es decir, su régimen ha de ser diferente al establecido para aquellas personas que cumplen una pena privativa de libertad con carácter definitivo y con una finalidad radicalmente opuesta a la cautelar, es decir, las propias de estas medidas que responden, esencialmente, a lo previsto en el art. 25 de la C.E.(29).

La excepcionalidad, por tanto, en íntima conexión con la presunción de inocencia, debe incidir directamente en el régimen de los preventivos evitando las limitaciones de aquellos derechos cuya restricción no venga del todo punto obligada por la necesidad de asegurar el proceso.

De este modo, toda asimilación del régimen de los preventivos y los penados que no responda en el caso de los primeros a una exigencia cautelar, aún basada en la naturaleza del Centro Penitenciario y en la virtual salvaguarda del orden interno, supone una restricción injustificada del derecho a la libertad en franca oposición con el carácter excepcional de la prisión provisional.

c,)-La finalidad cautelar de la prisión provisional.-

Presunción de inocencia y excepcionalidad conforman, por tanto, la prisión provisional como un instituto de naturaleza cautelar y, en consecuencia, dotan a la medida de una exclusiva finalidad cual es la aseguratoria del proceso, finalidad que, en estos casos, se cumple mediante el sometimiento del imputado al órgano jurisdiccional que adoptó la cautela.

En este sentido, y a pesar de la modificación del art.520 de la LECrim. por medio de la L.O. 14/1983, de 12 de diciembre, los preceptos recogidos en los arts. 5 de la L.O.G.P. y 3,3 de su Reglamento explicitan claramente este punto.

Así, aunque el nuevo art. 520 de la LECrim. omite toda referencia a la finalidad cautelar



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de la prisión provisional al suprimir la antigua expresión "su libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa" (30), lo cierto es que difícilmente, y ello deviene así de los propios enunciados de nuestras normas penitenciarias, no puede asignarse a la prisión provisional otra finalidad distinta y, en consecuencia, el régimen de los preventivos está orientado, únicamente, en el sentido deseado por la función de la privación de la libertad provisional, esto es, y como indica el art. 5 de la L.O.G.P. el de "retener al interno a disposición de la autoridad judicial"(31). Esta subordinación del preso preventivo al órgano instructor viene confirmada por la exclusiva competencia (con las matizaciones que se harán en su momento) del Juez o Tribunal que conoce de la causa en todo lo referido al control de las comunicaciones del interno con el exterior (32), el régimen de visitas (33), los permisos de salida (34) etc. . .correspondiendo a los órganos de dirección del Centro Penitenciario las facultades propias del mantenimiento de la seguridad y el orden en el Establecimiento (35).



b) -El régimen de los presos preventivos a la luz del art. 520 de la LECrim.-

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El fundamental derecho a la presunción de inocencia y los derivados del art. 15 de la C.E., es decir, a la vida, integridad física y moral e interdicción de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, ha de presidir la actuación tanto de los Jueces, como de los funcionarios de los Centros Penitenciarios en relación con las personas sometidas a prisión provisional.

En este sentido, el trato a los presos preventivos adquiere una mayor relevancia y atención que aquel que debe dispensarse a los penados puesto que, no basta con el respeto a su persona y dignidad tal y como se deduce del referido art. 15 de la C.E., sino que, además, su situación ha de venir en mayor medida matizada dado que, a tenor de lo establecido en el art. 520 de la LECrim. la prisión provisional ha de cumplirse en la forma que menos perjudique al imputado en su "reputación" (36).

a) -El régimen común de las personas privadas de libertad. La tortura.-

El respeto a la persona del



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

preso y a su integridad física ya venía exigido desde las Leyes de Partidas que establecían, para el caso de los carceleros que ejercieren algún género de crueldad sobre los reclusos, incluso, la pena de muerte (37).

No obstante, la institución de la tortura, como medio utilizado para forzar la confesión del "reo" que tantas críticas despertó (38), convertía en papel mojado la anterior declaración. Hubo que esperar, por tanto, hasta la Constitución de Bayona de 1.808 que abolió el tormento (39) para que, al menos, desde una vertiente legal, el tratamiento de los presos se pudiera circunscribir en un ámbito de carácter humanitario y respetuoso con los derechos inherentes a su personalidad.

En la actualidad, el art. 15 de la C.E. de aplicación a todas las personas pero, como fácilmente se comprende, en mayor medida a aquellas que se encuentran privadas de libertad, constituye un derecho fundamental que, de ningún modo, puede ser limitado en aras de intereses colectivos con fundamento en la seguridad ciudadana.

El carácter excepcional de la prisión provisional obliga a los encargados de la custodia de los presos a adoptar una actitud hacia ellos respetuosa



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante


y competible con su estado procesal, esto es, el de inocencia.

Declaraciones similares a las efectuadas por nuestra Constitución pueden encontrarse en diversos textos internacionales que, dada su ratificación por parte del Estado español, son de obligado cumplimiento en el orden interno. Así, se pueden citar a título de ejemplo las disposiciones contenidas en el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U. de 1.948; la Declaración sobre protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes adoptada por la O.N.U. en 1.975; el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U. de 1.966; el art. 3 del Convenio Europeo etc. . .(40).

En nuestro ordenamiento interno preceptos similares pueden encontrarse, fundamentalmente, y en el ámbito que nos ocupa, en los arts. 3 de la L.O.G.P. y de su Reglamento y 5 de este último, que constituyen el desarrollo normativo de lo establecido en el art. 15 de la Ley Fundamental (41).

b,)-El régimen especial de los internos preventivos.-

A pesar de todas estas declaraciones,



el régimen de los preventivos no debe inspirarse únicamente en las normas que velan por el respeto de la integridad física y moral del individuo sino que, como ya se ha comentado, su especial situación de no culpabilidad exige comportamientos por parte de los Jueces y funcionarios penitenciarios que hagan compatibles los derechos a la libertad personal y a la seguridad colectiva.

En este sentido el art. 520 de la LECrim. marca la pauta de cual ha de ser la actuación de las personas encargadas de la vigilancia de los internos preventivos en función de su especial régimen, es decir, de su privación de libertad provisional, instrumental respecto de un proceso aún no concluido (42).

Así, el referido precepto de la norma procesal establece que la prisión provisional deberá practicarse "en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio" (43). Ello, no obstante, y a pesar de esta declaración, la prisión preventiva, cualquiera que sea la forma en que se practique, supone un perjuicio, en algunos casos irreparable, el menos en lo que respecta a la reputación de la persona. El carácter estigmatizante de la institución supone un demérito



para el sujeto que la padece de forma tal que, con independencia de la resolución definitiva, la sociedad reacciona contra el ciudadano provocando en él una situación de marginación sustentada en el hecho de haber permanecido el sujeto en prisión. La prisión, provisional o definitiva, es estigmatizante en igual medida (44).

En el mismo sentido, la declaración del art. 520 en lo que se refiere al deber de perjudicar lo menos posible el patrimonio del imputado, puede quedar vacía de contenido en la mayoría de los casos que se plantean la vida real. Parece lógico pensar que la persona privada de libertad que, en consecuencia, no puede asistir a su puesto de trabajo, ha de sufrir los perjuicios derivados de la falta de percepción de sus haberes y, aunque el Centro Penitenciario le ofrezca, en virtud de lo establecido en los arts. 29 de la L.O.G.P. y 183,3 del Reglamento una nueva ocupación remunerada, nada obliga a la Administración no sólo a mantenerle una retribución semejante a la que percibía en libertad, sino tampoco a proporcionarle el referido trabajo.

En esta misma línea la prisión provisional, por su carácter estigmatizante, se constituye

, en un factor criminógeno (45), es decir, facilita al imputado la posibilidad de reincidir en la medida en la que, en la mayoría de los casos, el sujeto, una vez en libertad, se encuentra en situación de desempleo y ello porque la propia sociedad, en lugar de colaborar en su reinserción, demanda su marginación, -tal es la conciencia colectiva-, produciéndose, con relativa frecuencia, el despido de los trabajadores por el simple sometimiento a un proceso.

c) -Derechos y obligaciones de los internos preventivos. Las discordancias existentes entre la LECrim. y las normas penitenciarias.-

Los principios rectores del régimen de los preventivos arriba enumerados, es decir, la excepcionalidad, la presunción de inocencia y el trato digno que a toda persona y, en especial, a los internos corresponde, inciden de forma muy directa en la regulación de los derechos, beneficios penitenciarios y deberes que a los sujetos privados de libertad le están asignados.

El cumplimiento de la prisión provisional, por tanto, y a diferencia de aquel consistente en la ejecución de las penas privativas de libertad vendrá configurado, esencialmente, por el derecho a la presunción de inocencia, que no asiste a



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

los penados, y por la exclusividad jurisdiccional no sólo en la imposición, sino también en el seguimiento de la medida cautelar.

Así, las personas privadas de libertad provisionalmente no podrán ser sometidas p.ej. a ningún tipo de tratamiento penitenciario tendente a su reinserción en el seno de la sociedad (art. 25 de la C.E.). De igual modo, y tal y como establece la LECrim. (arts. 522 y ss.) sus derechos sólo se limitarán en función del éxito de la instrucción, del proceso en definitiva, y no en virtud de lo impuesto en sentencia condenatoria alguna:

Igualmente, y si como ya se ha dicho, uno de los caracteres típicos de las medidas cautelares y, en consecuencia, de la prisión provisional, es su jurisdiccionalidad, o sea, el monopolio de los órganos del Poder Judicial en su adopción o revocaciónh (46), toda limitación de derechos ha de ser impuesta por los Jueces o Tribunales, sin que sea admisible, a la luz de los preceptos constitucionales delegación alguna de estas facultades (47).

En base a los dos enunciados expuestos conviene, pues, pasar a tratar pormenorizadamente cada uno de los derechos y deberes inherentes a la condición de preventivo, analizando el grado de vigencia real de los derechos y principios que, en todo



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

caso , deben presidir su régimen de cumplimiento.

a,)-La separación entre penados y preventivos.-

Tanto el art. 520 de la LECrim., como los arts. 6 y 16 de la L.O.G.P. y 12 y 14 de su Reglamento prestan una especial atención a la separación que debe existir no sólo de Centros Penitenciarios en función de los sujetos que albergue, sino también entre los mismos internos en base a sus cualidades específicas, es decir, edad, sexo, primariedad en el delito y lo que es más importante en relación con el tema que nos ocupa, entre preventivos y penados.

La razón fundamental a la cual obedece la separación de los reclusos es la de, a través de las oportunas técnicas de observación, conseguir una adecuada clasificación de los mismos, la cual se lleva a cabo mediante la correspondiente individualización del tratamiento y destino del sujeto al establecimiento más idóneo para su personalidad (48). De este modo, y en función de la especialización de cada Centro Penitenciario y de las características propias de los individuos que ha de albergar la L.O.G.P. establece en su art. 6º la necesidad de existencia de tres tipos de establecimientos, esto es, los dirigidos a los preventivos, los de cumplimiento de penas y los especiales, cada

uno de los cuales se establece para la realización de una función específica.

Así, los establecimientos de preventivos están destinados a la retención y custodia de presos y detenidos. Los de cumplimiento se dirigen a la ejecución de penas privativas de libertad. Por último, los especiales, son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y se subdividen en "hospitalarios", "psiquiátricos" y de "rehabilitación social", destinados estos últimos a la ejecución de medidas de seguridad (49).

No obstante la claridad, precisión y bien hacer legislativo, la realidad es otra muy diferente. Por una parte, y a pesar del mandato contenido en la L.O.G.P. acerca de la obligación de existencia de Centros específicos para preventivos (arts. 7 y 8) y de la más concreta señalada en el art. 24 del Reglamento que, de forma imperativa, dispone que en cada provincia debe haber al menos un establecimiento de este tipo, lo cierto es que tales preceptos no se cumplen y, en la mayoría de los casos, no existe una real separación entre preventivos y penados por Centros (50).

Ello, lógicamente, constituye un obstáculo para el desempeño por parte de los funcionarios de

instituciones penitenciarias de su labor, diferente en los supuestos de preventivos y penados puesto que, las condiciones de las prisiones han de ser, en buena lógica, distintas en función de los internos que en ellas se encuentran, de retención y custodia exclusivamente en los primeros y las propias y derivadas del tratamiento penitenciario oportuno en el caso de los penados.

El legislador, consciente de esta realidad, no se quedó en la mera exigencia de una irreal, a veces por falta de medios presupuestarios, separación por Centros sino que, antes al contrario, y en base a las previsibles deficiencias del sistema deseado, optó por disponer una segregación interna, que debe llevarse a cabo en cada Establecimiento para de este modo paliar los defectos derivados de la realidad discordante con la legalidad.

De este modo, y con la misma finalidad que en el caso anterior, tanto el art. 16,b de la L.O.G.P., como el art. 14 del Reglamento, preven una absoluta separación entre preventivos y penados, en lógica consecuencia con los argumentos arriba esgrimidos en relación con el diferente tratamiento a aplicar en uno u otro caso. A su vez, y dada la posibilidad de contagio criminal dimanante de la convivencia



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

entre los declarados ya culpables y aquellos que por imperativo constitucional han de ser considerados inocentes, la mencionada obligación de segregación responde a un peculiar interés de evitar influencias nocivas de aquellos delincuentes con un amplio historial sobre personas respecto de las cuales es deseable preservar de una posible integración en la llamada por GARCIA VALDES (51) subcultura carcelaria.

b

Esta finalidad de evitación del contagio criminal es llevada por el legislador hasta sus últimas consecuencias al no detenerse en la mera declaración consistente en la separación entre preventivos y penados, sino que antes al contrario, el aislamiento de unos sujetos respecto de los otros se proyecta en mayor medida atendiendo a factores diversos y diferenciadores, cuales son p.ej. la edad, el sexo, los antecedentes, el estado físico y mental y carácter del delito cometido.

A este respecto es fundamental una referencia al art. 520 de la LECrim. que establece la necesaria separación entre detenidos y presos en atención a las circunstancias señaladas anteriormente. Estas son las siguientes:



a,,)-Edad.-

La posibilidad de contagio criminal es mayor en la medida en la que el sujeto receptor tiene una personalidad aún no definida y, por lo tanto, más influenciabile. Esta necesidad de evitación de posibles perturbaciones en el joven, unidas al específico tratamiento que se les ha de dispensar en atención a sus peculiares características (52) aboga por una total separación por grupos de edad que mantenga íntegramente aislados a los jóvenes de los adultos. Tal prescripción, recogida en la LECrim. y en los arts. 16-c de la L.O.G.P. y 33-b de su Reglamento viene apoyada en las razones arriba expuestas pero, además, se asienta en otra razón si cabe más importante, cual es la de evitar con carácter general, los perjuicios derivados de la propia institución de la prisión provisional. Como ha puesto de relieve CASTELLANO CERVERA (53) la prisión preventiva no sólo constituye un factor criminógeno, sino que, y debido a sus propias características, tales como la ausencia de beneficios penitenciarios (54), la incertidumbre de la situación provocada por el desconocimiento de la duración de la privación de libertad etc. . dan lugar a un comportamiento



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de los preventivos peor que el mantenido por los penados.

Ello, aún siendo generalmente predicable de todos los internos no condenados, lo es en mayor medida de los jóvenes reclusos, lo cual, hace aconsejable la restricción de la medida cautelar a los casos en que sea absolutamente indispensable y, en su defecto, la total separación entre jóvenes y adultos como factor de amortiguación de los problemas aquí planteados.

b,,)-Sexo.-

La separación de los reclusos en atención a las diferencias derivadas del sexo se remonta mucho tiempo atrás sin que se trate, por tanto, de una prescripción reciente. Así, las Leyes de Partidas ya establecieron esta diferencia, la única señalada en dicha norma (55) y de este modo se ha mantenido hasta nuestros días.

La finalidad de esta disposición no creemos que pueda residir en la ya mencionada de individualizar el tratamiento, sino en la de evitar la promiscuidad derivada de la convivencia de personas del mismo sexo en un lugar cerrado.

A este efecto, el art. 16 de la L.O.G.P. establece la segregación entre varones y mujeres, si bien deja la puerta abierta a posibles ensayos de prisio-



nes mixtas, como p.ej. las existentes en Suecia (56), que tan brillantes resultados han deparado. Como pone de manifiesto GARCIA VALDES (57), nuestra legislación, en este punto, "se coloca así en una posición más avanzada que la del resto de las legislaciones. . .".

No obstante el tenor literal del citado precepto de la L.O.G.P., la posibilidad de establecimiento de nuevos sistemas en los que varones y hembras puedan cumplir su privación de libertad sin separación alguna y, especialmente, en el punto en que ello resulta más interesante, es decir, en el sistema de prisión abierta (58) se ha frustrado y con ello la posible instauración de un régimen de prisión mixta (59) al no haber desarrollado el Reglamento de Prisiones el art. 16 de la L.O.G.P. en la dirección posiblemente deseada por el legislador, dejando, por tanto, vacía de contenido la norma de la citada Ley Orgánica.

c,,)-Antecedentes.-

Tanto la LECrim., en su art. 520, como la L.O.G.P. en el art. 16,b establecen la necesidad de separación que debe existir entre aquellos delincuentes o preventivos considerados primarios y los que poseen antecedentes delictivos.

La finalidad de esta segregación aparece clara y no precisa, por tanto, de comentario alguno, ya que, incluso, viene explicitada en la propia norma.

Así, el art. 33,c-b del Reglamento Penitenciario determina la obligación de separación en el seno de los Centros de custodia de presos y penados en subgrupos que, además de atender a los módulos generales representados por la edad, sexo o situación procesal, respondan a la evitación de cualquier "influencia nociva de unos sobre sus compañeros de internamiento".

Por tanto, y con mayor claridad si cabe en este supuesto, parece evidente que la segregación obedece a la necesidad de erradicar cualquier posible actuación de unos internos sobre otros que suponga un no deseable contagio criminal que, en el caso de los preventivos, resultaría aún más censurable por la situación de inocencia que, posteriormente podrá ser, en algunos casos, contrastada en la propia sentencia definitiva.

De este modo, el preso preventivo cuya inocencia, una vez concluido el proceso, sea declarada de forma definitiva, puede devenir tras su puesta en libertad en un auténtico delincuente debido

a las enseñanzas y asunción de la antes citada subcultura carcelaria, máxime si se tiene en cuenta la exclusión de todo tipo de tratamiento penitenciario respecto de los no condenados.

d,,)-Estado físico y mental.-

La presente causa no requiere un comentario especial, ni mucho menos exhaustivo.

Parece evidente que, en virtud de las más elementales razones humanitarias (60) los internos que padezcan cualquier tipo de enfermedad física o mental deben ser separados o, mejor dicho, trasladados a lugares, bien en la misma prisión, o bien en un Centro especializado, donde se les pueda dispensar la asistencia adecuada a su específica situación.

En lo que respecta a los presos preventivos, la segregación en base al padecimiento de enfermedades físicas o mentales adquiere una mayor relevancia pues, no sólo debe operar en este punto lo preceptuado en el art. 16 de la L.O.G.P. (61), sino que en virtud de lo prevenido en el art. 505 de la LECerim. y la Ley de 10 de septiembre de 1.931, cabe la posibilidad de que les sea de aplicación la especialidad de la prisión atenuada (62).

En consecuencia, cuando aparezca que el sujeto pasivo de la prisión provisional sufre cualquier



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

tipo de enfermedad, se ha de valorar si es más conveniente su tratamiento en el propio Centro Penitenciario o fuera de él en los Establecimientos hospitalarios o psiquiátricos destinados al efecto de acuerdo con las prescripciones de las normas penitenciarias o, si por el contrario, y a tenor de lo establecido en nuestra Ley procesal debe operar, por ser más conveniente para su curación (en enfermedades que requieran una atención especial, un reposo absoluto e, incluso, en los supuestos de enfermedades psíquicas que requieran el contacto del sujeto con su entorno familiar) y eludir riesgos innecesarios, el traslado a su propio domicilio, donde pueda recuperarse de sus dolencias, eliminando, además, los graves perjuicios dimanantes del régimen carcelario y el hacinamiento de las prisiones.

