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'index al principi i final de cadascun deis capítols .

Anar directament a l'index

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

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, realizado bajo la dirección del Prof. Dr. D. JOSE VICENTE GIMENO SENDRA.

Registro nº 9

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A mis padres y a Esperanza.

La prisión provisional. José María Asencio Mellado.

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

La prisión provisional. José María Asencio Mellado.

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

La prisión provisional. José María Asencio Mellado.

B)-EL FUMUS BONI IURIS O APARIENCIA DE BUEN DERECHO
a)-Necesidad de una imputación delictiva. La exclusión de las faltas.....156
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 supresión de la referencia a la "territorialidad".....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 privadas de libertad. La tortura.....246
b,)-El régimen especial de los internos preventivos.....248

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

La prisión provisional. José María Asencio Mellado.

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

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

La prisión provisional. José María Asencio Mellado.

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)-LA PRISION INCOMUNICADA.....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 defensa.....337
x)-La autodefensa y la incomunicación..338
y)-La motivación del auto de prisión y la incomunicación.....340
C)-LA PRISION ATENUADA.....343
a)-Régimen de la prisión atenuada.....345
a,)-Requisitos.....345
b,)-Forma de cumplimiento.....348

CAPITULO IV

PROCEDIMIENTO

A)-FORMA.....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 inocencia.....390
c,)-Contenido de la motivación.....391

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

La prisión provisional. José María Asencio Mellado.

B)-EL AUTO DE ELEVACION.....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 Audiencias.....411
b,)-Procedimientos competencia de los Jueces de Instrucción.....412
C)-EL AUTO DE RATIFICACION.....417
a)-Finalidad.....418
b)-Momento de su adopción.....420
c)-Naturaleza.....424
D)-EL DERECHO DE DEFENSA.....428
a)-Contenido.....428
a,)-Puesta en conocimiento.....429
b,)-Inteligibilidad de la puesta en conocimiento.....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)-LOS MEDIOS DE IMPUGNACION.....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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

La prisión provisional. José María Asencio Mellado.

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

CAPITULO V

LA DURACION DE LA PRISION PROVISIONAL

A)-FUNDAMENTO.....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)-CONTENIDO DE LA LIMITACION TEMPORAL.....503
a)-Proceso sin dilaciones indebidas.....504
b)-La limitación temporal de la duración de la prisión provisional.....507
C)-COMPUTO DE LA DURACION.....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 provisional. Sus circunstancias.....526
b)-Las causas de suspensión de los términos máximos de duración de la prisión provisional.....530
D)-EFECTOS DEL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS.....534

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

La prisión provisional. José María Asencio Mellado.

E)- EL PLAZO RAZONABLE. 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)-EL ART. 121 DE LA C.E. DE 1.978. 581

a)-El error judicial. 584

b)-El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. 587

B)-LA PRISION PROVISIONAL Y SU ENCUADRAMIENTO EN EL ART.121 DE LA C.E.. 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 injusta 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 indemnización. 617

e,)-Cuantía de la indemnización. 620

CONCLUSIONES. 633

INDICE ALFABETICO DE LA BIBLIOGRAFIA UTILIZADA. . 645

Abreviaturas más utilizadas. 670

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCION

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, soin presupuestos de los que, necesariamente, hay que partir para constatar el grado de eficacia atribuído 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 heterecompositiva de resolución de los litigios

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 atribuídos 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 constituída 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 teóricom 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 estucio 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Volver al índice/Tornar a l'índex

NOTAS BILIOGRAFICAS A LA INTRODUCCION

(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 Enjuciamiento 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO I

NATURALEZA. FINALIDAD Y CARACTERES DE LA PRISION PROVISIONAL.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 concurran 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, teoricamente, forma parte.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 mismasd 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 unicamente 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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 unicamente se explica en virtud de garantizar la ejecución de la pena.

Para PISAPIA (20), sin embargo, esta última

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

abordado con más detenimiento en un momento posterior (30), queda aquí unicamente 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 radicamente 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 constituída por la prisión provisional

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 dificilmente 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 à 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 logicamente la anterior, que puede darse conjuntamente y ser absorvida 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 incluída en la categoría constituída 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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, automaticamente, 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 efectuádo 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, unicamente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 constituída 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 amplia conside-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

mantenerse hasta el tope señalado en la ley, siempre y cuando subsistieran los motivos que la hubieran ocasionado. La temporalidade, 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, apun 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 sustituída 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

fuga (60).

Sin embargo, cuando lo que sobreviniera es la convissión 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).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 priemra, 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, unicamente, 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 una 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de libertad".

De este modo, todo acto que, de cuqluier forma restrinja la libertad de una persona, en tato 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 preceptuádo 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 constituído 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 an la incompatibilidad de dicha medida y los caracteres y presupuestos propios de las resoluciones cautelares penales.

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 exstencia de motivos bastantes para creer que una persona ha cometido una acción delictiva (82).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 constituído 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 unicamente se podrá decretar

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 incluídas 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. prohibe 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 perece deducirse la inmediata ejecutividad de las órdenes de expulsión decretadas, como expresa el art. 26,1 por el Director

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 vacia de contenido esta última norma ya que, una vez producido el acto lesivo, su restitución, aunque tenga lugar, habrá ocasionado perjuicios dificilmente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 querella (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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO I

(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.octubre.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 jurispridenciales.Rev. Justicia-84.núm. 1 pags. 8-9.
GRANATA La tutela della libertà personalle nel diritto processualle 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.psag. 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

(24) Cfr. MATTES La prisión preventiva en España.Madrid 1.975 pag. 20. FLORIAN Diritto procesualle penaLE 1.939 pags. 412 y ss. cit. en DE LUCA op. cit. pag. 16. STEFANI, LEVASSEUR y BOULOC Procédure 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 preventina ¿pena. .?".

(35)Op.cit.pag.47.

(36)Op.cit.pag.20.

(37) CALVO SANCHEZ De nuevo sobre la prisión provisional. 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 amplia 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 prevención criminal.R.D.Proc.ib-filip.1967-4.pag. 146. GIMENO "La detención. . . ".pag.484. CHIAVARIO "Processo. . .".pag.276.FAIREN "La reforma. . . "pags.895 y ss.DE SALVIA Privazione di

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

(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 regla "rebus sic stantibus" aparece por vez primera 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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. Losmétodos 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 claúsula 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Volver al índice/Tornar a l'índex

(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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 constituída 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 intimamente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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"

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 dichza 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 constituído por un juicio de probabilidad, pero no sobre la

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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".

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 actuaalmente consagrada en los arts. 503 y ss. de la LECrim.

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

cia de los presupuestos cautelares anteriormente enunciados 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.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, dificilmente, 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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 entender-se 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).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 objetio 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 otrso 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 anteriorres (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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, cuale 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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

puede hacer pensar que la apreciación de la circunstancia eximente de la enajenación mental podría llevarse a cabo con anteriorridad 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 abservación 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 cuqleuier caso el sobreseimiento libre con motivo de la

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 practicamente 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 possee 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

la medida de seguridad si ello resultara del juicio.

Esta solución, como apunta el T.S., no excluye la posibilidad de sobreseer 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 refiete 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, hayq eu 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Tutelares de Menores (57), tal y como señala el propio art. 8,2 del C.P. De igual modo, si tras la comrpobación 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.).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, dificilmente 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 alm respecto su valoración precisaría de la celebración del juicio oral para poder llegar a la certeza sobre los mismos (62).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 referidoa 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

En definitiva, pues, en la medida en la que concurran 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 cualquiere 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 economicamente" (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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 tomas 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 inconcreción legal, sino también del vacio 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, unicamente 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, unicamente, 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 sujetó 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 anteriorres 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 "circunstcnias del hecho" se prescinde de todo tipo de valoración de actuaciones anteriores del sujeto para centrarse, exclusivamente,, en la forma de ejecución del acto que constituye

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

al criterio, anteriormente considerado clásico, constituído 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 po 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

unicamente, desde la vertiente de la comisión anterior de otros delitos, dejando de lado y obviando criterior 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 absorvida 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 esenmcialmente 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 unicamente referido al concepto legal de

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 moemento 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", espresión que coincide plenamente con la recogida en el art. 118 del C.P. y que se refiere, unicamente,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 constituídos 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 intimamente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 recaido 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 condcutas 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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, unicamente, 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 absorver 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 incardinen 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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 anteriomente, 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 anteriorres 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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, dificilmente puede ser sostenida por dos motivos esenciales: el primero porque, tras la supresión de la multi-rreincidencia y una vez derogado el párrfao 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 "priculum 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 anteriorres 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 constituído 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)

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, prohibe que, en ningún caso, se decrete la prisión preventiva con fines punitivos (111).

En definitiva, y como conclusión, la concurrencia

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 excepcions a la regla general, es decir, aquella en virtud de la cual la prisión preventiva solo puede deecretarse en los casos en que la pena asignada al delito sea superior a prisión menor.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 cla 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 concretad 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 Socvialista y, por tanto, no prosperó.

La respuesta del Sr. MOYA MILANES consistió, basicamente 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 unicamente 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 intimamente ligada a la anterior y parte, necesariamente,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Por un lado hay que determinar en qué deben consistir los "antecedentes" a los que se refier 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, constituído 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 oena 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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Los criterios del TEDH, en esencia, no sonm 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 absorver 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 constituídos 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 pobilidades 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 unicamente 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

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 derivadakam till del contradictorio.

Para la imposición de la prisión provisional se precisa, unicamente, 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 suejto 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 constituída 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 LECrim. 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 intimamente 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 prohibe 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, integramente, 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 concurran 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 privisional y otros fuera de ella, pero relacionados con una materia muy cercana, cual es la detención.

En este sentido debe destacarse el art. 504

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, prohibe 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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

cuatro o setenta y dos horas según sea ésta gubernativa o judicial (136)- no se autoriza en estor 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 le prisión preventiva viene contituído 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 gual que la prisión provisional, afectan a la persona sujeta a un proceso penal.

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 unicamente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 suela hacer con anterioridad al pricesamiento de la

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 deun 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 inculpado, por tanto, no puede ser considerado culpable (160).

En consecuencia, y aunque en la práctica "indicios"

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

y "motivos" aparecen como términos similares (161), ello, a lavista 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 Decrteo 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, entendiendo que no se podía establecer una rehla 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 parace 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 vacia 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 querella 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

pasivo para decretar la prisión provisional por las mismas razones y porque, como indica dicha Sentencia, la denuncia o la querella 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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 itros 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, unicamente en base a la concurrencia

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

expuesto, la prisión provisional decretada unicamente por motivos de seguridad o de retribución no responde á 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 Offentlichkeit) 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 extendióm más allá de los límites que podían considerarse permisibles.

Así, a diferencia de lo que antes ocurría, la

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 hehco 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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. enla 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 Circulas 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 una daño social enormemente

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

mayor que el ocasionado por la pequeña delincuencia, es conveniente que la prisión provisional se constitu ya como un medio más de la prevención de la tal delincuencia que, generalmente, causa unos perjuicios a las clases sociales menos dotadas economicamente, 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 supresuón 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO II

(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 "Introduczione. . ."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) ASENCIO "Los procedimientos. . ."pag.106. Vide art. 841 de la LeCrim.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 concurran 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).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 custodía preventiva aparecía, pues, clara; guardar el acusado para 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(20) Esta disposición, no obstante, conservó las excepsiones 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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 prohibe 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..