La prisión atenuada se sitúa así como uno de los sustitutivos más importantes a la prisión provisional ordinaria y, en tal medida, es conveniente su utilización con la mayor frecuencia posible.

e,,)-Naturaleza del delito.-

La razón de esta causa de separación prevista en los arts. 16,e de la L.O.G.P. y 33,c del Reglamento es la ya mencionada al referirnos a los "antecedentes" de evitar, en la medida de lo posible, el contagio criminal



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que, en el caso de convivencia en el mismo lugar de personas con imputación de un delito doloso y aquellas que lo son por imprudencia, aparece como clara y manifiesta.

Según la definición sustentada por COBO-VIVES (63) por "dolo" hay que entender "consciencia y voluntad de la realización del injusto típico", es decir, conocimiento y voluntad en relación a la ejecución del injusto, no sólo referidos a su dimensión externa, sino también a su significación, a su entraña valorativa. Finalidad de producir el resultado típico e intención jurídicamente reprobable, se presentan, por tanto, integradas en el término "dolo" (64).

En otro orden de cosas entiende MEZGER (65) que "actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado". Por tanto, la comisión culposa de un delito requiere la falta de intención sobre su realización y la infracción de un deber exigible (66).

De este modo, y a los efectos que a nosotros nos interesan, es del todo punto lógico pensar que la peligrosidad entre aquellos delincuentes o presuntos delincuentes por delitos dolosos y

los que lo son por acciones culposas es diferente, siendo, en cualquier caso, mayor la denotada por los primeros, lo cual apoya la necesidad de proceder a su separación en el seno de los Establecimientos Penitenciarios (67).

BUENO ARUS (68) se pregunta si este criterio de separación no será contrario al principio de presunción de inocencia.

La respuesta a esta pregunta es de difícil solución por una razón fundamental y es que, rara vez podrá calificarse un delito " a priori" como doloso o culposo, sin haberse llevado a cabo el juicio, único momento en el que, en base al contradictorio, será posible calificar la naturaleza de la infracción.

Aún siendo ello así, lo cierto es que no solo legalmente, y ahí está el ejemplo de la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes (69), se permite una calificación previa, sino que, en los supuestos que aquí se analizan, la propia presunción de inocencia exige tal operación. De no ser así, y en base a una supervaloración del mencionado derecho constitucional, los perjuicios que podrían causarse al preventivo en virtud de un delito por imprudencia, al someterlo a todos

los riesgos dimanantes del posible contagio, serían muy superiores a los derivados de una concepción del derecho a la presunción de inocencia, en este caso, contraria a los propios intereses del sujeto pasivo de la medida.


f,,)-Éxito de la instrucción.-

El último motivo de separación establecido en nuestro ordenamiento positivo es el recogido en el art. 521 de la LECrim.

Se trata de un criterio estrictamente procesal, cual es el de asegurar el éxito de la instrucción mediante la evitación del contacto directo de los "co-reos", de los sujetos intervinientes en el delito.

En consecuencia, se trata de un criterio estrictamente procesal al cual no se hace referencia en las normas penitenciarias.

Así, el art. 521 de la LECrim. en atención a la finalidad cautelar de la prisión provisional y a su instrumentalidad respecto del proceso penal en virtud del cual se decreta, con el punto de mira puesto en su aseguramiento, considera fundamental a este efecto que los sujetos imputados a causa de un mismo delito, para evitar confabulaciones que frustrarían el éxito sumarial, cumplan su privación de libertad provisional en distintos establecimientos penitenciarios.




Este motivo tiene una segunda virtualidad y es la de intentar paliar las posibles coacciones que pueden tener lugar entre los sujetos pasivos de un mismo procedimiento tendentes a evitar el esclarecimiento de los hechos mediante la "confesión" (70) del otro. Situaciones tan graves como las lesiones e, incluso, la muerte que, tienen su causa en las declaraciones exculpatorias de uno con la correlativa inculpación del "co-reo", pueden ser obviadas mediante la positivización de este criterio y su efectivo cumplimiento.

b.)-Trabajo Penitenciario.-

El trabajo penitenciario tras la reforma operada en el C.P. mediante la L.O. 8/1983, de 25 de junio, ha sufrido importantes modificaciones en lo que respecta a los internos preventivos.

Así, a partir de esta fecha, la institución de la redención de penas por el trabajo, anteriormente reservada exclusivamente a los penados, es también de aplicación a los presos preventivos en virtud del nuevo añadido al art. 100 del C.P. (71).

En el caso de los internos privados provisionalmente de libertad, la redención de penas por el trabajo



se rige por las mismas normas que regulan su aplicación en el caso de los penados, es decir, remisión de un día de condena por cada dos días de trabajo y suspensión de la remisión en los casos de quebrantamiento de condena o intento de ello y observancia de mala conducta (72).

Es de destacar, en lo que a los preventivos respecta que, la remisión solo tendrá lugar en los casos en los que, se dicte con posterioridad a una sentencia condenatoria operando, en ese momento, a los efectos de la liquidación de la condena. En caso contrario, es decir, de absolución, la remisión quedaría vacía de contenido.

Dedes un punto de vista general, el trabajo penitenciario tiene una finalidad esencial, esto es, la de servir como instrumento fundamental del tratamiento penitenciario a la reeducación y reinserción social del recluso (73). Abandonadas ya las concepciones de aflicción del trabajo carcelario o, en otro caso, las meramente mercantilistas cuya pretensión era la de reparar el perjuicio causado mediante la producción de bienes por un valor similar al daño ocasionado (74), el trabajo aparece ahora en el régimen penitenciario como un derecho-deber de los penados (75) y exclusivamente




Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

como un derecho de los preventivos (76).

En principio parece obvio que pueda mantenerse esta diferencia de trato en lo referido al trabajo penitenciario entre penados y preventivos pues ello es lógica consecuencia de su instrumentalización como elemento del tratamiento, siendo así que, como ya es sabido, está vedada toda posibilidad de intervención en el sujeto pasivo de una medida cautelar en cualquier faceta de su personalidad.

Por ello es por lo que, no sólo se conceptúa el trabajo penitenciario como un deber de los penados en contraposición a su consagración como mero derecho de los preventivos (77), sino que dada la importancia resocializadora del desempeño de una actividad laboral por parte del penado, el Reglamento de Prisiones establece un orden de prelación respecto de las prioridades a atender en los casos de contratación, dando preferencia siempre a los condenados sobre los aún no sentenciados (78).


A nuestro modo de ver, estas prescripciones plantean dos dudas, a saber, la posible vulneración del derecho a la igualdad y la diferente finalidad perseguida por la realización de un trabajo determinado en uno u otro caso.



a,,)-Respecto de la posible vulneración del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 de la C.E. parece ser que, difícilmente, se puede mantener una postura, con un relativo apoyo legal, en defensa de la mencionada tesis. Como es sabido, reiteradamente nuestro T.C. ha dicho que el derecho a la igualdad sólo puede ser vulnerado cuando el hecho cometido de lugar a una situación que pueda considerarse como no razonable, es decir, que la igualdad puede frustrarse siempre y cuando la desigualdad se pueda estimar como no razonable (79).

En el caso presente es palpable la diferencia existente entre una privación de libertad de carácter provisional y tiempo indeterminado que afecta a un sujeto tutelado por una presunción constitucional de inocencia y otra, de carácter definitivo, que recae sobre una persona declarada culpable tras la realización del oportuno proceso penal.

b,,)-En base a ello, y conectando con la segunda cuestión, es evidente que la finalidad perseguida en uno y otro caso habrá de ser distinta y, en consecuencia, la consideración del trabajo como derecho o deber habrá de responder a la función que la actividad laboral desempeñada cumpla en los diferentes supuestos.



Así, como ya se ha dicho, el trabajo penitenciario en el caso de los penados, resulta un elemento fundamental del tratamiento cuya principal virtualidad es la de servir, a la luz de lo prevenido en el art. 25 de la C.E., a la reeducación y reinserción social.

De forma contraria, no puede predicarse tal función respecto de los preventivos, dada la imposibilidad de someterlos a tratamiento alguno.


En efecto, parece que el desempeño de una actividad laboral por parte de los internos no penados tiene una serie de pretensiones diferentes a aquellas inherentes al "status" de condenado cuales son, fundamentalmente, la evitación de los perjuicios dimanantes de la nociva vida penitenciaria, esencialmente, los derivados de la ociosidad (80).

Como ha puesto de manifiesto CASTELLANO CERVERA (81), el comportamiento de los presos preventivos se deteriora en la medida en la que el periodo de prisión provisional es mayor, y mejora con el paso del sujeto a condenado. Las razones en las que se apoya esta afirmación, por otra parte perfectamente contrastada por los datos estadísticos que en este sentido aporta (82), son, por una

parte, la incertidumbre acerca de su situación personal, es decir, de la duración del sumario, incertidumbre sobre la pena que le puede corresponder y, en el caso de jóvenes y primarios, la influencia y los vaticinios que sobre su futura condena realizan los los reclusos más expertos.

Otro factor que influye en el mal comportamiento de los preventivos es la impaciencia, dada la dificultad en la que se encuentran respecto de los penados, para obtener determinados beneficios penitenciarios, tales como los permisos de salida, obtención de traajo etc. . todo ello da lugar a que el recluso "opte por no hacer nada y esperar tranquilamente-en el patio de la prisión- a que se vayan sucediendo los acontecimientos"(83).

Por todas estas razones y para evitar los perjuicios que, invariablemente, han de derivarse de la ociosidad, agravados por los factores de incertidumbre e impaciencia que operan lógicamente en el fuero interno del preventivo, parece lógico pensar que el desempeño de una actividad laboral supone un revulsivo importante, en tanto acarrea una ocupación de las largas horas y jornadas del recluso, recluso, en la solución de los problemas expuestos.



En resumen, y como conclusión, la consagración del tratamiento penitenciario como un derecho de los internos preventivos y el acicate que ha supuesto la ampliación del beneficio de la redención de penas por el trabajo también a estos sujetos supone, sin lugar a dudas, un gran avance en lo referido al tratamiento de los reclusos sometidos a prisión provisional y un medio para evitar los graves perjuicios que ocasiona la ociosidad en un ambiente, cual es el penitenciario, donde sus consecuencias, si cabe, son aún más funestas.

c,)-Permisos de salida.-

La regulación de los permisos de salida, recogida en la actualidad en los arts. 47 y ss. de la L.O.G.P. y 254 y ss. de su Reglamento, fue establecida por vez primera en nuestro país en el art. 375,9 del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1.956 limitándolos, exclusivamente, a los casos de enfermedad muy grave o defunción de un pariente próximo, de acuerdo con lo prevenido en la Regla 44,2 de las Reglas Mínimas de Ginebra de 1.955 (84).

En este sentido, la concesión de permisos no iba orientada ni a la preparación de la vida en libertad del recluso, ni se instrumentaba como



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

medio esencial del tratamiento penitenciario.

Su virtualidad residió en la asimilación por parte de nuestros legisladores de ciertas corrientes humanitarias que iban progresivamente impregnando el carácter de la reclusión en un Centro Penitenciario.

No obstante, y aunque ello supuso un avance en nuestro ordenamiento, lo cierto era que se echaba de menos una regulación más amplia y acorde con la orientación democrática que nuestro Estado adquirió en los últimos años de la década de los setenta. Así, y en atención a la nueva situación política y social, la primera reforma que se puede considerar como un antecedente inmediato a la redacción dada hoy en día por nuestra vigente L.O.G.P., se produjo el 29 de julio de 1.977 en virtud del nuevo art. 109,2-c introducido en el Reglamento de los Servicios de Prisiones, posteriormente ampliado por la Orden Circular de 13 de octubre del mismo año.

Su aplicación, no obstante, se suspendió provisionalmente por medio de la Orden Circular de 3 de febrero de 1.978, produciéndose de forma definitiva su consolidación efectiva a través de las Ordenes Circulares de 21 de abril y 4 de octubre de



1.978 (85).

Como ya se dicho, la L.O.G.P. de 1.979, en sus arts. 47 y ss. ha realizado una amplia regulación del beneficio referido a los permisos de salida estableciendo las causas, requisitos y finalidad que deben concurrir para su concesión.

a,,)-Causas.-(86)

Se señalan, tanto en el art. 47 de la L.O.G.P., como en el art. 254 del Reglamento, dos tipos de causas que dan lugar a lo que GARRIDO (87) denomina permisos de salida extraordinarios y especiales.

x)-Permisos de salida extraordinarios.-

Se conceden a tenor de lo preceptuado en el art. 47,1 de la L.O.G.P. "en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuges, hijos o hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa (88), así como por importantes y comprobados motivos. . . .".

Es de destacar como la concesión de estos permisos extraordinarios no queda sujeta a ningún tipo de discrecionalidad. La redacción del párrafo primero del art. 47, atenor de las enmiendas núm.

81 del Grupo Parlamentario Socialista y 90-25 del Comunista, refleja la obligatoriedad del otorgamiento de los permisos señalados, salvo en los casos en que concurren circunstancias excepcionales, de lo cual se deduce el carácter humanitario a que responden los motivos aducidos por el mencionado precepto de la L.O.G.P.

y)-Permisos de salida especiales.-

Se encuentran regulados en el párrafo primero del art. 47 de la L.O.G.P. y en el 254 de su Reglamento.

Los permisos aquí recogidos, que tienen una duración máxima de siete días, hasta un tope anual de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año según se trate de penados en segundo o tercer grado, a diferencia del caso anterior, no se subordinan a la concurrencia de ninguna causa específica, sino que, antes al contrario, su concesión es absolutamente discrecional, previo informe del Equipo Técnico, siendo su finalidad la de preparación de la vida en libertad.

b,,)-Requisitos.-

Los requisitos para la concesión de los permisos, bien sean éstos extraordinarios o especiales, varían según se trate de internos preventi-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

vos o penados.

En lógica consecuencia con la situación personal de los reclusos, el otorgamiento de los citados permisos de salida habrá de depender en el caso de los penados, fundamentalmente de la proporcionalidad de la pena cumplida en relación con la totalidad de la misma, lo cual, generalmente, implica su calificación dentro de uno de los diferentes grados del sistema progresivo (89).

Del mismo modo, y en virtud del tratamiento y especial observación que en la fase de ejecución de la pena se lleva a cabo sobre la persona del interno, la conducta en el Centro y las posibilidades de quebrantamiento de la condena que se pueden derivar del disfrute del permiso han de influir, necesriamente, en el informe positivo que se requiere para la obtención de un permiso de salida .

Como facilmente se puede colegir, no todos los requisitos señalados han de ser de aplicación en el caso de los preventivos ya que, al no existir sentencia condenatoria y, en consecuencia, pena, no se ha procedido a calificar al interno dentro de un grado determinado ni, por tanto, ha sido objeto de un tratamiento específico en función de tal situación. Los requisitos, pues, como se



verá, habrán de ser estrictamente procesales.

a,,,) - Requisitos para la obtención de permisos por parte de los condenados.-

En lógica relación con los diferentes tipos de permisos, extraordinarios y especiales, los requisitos varían, dados los distintos motivos y extensión de las salidas al exterior.

Así, los permisos extraordinarios del art. 47,1 de la L.O.G.P. vienen configurados, en cuanto a los motivos se refiere, de forma expresa en la Ley, sin que quepa discrecionalidad alguna de los funcionarios de prisiones en su otorgamiento, de modo tal que la única limitación establecida para su no concesión es la concurrencia de "circunstancias excepcionales".

No obstante ello, la norma penitenciaria no expresa lo que deba entenderse por "circunstancias excepcionales".

De una priemra lectura del art. 47 de la L.O.G.P. y del art. 254 del Reglamento se desprende que tales hechos no deben equipararse con todos aquellos datos que puedan revelar, en atención a la mala conducta del interno, su intención de quebrantar la condena, pues, en tales supuestos, se han de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante


conceder los permisos y establecer las "medidas de seguridad adecuadas".

De tal forma, parece que la expresión "circunstancias excepcionales" hace referencia no a una situación personal, sino general, conflictiva del Centro Penitenciario.

Un requisito más se señala en el art. 254 del Reglamento, pero éste únicamente en relación con los penados clasificados en el primer grado. Así, en tales casos ha de ser el propio Juez de Vigilancia (90) el que autorice la concesión de los referidos permisos. Tal requisito no hace otra cosa que reproducir lo dispuesto en el art. 76,2-i de la L.O.G.P. que confiere la competencia para la autorización de permisos de más de dos días de duración al citado órgano judicial.

La regulación de los requisitos o condiciones exigidas para el disfrute de un permiso especial es radicalmente opuesta a la efectuada en el supuesto arriba comentado.

La finalidad de los permisos especiales no es la humanitaria, propia de los extraordinarios, concedidos en función de circunstancias tasadas en la Ley y de una gravedad manifiesta, antes al contrario, la pretensión del legislador al



regular los permisos especiales fue la de instrumentarlos como un medio de preparación de la vida en libertad del recluso. Por tanto, las condiciones impuestas para su efectividad habrán de ser, necesariamente, distintas.

De este modo, el Equipo Técnico o las Juntas de Régimen, han de proceder a ponderar una serie de datos a la hora de decidir la conveniencia del otorgamiento de un permiso especial, datos que pueden ser reconducidos a dos: por un lado se requiere que el recluso haya extinguido, al menos, la cuarta parte de la totalidad de su condena (Art. 47,2 de la L.O.G.P. y art. 254,2 Regl.); por otro lado, es necesario que la persona propuesta para el disfrute del permiso haya observado una buena conducta.

Indudablemente la concurrencia de ambos factores tiene la virtualidad de servir de módulo para extraer de él, no sólo la utilidad del beneficio en aras de una efectiva preparación de la vida en libertad que, en el caso de los que cumplen la primera parte de su condena, por su lejanía en el tiempo, aparece como un medio no adecuado a tal fin, sino que, esencialmente, constituye una referencia de la que se puede derivar la posible



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

huía y frustración de la condena.


Es por ello por lo que el art. 254,2 del Reglamento realiza toda una serie de precisiones, inexistentes en la L.O.G.P., cuya pretensión es la de asegurar o evitar el probable quebrantamiento de la condena.

Así, establece el citado precepto que el informe que sobre el permiso ha de realizar el órgano encargado por la Ley para ello, es decir, el Equipo Técnico o las Juntas de Régimen podrá ser negativo si "por informaciones a datos fidedignos o por la concurrencia en el interno de circunstancias peculiares. . . .a su juicio es probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos.. .".

En resumen, pues, frente a la taxatividad de los motivos requeridos para la concesión de los permisos extraordinarios y, por tanto, la casi total ausencia de requisitos, nos encontramos aquí con un régimen absolutamente discrecional en lo que a las causas se refiere y, en consecuencia, con una regulación exhaustiva de los requisitos exigidos para la concesión de permisos especiales.

b,,,) - Requisitos exigidos para la obtención de permisos por parte de los preventivos.-

La cuestión



esencial que se plantea en este punto es la de determinar si son de aplicación para el caso de los preventivos los requisitos a los que la L.O.G.P. hace referencia en su art. 47 o, si por el contrario, y en virtud de la especial situación de los aún no condenados, las condiciones deben variar y adecuarse al "status" procesal de los internos no penados.

En opinión de GARCIA VALDES (91) las condiciones especificadas en el art. 47,2 para los permisos especiales son de aplicación para el caso de los internos preventivos salvo aquella que se refiere a la extinción de la cuarta parte de la condena.

Para este autor, por tanto, el informa previo del Equipo Técnico (para él de Observación) y el no observar mala conducta son "requisitos incuestionables para poder obtener la licencia temporal".

Obviamente no le falta razón al que fuera Director General de Instituciones Penitenciarias para mantener estas opinión ya que, ni la L.O.G.P., ni su Reglamento parecen permitir otra postura.

No obstante, es conveniente realizar ciertas puntualizaciones con la finalidad de adecuar el régimen establecido en las normas penitenciarias con el más relevante en este supuesto y que no




Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

es otro que la propia naturaleza de la prisión provisional.

En primer lugar, y por el propio carácter jurisdiccional (92) de la medida cautelar privativa de libertad, es indudable que, tan sólo al Juez de Instrucción debe competir la concesión o negación del permiso de salida, pues, en todo caso, es este órgano del Poder Judicial el único al que está atribuída la facultad de decretar o revocar la prisión preventiva y, por consiguiente, el único legitimado para establecer la mayor o menor gravedad de su cumplimiento.

En este sentido, la propia L.O.G.P. establece en su art. 48 la necesidad de que en el caso de los presos preventivos sea la autoridad judicial la que apruebe la concesión del permiso de salida (93).

En segundo lugar, y una vez puesta de manifiesto la exclusividad jurisdiccional en orden a la adopción de medidas que impliquen una privación temporal de la libertad (94), se hace imprescindible concretar cual ha de ser el papel que el Equipo Técnico ha de desempeñar en orden a la emisión de los informes que, teóricamente, y a la luz del art.47,2 de la L.O.G.P. son preceptivos para la obtención de un permiso especial de salida.



Parece evidente que, en el caso de los penados, y en aras del correspondiente tratamiento penitenciario, el Equipo Técnico, al elaborar el informe, debe atender a todos aquellos datos relacionados con la personalidad del delicuyente y, en su virtud, analizar la viabilidad de la salida al exterior y su idoneidad para contribuir a la reinserción social del recluso (95). Ello, sin embargo, no es así en el caso de los preventivos. La inexistencia de condena previa y, por tanto, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia, impiden toda actividad de carácter criminológico sobre los tales sujetos (96), de modo tal que, como establece la L.O.G.P. en su art. 64 respecto a los internos no condenados, solo es posible una labor de observación dirigida, unicamente, a extraer los datos necesarios para proceder a la separación prevista en la propia norma.

En consecuencia, por este motivo, no parece muy oportuno considerar que el informe del Equipo Técnico haya de ser preceptivo para la concesión de un permiso de salida, toda vez que, como se ha puesto de manifiesto, los datos que puede poseer, en base a su reducida actividad, han de referirse exclusivamente a aspectos no relacionados con

la personalidad del preso preventivo y, tan sólo podrán poner de manifiesto la conducta que el sujeto revele en función de sus aspectos externos.

En este sentido, por tanto, hay que concluir que el informe del Equipo Técnico únicamente ha de versar sobre el requisito que GARCIA VALDES considera también de aplicación a estos supuestos, cual es el de no "observar el preso mala conducta".

Así, y aunque no se pone en duda la importancia y preceptividad del informe del Equipo de observación, otra cosa es predicar del mismo su carácter vinculante (97) para el Juez de Instrucción.

Es evidente que la mala conducta penitenciaria en el caso de los penados constituye un factor negativo a efectos de clasificación de estos sujetos en uno u otro grado y, por tanto, de sus posibilidades de vida en libertad, suponiendo, de esta manera, un obstáculo para la obtención de permisos de salida.

Sin embargo, en los supuestos de presos preventivos, la mala conducta en el interior del Establecimiento no implica, necesariamente, una actitud propensa a eludir el proceso mediante la fuga del Centro Penitenciario. Como ya se ha puesto de manifiesto (98), es consustancial a la situación



de preventivo una peor conducta que la mantenida por los penados fruto de la propia institución de la prisión provisional. Por ello, el Juez de Instrucción, a la hora de autorizar un permiso de salida no debiera tanto tener en cuenta los aspectos relacionados con la conducta, sino más bien aquellos típicamente procesales de los cuales hubiera de derivarse un hipotético peligro de fuga, es decir, los presupuestos generales recogidos en los arts. 503 y 504 de la LECrim.

En consecuencia, cuando a tenor del examen de los criterios relativos al periculum in mora, resulte que no es posible la libertad provisional del presunto reo, pero sí la concesión de los referidos permisos de salida, debe el Juez de Instrucción proceder a su autorización por lo que suponen de compatibilidad con los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia y, fundamentalmente, en aras de la evitación de los perjuicios derivados del contagio criminal y la desconexión total con el mundo exterior.

c,,)-Finalidad.-

a,,,-Permisos de salida de los penados.-

Tal

vea sea el aspecto más relevante de toda institución



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

aquel que se relaciona con la naturaleza y finalidad de la misma.

Todo instituto establecido en la Ley lo es para cumplir una función específica y concreta y, en consecuencia, obtener un resultado previsto de antemano o, al menos, pretendido.

En el caso de los permisos de salida en su vertiente relativa a los penados, la doctrina no es pacífica a la hora de asignarles una naturaleza y finalidad concretas.

Así, para BUENO ARUS (99) y GARRIDO (100), los permisos de salida constituyen uno de los "instrumentos más eficaces del moderno tratamiento penitenciario, ya que no sólo responden a un sentimiento humanitario (que lo sería en los casos de permisos extraordinarios) sino que, fundamentalmente, se orientan a la readaptación social del sujeto, mediante la comprobación de la acomodación del condenado a la vida en libertad".

Por el contrario, para GARCIA VALDES (101), las salidas al exterior del Centro Penitenciario no gozan de una simple naturaleza de instrumento adecuado al tratamiento sino que les atribuye un doble carácter de medida regimental-de tratamiento. Para este autor, los permisos de salida, al

igual que las visitas o comunicaciones con el exterior, son instituciones del régimen penitenciario, si bien no se puede excluir, sino todo lo contrario, su efectividad como instrumento propio del tratamiento.

b,,,) - Permisos de salida de los preventivos. -

La función que los permisos de salida cumplen en el caso de internamiento de presos preventivos es, obviamente, diferente a aquella que desempeña el mismo instituto cuando de lo que se trata es de reclusos ya condenados.

Como bien pone de manifiesto GARRIDO (102) "no responde a la filosofía de esta clase de permisos, elementos del tratamiento".

En efecto, y coincidiendo con la opinión de este autor, no se puede mantener un carácter de instrumento del tratamiento de las salidas al exterior en el caso de los preventivos y ello por la sencilla razón de que sobre tales sujetos la Ley prohíbe cualquier tipo de intervención a excepción de la ya mencionada consistente en la mera observación a efectos de la oportuna separación.

Parece más lógico pensar que la extensión de este beneficio a los internos preventivos obedece



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

a dos grupos de razones diferentes: por una parte, tal vez el legislador consideró necesaria tal actitud para paliar, en la medida de lo posible, la situación de los preventivos en las cárceles que, hasta esa fecha, y aún en la actualidad, puede calificarse como de mayor gravedad que la propia de los penados, como así ha puesto de relieve gran parte de la doctrina (103). En este sentido cabe indicar también como y, aunque teóricamente en clara vulneración del derecho a la presunción de inocencia (104), la reforma del C.P. de 1.983 extendió los beneficios de la redención de penas por el trabajo incluso a los no condenados. Esta podría, por tanto, ser una razón en la cual apoyar la declaración legal efectuada por el art. 48 de la L.O.G.P.

Por otra parte, y parece que con un mayor peso específico, el fundamento de la ampliación de este beneficio a los preventivos, puede encontrarse en la necesidad de paliar, en la mayor medida posible, los perjudiciales efectos de la prisión provisional que, desgraciadamente, se acentúan en tanto su duración se prolonga más en el tiempo (105).

En efecto, estimamos que esta puede ser la razón



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

fundamental por la que el art. 48 de la L.O.G.P. extiende el beneficio que aquí se comenta también a los no penados, toda vez que cualquier acicate, cualquier estímulo a los presos preventivos que elimine los problemas derivados de su situación provisional, tales como la angustia y la incertidumbre, merece todo el apoyo y no debe ser desechado en ningún caso, ni aún en virtud de la falta de argumentos teóricos.

d,)-Régimen de comunicaciones y visitas.-

Es comunmente admitido en la doctrina el importante papel que a efectos de un tratamiento que pretende ser resocializador desempeñan todas aquellas medidas que permitan un contacto del recluso con el exterior de modo tal que, aunque privado de libertad y aislado, por tanto, en un Centro marginal, continúe sintiéndose parte de la propia sociedad (107).

Consciente el legislador de esta realidad llevó a cabo una amplia regulación de todos aquellos aspectos concernientes a las comunicaciones del interno con el exterior y a las visitas que podía recibir.

De este modo, se contemplan en la L.O.G.P. y en su Reglamento diversas modalidades de comunicación



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

tales como, las orales, escritas y telefónicas, destacando la especialidad que supone el contacto con los Abogados y Procuradores en tanto implica la efectividad de un derecho reconocido constitucionalmente, cual es de defensa.

A su vez, las visitas también se regulan de una forma amplia si bien, merece un elogio la fórmula de la visita íntima.

A efectos del presente trabajo, sin embargo, no interesa tanto un estudio amplio de cada una de las modalidades arriba indicadas, sino más bien una breve referencia a las mismas, que sirva de punto de partida para el análisis de la situación característica de los presos preventivos. Por ello, y en la medida en que el régimen común es aplicable al propio de los internos no penados es necesario, aún sucintamente, concretar una serie de puntos cuales son: a,,)-clases de comunicaciones y visitas. b,,)-Limitaciones. Con especial atención a las establecidas para los presos preventivos. c,,)-Especial referencia al régimen de visitas.

a,,)-Clases de comunicaciones y visitas.-

El art. 51

de la L.O.G.P. hace referencia a tres tipos de comunicaciones, esto es, orales, escritas y telefónicas.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Se establece, en principio, un régimen común aplicable a todas ellas haciendo un especial hincapié en el debido respeto que la intimidad personal de los comunicantes requiere.

Las relaciones con el exterior previstas en este precepto se extienden a todos los internos, con excepción de aquellos que se encuentren en régimen de incomunicación judicial y se hacen extensivas, tanto a los familiares, como a los amigos y a los representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria.

El régimen de periodicidad, los departamentos o lugares dispuestos al efecto, la duración y el resto de los concretos aspectos de la comunicación se desarrollan con exhaustividad en el Reglamento Penitenciario (arts. 89 a 103) (108).

No obstante la amplitud del derecho consagrado en el art. 51 de la L.O.G.P., las limitaciones al mismo son también importantes y plantean, en el caso de los internos preventivos, graves problemas en orden a las facultades conferidas a los funcionarios de prisiones en detrimento de las que, inexcusablemente, deben ser de exclusiva competencia judicial.



b,,)-Limitaciones.-

Con carácter general, es decir, sin hacer una concreta referencia y distinción según se trate de penados o no condenados, la L.O.G.P. y su Reglamento establecen dos tipos de limitaciones al derecho de comunicar libremente y en secreto, o sea, con el debido respeto a la intimidad, que se pueden reconducir a las siguientes:

x)-suspensión de la autorización en los casos de incomunicación judicial. y)-suspensión o intervención en virtud de orden motivada dictada por el Director del Establecimiento posteriormente comunicada a la Autoridad judicial. z)-La excepción constituida por las comunicaciones con los Abogados defensores y los órganos judiciales.

x)-Suspensión en los casos de incomunicación judicial.-

El supuesto previsto en el art. 51,1 de la L.O.G.P. limitando el derecho a las comunicaciones cuando el interno se encuentra incomunicado judicialmente es de aplicación a los casos de presos preventivos, y ello porque la incomunicación, regulada en los arts. 506 y ss. de la LECrim. no es otra cosa que un régimen especial de la prisión provisional con una finalidad específica, es decir, la de evitar confabulaciones que puedan



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

poner en peligro el éxito del sumario (109). Como dice GARRIDO (110) "incluso los internos sancionados en celdas de aislamiento (sanción que compete adoptar al Juez de vigilancia-art. 76,2 de la L.O.G.P.) mantienen el derecho a comunicar con sus familiares" (114).

Por tanto, el tratamiento de esta causa debe referirse a los preceptos de la LECrim. en los que expresamente se recogen los motivos, duración y, en general, el régimen de la prisión incomunicada. Así, por ello, es lógico que la L.O.G.P. no realice ninguna precisión al respecto y se limite a enunciar el motivo de suspensión, aunque, tal vez, se eche de menos una clarificación del concepto que podría haberse llevado a cabo mediante una simple remisión a la norma procesal.

En definitiva, pues, la incomunicación judicial, como instrumento procesal que es, y con la finalidad de asegurar el proceso, es tan sólo de aplicación a los presos preventivos. Las incomunicaciones de los penados, aún en el caso de que se decreten por un órgano judicial cual es el Juez de Vigilancia, no son otra cosa que sanciones disciplinarias y como tales han de regirse por las normas penitenciarias correspondientes (112).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

y)-Suspensión o intervención de las comunicaciones por orden motivada del Director de la Prisión.-

El art. 51,5 de la L.O.G.P. autoriza la suspensión o intervención de las comunicaciones, tanto orales como escritas de los internos, en los limitados supuestos en que así lo aconsejen la seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento (art. 51,5) (113).

Resulta competente, a tal efecto, taxativamente expresado en la ley, el Director del Establecimiento Penitenciario, quien deberá acordar la medida mediante orden motivada y, o, en todo caso, posteriormente habrá de ponerlo en comunicación de la autoridad judicial competente, esto es, el Juez de Vigilancia o el Juez de Instrucción según se trate de penados o preventivos (arts. 91,1 y 2 y 98,4 del Reglamento).

Dos problemas de carácter general plantea la regulación de la limitación al derecho a las comunicaciones, relacionados el primero con el sujeto encargado de emitir la orden de intervención y, el segundo, con la posible inconstitucionalidad que supone un control judicial " a posteriori" de la restricción de un derecho, regulado en el art. 18,3 de nuestra Ley Fundamental, toda vez



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que la C.E., en este punto, requiere una "resolución judicial" y no es indiferente al contenido esencial del mandato que la misma sea previa o posterior.

En relación al primer problema apuntado, la duda de quien sea el sujeto encargado de dictar la orden de suspensión o intervención, se deriva de la defectuosa, o mejor dicho, de la contradictoria regulación que el Reglamento, en su art. 91, realiza de este punto.

Así, como ya se ha dicho, el art. 51,5 de la L.O.G.P. establece que corresponde al Director del Establecimiento Penitenciario la adopción de la medida y, de este modo, la competencia ha de entenderse exclusivamente atribuída a este funcionario con exclusión de los demás (114).

No obstante la claridad de la dicción del art. 51 de la L.O.G.P., el art. 91 del Reglamento ha venido a complicar la situación, toda vez que matiza supuestos de hecho distintos y a cada uno de ellos le asigna un sujeto activo diferente.

De este modo, el art. 91, párrafos 1 y 2, señalan los motivos en que ha de basarse la intervención de las comunicaciones y en virtud de unas hipotéticas razones de urgencia, atribuye la competencia en el caso de concurrencia de las tales razones al Director del Establecimiento, y si las mismas



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

no se dan en realidad a la Junta de Régimen y Administración (115). En ambos casos, y con posterioridad, se debe poner en conocimiento del interno la medida y se habrá de dar cuenta a la Autoridad Judicial.

Entendemos, pues, que la Junta de Régimen y Administración, como órgano colegiado del cual forma parte el propio Director, debe ser competente para decretar estas medidas y que la atribución de esta función opera como una garantía más del interno en cuanto al examen, desde las diferentes perspectivas de los miembros de la Junta, de un caso concreto.

No obstante, lo que no parece muy lógico y conectando ya con la segunda cuestión, es decir, la del control judicial de la decisión, es la distinción que realiza el Reglamento entre supuestos de urgencia y aquellos otros en los que no se da esta circunstancia.

En efecto, y a tenor de las disposiciones de esta norma sin rango de ley, la suspensión o intervención de las comunicaciones se atribuye, bien a la Junta de Régimen en los casos de normalidad, o bien, y en base a una especial urgencia, al Director del Establecimiento (arts. 91,2).

No obstante ello, no se entiende muy bien como un órgano meramente administrativo puede proceder



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

a la limitación de un derecho que la C.E. califica como fundamental en su art. 18,2, exigiendo, a su vez, para su restricción, necesariamente, una resolución judicial.

El problema así planteado ha de situarse a dos niveles distintos según se trate de presos condenados o preventivos, ya que las normas a aplicar en uno u otro supuesto y la finalidad de la privación de libertad son radicalmente distintas.

Nada parece que pueda servir de obstáculo para que tal decisión se atribuya a los citados órganos del Servicio de Prisiones en el caso de los condenados. Así parece desprenderse del art. 25,2 de la C.E. que permite la privación al recluso de determinados derechos fundamentales en atención a lo señalado en la Ley penitenciaria.

De igual modo, y de forma reiterada, se ha expresado la Comisión Europea de Derecho Humanos al interpretar el art. 8 de la Convención, permitiendo la limitación del derecho a la correspondencia si "así lo exigen razones de seguridad, mantenimiento del orden y disciplina penitenciaria" (116), argumentos que coinciden con los reflejados en el art. 91,1 del Reglamento.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Otra cosa parece ocurrir en el caso de los internos preventivos. En efecto, y a tenor de lo establecido en el art. 524 de la LECrim. la restricción del derecho a la correspondencia respecto de los reclusos no condenados sólo se justifica en aras de garantizar el éxito de la instrucción, esto es, de evitar confabulaciones con el exterior que hagan desaparecer las pruebas que, en su momento, pueden servir de base a la condena (117).

De este modo, y aunque el mantenimiento del orden y la seguridad en el Establecimiento Penitenciario constituyen factores importantes y dignos de apreciación también en estos supuestos (118) parece desprenderse de nuestra ley procesal la necesidad de subordinar tales intereses a los más superiores de carácter procesal que el mencionado art. 524 de la LECrim. expone.

A tenor de lo expuesto y de la naturaleza jurisdiccional que presenta toda medida de privación de libertad anterior a una sentencia condenatoria y su instrumentalización respecto de un proceso incoado, no parece oportuno que la limitación de un derecho fundamental, cual es el de la correspondencia, quede en manos de órganos administrativos, siendo así que como dispone el propio art. 5 de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

la L.O.G.P. "el régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener a disposición de la autoridad judicial. . .".

En este sentido, y dada la dependencia directa del interno no penado respecto del Juez Instructor, la limitación al mencionado derecho constitucional es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional quien, en este tema, ha de tener no sólo la última palabra, sino también la primera palabra (119). No obstante este principio general, razones de urgencia pueden justificar una actuación "a priori" del Director del Centro, tal y como se desprende del art. 525 de la LECrim., pero, en todo caso, se debe proceder de inmediato a poner en conocimiento del Juez tal medida en virtud de lo prevenido en el art. 18,3 de la C.E. (120).

z)-Las comunicaciones con los Abogados defensores y los órganos judiciales.-

El régimen general anteriormente expuesto de limitación de las comunicaciones presenta una excepción importante en lo referido a aquellas que tienen lugar entre los internos y sus Abogados.

El art. 51,2 de la L.O.G.P. dispone expresamente que "las comunicaciones de los internos con el



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Abogado Defensor. . .no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden judicial y en los supuestos de terrorismo". De este modo, y en atención a la dicción literal del precepto, para algunos autores (121) la citada disposición contiene dos supuestos diferentes a tenor de los cuales los órganos judiciales pueden proceder a la suspensión de las comunicaciones orales, escritas o telefónicas (122) de los internos con sus respectivos Letrados. No obstante ello, el "iter" parlamentario del citado art. 51 de la L.O.G.P. ofrece argumentos para pensar que el legislador tuvo una única pretensión, esto es, la de autorizar la limitación de las mencionadas comunicaciones tan sólo en los casos de delitos de terrorismo y siempre previa la oportuna orden de la autoridad judicial (123).