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 autómata, 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 preventina ¿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 expresamanet ". . .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 constituído por la pena prevista para el delito. La Comisión valora conjuntamente

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 prohibe 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

(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"

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 arrebato u 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 inculpado. . .".

(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 en "Riv.Pen."1.957-I pag.706. cit. ambos en MASSA,M; Il dubbio sulle cause di giustificazione.Riv.it.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

dir,e proc.pen.1.960 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.1.934 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 procesamniento" pags. 324 y ss.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 tuviena 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 parágrafo 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 dioligencias 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(57) Cfr. IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit.pag.181. LUZON DOMINGO,D; Legislación Penal Juvenil. en "Delincuencia Juvenil. Estudio de su problemática 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 concurrencia 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, efectivamente, 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 vacio 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 unicamente por el vínculo del ahorro pero perteneciente a las

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 duferenciarla de las "circunstancias del hecho". Por este

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 "Comenatrios 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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. 43o y ss.

(97) Cfr. GONZALEZ-CUELLAR op.cit.pags. 21 y ss. COBO-VIVES op.cit.pag.762.
En contra CEREZO 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 delit 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(105) Cfr. ONECHA SANTAMARIA Adecuación de las medidas de seguridad al estado peligroso. RGLJ diciembre 1.976 pag. 583.

(106) FAIREN EE 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 claúsula "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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 érsona 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 durector de una gran empresa de transportes, la "Internationales Transportkontos".
STOGMULLER era fundador de la empresa "Stögmuller 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 alos 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 Derecho 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de no culpabilidad, y ello por suponer un grado de probabilidad menor que el indicio o la prueba. La simple sospecha, pues, no sirve debase 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 constituídas 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 pyede 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

(145) Asi 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 Funcionarios del Estado de 7 de febrero de 1.964. El procesamiento por delitos contra la propiedad 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 Constitución y el recurso de Amparo. en "Tribunal Constitucional" Vol. III. Madrid 1.981 pag. 2.489.

(161) Cfr. CALVO SANCHEZ "Comentario. . .".

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(162) Cfr. TAPIA op.cit. pags. 319-320. Merecen destacarse aquí las demás e4xpresiones vertidas por GUTIERREZ,M; Práctica Criminal T.I. pag. 207 que, por su importancia, vamos a trancribir literalmente: ". . .la ley . . .debería prescribir con toda especificación qué indicios, presunciones o pruebas de crmininalidad 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, prescríbalo 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 aqui 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 muvhas 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 culquiera 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".

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 delicuente, 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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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. I77 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO III

REGIMEN DE CUMPLIMIENTO Y CLASES DE PRISION PROVISIONAL

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 imponer se 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 tecnicamente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 prevent ivos 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 preventiua 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 enh situación de preventivos, se pasará a analizar las distintas excepciones que la propia LECrim. establece al sistema general.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 libertade 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 prôvisional (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 perecen, en principio, admitir una subordinación de la defensa, tanto material como formal (13) al interés constituído 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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. 1)o8,2 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 n 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Volver al índice/Tornar a l'índex

La segunda excepción al régimen ordinario de cumplimiento de la prisión provisional viene constituía 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 atribuídos a la prisión provisional (17).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, unicamente, 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).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 teoricamente 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 límitesw, 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 unicamente 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 huía (26).

b,}-El principio de excepcionalidad.-

Ju nto al dere cho a la presunción de inocencia y como lógica consecuencia de éste aparece que la prisión provisional debe regirse por el principio de excepcionalidad.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 redicalmente opuesta a la cautelar, es decir, las propias de esats medidas que responden, eserncialmente, 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 restricciín 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 dificilmente, 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, unicamente, 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).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

b)-El régimen de los presos preventivos a la luz del art. 520 de la LECrim.-

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 facilmente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

y competible con su estado procesal, esto es, el de inocencia.

Declaraciones similares a las efectuádas 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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

el régimen de los preventivos no debe inspirarse unicamente 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 concluso (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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 vacia 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

,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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 dirijen 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, logicamente, constituye un obstáculo para el desempeño por parte de los funcionarios de

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 realidade 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 conseccuencias 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:

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 influenciable. 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 integramente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

nes mixtas, como p.ej. las existentes en Suecia (56), que tan brillantes resultados han deparado. Como pone de manifiesto GARCIA VALDES (57), nuestra legialación, 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, vacia 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 concluído el proceso, sea declarada de forma definitiva, puede devenir tras su puesta en libertad en un auténtico delincuente debido

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 psquiátricos 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 juridicamente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 raón 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 supravaloración del mencionado derecho constitucional, los perjuicios que podrían causarse al preventivo en virtud de un delito por imprudencia, al someterlo a todos

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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,,)-Exito 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 pemitenciarias.

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

a,,)-Respecto de la posible vulneración del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 de la C.E. parece ser que, dificilmente, 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 deteriorra 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 logicamente 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 íba orientada ni a la preparación de la vida en libertad del recluso, ni se instrumentaba como

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

medio esencial del tratamiento penitenciario.

Su virtiualidad residió en la asimilación por parte de nuestros legisladores de ciertas corrientes humanitarias que íban progresivamente impregnando el carácter de la reclusión en un Centro Penitencia-rio.

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 último años de la decada 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, posterior-mente ampliado por la Orden Circular de 13 de octubre del mismo años.

Su aplicación, no obstante, se suspendió provisio-nalmente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 preceptuádo 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 intimamente 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 concurran 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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 unicamente 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 efectuáda 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 competer 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 ddsempeñar en orden a la emisión de los informes que, teoricamente, 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 delicuente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 unicamente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 tipicamente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 prohibe 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 teoricamente 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 efectuáda 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 el 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

tales como, las orales, escritas y telefónicas, destacando la especialida 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 deparatmentos 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 constituída 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 repecto 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 en primer lugar la exclusión del derecho a que el evento de la privación de libertad y el

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 correspondien-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, entendiendo 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 constituído 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 perece 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 conceptuádo como contrario art. 3º (146).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 necasario 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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. Eston 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 delicuente".

De esta forma, es facilmente comprensible la

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

declaración contenida en el art. 64 de la L.O.G.P. que suprime o prohibe 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 prejuzgamiento.

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 incluído 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 unicamente desde que se decrete 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

concurrencia 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 intrinsecamente ligada a la más general de asegura-miento del proceso y, en todo caso, se trata de una función incardinada, o que unicamente 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, logicamente, del aislamiento del sujeto que, en ningún caso, puede consistir en un aislamien-to total, sino subordinado o adecuado a la específica función de la incomunicación (184).

a,)-Sujeto pasivo.-

Del enunciado del art. 506 de la

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, unicamente, 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-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 interpretao 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

del internamiento tan sólo de la parte dispositiva del quto en que se decrete 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 inculpado acerca

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 rrégimen 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

C)- LA PRISION ATENUADA.-

La prisión atenuada constitu ye 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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, dificilmente 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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), dificilmente 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 arbítrio 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 constituído 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 jjurrídica de la prisión preventiva está situada en el campo de tensión entre el deber estatal de perseguir efizcamente 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 dd marzo de 1.916.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 referncia 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 ye, 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 rpoceso 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 1.962.pag. 124 cit.en COBO-VIVES op.cit.pag.489 "rompe equiparación entre dolo y malicia, entendiendo

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

por dolo la simple finalidad dirigida al resultado típico, y por malicia, la intención juridicamente reprobable".

(65) Tratado de Derecho Penal.1.957.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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 lavore 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 conceptuación del trabajo como deber de los penados.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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-condcuta 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

-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-Condcuta 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 integramente 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 absolutoria 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,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 Policia la limitación de derechos, tales como el de la "inviolabilidad del domicilio" y el de la "libertad". Así, eñl art. 553 de la LECrim. autoriza a los funcionarios de policia 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 Policia 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(122) Téngase en cuenta que, según lo establecido por el TEDH en el caso KLASS, las conversaciones telefónicas han de considerarse cpmprendidas 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Cfr. BERNARDI,E. Corrispondenza dei detenuti e diritti findamentali 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 preceptuádo 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de stress permanente, comparable siempre aquel que puede sufrir toda persona detenida a título preventivo".

(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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 tiempoi 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(170) La citada Consulta estableció la no aplicabilidad de la Ley en su conjunto en aquellos casos en que el imputado no compçareciera 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 incomperecencia, 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 inculpado.

(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 Observaciones 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(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 motivas las sentencias. R.D.Proc.ib-filip.1977.

(193) La obligación de motivar los autos de prisión ´ vine establecida en diversas Ordenes Ministe-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

riales, Circulares e Instrucciones de la FTS.

Así, la Orden de 13 de mayo de 1.875 que prohibe 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 proccessuale 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 sindicato di legittimitá della Corte di Cassazione.Riv.it.dir.e proc.pen.1957 pag.429 la motivación lo habrá de ser tanto respecto

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

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 libertà 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

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

embarazada o en situación de lactante, salvo los supuestos de mandato de captura obligatorio o fracultativo 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.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO IV

PROCEDIMIENTO

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

A)- FORMA.-

De acuerdo con lo establecidso en los arts 501 y 517 dela LECrim. la prisión provisional ha de ser adoptada, necesariamente, por medio de auto, el cual, en cualquier caso, y aún en los supuestos de prisión incomunicada o secreto sumarial (1) ha de ser motivado.

La exigencia de que la resolución judicial en la que se decreta la prisión provisional revista la forma de auto responde, no sólo al tenor literal de lo preceptuado en el art. 141 de la LeCrim. que dispone que los autos se dictarán en aquellos asuntos que "decidan. . .la prisión y soltura. . . .", sino también a la necesidad de que el razonamiento del órgano jurisdiccional en el cual se ha asentado la adopción de la medida de privación de libertad, esté contenido en un instrumento útil para, en su virtud, ejercer en su momento, si procede, un efectivo derecho de defensa.

En este sentido, el art. 248,2 de la L.O.P.J. exige que los autos "contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos", que serán siempre fundados o motivados (2). La motivación, pues, es consustancial a la idea de auto y, en mayor medida ha de venir requerida

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

en estos supuestos de restricción de libertad.

a)-La motivación de los autos de prisión.-

a,)-La motivación en general. Su finalidad.-

La motivación de los autos de prisión adquiere un importante significado en la medida en la que, al igual que la incorporada en las sentencias penales, cumple o puede cumplir tres funciones esenciales: De una parte genera una mayor confianza del sujeto pasivo en la Administración de Justicia en tanto que el justiciable puede comprobar que su caso ha sido particularmente analizado; de otra parte, implica una actividad de autocontrol del propio Juez que, en cierto modo, sirve para evitar que se cometan errores judiciales, los cuales, en materia de prisión provisional, y como se verá en su momento, ocasionan importantes problemas en orden a la efectividad de la indemnización que corresponde otorgar al imputado en estos casos (3). Por último, y fundamentalmente, la motivación de los autos de prisión cumple con una función tan esencial como es la de permitir el ejercicio de los oportunos recursos de reforma y apelación previstos en los arts. 504 y 518 de la LECrim., los cuales, si el auto no contuviera una fundamentación fáctica y jurídica

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

completa serían inviables (4).

b,)-La motivación y la presunción de inocencia.-

Como ha puesto de manifiesto reiteradamente el T.C. la presunción de inocencia, como derecho constitucional, exige para que pueda ser desvirtuada y, en consecuencia, dictarse una sentencia condenatoria, la realización de una mínima actividad probatoria producida en el momento procesal oportuno y con todas las garantías necesarias (5).