Sin embargo, cualquier opinión en este sentido es irrelevante a efectos prácticos, puesto que la L.O.G.P. debe ser interpretada y matizada por los preceptos contenidos en disposiciones tales como la LECrim., la Ley Antiterrorista y el Convenio Europeo.

Como resultado de la combinación de estas normas resulta obligado distinguir , para una comprensión real del problema, entre internos condenados o



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

preventivos y, dentro de estos últimos , entre aquellos sujetos sometidos a un régimen de incomunicación u ordinario.

a,,,) - Condenados. -

Dos son los aspectos más relevantes que se pueden extraer del art. 51 en atención a los condenados y, en concreto, respecto de las comunicaciones entre éstos y sus Abogados.

El primero se refiere a la forma que ha de revestir la relación entre ambos, es decir, si la limitación debe entenderse hecha no sólo a las visitas, sino también a cualquier tipo de correspondencia, sea ésta escrita, telefónica etc. . .o, si por el contrario, la suspensión solo afecta a las visitas contempladas en el párrafo segundo del mencionado art. 51 respecto de las cuales se establecen los requisitos de los departamentos que han de ser destinados al efecto.

El segundo de los problemas se centraría en determinar cuales han de ser los motivos en los que debe basarse la necesaria resolución judicial. Respecto de la primera cuestión hay que concluir con GARCIA VALDES (124) que el art. 51,2 hace referencia, exclusivamente, a las comunicaciones orales o visitas de los Abogados con sus clientes,

sin que en ningún caso deba extenderse tal prohibición a otros tipos de correspondencia (125).

En efecto, la única limitación posible a tenor del citado precepto y de los arts. 6,1 y 8 del Convenio Europeo es la referida a las comunicaciones de carácter oral, toda vez que, en ningún caso, puede establecerse una suspensión total de las relaciones entre los internos y sus Letrados y ello, no sólo en base al derecho de defensa (126), sino también a aquel que tutela la libertad de correspondencia (127).

La respuesta a la segunda pregunta formulada, esto es, aquella referida a los motivos en los que debe basarse una suspensión de la correspondencia oral entre el condenado y su Abogado pasa, necesariamente, por la asunción de lo enunciado en el art. 25 de la C.E.. Así, y como ya se ha dicho, tal precepto constitucional no permite que los penados sufran otras restricciones de derechos fundamentales salvo las expresamente limitadas en la sentencia o aquellas que resulten de lo previsto en la ley penitenciaria. En consecuencia, y en virtud del propio art. 51 de la L.O.G.P. hay que entender que las comunicaciones entre los presos y sus Abogados sólo pueden verse suspendidas en los



casos en que así lo exijan razones de seguridad u orden interno.

También en este caso es de aplicación el art. 8 del Convenio Europeo que recoge como causas apropiadas a tal efecto aquellas que se refieren, de forma muy parecida a lo dispuesto en el art. 51 de la L.O.G.P., a la seguridad, el orden etc.

. El TEDH y la Comisión han mantenido en este punto de forma reiterada la insuficiencia de estos argumentos para justificar una privación total de las relaciones del interno con su Abogado, manifestando que si los citados criterios pueden servir de base a una restricción de las comunicaciones del recluso con el mundo exterior (familiares, amigos etc. . .) en ningún caso, son susceptibles de tenerse en cuenta para los casos concretos en los que la relación está dirigida a mantener una correspondencia con el Letrado de la causa (128).

En definitiva, pues, habría que concluir que las razones de seguridad u orden del establecimiento pueden ser apropiadas para suspender o limitar una comunicación de carácter oral, pero nunca para la suspensión total de la correspondencia entre internos y Abogados.




b,,,)-Preventivos.-

En principio, el régimen de comunicaciones de los internos preventivos y los penados no presenta diferencias esenciales, siendo por ello de aplicación para el específico caso de las relativas a aquellas que tienen lugar entre los presos y sus Letrados las mismas notas que arriba se han aportado respecto de los penados.

No obstante ello ser así, la peculiar situación procesal de los internos preventivos impone determinadas matizaciones que vienen realizadas fundamentalmente por los arts. 520. 523 y 527 de la LECrim. y el art. 15 de la Ley Antiterrorista.

En lógica consecuencia con lo establecido en estos preceptos, son dos las situaciones en las que puede encontrarse un preso no condenado, siendo diferentes las normas a tener en cuenta y el régimen a aplicar, esto es, la prisión normal o comunicada o la incomunicación prevista en los arts. 506 de la LECrim.

En el primer caso, es decir, en aquel en que no se hubiera decretado la incomunicación, el art. 523 de nuestra norma procesal es claro en el sentido de prohibir que se pueda impedir cualquier relación entre el preso y su Abogado Defensor.



En dicha dirección, por tanto, ha de ser interpretado el art. 51 de la L.O.G.P., no pudiendo los Jueces de Instrucción decretar la suspensión de ningún tipo de correspondencia oral o escrita de la persona privada provisionalmente de libertad y su Abogado.

Una situación distinta es la que se genera como consecuencia de la declaración de incomunicación. Como ya es sabido tal "status" responde a unas exigencias procesales concretas, esto es, las de asegurar el éxito de la instrucción evitando la desaparición de pruebas mediante la confabulación con el exterior. Las limitaciones que, en estos casos, pueden establecerse al derecho de defensa vienen explicitadas, en la actualidad, en el art. 527 de la LECrim. en virtud del cual, el contenido de la asistencia letrada al detenido o preso regulado en el art. 520 experimenta tres variantes respecto del régimen general recogido en dicho precepto (129).

De este modo, y dejando de lado la obligación que la ley impone al necesario nombramiento de Abogado de oficio, en cuanto al tema que nos ocupa son dos los aspectos que merecen ser destacados: en primer lugar la exclusión del derecho a que el evento de la privación de libertad y el



lugar donde se encuentra el detenido sea puesto en conocimiento de un familiar o persona que elija el sujeto, siendo así que esta persona puede ser su Abogado de confianza; en segundo lugar es de destacar la imposibilidad de proceder a la entrevista reservada que el art. 520,6-c contempla, entre el detenido y su Abogado.

Ambas limitaciones, por su relevancia, merecen un comentario especial.

Así, no se acierta a comprender muy bien cual es el fundamento que sirve de base a la imposibilidad o prohibición de poner en conocimiento de la familia o persona designada por el preso del solo hecho de la detención y del lugar en el que se encuentra.

Aún en el caso de que se argumenten determinadas razones de seguridad o posible frustración de la investigación no puede menos que pensarse que, por el contrario, y así lo ha estimado la Comisión Europea (130) "la desaparición inexplicada de un miembro de la familia, aunque sea por un breve periodo, puede causar angustia".

En este sentido, el citado órgano del Consejo de Europa ha entendido que un hecho así puede constituir una violación del art. 8,1 del Convenio y que, en todo caso, "debe haber alguna posibilidad



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de poner en conocimiento de la familia el hecho de la detención".

Así, pues, la disposición contenida en el art. 527 de la LECrim., posteriormente reiterada por el art. 15 de la Ley Antiterrorista, podría servir de base a un recurso ante el TEDH en virtud de una presunta violación del derecho al respeto de la vida familiar.

En cuanto a la segunda limitación al derecho de defensa, esto es, aquella que impide la comunicación reservada entre el preso y su Abogado, nada hay que objetar.

En efecto, y como ya se dijo antes, de acuerdo con la doctrina emanada de la Comisión Europea de Derechos Humanos, no afecta al derecho de defensa la supresión de una forma determinada de comunicación entre el Letrado y su defendido (131), lo que sería contrario al art.6 de la Convención es una prohibición total de contacto (132).

De este modo, el precepto contenido en el art. 520,6-c de la LECrim. no afectaría al derecho de defensa si se facilita o se posibilita una comunicación entre Abogado y preso a través de otros medios, es decir, p.ej., mediante corresponden-



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cia escrita; en otro caso, o sea, si la restricción de las relaciones es total, la actuación podría vulnerar el anteriormente citado precepto del Convenio Europeo.

c,,)-Visitas.-

La regulación de las visitas en la L.O.G.P., al igual que el resto de las comunicaciones del interno con el exterior, presenta pocas especialidades que sean dignas de mención respecto del régimen general establecido para las relaciones del recluso con la sociedad.

Así, todo lo anteriormente enunciado es de aplicación a este caso concreto, dado que, incluso, el art. 523 de la LECrim. se remite a las normas penitenciarias en lo referido a las condiciones en que las visitas han de realizarse y llevarse a cabo en los supuestos de preventivos.

No obstante esta similitud hay dos temas que merecen destacarse y, por tanto, recibir un trato especial; estos son la visita íntima o comunicación especial como la designa el Reglamento Penitenciario, y la relación entre el derecho a la vida personal y familiar del interno y las posibles limitaciones que, por vía de la regulación concreta realizada en la norma reglamentaria penitenciaria, se estable-

cen a este derecho general, siendo así que la restricción de las comunicaciones del interno con el exterior en su vertiente oral, en tanto que pueden dar lugar a una situación de aislamiento, bien sea éste total o parcial, son susceptibles de generar o ser el efecto de un "trato inhumano o degradante".

x)-La visita íntima.-

La visita íntima, regulada en el art. 53 de la L.O.G.P., tiene en nuestro ordenamiento dos finalidades esenciales: una la de mantener las relaciones maritales, es decir, entre los esposos, intentando, por todos los medios posibles, salvaguardar la vida familiar aún en los casos en que uno de los cónyuges se encuentra privado de libertad (133); otra de las funciones de esta institución es la de servir de alivio, la de evitar el problema que genera la "obligada abstinencia sexual" que la prisión provoca y que da lugar a fuertes desviaciones de la sexualidad normal, entendiéndose por normal la heterosexualidad (134).

En consecuencia, ambos intereses se encuentran presentes en nuestra norma penitenciaria, puesto que, y a diferencia de lo que ocurre p.ej. en México (135), la visita íntima no se reduce a



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

las relaciones entre el interno y su cónyuge, sino que, como muy bien expone GARCIA VALDES (136) acoge "las relaciones extramatrimoniales con la frase allegados íntimos, debiendo entenderse por tales, claro es, relaciones amorosas heterosexuales estables y continuadas".

Dejando a un lado la referencia a la virtualidad de la visita íntima de servir como un medio idóneo para reducir los problemas ocasionados por la ausencia de relaciones sexuales en el Centro Penitenciario, conviene hacer hincapié en el aspecto aparentemente más esencial a la luz del art. 8,1 del Convenio Europeo, o sea, el relativo a las relaciones sexuales entre los cónyuges o uniones de hecho y, en concreto, a si la supresión de las mismas puede afectar al derecho a la vida familiar y si, por consiguiente, la visita íntima debe considerarse como un derecho de obligado respeto.

- La Comisión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estos aspectos emitiendo una opinión clara y contundente sobre ambos extremos.

Así, estima este Alto órgano que no puede entenderse como un derecho derivado del art. 8 del Convenio aquel consistente en el mantenimiento de la vida

conyugal de los esposos, y ello ni aún en el caso de que los mismos se encontrasen privados de libertad en el mismo Centro (137).

La realidad legal española y del derecho comparado ofrece una solución muy similar (138), dado que la visita íntima suele subordinarse al mantenimiento por parte del interno de una buena conducta. Tal subordinación del beneficio a un hecho ajeno al constituido por el respeto a la vida familiar, ha llevado a la doctrina a considerar que la visita íntima no es un derecho del recluso (139) o, en caso de serlo, lo sería de forma limitada (140).

No obstante no constituir un derecho del interno y, por tanto, no poder invocarse el art. 8 del Convenio como vulnerado en los supuestos de privación de la visita íntima, la Comisión Europea ha considerado la importancia que, a los efectos del respeto a la vida familiar, posee el "mantenimiento de un contacto efectivo con su familia" (141) y el acierto que supone la regulación de este tema en las diferentes legislaciones europeas con todas las garantías necesarias para salvaguardar el orden interno y la fructuosidad del proceso (142).

y)-La supresión de las visitas y el aislamiento.-

La segunda cuestión que merece un tratamiento



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

especial en el tema de las comunicaciones orales del recluso con el exterior es la relativa a si su restricción, bien por vía de la limitación a un número determinado de ellas y en unas horas y días concretos puede vulnerar el derecho a las comunicaciones del art. 8 del Convenio, bien mediante su supresión total, lo cual podría generar un aislamiento del sujeto que, tal vez, entraría en el campo del art. 3 de la Convención.

La respuesta a estos interrogantes la ofrece la misma Comisión Europea a través de la importante labor que realiza actuando "a priori" del Tribunal admitiendo o rechazando las demandas que se le plantean.

De este modo, cabe considerar como ajustadas a derecho las disposiciones contenidas en el art. 90 del Reglamento Penitenciario relativas al número de visitas, horario y requisitos exigidos a los visitantes. La Comisión, en este sentido, ha estimado que ". . .ciertos límites al número de personas que pueden visitar a un detenido. . .pueden justamente ser considerados como necesarios en virtud del art. 8,2. . .por la defensa del orden y la prevención de infracciones penales " (143).

Por tanto, hay que concluir que las exigencias



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de servicio, de buen funcionamiento del Centro, pueden servir de base a una limitación de las visitas por vía de su reglamentación y ajuste a determinadas circunstancias, sin que ello suponga un atentado al derecho a las comunicaciones.

Más problemático parece dar una respuesta a la segunda cuestión, es decir, si el aislamiento con el exterior puede ser considerado como una forma de tratamiento inhumano prohibido por el art. 3 del Convenio Europeo.

La Comisión Europea, como ya se ha dicho, distingue entre un aislamiento total sensorial y social, incluso respecto de los propios compañeros de prisión, y un aislamiento parcial.

Mientras que el primero es considerado como contrario al art. 3º, en tanto que puede generar una destrucción de la personalidad (144) dando lugar a graves deficiencias mentales y físicas (145), y por consiguiente puede ser calificado como "tratamiento inhumano y degradante", el segundo, esto es, el aislamiento parcial, o sea, no de los compañeros del Centro, sino respecto de la colectividad que permanece en el mundo exterior, no debe ser conceptuado como contrario art. 3º (146).

Para la Comisión Europea las relaciones con el resto de los internos pueden ser suspendidas en virtud de razones de seguridad, disciplina etc. . .(147), si bien es necesario atender a las condiciones específicas de cada caso en concreto, o sea, al rigor de la medida y a su verdadera justificación.

En este sentido, pues, hay que entender que la supresión de las comunicaciones con el exterior, como regla general, no debe considerarse como una forma de "trato inhumano".

d)-La asimilación real de la prisión provisional a la pena privativa de libertad.-

En base al régimen anteriormente expuesto se puede colegir que, la escasa o inexistente diferencia entre el aplicable a los penados y el asignado a los presos preventivos, la exclusión de ciertas ventajas respecto de los no condenados, su cumplimiento en los mismos Centros sin segregaciones especiales en la realidad etc. . .se puede mantener, como así lo estima la doctrina, que la prisión provisional, de hecho, y en atención a su forma de cumplimiento se configura como una verdadera pena privativa de libertad (148), como una auténtica "pena a



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cuenta" (149), con el riesgo añadido de la posibilidad de una futura sentencia absolutoria.

En esta afirmación influyen tres factores o datos decisivos que merecen ser destacados. Estos son: a,) -la exclusión de beneficios penitenciarios, fundamentalmente los propios del sistema progresivo, generado por la ausencia de tratamiento en virtud del juego de la presunción de inocencia. b,) -los importantes efectos criminógenos de la prisión provisional y su incidencia en el comportamiento o conducta de los internos preventivos. c,) -la institución del abono de la prisión provisional a la pena.

a,) -La exclusión del tratamiento penitenciario.-

La finalidad del tratamiento penitenciario, tal y como establece el art. 59 de la L.O.G.P., es la "consecución de la reeducación y reinserción social de los penados". De este modo, el tratamiento descansa en la idea de la culpabilidad declarada en una sentencia previa, ya que la finalidad reeducadora, según GARRIDO (150) consiste, esencialmente, en una serie de actividades que pretenden "anular o modificar los factores negativos de la personalidad del delincuente".

De esta forma, es fácilmente comprensible la



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

declaración contenida en el art. 64 de la L.O.G.P. que suprime o prohíbe toda actuación sobre los internos preventivos, salvo las de mera observación (151) con la finalidad esencial de determinar los diferentes tipos de separación que, anteriormente, fueron expuesto.

La exclusión del tratamiento penitenciario en la persona de los preventivos tiene como base, por tanto, la vigencia de la presunción de inocencia (152) principio que, en la medida en la que opera en el estadio procesal propio de tales sujetos, impide cualquier labor resocializadora que pudiera implicar un prejuizgamiento.

Una de las consecuencias más directas de la observación criminológica, reservada a los penados, es su clasificación (153) en alguno de los grados que componen el sistema progresivo. Si bien es cierto que la ubicación en uno u otro de ellos no depende exclusivamente de la conducta sino, fundamentalmente, del cómputo del tiempo de la pena (154), no se puede negar que en su aspecto psicológico las expectativas de ser incluido en un sistema de prisión cada vez más cercano en su forma de cumplimiento al "status" de la libertad, incide notablemente en la modificación de la conducta del sujeto.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este sentido, pues, la exclusión respecto de los presos preventivos de un sistema como el progresivo que permite una situación personal en algunos casos, como lo es el de la prisión abierta (155), muy similar al de la libertad, supone una agravación de la prisión provisional respecto de la pena.

En efecto, ello es consecuencia lógica de una situación procesal que no permite una actuación diferente, pero lo cierto es que, a pesar de la extensión de los beneficios penitenciarios que en la actualidad se ha llevado a cabo en relación a los preventivos, la presunción de inocencia, opera, en realidad, como un elemento perjudicial para el inculpado.

b,)-Los efectos psicológicos de la prisión provisional sobre el interno.-

No se va a reincidir aquí en un tema ya sobradamente tratado a lo largo de la exposición de este trabajo, cual es el de los graves efectos de orden moral, internos y externos que provoca la prisión provisional. La propia Comisión Europea así lo ha puesto de manifiesto en el caso BAADER (156) al equipararla al aislamiento social del recluso. Los datos aporta-



dos por CASTELLANO CERVERA (157) así lo confirman.

En definitiva, la ansiedad, la angustia provocada por el desconocimiento de la situación en la que el sujeto se encuentra y, especialmente, la inconcreción del tiempo en que habrá de permanecer en prisión, dan lugar a que el cumplimiento de la medida cautelar presente una gravedad, en cuanto a las consecuencias padecidas por el interno, incluso superior a la derivada de la ejecución de una pena privativa de libertad.

c,)-El abono de la prisión preventiva.-

El art. 33

del C.P.. al igual que otros ordenamientos europeos (158), consagra la institución del abono de la prisión provisional a la ejecución de la pena en el caso concreto en el que la sentencia que se dicte posteriormente sea condenatoria.

De este modo, y de acuerdo con los requisitos y condiciones que se van a exponer a continuación, el tiempo que el procesado cumple en situación de prisión preventiva se detrae del total de la pena impuesta, aliviando así los efectos perjudiciales derivados de una privación temporal de libertad de carácter provisional.

Sin dudar de la importancia y justicia de la



institución es cierto que desde un punto de vista estrictamente teórico plantea ciertos problemas en lo relativo a la naturaleza de la prisión provisional. Así, y aunque el art. 26 del C.P. establece expresamente la no consideración de la prisión provisional y la detención como penas, la realidad es que, como afirma RODRIGUEZ RAMOS (159) "la prisión preventiva es material o realmente una pena privativa de libertad. . .aún cuando la legislación la rechaza formalmente como pena, la admite en cuanto tal al estimar abonable el tiempo cumplido antes de la sentencia a efectos del cómputo total de duración. . .".

En consecuencia, pues, si bien la prisión provisional se conceptúa legalmente como una medida cautelar, su abono al cumplimiento de la pena supone una asimilación real a la naturaleza de esta última medida, máxime si se tienen en cuenta los datos arriba apuntados de las escasas diferencias existentes entre el cumplimiento de la prisión preventiva y la ejecución de las penas privativas de libertad.

No obstante estos apuntes de carácter teórico que podrían suponer una inclinación hacia la supresión del instituto, la realidad demuestra la necesidad de su mantenimiento, si bien y dada la ambigüedad



con la que se encuentra desarrollado en el art. 33 del C.P. es fundamental para su comprensión acudir a otras fuentes, esencialmente a las Consultas, Circulares e Instrucciones de la Fiscalía del Tribunal Supremo (F.T.S.) para su correcta interpretación.

Los más importantes problemas se plantean en lo relativo a los requisitos exigidos para su efectividad práctica, la extensión del abono y el señalamiento del momento a partir del cual se inicia el cómputo del tiempo abonable a la pena definitiva.

Para la solución de las mencionadas cuestiones es conveniente, en primer lugar, realizar un breve recorrido histórico en relación con la regulación del instituto que aquí se trata.

La aparición de la figura del abono hay que situarla en el año 1.853 en el que, por medio de un Real Decreto de 9 de octubre, se estableció que a los reos sentenciados a penas correccionales se les debía abonar la mitad del tiempo pasado en situación de prisión provisional.

Posteriormente, la Real Orden de 2 de diciembre de 1.879 vino a confirmar el anterior Decreto en todos sus términos.



Sin embargo, fue la Ley de 17 de enero de 1.901 la que de una forma exhaustiva, reguló la institución que se comenta, pudiéndose situar en este momento el inicio de la efectividad real de la medida (160) que, en el año 1.928 se recogió en el art. 114 del C.P., como asimismo lo hicieron los Códigos de 1.932 y 1.944 que, definitivamente, consagraron el abono total del tiempo pasado en prisión a la pena impuesta (161).

a,,)-Tiempo abonable.-

Una vez determinada la regla general del abono del tiempo de privación de libertad al cumplimiento de la pena, conviene ahora señalar el momento a partir del cual se debe computar dicha privación de libertad, esto es, si lo debe ser únicamente desde que se decreta la prisión provisional o, si por el contrario, ha de tenerse en cuenta también el periodo sufrido en la situación de detención.

Al igual que ocurre en el derecho italiano (162), en España el momento a partir del cual se ha de computar la restricción de libertad a los efectos de su abono no es el de inicio de la prisión provisional, sino, el de la detención (163).

Así, a tenor de lo establecido en la Consulta



a la FTS resuelta el 8 de febrero de 1.905, "la detención tiene el mismo carácter que la prisión preventiva, en cuanto ni una ni otra se reputan penas, y es lógico que si no siendo pena la prisión provisional, sirve, no obstante, de abono a la conducta posterior, no deje de producir el mismo efecto la detención y sea computable en el abono. . .". (164).

En este sentido, pues, la detención ha de tenerse en cuenta a efectos de su abono, si bien ello requiere una matización, o sea, si la detención adecuada a este efecto ha de ser tan sólo la judicial o, si por el contrario, deberá apreciarse también la gubernativa. La solución a esta cuestión la ofrece también la FTS arriba comentada, para quien sólo la detención judicial, en tanto que, por su naturaleza, se equipara a la prisión provisional, es abonable a la pena, no ocurriendo lo mismo con la detención gubernativa que, de esta forma, no debe ser abonada (165).

b,,)-Requisitos.-

En orden a los requisitos o condiciones que han de darse para que el abono sea efectivo, han de destacarse tres datos importantes y que hacen referencia a los factores de cuya



conurrencia depende la operatividad del instituto.

Estos son: x)-identidad de delitos. y)-identidad de procedimientos. z)-conducta del inculpado.

x)-Identidad de delitos.-

Para AGUILERA DE PAZ (166)

y en base a la S.T.S. de 29 de diciembre de 1.903, no es un requisito esencial para el abono de la prisión provisional que la pena sea consecuencia del delito en virtud del cual se decretó la prisión provisional, pudiendo, por tanto, afectar la privación de libertad provisional al cumplimiento de una sentencia por un delito distinto del que motivó la prisión preventiva.

En el mismo sentido se expresa la doctrina italiana (167).

La opinión de AGUILERA DE PAZ, si bien en su momento se apoyó en datos fiables cuales eran los de la sentencia indicada y la Consulta resuelta por la FTS el 6 de junio de 1.904 (168), hoy en día no puede ser admitida toda vez que, tras la inclusión del abono en el articulado del C.P., una Consulta, la número 12, de la FTS del 21 de diciembre de 1.945 ofreció una solución radicalmente distinta.

Así, estima en este punto la FTS que el C.P.



instaura "el principio absoluto del abono de la totalidad de la prisión sobre la base del caso normal de una sola causa. . . resulta injusto e improcedente que esa totalidad de prisión preventiva que se debe abonar a un penado le sirva, a la vez, para cumplimiento de otras penas. . .".

En definitiva, pues, se exige la identidad de delito para que el abono produzca sus efectos.

Si la prisión provisional sufrida no es abonable por ser la condena inferior a resultar la inocencia, el mecanismo adecuado no sería, pues, el del art. 33 del C.P., sino, eventualmente, el de la indemnización al sujeto pasivo por el perjuicio ocasionado.

y)-Identidad de procedimientos.-

Este requisito no es el mismo que el anterior pues, aunque lo normal es el caso de que los procedimientos sean distintos en función de los diferentes delitos, podría ocurrir que se acumularan los procedimientos en base p. ej. a la existencia de un concurso ideal o real de delitos.

Una vez establecida la norma de la necesaria identidad de delitos que ha de concurrir para que opere la figura del abono, debe ahora analizarse si, a su vez, se exige la identidad de procedimientos.



Comunmente, lo normal es la existencia de un solo procedimiento por delito. En este caso, como ya se ha dicho, para que pueda aplicarse el abono ha de darse una identidad entre el delito penado y aquel por el que se sufrió la prisión provisional. No obstante tal principio, ello, en ciertos casos, y debido a la acumulación de procedimientos incoados por diferentes acciones delictivas contra la misma persona, puede quebrar.

En estos casos, y con independencia de la existencia de un concurso ideal o real de delitos, el requisito exigido no ha de ser el de identidad de delitos, sino el de la identidad de procedimiento, esto es, será indiferente que la prisión provisional se impute a una u otra acción antijurídica, siempre y cuando la sentencia se dicte en la misma causa (169).

z)-Conducta del inculpado.-

A diferencia de lo que establecía el art. 5º de la Ley de 17 de enero de 1.901 que excluía de los beneficios del abono a las personas que no comparecieran el día del juicio sin motivos justificados, disposición confirmada por la FTS en Consulta resuelta en fecha 19 de enero de 1.912 (170), en la actualidad,



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

el art. 33 del C.P. no autoriza al Juez a excluir el cómputo del tiempo pasado en prisión preventiva a los efectos de su abono a la pena impuesta en virtud de cualquier tipo de actuación del sujeto pasivo del proceso, y ello por no ser el abono una institución que pueda considerarse como un beneficio penitenciario y, por tanto, depender su aplicación de la conducta del inculpado (171).

c,,)-Extensión.-

El art. 33 del C.P. establece que el abono se aplicará al cumplimiento de la condena "cualquiera que sea la pena impuesta", extendiendo el beneficio también a las sanciones consistentes en privación del permiso de conducir.

El problema que se plantea es el de determinar si el abono es efectivo ante cualquier tipo de pena, como parece desprenderse del art. 33 del C.P. o, si por el contrario, lo es solo respecto de las penas privativas de libertad.

Para responder a esta cuestión hay que acudir de nuevo a la doctrina sentada por la FTS. Así, este órgano, en la Consulta núm. 1 de fecha 10 de abril de 1.965, concluyó una solución que, en el momento presente, puede reputarse como válida.

De este modo, el Fiscal del T.S., ante una consulta

relativa a si la multa era abonable a tenor del art. 33 del C.P. contestó, de forma tajante, en el sentido de señalar que tal precepto del C.P. se refiere "como es natural. . .al cumplimiento de la pena de privación de libertad". Así, considera que la multa es susceptible de abono en caso de insolvencia, como prescribe el art. 2º de la Ley de 1.901, y ello porque de acuerdo con el art. 91 del C.P., en estos supuestos, opera la figura de la responsabilidad personal y subsidiaria y la multa puede sustituirse por el arresto del deudor. En caso contrario, esto es, si el condenado es solvente, la multa no podrá ser nunca objeto de abono ya que no presenta la naturaleza de pena privativa de libertad.

En definitiva, pues, el art. 33 del C.P. debe entenderse unicamente referido a las penas que lleven aparejada la pérdida de la libertad y a la privación del permiso de conducir (172).

d,,)-Recursos.-

A tenor de lo expresado en el art. 4º,2 de la Ley de 17 de enero de 1.901, en caso de no procederse por parte del órgano jurisdiccional al abono prescrito en el art. 33 del C.P., tal resolución es susceptible de ser recurrida en



casación al amparo del art. 849,1 de la LECrim.,
es decir, por el motivo de infracción de ley (173).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



B)- LA PRISION INCOMUNICADA.-

Como ya se puso de manifiesto en la introducción del presente capítulo, la prisión incomunicada regulada en los arts. 506 y ss. de la LECrim. constituye una excepción al régimen ordinario y común de cumplimiento de la prisión provisional, un agravamiento de la misma (174).

Su finalidad no parece ser otra que la de evitar que se frustre el éxito del proceso, para lo cual se acude a este instituto cuya virtualidad es la de impedir que el preso se confabule con el exterior, objeto que se consigue con su aislamiento y supresión de las comunicaciones del mismo.

Dos son, por tanto, los aspectos de más importancia en el tratamiento del presente tema: el primero, la determinación en un plano teórico de la adecuación de la incomunicación a las finalidades estrictamente cautelares de la prisión provisional; el segundo, la congruencia de las limitaciones que se establecen al derecho de defensa en la LECrim. en los arts. 508, 523 y 527 y su justificación a la luz del art. 24 de la C.E. y los arts. 5, 6 y 8 del Convenio Europeo.



a) Finalidad de la incomunicación.-

Aunque la LECrim no señala de forma clara y terminante cual es la finalidad concreta de la incomunicación, la doctrina, de una manera casi unánime, ha destacado como misión esencial de esta excepción a la regla general de la prisión provisional ordinaria la de evitar que se frustre el proceso, resultado que, en este caso, se elude impidiendo que el preso se confabule con otras personas, bien sean testigos del hecho (175), bien sus cómplices u otros sujetos ajenos al proceso, lo cual, consecuentemente, conlleva en sí mismo la misión de asegurar el mantenimiento de las distintas fuentes y medios de prueba (176) que, en caso contrario, podían desaparecer (177).

El problema fundamental que se puede plantear en este punto es el que consiste en determinar si la finalidad específica de la incomunicación es adecuada o no a la finalidad más general de toda medida cautelar personal penal y, en concreto, de la prisión provisional, es decir, asegurar el proceso eludiendo la posible incomparecencia del procesado.

Mientras que la inmensa mayoría de la doctrina



estima como adecuada a exigencias cautelares la función concreta de aseguramiento de las pruebas (178), otro sector de ésta (179) se inclina por la postura contraria, o sea, la de considerar que tal función no es propia de la prisión provisional.

En efecto, frente a las opiniones que mantienen el carácter cautelar por sí mismo del aseguramiento de las pruebas, se han levantado voces autorizadas que han señalado el peligro que comporta tal postura. En este sentido, cabe destacar las palabras de CARNELUTTI (180) para quien el aislamiento del imputado a estos fines "tiene un costo elevadísimo, ya que impidiéndole todo contacto con el mundo externo se corre el riesgo, tal vez, de perjudicar más que de ayudar a la justicia, en cuanto que de este modo se le sustrae la posibilidad de suministrar pruebas útiles al reconocimiento de su inocencia". Ciertamente, como estima DE LUCA* (181), en total acuerdo con el gran maestro italiano, ello "puede ser acogido solo a condición de identificar el imputado con el reo".

Por tanto, y en base a ambas posturas, parece más conveniente mantener una posición intermedia que, sin rechazar la finalidad de evitación de

la sustracción de pruebas conceptuándola como de no cautelar, tampoco la eleve a la condición de función típica de la prisión provisional. Dicha posición, compartida entre otros por DE LUCA (182) y MORENO CATENA (183), consiste fundamentalmente en considerar que la evitación de la sustracción de pruebas es una finalidad accesoria que no puede explicar por sí sola el fenómeno cautelar, pero intrínsecamente ligada a la más general de aseguramiento del proceso y, en todo caso, se trata de una función incardinada, o que únicamente adquiere sentido, en la prisión incomunicada. Es, por tanto, una función típica de la prisión no comunicada.

b) -Régimen de la incomunicación.-

En consecuencia con la finalidad arriba señalada, el régimen asignado a esta figura consiste en una limitación de ciertos derechos, tales como el de correspondencia, o la misma forma de ejercicio del derecho de defensa derivada, lógicamente, del aislamiento del sujeto que, en ningún caso, puede consistir en un aislamiento total, sino subordinado o adecuado a la específica función de la incomunicación (184).

a,) -Sujeto pasivo.-

Del enunciado del art. 506 de la



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

LECrim. se desprende que el sujeto pasivo de la incomunicación podrá serlo tanto el detenido, como el preso y ello porque, como apunta AGUILERA DE PAZ (185) la incomunicación del detenido tiene una mayor razón de ser ya que "es en los primeros momentos de la instrucción, cuando todavía no están determinadas ni aún iniciadas las respectivas intervenciones y responsabilidades de las diversas personas sometidas al procedimiento, siendo del todo punto indispensable en dichos momentos la adopción de esa medida y poder llegar a la depuración del verdadero y exacto grado de culpabilidad del meramente imputado, aún cuando todavía no existan contra él indicios racionales que puedan justificar la declaración de un procesamiento".

En definitiva, para este autor, no es preceptiva la previa resolución de procesamiento y así, la referencia que el art. 504 de la LECrim. realiza a las "indagatorias", la remite no a su sentido estricto y técnico derivado del art. 388 que requiere el previo procesamiento, sino "al más amplio de toda declaración recibida al presunto culpable. . .".

No parece, a la luz de los preceptos contenidos en los arts. 520 y ss. de la LECrim. y 15 de la

Ley Antiterrorista que pueda hacerse una interpretación dictinta a la efectuáda por AGUILERA DE PAZ, y ello, porque en primer lugar en las disposiciones citadas se hace referencia expresa a los detenidos y, en segundo lugar, porque el régimen establecido en el art. 527 de la LECrim. respecto de la incomunicación y el derecho de defensa se está refiriendo a los casos de personas sometidas a la medida de detención provisional.

b,)-Sujeto activo.-

El art. 15,1 de la Ley Antiterrorista, al establecer que " la autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación. . .sin perjuicio del derecho de defensa" está autorizando a sujetos distintos de la autoridad judicial a adoptar la mencionada medida, máxime, cuando el párrafo segundo de este mismo precepto remite a los órganos jurisdiccionales la realización de cualquier diligencia que pueda afectar a la situación de incomunicación.

Así, pues, y en línea con la argumentación arriba expuesta al tratar del sujeto pasivo, parece que la concesión a la autoridad policial de la competencia para proceder a incomunicar a una persona es consecuencia directa de la urgencia con la



que tal medida habrá de acordarse en algunos casos, sin perjuicio de que una vez puesto el detenido a disposición judicial, el Juez o Tribunal competente adopte la resolución que considere más oportuno.

c,)-Duración.-

La norma general expresada en los arts. 506 a 508 de la LECrim., según la cual la incomunicación no puede exceder de cinco días u ocho si la medida se prolonga por causas excepcionales, sufre una importante derogación como consecuencia de lo expuesto en el art. 15,1 de la Ley Antiterrorista.

En efecto, y de acuerdo con lo establecido en la referida norma especial, en los casos de sujetos sometidos a lo dispuesto en ella, la incomunicación puede prolongarse "todo el tiempo que se estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial".

Así, pues, en los supuestos previstos en la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre, la medida de la incomunicación adquiere una especial gravedad que, unida a la automaticidad de la prisión provisional en los casos señalados en el art. 19, convierten tal resolución cautelar en un instrumento idóneo a los fines de garantizar el éxito de la instrucción



y, por consiguiente, del propio proceso.

d,)-El aislamiento respecto del exterior.-

Los

arts. 506 y ss. de la LECrim. establecen el régimen de los internos incomunicados en lo referido a sus contactos con el exterior e, incluso, a las propias actividades que el sujeto puede desempeñar en tanto se encuentre en tal situación.

Dado que todo lo referente a las comunicaciones de los preventivos sean estas orales, escritas o de cualquier otro tipo, así como el régimen de visitas se trató ya en otro apartado es, únicamente, conveniente, reseñar aquí dos aspectos que se desprenden del propio articulado de la LECrim.

En primer lugar, resulta de la lectura de los arts. 506 y ss. el monopolio de los órganos jurisdiccionales en atención a acordar todo lo relativo a la correspondencia, lecturas del interno etc. . Así parece desprenderse, p. ej. del art. 511 de la LECrim. que confiere al Juez Instructor la potestad de autorizar la recepción o emisión de cartas; del art. 509 que hace lo propio respecto de la utilización de libros y efectos por parte del sujeto pasivo etc. . .

En segundo lugar, conviene resaltar que la incomu-

nicación, a tenor de lo previsto en la LECrim. no excluye la posibilidad, subordinada a la oportuna autorización judicial, de asistir al preso a las "diligencias periciales" en las que la ley autoriza la asistencia del imputado, siempre y cuando no se corra peligro de desvirtuar el objeto de la incomunicación.

Solo cabe indicar en este punto que el término "diligencias periciales", a nuestro entender, debe ser interpretado de una forma amplia y no tan sólo referido a las previstas en los arts. 456 de la LECrim., sino a todos los actos de investigación, esto es, testificales, inspección ocular etc., . . . a los que el procesado tiene derecho a asistir de acuerdo con nuestra norma procesal penal.

e,)-La incomunicación y el derecho de defensa.-

Dos son los extremos más relevantes en lo que atañe a los efectos que la incomunicación provoca en el ejercicio del derecho de defensa; en primer lugar los relativos a la comunicación del preso con su Abogado y en segundo lugar, las restricciones al derecho de autodefensa y las derivadas del art. 508 de la LECrim., es decir, de la puesta en conocimiento del sujeto pasivo



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

del internamiento tan sólo de la parte dispositiva del quito en que se decreta la incomunicación.

Como quiera que el primer aspecto, es decir, el relativo a la relación entre el preso y su Abogado ya fue tratado al tratar de las relaciones del interno con el exterior, la posterior exposición se va a limitar al análisis de las otras dos cuestiones planteadas, o sea, la referida a la autodefensa como derecho constitucional que se ve afectado por la resolución de incomunicación y la relativa a la no motivación de los autos de prisión provisional y el secreto sumarial derivado de la medida de aislamiento.

x)-La autodefensa y la incomunicación.-

El derecho de defensa, como ha puesto de manifiesto la doctrina, se manifiesta en dos formas o modos de ejercicio diferentes, esto es, la defensa material o autodefensa y la defensa formal o a cargo de un Letrado (186).

La LECrim., en sus arts. 2 y 118, hace referencia a la autodefensa proclamándola como derecho de todo imputado y estableciendo la correlativa obligación de todos los funcionarios que intervengan en el proceso de ilustrar al inculcado acerca



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de sus posibilidades y medios de ejercicio de tal derecho que, por otra parte, se recoge en el art. 6,3-c del Convenio Europeo de forma expresa.