Para que pueda desvanecerse la presunción de inocencia, por tanto, se requiere la existencia de una verdadera prueba, no la concurrencia de simples sospechas o indicios que de por sí son insuficientes para hacer quebrar el expresado derecho fundamental (6). Por último, nuestro T.C., muy recientemente ha considerado la necesidad de la motivación fáctica de la sentencia, con expresión no sólo de los hechos y las pruebas de cargo, sino también con indicación del "iter" formativo de la convicción, es decir, del razonamiento lógico en el que se apoya la afirmación de la culpabilidad (7).

Como facilmente se puede colegir, todas estas afirmaciones no son totalmente aplicables en lo relativo al auto de prisión y ello porque su adopción

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

no sólo no se apoya en la certeza acerca de la responsabilidad criminal, exigiendo unicamente la concurrencia de "motivos bastantes. . .", sino también porque el auto de prisión se adopta en un momento procesal en el que, tecnicamente, no se pueden producir pruebas, las cuales han de practicarse en la fase del juicio oral.

Ello no obstante, la presunción de inocencia ha de extender sus efectos también a todo lo reltivo a la restricción de la libertad provisional de un sejeto, máxime cuando de lo que se trata es de anticipar los efectos de una futura sentencia. En este sentido, pues, la vigencia del mencionado derecho exige la motivación del auto de prisión que ha de indicar los hechos y fundamentos de derecho por un la do, y, por otro, los "motivos" que han conducido al Juez a su acuerdo y el razonamiento seguido en el cual se apoya el juicio de reproche.

c,)-Contenido de la motivación.-

La somera redacción del art. 141 de la LECrim. que no explicita claramente cual ha de ser el contenido de los autos y la Real Orden de 13 de marzo de 1.895 que literalmente prohibe "el uso por los Jueces y por las Audien-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

cias de fórmulas estampilladas que sustituyan el razonamiento peculiar inexcusable en cada caso", nos llevan a plantearnos lo que puede considerarse la cuestión central del tema que nos ocupa, esto es, los extremos a los que ha de hacer referencia el auto de prisión y, en concreto, si tal resolución judicial ha de contener los hechos o cargos esenciales y si, además, ha de reflejar el razonamiento que el Juez ha seguido para concretar la existencia de unos efectivos "periculum in mora" y "fumus boni iuris".

a,,)-Hechos.-

Tanto la doctrina, como la interpretación que del art. 141 de la LECrim. realiza la FTS y las normas de carácter internacional abogan por la solución de que los hechos que sirven de base al acuerdo de la situación de prisión provisional sean reflejados en el auto en que la misma se adopte.

De este modo, la Circular de 4 de mayo de 1.901 de la FTS establece que la fundamentación del auto en que se decrete la prisión provisional ha de contener, necesariamente, el cargo esencial, esto es, el hecho que determina la imputación (8). En el mismo sentido se expresa la ya reiteradamente mencionada Resolución 65 (11) del Consejo

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de Europa que estima que, dicho auto, ha de indicar el objeto de la privación de libertad, es decir, el hecho que la motiva. La Comisión Europea, por su parte, en las Demandas 8490/79 y 6870/75 establece el derecho del imputado a ser informado, entre otros extremos, de los hechos materiales que justifican la detención preventiva y el no menos importante de que en el recurso que el inculpado, en su caso, interponga, se examinen no sólo las cuestiones de carácter formal, sino también los motivos de fondo.

Así, pues,no parece que el art. 141 de la LECrim., a pesar de su sucinta redacción, pueda ser interpretado de otra forma y ello porque, en el supuesto contrario, el derecho a un efectivo recurso quedaría reducido a la nada ya que, la no expresión de los hechos justificativos de la prisión provisional conduciría a que el planteamiento de tal medio de impugnación unicamente lo podría ser respecto de las cuestiones meramente formales y, en ningún caso, en relación con aquellas que afecten al fondo del asunto.

b,,)-Razonamiento.-

De forma contraria a lo que ocurre con la fundamentación fáctica de las sentencias,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

tema en el que la doctrina se encuentra dividida en función de la redacción expresa del art. 142 de la LECrim. (9), en la motivación de los autos de prisión no parece que pueda encontrarse una polémica parecida y, en principio, tanto la doctrina, como los distintos textos legales se inclinan por estimar la necesidad de que el auto de prisión contenga el razonamiento o, en otra palabra, los motivos que han llevado al Juez a adoptar la medida de privación de libertad.

A ello se refieren expresamente las ya mencionadas Circular de la FTS de 1.901 y la Resolución 65 (11) del Consejo de Europa que establecen la obligatoriedad de incorporar a la resolución judicial restrictiva de la libertad la expresión de los motivos que la justifican (10), es decir, los elementos, indagaciones, actos de investigación etc. . .en los que reposa el razonamiento del Juez y que son concluyentes a los fines de decretar la prisión provisional.

En este sentido, y de acuerdo con CHIAVARIO (11), tal mecanismo sirve de garantía de efectividad del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, y en la medida en la que, como ya se ha expuesto, la prisión provisional, en sí misma, supone una

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

restricción a tal derecho fundamental, el Juez, en un sistema presidido por el principio de discrecionalidad, no sólo ha de ponderar la adecuación de la cautela al hecho y a su resultado, sino que, debe plasmar en el auto que se comunique al sujeto pasivo "las indagaciones y valoraciones" (12) en las cuales basa su decisión.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

B)- EL AUTO DE ELEVACION.-

El auto de elevación de la detención a prisión regulado en el art. 501 de la LECrim. constituye el modo normal de adopción de la medida cautelar de la prisión provisional.

A pesar de la sencilla redacción con la que se contempla en el referido precepto, su interpretación no está exenta de problemas generados, la mayoría de las veces, por la aparentemente contradictoria dicción literal de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal , circunstancia que ha dado lugar a una abundantísima literatura jurídica en relación con la resolución judicial que aquí se trata.

De este modo, los mayores problemas se plantean en atención al sujeto activo de la medida, es decir, si el mismo lo ha de ser exclusivamente el Juez de Instrucción competente o, si por el contrario, y a tenor de lo establecido en el art. 502 pueden los Jueces de Distrito e, incluso, los de Instrucción no competentes, proceder a acordarla.

La respuesta a esta cuestión no es tarea fácil como ha puesto de manifiesto reiteradamente la doctrina, dado que, la misma ha de relacionarse, necesariamente, con aquella referida a la preceptivi-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

dad del auto de procesamiento con anterioridad al de prisión, siendo así que, a tenor de lo preceptuado en el art. 384 de la LECrim., tal resolución debe ser decretada por el Juez de Instrucción.

Así, si se estima la necesidad de que el auto de procesamiento se acuerde previamente al de prisión, resultará imposible la adopción de dicha medida cautelar por los Jueces de Distrito y, de esta manera, quedará desvirtuado el art. 502 de la LECrim.

Por el contrario, si se considera que el procesamiento no afecta en modo alguno a la prisión provisional, carecerá de sentido la imputación requerida para acordar la prisión provisional y ello porque, como ya se dijo (14), los "indicios. . ." del art. 384 son de una menor entidad que los "motivos. . ." del art. 503.

Por tanto, el régimen aplicable a la regulación del auto de elevación debe partir, necesariamente, de la interpretación de los dos supuestos enunciados y, dados los distintos procedimientos existentes en nuestro ordenamiento procesal penal, es conveniente hacer referencia a los mismos según se trate del procedimiento común ordinario o de los procedimientos regulados en los arts. 779 y ss. de la

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

LECrim. y en la L.O. 10/80, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

No obstante, y aunque posteriormente trataremos de este punto con mayor precisión, es conveniente apuntar ya desde este momento que la posterior exposición tropieza frontalmente con la actual práctica de hacer reconducir los sumarios a las llamadas diligencias previas en las cuales se adopta la prisión provisional sin la previa resolución de procesamiento y con una merma considerable de las más elementales garantías del imputado.

a)-Procedimiento común ordinario.-

a,)-El auto de procesamiento y la prisión provisional.-

Como ya se puso de manifiesto en un capítulo anterior, la imputación subsumida en la expresión "indicios" recogida en el art. 384 de la LECrim. y la requerida para la concurrencia de los "motivos" del art. 503, son, no sólo conceptualmente, sino también cuantitativamente diferentes.

Así, y en función de razones de naturaleza cualitativa, los "indicios" tienen un acrácter eminentemente objetivo, apoyados siempre en un dato fáctico, real, del cual, y por medio de una operación lógica,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

se extrae una presunción que, en el caso del procesamiento, ha de ser de imputabilidad (13), mientras que los "motivos" poseen una naturaleza subjetiva que precisa para su existencia no de una simple creencia, sino de una verosimilitud (14).

Por su parte, y desde un punto de vista esencialmente cuantitativo, la diferencia entre "indicios" y "motivos" es también digna de ser apreciada.

Mientras que los "indicios" implican una simple posibilidad racional (15), una duda sobre la inocencia (16), los "motivos" exigen una mayor certeza sobre el juicio de reproche (17), una convicción basada en los datos del sumario (18) que permita sostener, de forma provisional, la responsabilidad criminal del suejto.

De todo lo expuesto se puede concluir la preceptividad del auto de procesamiento con anterioridad al de prisión y ello por la mayor imputación exigida en el segundo caso, en el cual se subsume la requerida en el primero de ellos.

En consecuencia, pues, y como regla general, se puede sostener que el auto de procesamiento debe ser anterior o, en todo caso, simultáneo, al de prisión (20).

Ello no obstante, la propia FTS en la Memoria

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de 1.946 (21) autorizó a que la prisión provisional se decretara sin procesamiento previo en los casos previstos en el art. 499, es decir, aquellos en los que el detenido es entregado a un Juez incompetente y se dan los requisitos previstos para acordar tal medida cautelar.

En definitiva, pues, y de acuerdo con lo expuesto en la Memoria de la FTS citada, el procesamientro es un requisito exigido "a priori" para la adopción de la prisión provisional salvo en los supuestos específicos concretados en el art. 499 de la LECrim. en que tal resolución judicial puede dictarse sin la concurrencia del auto previsto en el art. 384.

b,)-Sujeto activo.-

Co carácter general, el único órgano jurisdiccional al cual está atribuida la facultad de adoptar el auto de elevación de la detención a prisión, lo es el Juez de Instrucción competente, único, a su vez, legitimado por el art. 384 de la LECrim. para decretar el procesamiento de la persona sometida a un procedimiento penal.

De este modo, pues, y salvo los contados casos del art. 499 de la LECrim., los órganos judiciales a los que se refiere el art. 502 y a los cuales

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

atribuye la función de acordar la prisión provisional gozarían de una esfera de actuación muy limitada, recayendo, en consecuencia, el mayor grado de poder en los Jueces de Instrucción que dirigieran el sumario.