Lo cierto, no obstante tal enunciación, es que la autodefensa, en la práctica, y a tenor de lo previsto en la propia LECrim. tiene un contenido muy escaso (187) y ello, tal vez, por considerar el legislador la necesidad de asistencia técnica dado el desconocimiento por parte de los sujetos "legos" del derecho formal. Cierta parte de la doctrina ha puesto de manifiesto este hecho apuntando como fundamento del mismo el miedo del legislador a los posibles choques que, de elevar la participación del propio imputado en su defensa, habrían de producirse necesariamente (188).

A pesar de ello, la realidad, como apunta SERRA (189) es que, en el proceso penal, y debido a la importancia del relato fáctico, de los hechos, la autodefensa aparece como una necesidad digna de ser compatibilizada con la modalidad de la defensa técnica (190).

En el tema de la prisión provisional tal necesidad es, si cabe, más importante en cuanto que el art. 501 faculta al procesado a pedir de palabra o por escrito la reposición del autp, es decir,



sin intervención de la asistencia letrada.

No puede negarse, sin embargo, que la autodefensa queda limitada, de forma excepcional, en los casos en que el imputado se encuentre privado de libertad. Como pone de manifiesto BAFFI (191), la situación de encarcelamiento de una persona le supone la imposibilidad de la búsqueda de testigos, documentos etc. . necesarios para fundamentar su propia defensa.

En definitiva, pues, si la prisión provisional supone una limitación al ejercicio de la autodefensa, el régimen concreto de la prisión incomunicada, en tanto restringe de forma casi absoluta el contacto con el exterior implica la supresión "de facto" de la autodefensa, obligando al preso a recurrir, de forma casi exclusiva, a la defensa técnica, siendo así que, como ya se ha dicho, el derecho a la autodefensa viene consagrado en el Convenio Europeo y, por lo tanto, forma parte de nuestro ordenamiento interno.

y)-La motivación del auto de prisión y la incomunicación.-

Como ya se ha puesto de manifiesto en otro capítulo, la necesidad de motivar los autos de prisión, responde a dos exigencias de carácter constitucional, esto es, el respeto a la presunción de inocencia y la garantía del derecho de defensa.



Como puso de manifiesto ORTELLS (192), la motivación de las sentencias sirve, esencialmente, para constituir la base de un efectivo derecho a recurrir.

La comunicación al sujeto pasivo de la prisión provisional del auto en el cual dicha medida se adopta sufre dos importantes limitaciones en dos supuestos diferentes, esto es, en caso de incomunicación y en aquel en que se declare el secreto del sumario (193).

No obstante tratarse de supuestos distintos, en la medida en que su finalidad es la misma, es decir, garantizar el éxito de la instrucción, conviene tratarlos de forma conjunta y dar una respuesta útil para ambos eventos.

De este modo, el problema de la motivación o, más en concreto, de la comunicación íntegra del auto de prisión al inculpado en los casos en que hubiera de garantizarse el secreto instructorio, ya fue puesto de manifiesto por MATTES (194) quien recogía una serie de opiniones favorables a la solución de poner en conocimiento del preso, exclusivamente, la parte dispositiva del auto. Tal solución, posiblemente, venía apoyada por el precepto contenido en el art. 508 de la LECrim. que lo establecía (y lo establece) en relación con los casos de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

incomunicación.

La cuestión, sin embargo, no ha sido tratada en España en profundidad y sí, por el contrario, en Italia, donde el art. 264 del C.P.P. ha venido a ofrecer, tras la reforma de 1.955, la vía pertinente para compatibilizar la motivación del auto de prisión y el secreto de la instrucción, habiendo de concluir con CHIVARIO (195) que la motivación no puede suprimirse en atención a exigencias procesales y debe, en cualquier caso, contener los hechos, aunque ello lo sea de una forma muy concisa.

Dado que el art. 5,2 del Convenio exige a su vez la comunicación a los detenidos de los motivos de su privación de libertad de una forma que sea inteligible, y que como han expuesto la Comisión y el TEDH ello viene impuesto por la propia necesidad de garantizar el derecho de defensa (196), puede resultar contrario a tal derecho fundamental lo expresado en el citado art. 508 de nuestra ley procesal penal.



C)- LA PRISION ATENUADA.-

La prisión atenuada constituye una forma de cumplimiento de la prisión provisional de un carácter menos intenso que la ordinaria y la incomunicada.

Consiste, esencialmente, en la permanencia del imputado en situación de arresto domiciliario (197) con la posibilidad, incluso, de poder desempeñar, si se le autoriza a ello, un trabajo profesional fuera de su domicilio.

Esta forma de garantizar la presencia del inculpado en el proceso penal presenta innumerables ventajas y ciertos inconvenientes pero, en definitiva, constituye un importante sustitutivo de la prisión provisional ordinaria que merece una especial atención y, tal vez, su extensión a la mayor parte de los casos posibles.

Como ya se ha dicho, la prisión provisional es una medida que genera importantes efectos criminógenos dado, fundamentalmente, el hacinamiento penitenciario y, por tanto, la aprehensión por parte del sujeto de la subcultura carcelaria. Dichos peligros lo son en mayor medida en los jóvenes y en los primarios respecto de los cuales son insuficientes las soluciones arbitradas por

el legislador consistentes en la separación dentro del Centro Penitenciario entre jóvenes y adultos, primarios y reincidentes etc. . .(198).

Por otra parte, como ha señalado GIARDA (199) uno de los mayores problemas que plantea la prisión provisional es la pérdida del trabajo que el sujeto desempeñaba en la sociedad, fundamentalmente en los casos de trabajadores por cuenta ajena, el cual, difícilmente puede ser recuperado tras la puesta en libertad. A ello debe sumarse, además, la dificultad de los preventivos de encontrar una ocupación remunerada en el interior del Establecimiento Penitenciario y, por consiguiente, los graves perjuicios que pueden derivarse de tal evento en los casos de personas con una familia a su cargo.

Por último, cabe concluir que la prisión atenuada aparece como obligada en los supuestos de personas con problemas de salud y que, por tanto, requieren una atención y un trato especial que es imposible dispensarle en la prisión.

Por su lado, el mayor inconveniente que plantea la prisión atenuada es el derivado de la superior posibilidad del imputado de sustraerse al proceso, en tanto que la vigilancia es menor, inconveniente

que, como manifiesta FILIPPI (200) es inexistente en la medida en la que, un sujeto que se encuentre en tales condiciones (-de enfermedad se quiere decir), difícilmente podrá disponer de los medios necesarios para evadirse a la acción de la justicia.

En definitiva, pues, y en atención a las ventajas y desventajas expuestas parece evidente el mayor peso específico de las primeras y, en consecuencia, la importancia de fomentar el cumplimiento de la prisión provisional en su forma atenuada.

a) -Régimen de la prisión atenuada.-

Dos son los aspectos más relevantes en orden a la determinación del régimen de la prisión atenuada, esto es, los requisitos o presupuestos que han de concurrir para su adopción y el contenido concreto de la medida.

a,) -Requisitos.-

El tema de las condiciones o requisitos exigidos para que pueda adoptarse la prisión atenuada es uno de los más complejos en lo que atañe a la regulación de la prisión provisional, dada la coincidencia de normas existentes al respecto y la duda acerca de la vigencia de la vigencia de las mismas.



De este modo, la prisión atenuada se reguló por primera vez en la LECrim. por medio de una Ley de 10 de septiembre de 1.931 que incorporó a nuestra norma procesal penal común los arts. 472 y 473 del C.J.M. de 1.890, preceptos en los que regulaba la prisión atenuada en atención a las personas sometidas al fuero castrense.

Así, y de acuerdo con lo establecido en la citada ley, y en virtud del art. 472 del C.J.M., las condiciones a las que había que atender para la atenuación de la prisión quedaban sujetas al libre arbitrio del Juez, es decir, no se introducía un "numerus clausus" de motivos, pudiéndose, por tanto, decretar esta modalidad de prisión preventiva en los casos en los que el Juez lo estimara oportuno.

Los preceptos del C.J.M. a los que hacía referencia la Ley de 10.IX.1931 no fueron nunca, a pesar de lo solicitado por la doctrina (201), introducidos en el articulado de la LECrim. siendo, a pesar de dicha omisión, aplicables en cualquier momento.

Esta situación se ha mantenido así hasta el año 1.980, en el que, por primera vez, y como consecuencia de la reforma operada en el art. 505 de la LECrim. en virtud de la Ley 16/1980, de 22 de abril, se estableció la posibilidad de



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que los Jueces adoptaran la prisión atenuada, pero ello tan sólo en función de razones de enfermedad, es decir, un modelo muy similar al consagrado en el art. 297 del C.P.P.i. (202). No obstante, la mencionada ley no hizo referencia alguna al modo en que debía cumplirse la prisión atenuada.

A tenor, pues, de la situación, se plantea la duda de si la Ley de 1.931 está vigente o si, por el contrario, debe considerarse abrogada, puesto que no fue derogada expresamente por la reforma de 1.980.

A nuestro entender existen dos razones que sirven de apoyo para mantener la tesis de la vigencia de la regulación adoptada en 1.931.

La primera, defendida por MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA (203) se basa en que, aunque, en efecto, en 1.980 se introduce un nuevo párrafo al art. 505 de la LECrim. autorizando a los Jueces a ordenar la prisión atenuada en los casos de enfermedad, ello no hace otra cosa que reiterar el contenido de la normativa de 1.931, en la cual cabía tal posibilidad. De este modo, y en la medida en la que las disposiciones de la ley republicana no fueron incorporadas a ningún artículo de la LECrim., cabe pensar que las mismas se encuentran totalmente



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

vigentes. Por tanto, la prisión atenuada no sólo puede adoptarse en casos de enfermedad, sino también en todos los demás en los que el Juez así lo estime oportuno, solución que, por otra parte, parece ser la asumida por nuestros órganos jurisdiccionales en la actualidad, y más en concreto por la Audiencia Nacional (204).

La segunda razón que se puede esgrimir en apoyo de la tesis de la vigencia de lo dispuesto en la Ley de 1.931 es la falta de regulación en el art. 505 del modo de cumplimiento de la prisión atenuada, lo que parece indicar que se hace una remisión al antiguo art. 473 del C.J.M. de 1.890 en el cual se contenía de forma clara y exhaustiva el contenido o forma de llevar a cabo tal institución (205).

b.)-Forma de cumplimiento.-

Una vez sentada la vigencia de la normativa instaurada por la ley republicana de 1.931, parece conveniente atender a lo dispuesto en el art. 473 del C.J.M. de 1.890 para extraer del mismo la forma o modo de cumplimiento de la prisión atenuada.

Como norma general la prisión atenuada consiste "en el arresto, en el propio domicilio, con la vigilancia que se considere necesaria". Es decir,

la prisión atenuada habrá de cumplirse en el propio domicilio, lo que no excluye que lo sea en otro distinto, señalado por el Juez o Tribunal, pero, en todo caso, se omite el ingreso en prisión del inculpado.

Excepcionalmente se puede autorizar a los procesados a que "salgan de su domicilio durante las horas necesarias para la prestación de sus servicios o ejercicio de su profesión. . .". La prisión atenuada, pues, es un medio de garantía de mantenimiento de una actividad laboral que, en los casos de trabajadores por cuenta ajena y con familiares a su cargo, como ya se ha dicho, sirve como remedio a una posible situación económica angustiosa y, fundamentalmente, elimina la ociosidad y, por tanto, mantiene los lazos del inculpado con su entorno social.



NOTAS AL CAPITULO III

- (1) Nos remitimos aquí a los datos aportados en la pag. . Introducimos, no obstante, las cifras que ofre GARRIDO GUZMAN. Régimen Penitenciario. en "Lecciones de Derecho Penitenciario". Madrid. 1985.Pag. 82 para quien la disminución del número de presos preventivos en España relación con el de penados, comparada su evolución desde 1.980 (se ha descendido de un 58 % a un 39,65 %) hace pensar en un acrecamiento a la cifra considerada adecuada en los países de nuestro entorno cultural, esto es, un 30%.
- (2) En este sentido FAIREN "Presente y futuro. . . ".pag.59 considera que la atribución al cumplimiento de la prisión provisional de carácter penitenciario se debe considerar como indebida por el hecho de la inexistencia de imposición de pena alguna.
- (3) MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op. cit. Pags. 419 y ss.
- (4) Vide el art. 6º de la L.O.G.P.
- (5) Vide LANDROVE DIAZ op.cit. pag. 284.
- (6) Op. cit. pags. 165 y ss.
- (7) MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit. pags. 419 y ss.



- (8) "El sentido de la prisión. . .".
- (9) Cfr. el art. 9,3 de la C.E.
- (10) Para MORENO CATENA "En torno a . . .".pag.647 la finalidad de impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción es propia del estado de incomunicación.
GRANATA op.cit.pag.47 no contempla esta función entre las típicas de la prisión provisional.
Tampoco PISAPIA "Compendio.. .".pag.257.
CARRARA "Inmoralità. . .".pag.312 la justifica como una más de las funciones de la prisión provisional, la de evitar la desaparición de pruebas.
- (11) Cfr. FERNANDEZ ENTRALGO "El sentido de la. prisión. . .".
- (12) Entendemos que asegurar el proceso viene referido aquí a evitar que se frustre por la incomparecencia del procesado. La búsqueda de las pruebas conducentes a la declaración de culpabilidad no puede ser nunca un valor superior al constituido por el respeto y tutela del derecho a la libertad personal.
- (13) Vide. GIMENO Los derechos de acción penal, al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales. en "Comentarios a la Legislación Penal".Vol.I.Madrid 1.982.pags. 170 y ss.
- (14) La libre designación de abogado se recoge como un derecho fundamental en determinados Tratados

internacionales que, en tanto que ratificados por España, forman parte de nuestro ordenamiento interno. p.ej. Convenio Europeo art. 6º. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U. art. 14,2-b.

- (15) Sobre lo que es el "contenido esencial" cfr. CHOFRE SIRVENT, J.F. Las Leyes Orgánicas y el sistema de fuentes en la Constitución Española de 1.978. Murcia 1.983. Inédita. pags. 125 y ss.
- (16) Vide CHOFRE SIRVENT op.cit. pags. 100 y ss.
- (17) Vide CASTELLANO CERVERA op.cit.
- (18) Vide STC. de 24 de julio de 1.981; 28 de julio de 1.981; 6 de mayo de 1.983.
- (19) PISAPIA "Compendio. . ." pag.256. LANDROVE op.cit. pag.285. FERNANDEZ ENTRALGO "El sentido de la prisión. . .".
- (20) GARCIA VALDES. Comentarios a la Legislación Penitenciaria. Madrid 1.982.pag.39 considera que la presunción de inocencia, como principio informador del régimen penitenciario de los preventivos se encuentra extendido en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno geográfico. Así, cita p. ej. Las Reglas 84,2 de Ginebra y Estrasburgo. El art. 15 del Regl. belga. El art. 1º de la Ley italiana. Los arts. 209 y ss., de la Ley de Ejecución portuguesa.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (21) Cfr. RODRIGUEZ RAMOS. "La prisión preventiva ¿pena. . .?. ". ANDRES IBAÑEZ op.cit.pag.44.
- (22) Así, dice GÖSSEL op.cit.pag.66 que "la institución jurídica de la prisión preventiva está situada en el campo de tensión entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber también estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano".
- (23) Op.cit.pag.190.
- (24) FERNANDEZ ENTRALGO "El sentido de la".
- (25) LANDROVE op.cit.pag.284. MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit.pag. 398.
- (26) Art. 5º de la L.O.G.P. y 3,3 del Reglamento.
- (27) Cfr. JARDI ABELLA op.cit.pag.159. CHIAVARIO op.cit.pag.286. DE LUCA op.cit..pags. 16 y 89. El principio de excepcionalidad tiene su correlativo en el Derecho Penal en el principio de intervención mínima, es decir, que este derecho "sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes". MUÑOZ CONDE. Introducción al Derecho Penal. Barcelona 1.975.pags. 59 y ss.
- (28) Vide Resolución 65 (11) del Consejo de Europa. También R.O.C. de 20 de marzo de 1.916.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (29) Sobre finalidad de la pena vide nota p.p. núm. 59 del capítulo II.
- (30) Para FERNANDEZ ENTRALGO "El sentido de la . . ." esta modificación tiene el carácter de "sospechosa" en el sentido de intentar atribuir a la prisión provisional otras finalidades radicalmente opuestas a las cautelares.
- (31) Cfr. GARCIA VALDES "Comentarios . . ."pag.38. GARRIDO GUZMAN Manual de Ciencia Penitenciaria. Madrid 1.983. pags. 244 y ss.
- (32) Si bien, tanto el art. 51 de la L.O.G.P., como el art. 98 del Regl. confieren competencia para suspender o intervenir la correspondencia al Director del Centro Penitenciario, el cual, "a posteriori" deberá comunicar su decisión al órgano jurisdiccional. Vide GARCIA VALDES "Comentarios. . ."pag.174.
- (33) Reguladas en el art. 51 de la L.O.G.P. de igual modo que en lo referido a la correspondencia.
- (34) Corresponden, en base al art. 48 de la L.O.G.P. su otorgamiento a la autoridad judicial. GARCIA VALDES "Comentarios. . ."pag.154.
- (35) Art: 4,b y 41 y ss. de la L.O.G.P. y arts. 104 y ss. del Reglamento.
- (36) Como expone RODRIGUEZ DEVESA en el prólogo a la op.cit. de MATTES, la prisión provisional

a pesar de las limitaciones que se establezcan, es profundamente estigmatizante. . . "el mundo circundante olvidará acaso el que fue condenado o absuelto, pero no que estuvo en la cárcel".

(37) Partida Séotima. Título XXIX. Ley XI. . . que la cárcel debe ser para guardar los presos y no para hacerles enemiga, ni otro mal, ni darles pena en ella. Y por ello mandamos y defendemos que ningún carcelero, ni otro hombre que tenga presos en guarda, que no sea osado de hacer cualquier crueldad como esta por precio que le den, ni por ruego que le hagan. . . Y si algún carcelero o guardador de presos malicisiosamente se moviere a hacer contra lo que en esta ley es escrito, el juzgador del lugar lo debe hacer matar. . . .".

(38) Vide sobre el tormento VAZQUEZ SOTELO, J.L. Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal. Barcelona 1.984. pags. 49 y ss. También TOMAS Y VALIENTE, F. El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta. Madrid 1.969. pags. 153 y ss.

(39) Art. 133 de la Constitución de Bayona. "El tormento queda abolido: todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito". En un sentido parecido se manifestaba el art. 297 de la Constitución de Cádiz de 1.812.

(40) Cfr. GARCIA GOMEZ, M. Derechos Humanos y Constitución española. Madrid 1.980.

(41) No obstante tales disposiciones legales, la tortura, como medio de obtener la confesión de los detenidos, sigue denunciándose de forma sistemática.

En un estudio de AMNISTIA INTERNACIONAL. ESPAÑA. LA CUESTION DE LA TORTURA. Madrid 1.985 se hace referencia a las contínuas denuncias que tal organización recibe, según la misma, solidamente fundadas, de torturas y malos tratos, fundamentalmente, en los casos en que resulta de aplicación la Ley antiterrorista. Se citan varios ejemplos, hasta siete. El único procesamiento se produjo en el caso de JOAQUIN ALAMO BELDA, en el que la A.P. de San Sebastián lo decretó el día 12 de febrero de 1.985 contra siete guardias civiles. pag.16.