La doctrina, sin embargo, a este nivel, no es pacífica y ha generado multitud de soluciones tratando de atemperar los arts. 384 y 502 de la LeCrim.

Así, para HERCE QUEMADA (22), la prisión provisional puede ser adoptada, unicamente, por el Juez Instructor del sumario, si bien entiende por éste, a tenor de lo establecido en el art. 502, no sólo al Juez de Instrucción, sino también al de Distrito que actúa a prevención o por delegación.

Para AGUILERA DE PAZ (23), en tanto que el procesamiento es un requisito previo o simultáneo a la prisión provisional y el art. 502 faculta a los Jueces de Distrito a decretar esta última medida, el auto de procesamiento puede ser dictado por los "Jueces Comarcales".

Por último, para GIMENO (24) y MATTES (25), aún siendo el procesamiento un presupuesto previo para la adopción de la prisión provisional , en determinados casos, y dado que el detenido se

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

entrega a un Juez incompetente, éste debe proceder a actuar de acuerdo con el art. 501, aunque no se haya procesado al sujeto, para no incurrir en un delito de detención ilegal en función del transcurso de las setenta y dos horas que el art. 497 establece como plazo máximo de tal medida provisionalísima. En cualquier caso, dice GIMENO (26), el auto de ratificación es competencia exclusiva del Juez de Instrucción competente a tenor de los términos literales en los cuales se expresa el art. 516, es decir, la necesidad de que el presunto reo sea "oído", o sea, se le tome declaración indagatoria, la cual, como es sabido, y a tenor del art. 386 de la LECrim., requiere el previo procesamiento.

Sin dudar de la sólida base en la que descansan todas y cada una de las teorías aquí esbozadas, no puede negarse que, para nosotros, la última de ellas posee innumerables ventajas respecto de las dos primeras y ello porque en primer lugar permite distinguir entre procesamiento y prisión provisional, otorgando la competencia para la adopción de la medida recogida en el art. 384 a quien, en función de tal precepto, le corresponde, es decir, al Juez de Instrucción y, en segundo

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

lugar, compatibiliza el art. 502 con las exigencias derivadas de la celeridad que la LECrim. impone en todo lo referente al acuerdo de medidas privativas de libertad.

Ello no obstante, y dados los distintos supuestos que la LeCrim. contempla en los arts. 497 a 500, parece conveniente analizar cada uno de ellos por separado para así concretar la efectiva amplitud de la vigencia de la tesis que apoyamos.

a,,)-Art. 497.-

Se recogen en este precepto aquellos supuestos en los cuales el detenido es entregado al Juez o Tribunal propio de la causa, es decir, competente.

Es indiferente en este caso que el imputado haya sido o no procesado ya que, en definitiva, tal evento puede tener lugar dada la dependencia del mismo del Juez de Instrucción.

A tenor de lo señalado en el presente artículo, el órgano judicial a quien se remita el sujeto debe proceder a elevar la detención a prisión o dejarla sin efecto en el término de setenta y dos horas desde que dicho sujeto le haya sido entregado.

Así, pues, se establece aquí la norma general,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

o sea, la de elevación de la detención a prisión en el término de setenta y dos horas, término máximo de duración de la detención judicial.

Por tanto, en estos supuestos es obligado el procesamiento con carácter previo a la prisión y ello porque el Juez de Instrucción que tiene a su disposición al inculpado es el que resulta competente para conocer de la causa y, en consecuencia, para decretar la resolución judicial prevista en el art. 384 de la LECrim.

En definitiva, pues, en el ámbito del art. 497 sólo el Juez de Instrucción competente estará habilitado para decretar la prisión provisional debiendo, en todo caso, acordar con anterioridad o simultáneamente, el auto de procesamiento.

b,,)-Art. 498.-

La nota común que hace referencia a los motivos de detención contemplados en el art. 498 de la LECrim., como pone de manifiesto SOTO NIETO (27), es la de la existenciaa del procesamiento previo, esto es, que el inculpado ya haya sido procesado con anterioridad por el Juez de Instrucción competente.

La actitud que debe adoptar el Juez a quien se entregue el detenido, dado que no es el competen-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

te, plantea determinadas dudas generadas no sólo por la dicción literal del propio precepto, sino también por la operatividad del art. 188 del C.P.

Así, en virtud de lo expresado en el art. 498 de la LeCrim. parece que el Juez a quien se entregue el detenido no debe, en ningún caso, proceder a acordar su prisión provisional y ello porque tal precepto le encomienda la única función de extender una diligencia expresiva de la persona privada de libertad y otras corcunstancias determinadas debiendpo, posteriormente, remitir la misma al Juez o Tribunal que conociera de la causa.

Por otra parte, a tenor de lo previsto en el art. 188 del C.P., la autoridad judicial a quien se entregue el detenido está obligada a elevar la detención a prisión o dejarla asin efecto en el plazo de setenta y dos horas desde que el mismo fue puesto a su disposición incurriendo, en caso contrario, en el delito sancionado en el mencionado precepto e incriminado con la pena de suspensión.

Los problemas que plantean estas incógnitas suscitaron serias dudas que dieron lugar a una Consulta elevada a la FTS y que generó una respuesta que se refleja en la Memoria del año 1.909 (28) que ofrece una solución clara y terminante a esta

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

cuestión.

Para el más alto órgano de la Fiscalía del Estado, efectivamente, la redacción de los arts. 213 y 214 del C.P. (hoy 188) parece obligar a los Jueces que procedan a la detención a elevar la misma a prisión "para evitar que algún caso dure más de setenta y dos horas. . ." y, en algunas ocasiones, según lo expuesto en la Memoria que comentamos, los órganos judiciales recurren a la práctica de telegrafiar al Juez competente para que éste acuerde lo que estime oportuno, actuando, en consecuencia, por delegación (29).

Ello no obstante, para la FTS no es este el procedimiento adecuado a seguir en los casos del art. 498 sino que, antes al contrario, y a tenor de la dicción literal del citado precepto, "el Juez incompetente para conocer del sumario debe abstenerse de decretar la prisión del detenido y procediendo a extender inmediatamente la diligencia . . . .deberá remitir las actuaciones y la persona del detenido a disposición del Juez o Tribunal que conociere de la causa, el cual elevará la detención a prisión o la dejará sin efecto en el término de setenta y dos horas, a ~~contar~~ contar desde que el detenido le hubiere sido entregado y sea

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

cual fuere el lapso de tiempo que se emplee en la conducción ante él del detenido".

Así, pues, y de acuerdo con esta interpretación, en estos supuestos en los que, como ya es sabido, se ha dictado previamente el procesamiento, el plazo de la detención judicial se interrumpe durante el periodo en el que el inculpado se encuentre sometido a la jurisdicción del Juez incompetente, cuya función no debe extenderse nunca más allá de la de redactar las oportunas diligencias y poner al sujeto a disposición del Juez que conozca de la causa. En estos casos, por tanto, no debe considerarse de aplicación el art. 188 del C.P.

c,,)-Art. 499.-

De acuerdo con lo establecido en la Memoria de la FTS de 1.946 (30), el procesamiento es siempre un requisito previo a la adopción de la prisión provisional salvo en los supuestos contemplados en el art. 499 de la LECrim.

En efecto, y a tenor de los motivos expresados en este precepto, cuando la detención lo sea con motivo de la comisión de un delito flagrante o, sin darse esta condición, el sujeto no se halle procesado y concurran las circunstancias previstas en el art. 490,4 de la LECrim. (31), el Juez a

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

quien se entregue el detenido, sea éste competente o incompetente, deberá, en cualquier caso, elevar la detención a prisión en el término de setenta y dos horas.

Así, pues, resulta de ello que si el Juez ante el cual se puso a disposición el sujeto no es el propio de la causa e, incluso, no es de Instrucción, no obstante tales circunstancias, está obligado a elevar la detención a prisión sin que, por otra parte, pueda dictar auto de procesamiento dada la redacción del art. 384.

En consecuencia, tan solo en los casos previstos en este precepto, es decir, en el art. 499 de la LECrim. le está permitido a los Jueces de Distrito proceder a decretar el auto previsto en el art.: 501 de la LECrim. y, por tanto, una vez el preso puesto a disposición del Juez de Instrucción competente deberá este dictar el auto de procesamiento y, en el plazo previsto en el art. 516, ratificar el auto de prisión en los términos establecidos en el mismo (32).

d,,)-Art. 500.-

El presente precepto no plantea problema alguno en lo relativo a la prisión provisional en cuanto que viene referido a los supuestos en

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

los que la detención tiene luger respecto de personas previamente condenadas por medio de sentencia firme.

En definitiva, pues, y a modo de conclusión, se pueden establecer las siguientes consideraciones:

x)-Como regal general, el sujeto activo del auto de elevación lo ha de ser el Juez de Instrucción competente, único, a su vez, legitimado para dictar el auto de procesamiento.

y)-En los supuestos recogidos en el art. 498 el Juez de Distrito a quien se entregue el detenido debe abstenerse de decretar la prisión provisional no siéndole, por otra parte, de aplicación el art. 188 del C.P.

z)-Los Jueces de Distrito o de Instrucción no competentes, en los casos previstos en el art. 499, deben proceder en el término de setenta y dos horas a elevar la detención a prisión. Con posterioridad, y una vez puesto el preso a disposición del Juez encargado de la causa deberá éste decretar, en primer lugar el procesamiento y, seguidamente, ratificará el auto de prisión tras la oportuna declaración indagatoria.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

b)-Procedimientos de urgencia para delitos menos graves y leves.-

Estos procedimientos, en la actualidad, pueden ser reconducidos a tres: por un lado el procedimiento de urgencia competencia de las Audiencias y aquel otro del que conoce el propio Juez de Instrucción creados por la Ley 3/1967, de 8 de abril y, por otro lado, el procedimiento para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes introducido en nuestro ordenamiento por medio de la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre.

El art. 785,8-a contempla las dos reglas que son de aplicación en los casos en los que haya de adoptarse la prisión provisional en los procedimientos que comentamos:

Por una parte, se establece en tal precepto que la prisión se podrá acordar por el Juez en los casos generales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por otra parte, se suprime el auto de ratificación del art. 516 de la LECrim. con lo cual los problemas arriba apuntados en relación con el previo procesamiento y el sujeto habilitado para la adopción del auto de elevación se complican enormemente.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

De este modo, y dada la remisión a las normas comunes que efectúa el citado art. 785,8-a parace claro que es de aplicación lo expuesto más arriba para los distintos casos de detención previstos en lso arts. 497 a 500 de la LECrim., siendo, por tanto, reglas generales las esbozadas para el procedimiento común, es decir, la obligatoriedad del previo procesamiento y la competencia exclusiva, salvo las excepciones derivadas del art. 499, del Juez de Instrucción competente para proceder conforme a lo determinado en el art. 501 de la LECrim.

Ello no obstante, la desaparición del auto de procesamiento en algunos casos y la no necesidad de posterior ratificación, obliga a realizar determinadas precisiones que han de partir de la regulación concreta de cada uno de los referidos procedimientos.

a,)-Procedimiento competencia de las Audiencias.-

De acuerdo con el art. 793 de la LECrim. en los supuestos en que sea de aplicación este procedimiento el Juez de Instrucción, en el momento en que se den las circunstancias previstas en el art. 384 de la LECrim., deberá proceder a dictar el oportuno auto de procesamiento, resolución en la cual, además, habrán de acordarse las medidas

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

recogidas en el art. 785,5, es decir, la prisión provisional entre otras.

En estos casos, por tanto, el procesamiento sigue siendo un requisito previo a la adopción de la prisión provisional.

En todo caso, cuando sea de aplicación este último precepto, la prisión provisional habrá de acordarse sin procesamiento anterior y, aunque el auto de ratificación haya sido suprimido con carácter general, el Juez, a tenor de lo preceptuado en el art. 793,4 deberá, necesariamente, ratificar o dejar sin efecto, en el mismo auto de procesamiento, las medidas previstas en el art. 785,8 que se hubieren adoptado con anterioridad.

En consecuencia, si bien formalmente el auto de ratificación del art. 516 ha sido obviado en este procedimiento, el Juez ha de hacer mención expresa a la continuidad de la privación de libertad o a su levantamiento por prescripción legal, lo cual supone la existencia de un cierto paralelismo con lo establecido para el procedimiento común.

b,)-Procedimiento competencia de los Jueces de Instrucción.-

La propia redacción del art. 790 en cuanto a la exigencia o no de decretar el auto

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de encartamiento contra las personas sometidas a este procedimiento plantea las lógicas dudas derivadas, en consecuencia, de su preceptividad en lo referido a la adopción de la prisión provisional.

Varios son, pues, los problemas que ocasiona la figura del "encartamiento" y que se pueden reconducir a dos: a,,)-Su necesidad. b,,)-Momento para su adopción.-

a,,).-

De acuerdo con el tenor literal del art. 790-3 parece deducirse la no obligatoriedad del auto de encartamiento en todos los casos en que sea de aplicación el presente procedimiento.

En atención a lo expuesto por IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO (33) la intención del legislador fue la de suprimir esta declaración formal, por otra parte, equivalente al procesamiento, en los casos en que accionara exclusivamente el M.F., exigiéndola, contrariamente, en aquellos otros en que actuara cualquier sujeto en calidad de acusador particular (34).

En este sentido, pues, de seguirse esta interpretación, resultaría la no necesidad de efectuar ninguna declaración previa de inculpación formal respecto

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

del sujeto pasivo de una medida cautelar de privación de libertad.

b,,)-

Los problemas que se podrían derivar de la aceptación de una exégesis de la norma procesal como la realizada más arriba romperían con la exigencia tradicional de la obligación del procesamiento con anterioridad a la adopción de la prisión provisional y, a la vez, chocarían frontalmente con la propia letra de la LECrim. que, en otros preceptos, parece indicar la necesidad de la declaración de encartamiento para poder proceder a la adopción de la cautela prevista en los arts. 503 y ss. de la LECrim.

De este modo, el auto dee encartamiento deviene preceptivo para decretar la prisión provisional en opinión de IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO (35) dada la redacción del art. 785,8 de la LECrim. que, al remitir la adopción de tales medidas a las normas generales de los arts. 501 y ss., parece exigir una declaración en ese sentido. Igualmente, en opinión de este autor, a tal conclusión se llega mediante una lectura de determinados preceptos de la LECrim. y, en concreto, el art. 789 que, al regular las diligencias previas, fase anterior

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

a las preparatorias y con una finalidad instructora (36), ya se refiere a los "encartados", de lo cual se deduce su obligatoriedad para el caso de que, en tal momento, haya de adoptarse la prisión provisional (37).

Así, pues, el auto de encartamiento actúa como una garantía para el inculpado al que no debe bastar con ser considerado sujeto pasivo delk proceso sin una declaración formal en este sentido (38).

En definitiva, por tanto, y a modo de conclusión, el auto de encartamiento no resulta preceptivo en los casos en que se constituye unicamente como parte actora el M.F., pero debiera devenir siempre obligatoria su adopción cuando hubiera de decretarse la prisión provisional con independencia de los sujetos activos del proceso.

c,)-Enjuiciamiento de la L.O. 10/80, de 11 de noviembre.-

El nuevo procedimiento creado por la L.O. que encabeza este epígrafe supone una ruptura con las reglas generales de aplicación en materia de adopción de la prisión provisional y ello por el hecho de la supresión del auto de procesamiento e, incluso, del arriba comentado de encartamiento.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

De acuerdo con lo preceptuado en el art. 5º de la L.O. 10/80, la prisión provisional se acordará por el Juez de Instrucción, una vez concluídas las diligencias que en estos casos se encomiendan a la Policía Judicial y oída la declaración del detenido.

En estos supuestos, pues, son de aplicación los requisitos generales comentados anteriormente respecto de los arts. 497 a 500 de la LECrim., si bien, efectivamente, la no necesidad del auto de procesamiento conlleva que el Juez de Instrucción competente, una vez puesto a su disposición el preso unicamente deberá revocar la medida o mantenerla sin una resolución expresa al respecto.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

C)- EL AUTO DE RATIFICACION.-

El auto de ratificación de la prisión provisional previsto en el art. 516 de la LECrim. constituye una de las resoluciones judiciales que más discusiones doctrinales ha generado en torno, no tanto a su específica regulación, sino, fundamentalmente, en cuanto a las propias razones de su subsistencia.

Voces tan autorizadas como las de FAIREN (39), GIMENO (40), PRIETO CASTRO (41) y AGUILERA DE PAZ (42) se han decantado claramente, por los motivos que más adelante se expondrán, como manifiestamente partidarias de su mantenimiento, mientras que, esencialmente, HERCE QUEMADA (43) ha reivindicado su falta de utilidad y, por tanto, su innecesaria vigencia.

No obstante ser maypritaria la doctrina que ha abogado por la no supresión del auto de ratificación, lo cierto es que, en la actualidad, -y aunque en determinados momentos su no adopción por parte de los Jueces dió lugar, incluso, a sanciones penales (44)-, y tras la reforma de la LECrim. de 1.967, su ámbito de aplicación ha quedado reducido al del procedimiento común ordinario ya que, a tenor de lo previsto en el art. 785,8 de la LECrim.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

este trámite no es preceptivo en los procedimientos de urgencia.

a)-Finalidad.-

Dos son, en líneas generales, las funciones más importantes que se han atribuido al auto de ratificación de la prisión provisional.

De un lado, se ha esgrimido reiteradamente por la doctrina que tal resolución judicial constituye el instrumento más adecuado para conseguir que el Juez de Instrucción, tras la adopción del auto de elevación, siga investigando acerca de las causas que originaron tal evento y, si los motivos que dieron lugar al mismo hubieran variado o desaparecido, modifique, no ratificando el referido auto, la situación procesal del inculpado (45). En base a esta finalidad el auto de ratificación se convierte en una garantía para el preso en el sentido de que éste pueda confiar en que su caso va a ser analizado de nuevo.

En base, pues, a estas premisas, la supresión del auto contemplado en el art. 516 es calificada por FAIREN (46) como inexplicable y, en opinión de IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO (47) no reporta ningún tipo de ventajas a la instrucción y sí, en cambio, es perjudicial para el preso.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

De otro lado, el auto de ratificación cumplía hasta la reforma operada en la LECrim. en enero de 1.985 una función esencial cual era la de posibilitar la interposición del oportuno recurso de apelación a tenor de lo precptuado en el art. 517 de la LECrim.

En este sentido, y hasta esa fecha, el auto de elevación previsto en el art. 501 no era susceptible de ser recurrido en apelación y ello porque, en virtud de lo establecido en el art. 217 tal medio de impugnación solo puede entablarse en los casos en los que expresamente la Ley lo autoriza, siendo así que el art. 501 omite toda referencia a esta posibilidad.

La nueva redacción dada al art. 504 por la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, ha supuesto un importante remedio a esta situación, máxime si se tiene en cuanta la inexistencia de ratificación en los procedimientos de urgencia, al permitir que los autos que decreten la prisión, sin distinguir entre el de elevación y el de ratificación, puedan ser recurridos tanto en reforma como en apelación.

En consecuencia, la función que con anterioridad a 1.985 cumplía la resolución judicial prevista en el art. 516 de facilitar la vía del recurso

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de apelación puede considerarse en la actualidad obviada en base a la modificación legal del art. 504 de la LECrim., con lo cual, la finalidad del auto de ratificación queda hoy ceñida a la estricta de potenciar la actividad del Juez en orden al análisis del mantenimiento, cambio o supresión de los motivos que ocasionaron el acuerdo de la prisión provisional.

b)-Momento de su adopción.-

Al igual que en el caso anterio, en el presente, y en aras de la determinación del momento procesal oportuno para que sea decretado el auto de ratificación, son dos los temas o aspectos a los que, necesariamente, hay que referirse.

En primer lugar, es conveniente concretar el significado excato del término "acto de prisión" al que se refiere el art. 516. En segundo lugar, de igual modo, parece apropiado precisar que ha de entenderse por la condición "oído ek presunto reo" que se recoge en el citado precepto.

En relación con la primera de las cuestiones, los autores que han tratado el tema, de forma unánime, han considerado que la expresión "se ratificará. . .dentro de las setenta y dos horas

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

siguientes al acto de prisión" no debe referirse al momento de la puesta a dispoción del preso del Juez de Instrucción competente, y ello porque, como manifiesta REUS (49), tal evento puede producirse, con frecuencia, con posterioridad al acto de prisión, lo cual supondría un dilatamiento del periodo de privación de libertad del preso dada la posibilidad de la excesiva duración de las operaciones de conducción del sujeto.

Ello no obstante, parece conveniente realizar aquí alguna precisión más al respecto de acuerdo con la tesis mantenida por MATTES (50) que, en esencia, viene a considerar que el término de setenta y dos horas debe empezar a computarse desde el momento en el que se dicte el auto de prisión y no, como parece deducirse del art. 516, desde aquel en que, efectivamente, el imputado ingrese en el Centro Penitenciario.

La tesis de MATTES es digna de todo elogio dado que pretende cohonestar, en la medida de lo posible, el término legal de las setenta y dos horas con el tiempo real de la privación de libertad y ello porque, efectivamente, una vez dictado el auto de prisión y estando el sujeto detenido en las dependencias policiales y, consecuentemente, despro-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

visto ya de su libertad de movimientos , puede ocurrir que su traslado a la cárcel se demore en virtud de múltiples razones. En estos casos, pues, de remitir el inicio del cómputo de las setenta y dos horas al momento del ingreso en el Centro Penitenciario, resultaría una excesiva duración de la situación de privación de libertad amparada por la propia dicción literal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, siendo esta una fórmula que debe ser admitida en los casos comunes en los que el inculpado ya se encuentra detenido, resulta inviable en aquellos supuestos en los que el imputado no se halle en tal situación y la resolución judicial del art. 501 se decrete en la misma requisitoria prevista y sancionada en los arts. 512 y ss. de la LeCrim.

Por tanto, siempre y cuando el imputado sea habido en virtud de requisitoria en la cual se ordene el ingreso en prisión del mismo, el término de las setenta y dos horas no parece que pueda empezar a computarse sino desde el momento en que el sujeto sea ingresado en prisión y ello porque desde la emisión del mandato de búsqueda y captura y hasta la efectiva aprehensión del sujeto puede transcurrir un lapso de tiempo muy

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

superior, en cualquier caso, al ya referido de las setenta y dos horas.