En el mismo sentido, se analiza la evolución de la tortura entre los años 1.980 a 1.983 en varios países y, entre ellos, España, en otro informe de A.I. TORTURA. Madrid 1.984. pags. 185 y ss. en el cual se afirma que en este periodo "la tortura y el maltrato de detenidos en España fueron contínuos". Se citan algunos casos y se ofrecen datos estadísticos, destacando como momento en el que la tortura se practica en la mayoría de los supuestos, el de la detención y, en concreto, en los casos de incomunicación. Sobre los importantes efectos de orden psíquico generados por la tortura vide. La reconstrucción del sí mismo traumatizado por la tortura.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El proceso terapeutico. BARUDY, PAEZ y otros
en "Psicopatología de la tortura y el exilio".
Madrid 1.982.pags.193 y ss.

(42) Sobre instrumentalidad de la prisión provisional
vide. "El principio pro reo. . ."pags. 13
a 15. DEL POZZO op.cit.pag.57. CALAMANDREI
"Introduzione. . ."pag.21.

(43) El término "patrimonio" no aparecía en la
redacción anterior a 1.983, habiendo sido
introducido por la reforma de 12 de diciembre
de este año.

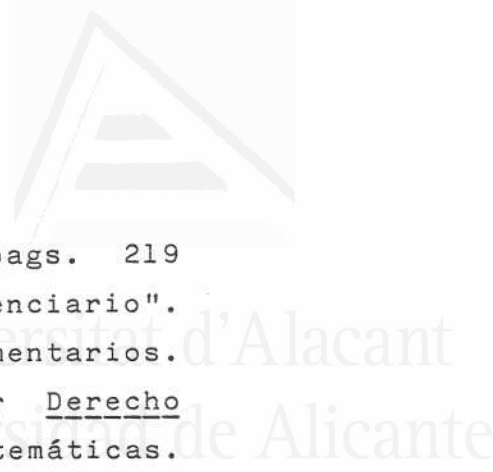
(44) MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit.pags. 419
y ss.

(45) MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit.pags. 419
CASTELLANO CERVERA op.cit.pags.165 y ss.

(46) GIMENO "El rproceso de . . ."pags. 18-19.
DEL POZZO op.cit.pags.38 y ss.

(47) Así parece desprenderse de los arts. 117 y
25 de la C.E. Las posibles restricciones
a los derechos de los preventivos por parte
de los Directores de los Centros penitenciarios
previstas en el art. 98 de la L.O.G.P. pudieran
ser, a la luz de estos preceptos de nuestra
Carta Magna, inconstitucionales.

(48) GARRIDO GUZMAN "Manual de. . ." pag. 219.



- (49) Vide GARRIDO GUZMAN "Manual. . .".pags. 219 y ss. Del mismo autor "Régimen Penitenciario". pags. 72 y ss. GARCIA VALDES "Comentarios. . .".pags.41 y ss. Del mismo autor Derecho Penitenciario español: Notas sistemáticas. en "Lecciones de Derecho Penitenciario".Alcalá de Henares 1.985. pags. 42 y ss.
- (50) "Comentarios. . .".pag. 68.
- (51) Cfr. CASTELLANO CERVERA op.cit.pag.166.
- (52) Vide por todo ALARCON BRAVO,J. Tratamiento del Joven Delincuente. en "Delincuencia Juvenil, Estudio de su problemática en España". Madrid 1.972.pags.215 y ss.
- (53) Op. cit.pags. 165 y ss.
- (54) MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit. pags. 419 y ss.
- (55) La Partida Séptima. Título XXIX. Ley V. mandaba separar a la mujer del varón en virtud de razones esencialmente morales, es decir, la evitación de la mala fama que podía derivarse de la permanencia en el mismo lugar.
- (56) Casos del Centro de HAKANSTROP, donde no existe ningún control sobre las actividades sexuales, proveyendo, incluso, a los jóvenes de píldoras o cualquier otro medio anticonceptivo. Cfr. MARTIN GARCIA,A. Los establecimientos penitenciarios suecos. en C.P.Crim.núm.15.1.981 pag.567.



- (57) "Comentarios. . ."pag. 68. GARRIDO. "Manual de . . ."pag.237.
- (58) GARCIA VALDES "Comentarios. . ."pag.68.
GARRIDO "Manual de. . ." pag. 237.
- (59) GARCIA VALDES "Comentarios. . ."pag.69.
- (60) GARCIA VALDES "Comentarios. . ."pag.69.
- (61) Es decir, la separación de los enfermos y aquellos que no padezcan ningún tipo de deficiencia. Aquí, no obstante, parece encontrarse otra razón en apoyo de esta segregación y es la de permitir un buen funcionamiento del Centro. De este modo, se considera que aquellas personas que sufren una determinada dolencia no son susceptibles de seguir el régimen normal del establecimiento, por lo que su traslado a otro Centro o su aislamiento del resto de los internos viene exigido por cuestiones de mera organización interna. Cfr. GARCIA VALDES "Comentarios. . ."pag.69.
- (62) No se va a tratar en este punto el régimen de la prisión atenuada pues ello se llevará a cabo posteriormente y de forma más detenida. Basta, por tanto, una mera referencia que sirva al lector de simple orientación.
- (63) Op.cit.pags. 488 y ss.
- (64) CORDOBA RODA.El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito.Barcelona l.962.pag. 124 cit.en COBO-VIVES op.cit.pag.489 "rompe equiparación entre dolo y malicia, entendiendo

por dolo la simple finalidad dirigida al resultado típico, y por malicia, la intención jurídicamente reprochable".

(65) Tratado de Derecho Penal. l. 957. pag. 184 cit. en COBO-VIVES op.cit. pag. 501.

(66) COBO-VIVES op.cit. pag. 502.

(67) Sobre esta causa, no obstante, hay una curiosa discusión doctrinal reproducida por GARRIDO "Régimen. . ." pag. 68. Para este autor el presente criterio fue introducido en la L.O.G.P. en virtud de una enmienda de la Minoría Catalana aduciendo como justificación que no se hiciera "convivir a un arquitecto, por ejemplo, procesado por imprudencia, de un accidente, de un presunto homicida o acusado de delito de robo".

Como señala BUENO ARUS "Estudio Preliminar en "La reforma penal y penitenciaria" de GARCIA VALDES. Madrid 1.981 pag. 23 aún habiendo admitido la ponencia la señalada enmienda de la Minoría Catalana, se rechazó otra que pretendía introducir como causa de separación la atención a los motivos del delito, es decir, si éstos fueron ideológicos, políticos o comunes.

(68) Op. cit. pag. 23.

(69) Cfr. PUEBLA POVEDANO. Procedimiento de la Ley Orgánica 10/80 para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Madrid 1.981. pag. 55.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(70) De acuerdo con el art. 406 de la LECrim. la confesión del procesado no dispensa al Juez de realizar otras diligencias para comprobar la autenticidad de los hechos confesados. Cfr. a este respecto y sobre el valor de la confesión judicial VAZQUEZ SOTELO op.cit. pags. 112 y ss.

(71) Cfr. LANDROVE op.cit.pags. 286 y ss.

(72) Sobre trabajo penitenciario vide. CUESTA ARZAMENDI. El trabajo penitenciario resocializador. San Sebastián 1.982. Del mismo autor Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario. en "Lecciones de Derecho Penitenciario". Alcalá de Henares 1.985. pags. 95 y ss. Sobre los requisitos exigidos para la redención vide BUENO ARUS. La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento jurídico español. en "Estudios Penales y Penitenciarios". Madrid 1.981.pags. 168 y ss.

(73) CUESTA ARZAMENDI. "Un deber. . .".pags.98 y ss. Del mismo autor "El trabajo. . .".pags. 127 y ss. GARRIDO GUZMAN "Manual. . .".pag. 348 entiende que el trabajo penitenciario sólo será un elemento fundamental del tratamiento cuando "se deduzca que la falta de cualificación profesional, sus deficientes aptitudes laborales o cualquier otra circunstancia análoga, han sido factores decisivos y concluyentes en la realización del delito. . .". Como elemento fundamental del tratamiento lo conceptúa el art. 26 de la L.O.G.P. en



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

un sentido general, si bien el art. 184 del Regl. se sitúa en la línea expuesta por el Prof. GARRIDO GUZMAN.

Vide sobre la evolución de la finalidad pretendida por el trabajo penitenciario y las distintas funciones que debe desempeñar en la actualidad. PAVARINI, M. La Corte costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario. Riv.it. dir.e proc.pen. 1976-1 pags. 268 y ss. Destaca, sobre todo, la evolución de un concepto fascista de lo que era el trabajo penitenciario (como precepto religioso, como gloria humana) a una concepción moderna y democrática de lo que debe constituir el núcleo de esta institución.

Sobre su función reeducativa y de reinserción social GREVI, V. Esecuzione penitenziaria e rieducazione del condannato nelle regole minime per il trattamento del detenuti. Riv.it. dir.e proc.pen. 1974.pags.547 y ss.

(74) Cfr. CUESTA ARZAMENDI "Un deber. . ." pags. 96 y ss. GARRIDO GUZMAN "Manual. . ." pags. 239 y ss. expone que el carácter aflictivo del trabajo penitenciario viene ahora prohibido por el propio art. 25 de la C.E. que impide que las penas privativas de libertad puedan consistir en trabajos forzados.

(75) GARRIDO GUZMAN "Manual. . ." pags. 345-346. CUESTA ARZAMENDI "Un deber. . ." pags.108 y ss. justifica la conceptualización del trabajo como deber de los penados.

(76) Así se desprende de la redacción dada al párrafo 2º del art. 29 de la L.O.G.P. Cfr. CUESTA ARZAMENDI "Un deber. . .".pag.110. Cfr. BUENO ARUS Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario. en "Estudios. . .". pag. 182.

(77) Como así es también en Italia donde, además, los arts. 22 y ss. de la Ord. Penit. establecen las cantidades que deben ser abonadas y su destino. Cfr. GIARDA, A. Lineamenti del regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva. Riv.it.dir.e proc.pen. 1979 pags.460 y ss.

(78) Vide art. 201 del Reglamento.

(79) Vide. STC 49/1982, de 14 de julio; 6/1984, de 24 de enero; 20/1984, de 13 de febrero

(80) Cfr. CUESTA ARZAMENDI "Un deber. . .".pag.99.

(81) Op. cit. pag. 165.

(82) Estudia el comportamiento de los preventivos y el cambio con el posterior pase a penados de cuatro grupos de internos.

-El primer grupo, 27 reclusos. Periodo preventivo-conducta mala. Periodo penado-conducta normal o buena. 9 reclusos sufrieron más de 300 días en prisión provisional y 17 más de 150 días.

-El segundo, 27 reclusos. Periodo preventivo-conducta normal. Periodo penado-conducta buena. Más de 300 días en prisión provisional- 5 reclusos. Más de 150-12 reclusos.



-Tercero, 35 reclusos. Periodo preventivo-conducta normal o buena. Periodo penado-conducta normal o buena. Más de 300 días en prisión provisional-5 reclusos. Más de 150 días-10 reclusos.

-Cuarto, 11 reclusos. Periodo preventivo-conducta normal o buena. Periodo penado-Conducta mala. Más de 300 días en prisión provisional-ningún recluso. Más de 150 días-2 reclusos.

En consecuencia es evidente como, por una parte, la conducta mejora con el paso a penado y, por otra parte, la conducta se deteriora en la medida en la que la prisión provisional es de mayor duración.

(83) Vide. CASTELLANO CERVERA op.cit.pag.167.

En la nota núm. 8 a su estudio pone de manifiesto, además, como en la realidad son los internos penados los que ocupan la mayoría de los puestos de trabajo de una prisión.

(84) Cfr. GARRIDO "Manual. . .".pag.428.

(85) Cfr. GARRIDO "Manual. . .".pag.428.GARCIA VALDES "Comentarios. . .".pags. 147 y ss. reproduce íntegramente las mencionadas Ordenes Circulares de 1.978 de un interés fundamental para la ampliación del tema que nos ocupa.

(86) Excluimos aquí toda referencia a los permisos "fin de semana" toda vez que su aplicación está restringida a los penados clasificados en tercer grado y, por tanto, ajenos al régimen de prisión preventiva.Cfr. GARRIDO "Manual. . .".pag.429.



- (87) Op. cit. pag. 429.
- (88) El "alumbramiento" como criterio para la concesión de permisos extraordinarios se introdujo en el art. 47,1 en virtud de la Enmienda 90-25 del Grupo Parlamentario Comunista. Vide GARCIA VALDES La reforma penitenciaria española. Madrid 1.981. pags.221-225.
- (89) Vide sobre sistema progresivo MAPELLI CAFFARENA, B. Sistema progresivo y tratamiento. en "Lecciones de Derecho Penitenciario". Alcalá de Henares 1.985. pags. 137 y ss.
- (90) Sobre el Juez de Vigilancia vide MANZANARES SAMANIEGO, J.L. El Juez de Vigilancia. en "Lecciones de Derecho Penitenciario". Alcalá de Henares 1.985 pags. 173 y ss. También GARRIDO "Manual. . .". pags. 437 y ss.
- (91) "Comentarios. . .". pag. 161.
- (92) Jurisdiccionalidad de la prisión provisional que nadie pone en duda por el propio carácter cautelar de la medida. Cfr. MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit.pag.390. GIMENO "El proceso. . ."pags.18-19. DEL POZZO.op.cit.pags. 38 y ss.
- (93) Así sucede en Italia para los permisos de los preventivos cuya autorización corresponde a la autoridad judicial. La diferencia estriba en que los permisos se limitan a los casos "excepcionales" del derecho español, esto es, el inminente peligro de muerte de un familiar o los motivos familiares graves. Vide GIARDA op.cit.pags. 456 y ss.



- (94) GIMENO "El proceso. . .".Pags. 18-19.
- (95) Cfr. GARRIDO "Manual. . .".pag. 291.
- (96) Cfr. GARCIA VALDES "Comentarios. . .".pag. 202.
- (97) Como parece desprenderse de lo manifestado por GARCIA VALDES.
- (98) Vide supra. pag. 270 y ss.
- (99) "La reforma penal y. . .".pag.32.
- (100) "Manual. . .".pag.426.
- (101) "Derecho Penitenciario. . .". pag. 46.
- (102) "Manual. . .".pag.172.
- (103) MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit.pags. 319 y ss. LANDROVE op.cit.pag. 284.
- (104) Pues, indudablemente, supone abonar a efectos de condena un tiempo sufrido en prisión sin que se sepa si la sentencia será absoluta o condenatoria.
- (105) Cfr. GARRIDO "Manual. . .".pag.430.
- (106) En este sentido GARRIDO "Manual. . .".pag. 430 estima que la "concesión de permisos de salida especiales a los internos preventivos es uno de los mayores desaciertos de nuestra legislación. . .no responde a la filosofía de esta clase de permisos, para nosotros,

elementos de tratamiento. . .nos parece una contradicción con el espíritu de la legislación. . .".

(107) Cfr. GARRIDO "Manual. . .".pag.413. GARCIA VALDES "Comentarios. . .".pags. 167 y ss.

(108) Vide por todo GARRIDO "Manual. . .".pags. 413 a 426.

(109) Cfr. PRIETO CASTRO-GUTEIRREZ DE CABIEDES op. cit. pags. 264-265. FABREGA Y CORTES op.cit.pags.606 y ss. Esa parece ser la finalidad del aislamiento también en Italia, la de evitar la desaparición de las pruebas. Vide CORSO op.cit. pag.1573.

(110) "Manual. . .".pag. 415.

(111) El art. 112,5 del Regl. autoriza una visita semanal por parte de los familiares al interno que cumpla la sanción de aislamiento.

(112) Vide por todo GARRIDO "Manual. . .".pags.379 y ss. No es este el momento de realizar un análisis de la prisión incomunicada y de su adecuación a la finalidad cautelar de la prisión provisional. Posteriormente, y en un capítulo aparte se desarrollará el tema en profundidad.

(113) Cfr. GARRIDO "Manual. . .".pag.415.

El TEDH en el caso GOLDER, Sentencia de 21 de febrero de 1.975 considera que, en base al art. 8 del Convenio, interferencia por parte de los órganos del Estado en el



ejercicio del derecho a la correspondencia de un condenado sólo debe ser posible "en función de exigencias normales y razonables de la detención. La -defensa del orden- y la -prevención de infracciones penales- p.ej., pueden justificar interferencias más amplias en relación con un recluso que con una persona en libertad".

(114) Cfr. GARCIA VALDES "Comentarios. . .".pag.174.

(115) Cfr. GARRIDO "Manual. . .".pag.415.

(116) Vide Demandas 5964/72; 7990/77; 8980/80; 7052/75; 7736/76 etc. . .

(117) Finalidad que parece que la Comisión Europea atribuye a la prisión provisional. Vide Demandas 8166/78; 7878/77; 9054/80.

Nosotros estimamos con PISAPIA "Compendio. . ." pag.262 que no es función de la prisión provisional la de impedir que el inculpado oculte las pruebas ya que el aislamiento del mundo no es total y tal evento podría llevarlo a cabo un tercero. Afirma, incluso, la posibilidad de que sea el derecho de defensa el que ceda en aras de la seguridad del proceso al impedir que el preventivo actúe de forma absolutamente libre en la búsqueda de los elementos necesarios en su descargo.

Una solución válida para ello sería el aislamiento absoluto de la persona, la evitación de todo contacto con el mundo exterior y con el interno de la prisión, pero tal solución

sería a la luz del art. 3 de la Convención una forma de trato inhumano y degradante.

Vide Demandas 8395/78 y 8158/78 ante la Comisión.

(118) Hay que tener aquí en cuenta que, como ha manifestado la Comisión Europea, la Convención no recoge supuestos diferentes, ni un tratamiento penitenciario distinto según se trate de penados o preventivos. Demanda 6337/73 a diferencia de lo establecido en el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

(119) A este respecto hay que indicar como la LECrim., en determinados supuestos permite a la Policía la limitación de derechos, tales como el de la "inviolabilidad del domicilio" y el de la "libertad". Así, en el art. 553 de la LECrim. autoriza a los funcionarios de policía a proceder a la entrada y registro de un lugar habitado sin mandamiento judicial en los casos de flagrante delito. Del mismo modo, los arts. 490 y ss. autorizan a los particulares y a la Policía Judicial detener a una persona sin orden emanada del Juez en los supuestos expresamente establecidos en tales preceptos.

(120) Es de destacar aquí como la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre, antiterrorista, permite al Ministro del Interior y, en su defecto, al Director de la Seguridad del Estado, la observación postal, telegráfica o telefónica



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de las comunicaciones de los sujetos sometidos a esta ley, en casos de urgencia debiendo, posteriormente, ser ratificada por la Autoridad Judicial.

En el mismo sentido se expresa el art. 18 de la L.O. 4/1981, de 1 de junio, que regula los estados de alarma, excepción y sitio.

En ambos casos se requiere la concurrencia de motivos comprobados de urgencia que hagan posible tal delegación de funciones netamente jurisdiccionales.

En todo caso el resultado de las investigaciones llevadas a cabo, tanto por el Juez como por los diferentes órganos administrativos encargados de tal misión, deben ser puestas en conocimiento del sujeto pasivo de las mismas.

Sin embargo, el art. 18 de la Ley antiterrorista autoriza a que se pueda posponer tal comunicación al momento oportuno en el que la investigación no corra peligro. Tal solución viene amparada por la interpretación que el TEDH ha realizado del art. 8 en el caso KLASS, Sentencia de 6 de septiembre de 1.978, ya que, como dice tan Alto Tribunal, por su propia naturaleza no puede exigirse otra cosa, ya que el conocimiento de la medida por el sujeto la convertiría en inefectiva ya que éste adoptaría las precauciones necesarias para hacerla inútil.

(121) Cfr. GARCIA VALDES "Comentarios. . ." pag.171.
GARRIDO "Manual. . ." pag.420.