La segunda cuestión planteada, es decir, el significado de la expresión "oído el presunto reo" plantea, en principio, menos problemas que la anterior y ello por la casi total unanimidad de la doctrina al respecto.

En general, y salvo algún autor como SOTO NIETO (51) que mantiene la opinión de que el art. 516 está haciendo referencia no a una audiencia del inculado sobre los hechos que se le imputan, es decir, a una declaración en el sentido formal como la recogida en los arts. 386 y ss., sino a una mera posibilidad de alegar lo que /estime conveniente a su defensa", o sea, una intervención tan solo relativa al hecho concreto de la prisión; el resto de la doctrina mantiene una opinión diferente consistente en hacer equivalente tal declaración con la indagatoria prevista en los antes citados preceptos de la LECrim.

En esta línea, para AGUILERA DE PAZ (52) y MATTES el imputado habrá de ser oido no sólo sobre todos aquellos puntos relativos a la medida de la prisión provisional, sino, esencialmente, sobre los hechos

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

que se le imputan en general, lo cual, a grandes rasgos, coincide con el contenido de la indagatoria sancionada en los arts. 386 y ss. de al LECrim.

Tal opinión, además, viene refrendada por los argumentos en su momento esgrimidos a favor de la necesidad del previo procesamiento con anterioridad al auto de ratificación (54), siendo así que la LECrim. considera obligatorio, tras la resolución judicial contenida en el art. 384, proceder a tomar declaración indagatoria al procesado (55).

c)-Naturaleza.-

Las peculiaridades propias del auto de ratificación en tanto que el mismo no crea una situación "ex novo" de privación de libertad, ya que tal situación se produjo con el anterior auto de elevación, han llevado a la generalidad de la doctrina a considerar que el auto previsto en el art. 516 de la LECrim. no es otra cosa que una especie de reforma o reposición que se plantea, necesariamente, por ministerio de la ley (56).

En este sentido, pues, resulta de ello que el Juez, por voluntad del legislador, está obligado a replantearse los motivos que ocasionaron en su momento la adopción de la prisión provisional y reconsiderar su opinión, es decir, mantener o revocar el acuerdo de prisión que tomó en su día.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Sin embargo esta tesis ha de ser debidamente matizada en base a dos datos dignos de consideración. En primer lugar que, si bien y como mantiene la doctrina el auto de ratificación presenta todas las características propias de un recurso de reforma, como es sabido, y a tenor de lo establecido en los arts. 219 y ss. de la LECrim., tal remedio ha de interponerse ante el Juez que dictó la resolución recurrida, siendo así que el auto de elevación, en los casos en que la detención se efectúa en base a los supuestos previstos en el art. 499 de la LECrim., puede ser decretado por un órgano judicial distinto al competente para acordar la resolución que el art. 516 prevé.

En segundo lugar es conveniente matizar que, a pesar de que atribuya al auto de ratificación una pretendida naturaleza de recurso de reforma, ello no es óbice para que el imputado, en el caso de intentar impugnar tal acuerdo, haya de utilizar previamente y según lo establecido en el art. 518 de la LECrim. el recurso de reforma, ya que el art. 222 de la norma procesal penal es claro al exigir su ejercicio con anterioridad al de apelación (57).

Así, pues, y a modo de conclusión, parece evidente

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

que el auto de ratificación desempeña, al menos en un plano teórico, una función esencial de garantía del imputado en el sentido de obligar al Juez a realizar un nuevo análisis sobre la situación personal del sujeto y los motivos que ocasionaron su privación de libertad.

Pero, a pesar de los argumentos expuestos, resulta también digna de consideración la tesis de HERCE (58) según el cual el auto de prisión, al ser reformable de oficio en cualquier momento de la causa en virtud del art. 539, parece obviar la necesidad del mantenimiento de la resolución judicial prevista en el art. 516, argumento al cual, añadimos nosotros, hay que sumar la posibilidad de que el auto de elevación sea recurrido en apelación desde la última reforma operada en los arts. 503 y 504 en virtud de la L.O. 9/1984.

Estas últimas consideraciones parece que han tenido un cierto eco en la voluntad del legislador de modo tal que el anteproyecto de reforma de la LECrim. realizado por el Ministerio de Justicia e informado por el Consejo General del Poder Judicial contempla, entre otras muchas modificaciones, la supresión definitiva del auto de ratificación (59), hecho que, si bien no aporta ventajas a

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

la instrucción, tampoco conlleva una importante merma de garantías del inculpado dada su posibilidad de accionar, las veces que estime oportuno, contra la resolución judicial que le privó de libertad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

D)- EL DERECHO DE DEFENSA.-

El derecho de defensa, consagrado en el art. 24 de la C.E. e interpretado por el T.C. como uno de los aspectos integradores del más amplio a la tutela efectiva (60), adquiere una dimensión especial cuando de lo que se trata es del amparo de la libertad de los ciudadanos y, fundamentalmente, cuando tal derecho resulta restringido por medio de una resolución judicial, cual es la de elevación de la detención a prisión e, incluso, la de ratificación, ya que, la situación posterior, generada por los tales actos del Juez, puede considerarse como la más grave que puede decretarse en el proceso penal.

En atención, pues, a las cualidades implícitas al estado de prisión provisional, es conveniente hacer aquí referencia no al derecho de defensa desde una vertiente general, sino más en concreto a su manifestación en el punto que nos ocupa, es decir, el contenido del mismo en materia de prisión provisional y las consecuencias que se derivan de él en cuanto a la obligación del Juez de priceder al nombramiento de un Letrado de oficio.

a)-Contenido.-

El ejercicio de los recursos de refor

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

ma y apelación previstos en este caso en el art. 504, así como los especiales de amparo ante el T.C. o el individual ante el TEDH requieren, para su efectividad, dos condiciones esenciales que, en el supuesto de ser obviadas, convierten en ineficaces las tales facultades que la ley otorga al sujeto. Estas son: a,)-La comunicación al imputado de la resolución judicial en la que se decreta la prisión provisional de una forma inteligible. b,)-La puesta en conocimiento del mismos de los motivos y causas en que se asienta la decisión del Juez de tan graves consecuencia para el imputado.

a,)-Puesta en conocimiento.-

De acuerdo con lo establecido en el art. 520,2 de la LECrim., toda persona presa ha de ser informada, de modo que le sea comprensible, de las razones y hechos que motivan su privación de libertad y de una serie de cuestiones que, a continuación se especifican y que guardan una especial relación con el tema que nos ocupa, es decir, el del derecho de defensa.

En atención, pues, a la consagración copnstitucional del derecho a la autodefensa, también recogido en los arts. 6,3-c del CEDH y 14,3-d del PIDH, y como una de sus manifestaciones, el imputado

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

debe ser ilustrado, para su ejercicio si lo estima oportuno, de su facultad de guardar silencio y no declarar contra sí mismo (61).

Igualmente, se posibilita al inculpado a designar un Abogado de confianza y, en todo caso, la obligación de proveerlo de uno de oficio si tal evento no se produce.

A su vez, la LECrim. con la pretensión fundamental de garantizar un efectivo derecho de defensa establece la necesidad de que, en los supuestos en los que el sujeto pasivo no conozca el idioma castellano se le asista de un intérprete, por cuyos servicios el imputado no habrá de abonar cantidad alguna.

Como quiere que el tema de la autodefensa ya se trató en su momento y aquel relativo a la asistencia letrada como derecho o como obligación del órgano jurisdiccional se va a estudiar más adelante, conviene ahora detenerse, unicamente, en dos cuestiones, esto es, la necesidad de la puesta en conocimiento y la obligación de que tal hecho lo sea de forma inteligible para el sujeto.

a,,)-Su necesidad.-

La obligación por parte del órgano jurisdiccional de poner en conocimiento del sujeto pasivo de la medida privativa de libertad

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

tal evento se deriva no sólo de lo preceptuado art. 520 de la LECrim., sino también del tenor literal del art. 5,2 del Convenio Europeo, de la Resolución 65 (11) del Consejo de Europa y del art. 24,2 de la C.E., sin que haya posibilidad, ni aún en los casos de incomunicación (62) de obviar este trámite.

Una actuación en sentido contrario supondría no una restricción, sino una vulneración absoluta del derecho de defensa (63).

b,,)-Inteligibilidad de la puesta en conocimiento.-

Un efectivo derecho de defensa exige, no sólo que el imputado conozca el hecho y los motivos de su privación de libertad, sino que, a su vez, ello lo sea de una manera en la que el sujeto pueda tomar conocimiento de tales extremos por lo que, en cualquier caso, la resolución judicial habrá de hacérsele comprender por los medios que se consideren más oportunos.

En este sentido, pues, tanto la LECrim., como los textos legales arriba citados, inciden de una forma muy especial en la necesidad de que el auto de prisión se comunique al sujeto, cuando no comprenda la lengua o el idioma oficial en el que se sustancien las actuaciones, de una manera que le resulte inteligible.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Si la necesidad de llevar a cabo estos extremos no ha ocasionado problema alguno dado el tenor literal de la LECrim. y el Convenio Europeo, no ha ocurrido lo mismo con el tema relativo a los gastos ocasionados por la intervención de un intérprete al efecto.

Dicha cuestión, y como consecuencia del art. 520,2-a de la LeCrim. debe solucionarse en el sentido de estimar que los honorarios del intérprete han de ser abonados por el Estado ya que tal precepto así lo dispone expresamente, no pudiéndose, por tanto, realizar una interpretación distinta y restrictiva.

Ello no obstante, el TEDH ha tenido que pronunciarse sobre esta cuestión en el asunto LUEDICKE, BELCKACEM y KOC (S.26.abril.1979) en el cual, estos ciudadanos de nacionalidad británica, argelina y turca respectivamente, fueron sometidos a un proceso con ocasión de una infracción al Código de la Circulación en la R.F.A. Dado el desconocimiento del idioma alemán se les nombró un intérprete y, una vez dictada la sentencia, que fue condenatoria, se les exigió el pago de dicho perito.

El TEH estableció que la RFA debía reintegrar a los condenados las cantidades abonadas en concepto

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de gastos de intérprete a resultas de lo estipulado en el art. 6,3-a del Convenio que consagra el derecho de todo acusado " a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no entiende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

Para la RFA, sin embargo, la cuestión desbordaba el ámbito de aplicación de este precepto que se refiere, unicamente, a la audiencia, siendo así que determinados gastos eran imputables al momento de la detención, traducción del acta de acusación etc. . .

De tales argumentos se podría derivar, pues, la no obligatoriedad de asistencia gratuita en un momento distinto del juicio oral y, en especial, el de la detención provisional respecto del cual, el art. 5,2 no establece una norma similar a la contenida en el art. 6,3-a.

El TEDH entendió que el precepto recogido en este último artículo no debía circunscribirse, unicamente, al ámbito del juicio oral, sino que, antes al contrario, el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete tiene la finalidad de que el imputado pueda conocer "todos los actos del procedimiento dirigido contra él", expresión que abarca, por tanto, la comunicación de la resolu-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

ción judicial privativa de libertad (63 bis).

b,)-El contenido de la resolución judicial.-

Como quiera que este punto ya fue tratado al referirnos a la motivación del auto de prisión en este mismo capítulo, allí nos remitimos para su mejor comprensión.

Sea suficiente aquí reproducir que, la resolución judicial privativa de libertad ha de ser convenientemente motivada y que, tal motivación ha de contener, para que se pueda considerar suficiente, los hechos objeto de la imputación y los motivos que la justifican, es decir, los elementos, indagaciones, actos de investigación etc. . .en los cuales se asienta el razonamiento del Juez que ha decretado la medida cautelar (64).

b)-La defensa formal. Derecho u obligación del órgano jurisdiccional.-

Dejando de lado, por haber sido ya tratado anteriormente en otro epígrafe, el tema de la autodefensa, interesa ahora plantearnos la cuestión de si el derecho de defensa en su acepción formal o técnica, es decir, la asistencia de letrado , constituye un derecho del imputado o, si por el contrario, se conforma como una obligación para el órgano jurisdiccional en el sentido

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de que éste debe proceder a designar un Abogado de oficio, ante la inactividad del sujeto pasivo del proceso, en el momento en que se decrete la prisión provisional.

Una respuesta adecuada a este interesante asunto ha de partir, necesariamente, de una breve referencia a las transformaciones que, en nuestra historia reciente, se han producido en la LECrim. y, en concreto, en el art. 118.

Hasta el año 1.978, en el cual, en virtud de la Ley 53 de 4 de diciembre el régimen jurídico de la defensa sufrió importantes modificaciones, adquirió toda su vigencia la clásica tesis de JIMENEZ DE ASENJO (65) de acuerdo con la cual la defensa técnica resultaba prohibida con anterioridad al auto de procesamiento, constituyéndose en un derecho del imputado a partir de este momento y, en cualquier caso, la obligación del órgano jurisdiccional de proceder a la designación de un Abogado de oficio, si el procesado no lo hacía, sólo había de tener lugar desde que las partes hubieran de redactar sus escritos de calificación (66).

a,)-Defensa formal voluntaria.-

La citada Ley de

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

1.978, supuso una modificación esencial de este sistema y ello como consecuencia de que se adelantó el nacimiento del derecho de defensa a aquel en el cual se adquiere el status de imputado.

Desde esta fecha, por tanto, la defensa formal devino voluntaria a partir de la concurrencia de cualquiere de los tres modos en los que una persona puede devenir imputada, esto es, la comunicación de la existencia de un procedimiento penal dirigido contra ella, el auto de procesamiento o la sumisión a cualquier medida de carácter cautelar (67).

Así, pues, y a tenor de lo establecido en el nuevo art. 118 de la LECrim., toda persona tiene derecho a designar un Abogado de confianza o a solicitar que le sea nombrado de oficio, desde este mismo momento, es decir, que la adquisición del status de imputado implica el nacimiento del derecho de defensa (68).

b,)-La Defensa formal como obligación del órgano jurisdiccional.-

Para PISAPIA (69) "el defensor de oficio. . .es sobre todo un garante de los derechos que la ley reconoce al imputado".

De las palabras del profesor italiano facilmente

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

se puede colegir la importancia que, en el proceso penal posee la asistencia letrada y, en especial, en aquellos aspectos que de una manera más directa, afectan al derecho a la libertad personal que, por su relevancia merece una mayor atención y cuidado.

No basta, por consiguiente, la mera consagración del derecho de los ciudadanos a ser asesorados y defendidos por un especialista sino que, dada la naturaleza pública del derecho de defensa (70), se hace necesario que, en los casos en los que el sujeto haga dejación de su posibilidad de nombrar un Abogado de confianza, el Estado, en aras de un proceso penal efectivo y respetuoso con los intereses individuales que se dilucidan en el mismo (71), ha de proceder a la designación de un defensor de oficio.

La mencionada obligación del Estado de procurar la defensa técnica de los ciudadanos plantea, no obstante, un problema fundamental, a saber, el del momento a partir del cual el órgano jurisdiccional debe cumplir la misma.

Así, y partiendo de la redacción del art. 118 de la LECrim. que establece que ello ha de tener lugar "cuando la causa llegue a estado en que

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

se necesite el consejo de aquellos (abogado) o haya de intentar algún recurso que hiciere indispensable su actuación", muchas han sido las teorías elaboradas por la doctrina, las cuales, por su interés, conviene expresar aquí.

Para JIMENEZ DE ASENJO (72), y a tenor de lo establecido en el art. 652,2 de la LECrim., la defensa como obligación del órgano jurisdiccional aparece en el momento en que hayan de redactarse los escritos de calificación provisional que, de acuerdo con el art. 651 debe ser firmado por Letrado y que, en todo caso, es un acto imprescindible en el proceso penal pues en el mismo se deduce la pretensión (73).

Una postura similar es la mantenida por MORENO CATENA (74) para quien la defensa como obligación del órgano jurisdiccional no deviene en la fase de sumario salvo en dos supuestos cuales son: que el imputado carezca de la aptitud necesaria para realizar por sí mismo el nombramiento; que hubiera de practicarse la prueba anticipada de testigos.

En consecuencia, para este autor, la defensa técnica en el sumario tan solo lo es a título facultativo.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Para GIMENO (75) en un primer momento, tal evento debía producirse tras la adopción del auto de procesamiento y ello porque la LECrim. faculta al imputado a recurrir en reforma y apelación dicho auto, siendo así que el art. 221 de este texto legal impone la obligación de que dichos medios de impugnación vengan suscritos siempre por Letrado(76).

Un ámbito más amplio de operatividad le ha sido atribuido por RAMOS MENDEZ (77) para quien el abogado debe ser designado desde el primer momento, es decir, rechaza que lo pueda ser a partir de los escritos de calificación y se decanta por la necesidad de la defensa técnica "desde el principio de las actuaciones".

Una tesis más precisa y que, posiblemente, podría subsumirse en la anterior, es la defendida por GIMENO (78) y FAIREN (79), los cuales estiman que la asistencia letrada deviene obligatoria a partir del momento en que se decrete la prisión provisional del imputado.

En concreto, para GIMENO, tal argumentación se encuentra apoyada en tres razones esenciales: en primer lugar, considera que, dado el carácter cautelar de la prisión provisional y sus efectos

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de anticipación de la pena, la intervención de Letrado, en tanto ello supone una restricción de la presunción de inocencia, es a todas luces necesaria; en segundo lugar, estima que los límites establecidos en la actualidad a la duración de la prisión provisional requieren, para que no sean vulnerados, la asistencia de un técnico en derecho que vele por su efectivo cumplimiento. En tercer y último lugar, y de acuerdo con FAIREN, apoya su razonamiento en la posibilidade existente de recurrir el auto de prisión tanto en reforma como en apelación, siendo así que, como ya dijo, el art. 221 de la LECrim. impone el requisito de que los tales medios de impugnación sean suscritos por Abogado y Procurador.

Es esta última interpretación, es decir, la mantenida por GIMENO y FAIREN (80) la que nos parece más adecuada y ello por ser en mayor medida consecuentemente no sólo con el tenor literal del art. 118 de la LECrim.-(que rechazaría el nombramiento desde los escritos)-, sino con la propia realidad del proceso penal español.

La subordinación de la defensa técnica obligatoria a la adopción del auto de procesamiento podría afectar gravemente a los intereses del sujeto

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

pasivo de un proceso ya que, debido al auge experimentado por las llamadas "diligencias previas" recogidas en el art. 789 de la LECrim., dicha resolución judicial no se dicta en un primer momento, es decir, en aquel en que comienzan a realizarse los oportunos actos de investigación, sino que se demora hasta poco antes de la apertura del juicio oral.

En efecto, y como ha puesto de manifiesto RAMOS MENDEZ (81), en la actualidad ya no hay sumarios. La instrucción , tal y como la entendió nuestro legislador decimonónico, ha desaparecido y en su lugar se practican diligencias previas que, si bien tienen una naturaleza sumarial o, lo que es lo mismo, constituyen una serie de actuaciones idénticas a las del sumario (82) no reportan las garantías que la LECrim. exige para el sujeto pasivo de un proceso (83).

En este sentido, si bien no se puede mantener que tales diligencias se conforman como una fase secreta del proceso (84) de lo cual se derivarían consecuencias imprevisibles (85), lo cierto es que, la desaparición del auto de procesamiento en el primer momento de las investigaciones conlleva que la adquisición del status de imputado lo sea

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

a través de medios que, en ningún caso, supongan una inculpación formal, con las repercusiones y perjuicios que se derivan de tal eveto, dado que la resolución judicial prevista en el art. 384 de la LECrim., como ha puesto de manifiesto GIMENO (86), es presupuesto previo no sólo de determinadas medidas cautelares, sino de actos de investigación tales, como la indagatoria y, en resumen, constituye una garantía esencial del derecho de defensa.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

E)- LOS MEDIOS DE IMPUGNACION.-

De acuerdo con lo establico por FAIREN (87) " los medios de impugnación aparecen con objeto de evitar la posibilidad de que el error de un Tribunal ocacsione una resolución injusta".

Partiendo de la función que se atribuye a estos actos procesales por el citado autor resulta una mayor evidencia de la necesidad de su configuración cuando de lo que se trata es de preservar el derecho a la libertad, el más importante de los atribuidos a la persona y respecto del cual, la equivocación del Juzgador puede ocasionar consecuencias irremediables (88).

La consagración de los medios de impugnación en materia de prisión provisional viene configurada, de este modo, como un derecho fundamental de los ciudadanos en los textos internacionales de más relevancia en esta materia. Así, por ejemplo, el art. 5,1-4 del Convenio Europeo y el art. 9,4 del PIDH disponen expresamente la facultad, inviolable, de toda persona privada de libertad, de recurrir ante un Tribunal la resolución limitativa del mencionado derecho.

Sin embargo, y junto a la posibilidad atribuida

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

al sujeto de actuar en defensa de sus intereses, la indisponibilidad del derecho a la libertad (89), la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares y la tutela efectiva de la presunción de inocencia, imponen la exigencia de que los mismos órganos judiciales realicen una labor de fiscalización de sus propias decisiones, en la medida en la que el derecho a la libertad recogido en el art. 17 de la C.E. vincula a todos los Poderes Públicos, y su defensa, por tanto, no ha de quedar, exclusivamente, en manos de los particulares.

Por tanto, es conveniente tratar por separado las medidas que los propios Jueces y Tribunales, de oficio, han de adoptar en materia de prisión provisional y en lo referido a su revocación y, a continuación, aquellas que están atribuidas a las personas sujetas a una disposición privativa de libertad.

a)- La regla "rebus sic stantibus" y la reforma de oficio.-

Como ya se ha dicho, los órganos jurisidccionales tienen, entre otras, una misión esencial, cual es la velar por la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Tal misión adquiere una especial relevancia cuando de lo que se trata es de la tutela de la libertad personal que, como es sabido, se puede restringir provisionalmente en atención a exigencias estrictamente cautelares y en base a una serie de datos constituidos por el "periculum in mora" y el "fumus boni iuris" que las justitifican y dotan de una finalidad específica.

La prisión provisional, de este modo, está sometida a la regla "rebus sic stantibus", es decir, que en la medida en que varíen las circunstancias que determinaron su adopción, tal resolución cautelar ha de sufrir, necesariamente, los efectis de dicha modificación (90).