(122) Téngase en cuenta que, según lo establecido por el TEDH en el caso KLASS, las conversaciones telefónicas han de considerarse comprendidas en el término "correspondencia" contenido en el art. 8 de la Convención. De este modo, si bien la L.O.G.P. hace referencia expresa a las comunicaciones telefónicas y en este aspecto no plantea problema alguno, la duda surge de la falta de mención en la LECrim. a este tipo de interlocuciones que, en base al citado precepto del Convenio Europeo, debe considerarse subsumido en la expresión "correspondencia" utilizada en el Título VIII, del Libro II de la norma procesal penal.

(123) El texto del proyecto de ley presentado por la UCD decía expresamente en el párrafo segundo del art. 51 "no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial o en los casos previstos en la legislación especial sobre bandas o grupos armados". En este sentido la conjunción "o" del proyecto revelaba un claro carácter disyuntivo que permitía afirmar la posibilidad de suspensión en otros casos.

A pesar de las reiteradas peticiones de los Grupos Socialista y Comunista de suprimir toda referencia a las legislaciones especiales, la Ponencia mantuvo su idea originaria, si bien la matizó en la forma en la que en la actualidad está redactada con una finalidad más próxima a la exigencia de ambos requisitos.

Sobre el control judicial de tales comunicaciones en Italia vide GIARDA op.cit.pag.447.
CORSO Isolamento dell'imputato detenuto e divieto di colloqui. Riv.it.dir.e proc.pen. 1.977.pag.1575.

(124) "Comentarios. . .".pag.172.

(125) La Comisión Europea en la Demanda 5964/72 considera que no se viola el art. 6,1 del Convenio por no permitir a un condenado comunicar con su Abogado si, como ocurrió, se le autorizó a que lo hiciera por carta. Es decir, de acuerdo con el Convenio el modo de realizar la comunicación no ha de quedar en manos del interno, sino que las respectivas autoridades pueden optar por uno u otro salvo casos de urgencia en los cuales han de consentir el medio más rápido de contacto.

(126) Como así se desprende de la Decisión de la Comisión Europea en la Demanda 5964/72.

(127) El TEDH en el asunto GOLDER y la Comisión en la DEManda 7990/77 consideran que ningún motivo puede justificar la prohibición de mantenimiento de una relación por medio de cartas entre los internos y sus Abogados.

(128) Vide caso GOLDER (Sentencia 21-febrero-1975) ante el TEDH. Decisiones de la Comisión Europea en las Demandas 5964/72 y 7990/72.



Cfr. BERNARDI, E. Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona. Riv. it. dir. e proc. pen. 1983-4 pags. 1418 y ss. pone de relieve la evolución seguida por la Comisión y el Tribunal en materia de restricción del derecho a las comunicaciones y como, en la actualidad, se pueden limitar en base a lo establecido en el art. 8,2 del Convenio.

(129) El art. 15 de la Ley antiterrorista así lo confirma al establecer que el régimen de incomunicación no debe afectar al derecho de defensa, siendo de aplicación lo preceptuado en los arts. 520 y 527 de la LECrim.

(130) Demandas ante la Comisión Europea 8022/77; 8025/77 y 8027/77. McNEIGH, O'NEILL y EVANS contra el Reino Unido. En este sentido se expresa también el art. 89 del Reglamento.

(131) Demanda 5964/72.

(132) TEDH Caso GOLDER. (21-febrero-1975). Demandas 7990/77 y 7630/76 ante la Comisión. Vide GREVI, V. La corrispondenza fra imputato detenuto e difensore (riflessioni sistematiche e prospettive di riforma). Riv. it. dir. e proc. pen. 1972, 1-2 pags. 76 y ss.

(133) Cfr. GARCIA VALDES "Comentarios. . ." pag. 178.

(134) Cfr. GARRIDO "Manual. . ." pag. 422.
Sobre los perjuicios generados en los internos

en orden a su comportamiento por los problemas sexuales vide. DELOGUU, T. Problemi penitenziari e riforme negli U.S.A. Riv.it.dir.e proc.pen. 1973-3 pags.664 y ss.

(135) El art. 12 de las Normas Mínimas de Readaptación de Sentenciados de México de 1.971 destaca como finalidad de la visita íntima la del "mantenimiento de las relaciones del interno en forma sana y moral. .".

(136) "Comentarios. . .".pag.178.

En la República Argentina la visita íntima nose establece exclusivamente respecto a los cónyuges sino que, al contrario, se amplia incluso a las prostitutas que entran en la prisión y son remuneradas, incluso en algunos casos, por el propio Centro. Vide una amplia regulación del tema en NEUMAN, E El problema sexual en las Cárceles. Buenos Aires 1.982. pags. 147 y ss.

(137) Demanda 8166/78 contra Suiza.

(138) El art. 53 de la L.O.G.P., al regular la visita íntima, lo hace con remisión expresa al art. 51,2, es decir, aceptando las limitaciones o restricciones que allí se establecen en general dentro de las que se podrían encuadrar las derivadas de la exigencia de un buen comportamiento.

Para NEUMAN op.cit.pags.181-182, la práctica totalidad de los países, bien por vía legal o reglamentaria, o ~~bien~~ por la vía de hecho, imponen el requisito de la buena conducta



y subordinan la concesión de la visita íntima a tal presupuesto.

- (139) Vide NEUMAN op.cit.pags.181-182.
- (140) Vide GARCIA VALDEZ "Comentarios. .. "pags. 179-180.
- (141) Demanda 9054/80 contra el Reino Unido.
- (142) Demanda 8166/78 contra Suiza.
- (143) Demanda 7878/77 FELL contra el Reino Unido.
- (144) Demandas 8395/78 contra Dinamarca. 7630/76 contra el Reino Unido.
- (145) Demandas 7572/76; 7586/76; 7587/76 ENSSLIN, BAADER, RASPE contra la RFA.
- (146) Demandas 8395/78; 7630/76; 8158/78 contra el Reino Unido.

En la Decisión adoptada con fecha 8 de julio de 1.978 respecto de las Demandas 7572/76; 7586/76 y 7587/76 la Comisión llega a reproducir ciertos informes médicos de gran interés en relación con el tema de la prisión provisional. En este sentido se dice aquí que la propia situación del sujeto sometido a prisión provisional y su duración puede influir más en el estado de salud del individuo que las propias condiciones de aislamiento. "En general, los expertos consideran que la participación en las audiencias, la preparación agresiva de su defensa, la perspectiva de una condena, han provocado un estado



de stress permanente, comparable siempre
aquel que puede sufrir toda persona detenida
a título preventivo".

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (147) Demanda 8158/78 contra el Reino Unido.
- (148) Cfr. LANDROVE op.cit.pags.981 y ss. en especial la pag. 284.
- (149) Cfr. MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit.pags. 419 y ss.
- (150) "Compendio. . ." .pag.291. Sobre la dificultad de emitir un concepto de tratamiento vide MAPELLI op.cit.pags.143 y ss.
- (151) Observación que, como indica MAPELLI op.cit. pag.157 ha de ser directa, excluyendo cualquier tipo de "estudio científico de la personalidad"
- (152) El límite de la presunción de inocencia en las actividades de observación del preventivo se recoge expresamente en el art. 64,1 in fine de la L.O.G.P.
- (153) Vide GARRIDO "Manual. . ." .pag.298. Vide art. 63 de la L.O.G.P.
- (154) Cfr. MAPELLI op.cit.pags. 163 y ss.
- (155) Vide NEUMAN op.cit.pags. 194 y ss.
- (156) Vide nota p.p.146 de este capítulo.



- (157) Vide nota p.p. núm. 82 de este capítulo.
- (158) Arts. 137 y ss. C.P.i.
Art. 24 C.P. francés modificado por leyes de 17 de julio de 1970 y 6 de agosto de 1.975. Vide STEFANI. . .op.cit.pag.661.
- (159) "La prisión preventiva ¿pena. .?. ."
- (160) La Ley de 1.901 distinguía entre penas correccionales y penas aflictivas, siendo de abono para las primeras la totalidad del tiempo pasado en prisión y, para las segundas solamente la mitad (art. 1º). De igual modo, la prisión provisional era abonable a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 2º). Las infracciones a esta ley eran susceptibles de recurso de casación al amparo del anterior art. 849 de la LECrim. hoy art. 649.
- (161) En efecto, hasta el año 1.932 el abono de la totalidad de la prisión provisional no era la regla, limitándose en muchas ocasiones ésta a la mitad del tiempo. Así, siempre era la mitad en el año 1.853; en 1.901 para las penas aflictivas y en caso de reincidencia; en el año 1.928 en caso de multirreincidencia.
- (162) Art. 137 C.P.i. Cfr. LEONE op.cit.pag.296.
- (163) Vide MATTES op.cit.pag. 100. En la nota 206 cita una Sentencia del T.S. de 30 de enero de 1.906 en la que este Tribunal se expresa en los términos que aquí se exponen.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(164) En esta misma línea de razonamiento se sitúa AGUILERA DE PAZ op.cit.pags. 205 y ss. que recoge la Consulta que aquí se transcribe.

(165) Cfr. MATTES op.cit.pag.100. AGUILERA DE PAZ op.cit.pags. 205 y ss.

(166) Ob. cit. pags. 205 y ss.

(167) LEONE op.cit.pag.296. BELLAVISTA Lezioni di diritto processuale penale. Milano 1.980.

pags. 333 y ss.

En Italia es indiferente la identidad de de delitos y procedimientos, pudiendo imputarse la prisión provisional sufrida a otra causa distinta.

Cfr. BRICOLA, F. Il principio della fungibilità della carcerazione preventiva con la misure di sicurezza detentiva: sintomo di una progressiva crisi del sistema dualistico?. Riv.it.dir. e proc.pen.1961 pag.830.

GUALTIERI, H. Considerazioni in tema di esecuzioni delle misure di sicurezza detentiva. Riv.it. dir.e proc.pen.1960 pag.637.

(168) A la luz de la Ley de 1.901 en esta Consulta la FTS estimó el tiempo abonable (la mitad) sufrido en prisión provisional a dos causas por delitos distintos respecto de los cuales, en ambos casos, se decretó la prisión provisional.

(169) Cfr. MATTES op.cit.pag.100.BRICOLA op.cit. pag.830.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(170) La citada Consulta estableció la no aplicabilidad de la Ley en su conjunto en aquellos casos en que el imputado no compareciera en el juicio oral. Por otra parte, señaló que la exención de la aplicación de la referida Ley no lo podía ser salvo en los casos concretos en que aquí se señalaba, casos que se reconducían, exclusivamente, a los supuestos de incomparecencia.

(171) CARRARA Carcerazione preventiva, scomputo. en "Opuscoli di diritto criminale". Firenze 1.902. pags. 259 y ss. se opone a un proyecto italiano de 1.902 que, en su art. 6 declaraba que no se computaría el tiempo pasado en prisión provisional si la sentencia era recurrida en casación y este recurso no prosperaba.

(172) En Italia, sin embargo, a tenor del art. 137 del C.P., la prisión provisional sufrida también se detrae "dell'ammontare della pena pecuniaria", así como también la prisión provisional sufrida en el extranjero por una causa de la cual se conoce en Italia, según se establece en el art. 138 C.P.i.

En algunos casos, también se admite en este país el abono del tiempo sufrido en el cumplimiento de una medida de seguridad a la prisión provisional y, posteriormente, a la pena. Vide por todo BRICOLA op.cit.pags.831 y ss.

En España, de acuerdo con el art. 23,2-c de la L.O.P.J., la condena sufrida en el extranjero se computa a los efectos de la



correspondiente aquí. De este modo, y por analogía con el art. 138 del C.P.i. puede pensarse que también lo habría de ser la prisión provisional sufrida en el extranjero. Igualmente ocurre en Francia, de acuerdo con el art. 24,2 del C.P.P., computándose el tiempo de privación de libertad sufrido fuera de Francia. Vide STEFANI. . .op.cit. pag.661.

(173) Vide Legislación Procesal. Tomo III. Leyes Procesales Penales. Depratamento de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla. Sevilla 1.977.pag.208 nota p.p. 23.

(174) Vide PRIETO CASTRO-GUTIERREZ DE CABIEDES op.cit.pag.264.

(175) Vide AGUILERA DE PAZ op.cit.pag.221.También FABREGA Y CORTES op.cit.pag.606.

(176) Sobre la diferencia entre fuente y medio de prueba vide MONTERO AROCA,J. Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba (Comentario a la STS, Sala I, de 30 de noviembre de 1.981).Rev.P.Jud.núm.7, junio 1.983.pags. 39 y ss.

(177) Vide por todo FAIREN "La detención antes. . . "pag. 764.
AGUILERA DE PAZ op.cit.pag.221.PRIETO CASTRO-GUTIERREZ DE CABIEDES op.cit.pag.264.

(178) MORENO CATENA "En torno a . . ."pag.647 (si bien la considera propia de la prisión



incomunica). MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.
cit. pags. 357 y ss. FAIREN "La detención.
. . "pag.764. FENECH op.cit.pag.147.

(179) Cfr. RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva.
. . ."pag.482 "la prisión provisional debe
responder a la posible incomparecencia,
no a otros datos".

IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit.pag.198.
Como medida aseguratoria del proceso lo
es tan solo respecto de la garantía de la
presencia del inculgado.

(180) "Lezioni sul. . ."pag.60.

(181) DE LUCA op.cit.pag.16.

(182) Op.cit.pag.16.

(183) "En torno a . . ."pag.647.

(184) Cfr. PRIETO CASTRO-GUTIERREZ DE CABIEDES
op.cit.pag.265.

(185) Op.cit.pag.221.

(186) Vide PRIETO CASTRO Temas de Derecho actual
y su práctica. Salamanca 1.979. pags. 121
y ss. GIMENO SENDRA-VOLKMANN SCLUCK Observacio-
nes al proyecto de Ley de 22 de noviembre
de 1.977 sobre la defensa técnica en la
instrucción penal. C.P.Crim. 1.978 pags.
3 y ss.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- (187) MORENO CATENA La defensa en el proceso penal.
Madrid 1.982.pag. 34. SERRA "El imputado".
pag. 696.
No obstante ello, lo cierto es que tal contenido se ha incrementado notablemente en los últimos tiempos al incorporarse el "derecho al silencio", a "no declarar contra sí mismo" etc. . . .Vide GIMENO-VOLKMANN op.cit. pag.9.
- (188) Cfr. MORENO CATENA "La defensa. . ."pag. 33. SERRA "El imputado" pag.696. FOSCHINI L'autodifesa dell'imputato. en L'imputato. Studi" cit. en SERRA "El imputado" pag. 696.
- (189) "El imputado" pag.696.
- (190) MORENO CATENA "La defensa. . ."pag.37. SERRA "El imputado" pag.696 PRIETO CASTRO "Temas. . ."pag.122 cree, sin embargo, que la concesión de la defensa material se otorga "la mayor parte de las ves moviéndose en el terreno de la ficción. . .".
- (191) Autodifesa e carcerazione preventiva. L'esperienza degli Stati Uniti D'America.Riv.it. dir.e proc.pen. 1977.
- (192) El origen histórico del deber de motivar las sentencias. R.D.Proc.ib-filip.1977.
- (193) La obligación de motivar los autos de prisión vine establecida en diversas Ordenes Ministe-



riales, Circulares e Instrucciones de la FTS.

Así, la Orden de 13 de mayo de 1.875 que prohíbe el uso por los Jueces de fórmulas estampilladas. La Circular de la FTS de 4 de mayo de 1901 que exige que el auto de prisión contenga el cargo esencial y los principales motivos en los que se basa la privación de libertad. La Instrucción núm.1 de 6 de mayo de 1.983 de la FTS que establece que el razonamiento del auto habrá de contener los motivos que lleven al órgano judicial a adoptar su decisión.

(194) "El origen. . .".pag.47.

(195) In tema di motivazioni del mandato di cattura.
Riv.it.dir.e proc.pen.1963 pags.332 y ss.
Reproduce la opinión de varios autores que interpretan el art. 264 del C.P.P.i.. Así, para D'ANIELLO Le innovazioni al codice di procedura penale.1.955 pag. 125 la motivación se puede limitar a una mera afirmación tautológica. Para GRANATA op.cit. pag.64 basta con una indicación sumaria que asegure que se han valorado los indicios. Para RANIERI Manuale di diritto processuale penale.4ª ed.1.960 pag.277 nota 3 la motivación se satisface con la indicación de las fuentes de las que emanan los indicios. PISAPIA. Obbligo di motivazione del mandati di cattura e sindacato di legittimitá della Corte di Cassazione.Riv.it.dir.e proc.pen.1957 pag.429 la motivación lo habrá de ser tanto respecto



de los hechos como del derecho. CALABRIA Motivazione dei madati di cattura. Giust.Pen. 1.956 III. pag.: 224 la compatibilidad entre motivación y secreto la establece el propio legislador que exige la primera aunque sea de forma concisa.

(196) Demandas ante la Comisión 6870/75 de 7 de octubre de 1.981 contra el Reino Unido. 8490/79 contra Austria donde se exige, no sólo la información acerca de los hechos, sino también de la calificación jurídica de los mismos.

Asunto LUEDICKE, BELKACEM y KOÇ (Sentencia 26 de abril de 1.979) ante el TEDH sobre gratuidad de un intérprete en el caso de desconocimiento de la lengua utilizada en el proceso.

(197) En este sentido FAIREN Habeas Corpus y Manifestación. en "Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional".Madrid 1.983. pag. 327. Del mismo autor La reforma procesal penal: Reintroducción del Recurso de Manifestación RGLJ octubre 1.976 pag. 350 ve el origen de la prisión atenuada en el proceso aragonés de Manifestación y, en concreto, en la institución de "dar casa por cárcel" que era competencia a del Justicia y que podía optar por ello en lugar de decretar el internamiento en prisión.

Sobre el proceso de Manifestación vide también BONET NAVARRO A. Procesos ante el Justicia de Aragón. Zaragoza 1.982 pags. 150 y ss.

Las Leyes de Partidas establecían algo similar en atención a la clase social del imputado, en los cuales casos se debía dar al acusado a otros caballeros para que lo guardaran, pero no ingresarlo en prisión. Partida Séptima. Título I. Ley XVI. Título XXIX. Ley VI.

(198) Vide por todo CASTELLANO CERVERA op.cit.

(199) Op. cit.pags. 461-462.

(200) "La libertatà provvisoria. . .".pag.993.

(201) MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit. pag.388.

Señalan que, efectivamente, tales preceptos nunca se han incorporado a la LECrim. A pesar de ello reflejan las opiniones de MATTES op.cit. pags.37-38, FERNANDEZ BOIXADER El abogado ante el sumario Madrid 1,984 que estiman que tales preceptos se añadieron al art. 504 cuando lo cierto es que, a pesar del mandato expreso de la Ley de 1.931, tal inclusión no se produjo nunca.

En el NUEVO DICCIONARIO DE LEGISLACION.Ed. ARANZADI. Tomo XIX Pamplona 1.977 pag.24.612 se incorpora al art. 504, si bien se aclara en la nota a pié de página que la Ley de 1.931 nunca especificó el artículo al cual debía añadirse. Ahí, tal vez, resida la razón del por qué no se incluyó nunca lo dispuesto en la citada ley republicana.

(202) El art. 247 del C.P.P.i. autoriza el cumplimiento de la custodia preventiva en el domicilio del sujeto en los casos de grave estado de salud, personas mayores de 65 años, mujer

embarazada o en situación de lactante, salvo los supuestos de mandato de captura obligatorio o facultativo graves y siempre que lo aconsejen las circunstancias del hecho y la cualidad moral del imputado.

Cfr. DEL POZZO op.cit. pag. 77. FILIPPI op.cit.pag.993.

(203) Op. cit.pag. 388.

(204) Sirva a título de ejemplo el arresto domiciliario impuesto en el mes de enero de 1.986 por la A.N. a RUIZ MATEOS, en el que no se apreció enfermedad alguna.

(205) Para HERCE QUEMADA op.cit.pag.211 esta parece ser la solución, pues reproduce como vigente el art. 473 del C.J.M. de 1.890.