En este sentido, por tanto, es facilmente comprensible el por qué de la existencia del art. 539 de la LECrim. que, en definitiva, no hace otra cosa que consagrar el carácter cautelar de la prisión preventiva al permitir que los autos de prisión puedan ser reformables de oficio o a instancia de parte durante todo el curso de la causa (91).

En atención, pues, a lo dispuesto en este precepto, el Juez, de oficio, y en cualquier momento de la causa, podrá modificar la situación personal

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

del imputado, esto es, estará facultado para decretar su libertad o prisión en base a los datos que, en cada momento, posea.

A pesar de la claridad del precepto, a nuestro juicio, presenta un solo inconveniente y una importante ventaja, a saber, la no obligación de que la revisión de oficio se realice a intervalos periódicos y la no limitación de dicha actividad a un determinado número de actuaciones o el sometimiento a unos plazos señalados.

En consecuencia, el Juez podrá a lo largo de de la causa modificar la resolución judicial las veces que crea conveniente sin tener que someterse al cumplimiento de requisitos formales que, podían consistir en el selamiento de un límite máximo de intervenciones del órgano judicial en este sentido o, en otro caso, el establecimiento de una plazo mínimo entre una y otra, de forma tal que el imputado habría de permanecer en prisión bien por la imposibilidad de una nueva revisión, o bien por no haber transcurrido el mínimo de tiempo exigido (92).

En segundo lugar, nuestra LECrim. desconoce la exigencia de que los Jueces o Tribunales que han adoptado una medida privativa de libertad hayan

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de , necesariamente, hayan de valorar su conveniencia o inconveniencia a intervalos regulares, prescripción que realiza la Resolución 65 (11) en su punto 1-a y que el TEDH ha reiterado constantemente (93) como una exigencia más de garantía del derecho reconocido en el art. 5 de la Convención.

La introducción en nuestro ordenamiento de una prescripción así constituiría una importante garantía para el preso, dado que, la enorme cantidad de trabajo de los Juzgados españoles y la falta de medios materiales y humanos ocasionan, la mayoría de las veces, la falta examen particularizado de la situación del preso preventivo y de la posible modificación de las circunstancias que dieron lugar a la adopción de la medida cautelar.

En definitiva, pues, y de "lege ferenda", sería conveniente la introducción de una disposición que obligara a los órganos jurisdiccionales a un control periódico de la resolución privativa de libertad sin que ello conllevase la desaparición de la posibilidad de revocación de oficio de la medida a lo largo de la causa o el sometimiento de tal actividad a determinados plazos o condiciones.

b)-Los medios de impugnación.-

Junto a la posibili-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

dad, que no obligación, de que los Jueces, de oficio, modifiquen la situación procesal del imputado, la LECrim. y otros textos legales conceden al inculpado el derecho a utilizar a su favor determinados medios de impugnación.

Nuestra norma procesal establece en los arts. 504 y 517 la susceptibilidad de los autos de prisión de ser recurridos tanto en reforma, como en apelación.

A su vez, la L.O.T.C. y la C.E. por un lado, y el CEDH, por otro, abren la vía del recurso de amparo y el individual ante el TEDH respectivamente, medios a los que podríamos denominar especiales a diferencia de los anteriores que se prestarían más a la calificación de ordinarios.

a,)-Medios de impugnación ordinarios.-

Con carácter general, los arts. 504 y 517 de la LECrim. señalan que, los autos que decreten la prisión podrán ser recurridos bien en reforma, bien apelación, siendo este último, a tenor de lo establecido en el art. 518, unicamente, en su efecto devolutivo.

En principio, pues, la tramitación de los tales medios de impugnación se ha de ajustar a las normas comunes que la LeCrim. establece en los arts.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

216 y ss.

La configuración, no obstante, de dichos recursos en lo relativo a la materia que nos ocupa no está exenta de problemas en atención, fundamentalmente, a la existencia de dos autos diferentes cuales son el de elevación y el de ratificación que se estructuran de un modo distinto y que no cumplen funciones idénticas.

Es por ello conveniente a la hora de analizar tanto el remedio de reforma, como el recurso de apelación, hacer una referencia a los mencionados autos y a su posible repercusión en materia de medios de impugnación.

a,,)-Reforma.-

Como ya se ha dicho, y en atención a lo preceptuado en el art. 518 de la LECrim. "los autos que decreten o denieguen la prisión o excarcelación" son susceptibles de ser recurridos en apelación, para lo cual y de acuerdo con el tenor literal de la mencionada norma habrán de seguirse los trámites ordinarios que se establecen en los arts. 216 y ss. de la LECrim. para el ejercicio de este concreto medio de impugnación.

Por tanto, y dada la remisión que se efectúa en este punto a las normas generales de la LECrim.,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

cabe realizar las siguientes conclusions. Primero: el remedio de reforma puede utilizarse contra todas las resoluciones de los Jueces de Instrucción que revistan la forma de auto, sin que sea necesario que la ley lo disponga expresamente en cada caso concreto (art. 217). Segundo: tal remedio se interpone ante el mismo Juez que decretó el auto impugnado (arts. 219 y 220). Tercero: el recurso de reforma habrá de plantearse siempre por escrito y autorizado con firma de letrado (art. 221). Cuarto y último: el recurso de reforma es, en todo caso, requisito previo al de apelación pudiéndose, no obstante, interponer ambos en el mismo escrito (art. 222).

Estas matizaciones que, parecen exceder a las pretensiones del presente trabajo, son, sin embargo, necesarias para una mejor comprensión de los arts. 501 y 516 de la LECrim. y, por consiguiente, a efectos de situar el remedio de reforma en el marcoque su ejercicio, en lo referido a la prisión provisional, requiere.

x)-Art. 501.-

El art. 501 de la LECrim. autoriza al imputado a pedir de palabra o por escrito la reposición del auto de prisión sin exigir, a su vez, que dicha actividad lo sea con intervención del

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Abogado defensor.

A nuestro entender, por tanto, se trata de una manifestación más del derecho a la autodefensa.

Para MATTES (94), esta prescripción no era otra cosa que la configuración del remedio de reforma que, en este caso, y dada la peculiaridad de la prisión provisional, no precisaba firma de Letrado ni, en ningún modo, pues ello no se establece en el art. 501, se encontraba sometida a plazo alguno.

La tesis mantenida por MATTES no parece que responda al espíritu del art. 501 de la LECrim. por dos razones: En primer porwue a tenor de lo preceptuado en los arts. 211 y 217 y ss. de la LECrim. los recursos de reforma se encuentran sometidos a toda una serie de requisitos, anteriomente expuestos que, en este caso, quedarían desvirtuados.

En segundo lugar, porque así lo manifestó la FTS (95) que entendió que la referencia a la reposición que efectua le art. 501 lo es a la posibilidad del procesado de solicitar su libertad las veces que estimara oportuno, es decir, que no es otra cosa que una manifestación de la autodefensa, exigiéndose para la interposición del recurso

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de reforma los requisitos establecidos en la LECrim. para este medio en general.

En consecuencia, hay que concluir que el recurso de reforma contra el auto de elevación no puede ser otro que aquel en el que se cumplan las condiciones arriba enunciadas, siendo así que, la mera petición del inculpado sin firma de Letrado, no constituiría el presupuesto que el art. 221 exige para la posterior interposición de la apelación.

y)-Art. 516.-

En otro orden de cosas, y como ya se dijo, para determinados autores (96), el auto de ratificación de la prisión provisional previsto en el art. 516 de la LECrim. gozaba de la naturaleza de ser una "especie de reforma por ministerio de la ley" y, en esta medida, en los casos en que hubiera de plantearse el recurso de apelación, no resultaba preceptiva la interposición del previo recurso de reposición.

Dado que esta cuestión ya fue tratada anteriomente (97) allí nos remitimos. Sea suficiente aquí con reproducir, a modo de síntesis, lo que expusimos en su momento y que consiste en establecer la necesidad del previo recurso de reforma para los casos en los cuales haya de impugnarse el auto

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de ratificación mdiante el recurso de apelación.

La reforma, en cualquier caso, y a pesar de la naturaleza atribuida al auto previsto en el art. 516, es preceptiva para poder hacer uso de la apelación.

b,,)-Apelación.-

La utilización del recurso de apelación contra los autos que decretan la prisión provisional plànteó, hasta la reforma de 1.985, determinados problemas derivados de la distinta concepción que se atribuía a la resolución judicial de la elevación de la detención a prisión y a la de ratificación.

Para un sector de la doctrina (98) tanto una como otra eran susceptibles de ser recurridas en apelación, mientras que para otro sector de la doctrina (99) tan sólo lo era el auto de ratificación en virtud de la dicción literal del art. 517 de la LECrim. que parece que solo lo autorizaba en este caso.

Tales diferencias conceptuales han sido superadas a raiz de la reforma operada en el art. 504 de la LECrim. con motivo de la promulgación de la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre.

En efecto, y a partir de este momento, la redacción

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

del art. 504,6 no parece plantear duda alguna en cuanto a la viabilidad del recurso de apelación tanto en lo referido al auto de elevación, como el de ratificación, con lo que la tutela al derecho a la libertad adquiere una mayor dimensión.

El recurso de apelación, en estos supuestos, se rige, a tenor de lo establecido en el art. 518 de la LECrim., por las normas generales previstas en los arts. 216 y ss. no presentando su tramitación, por consiguiente, ninguna especialidad.

A pesar de todo lo expuesto el tema que nos ocupa precisa, para su mejor comprensión, de dos breves referencias relativas una a los procedimientos de urgencia, y otra a los casos en los que la prisión provisional es decretada por la Audiencia Provincial.

x).-

En los casos en los que la prisión provisional sea decretada por la Audiencia Provincial, parece lógico pensar en la imposibilidad de la utilización del recurso de apelación, toda vez que el art. 216 lo establece, unicamente, para las resoluciones de los Jueces de Instrucción.

En estos supuestos, pues, podrá interponerse el recurso de súplica previsto en los arts. 236

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

y ss. de la LECrim., el cual es similar al de reforma, pero relativo a los autos dictados por los Tribunales de lo penal (100).

y)-

La segunda cuestión a tratar es la relativa a la posibilidad de utilización del recurso de apelación contra los autos de los Jueces de Instrucción decretados en los procedimientos de urgencia.

Para MATTES (101), el art. 787, al establecer que el recurso de apelación solo se admitirá en los casos previstos en "esta Ley" difiere el término "esta Ley" a la de 1.967 que modificó dicho precepto y no a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo así que el art. 785, al regular la prisión provisional no hace referencia alguna a este medio de impugnación, y estima que, como regla general, la apelación de los autos de prisión no está permitida en los procedimientos de urgencia.

Ello no obstante, consiste en una interpretación absolutamente literal del precepto enunciado, máxime cuando el art. 785 remite la regulación de las medidas cautelares de carácter personal a las normas comunes de la LECrim.

Parece más conveniente, por tanto, interpretar la expresión "esta Ley" como referida a la LECrim.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

y no a la de 1.967 (102) y establecer así la vigencia de las normas contenidas en los arts. 216 y ss. y 501 y ss. de la LeCrim. en todo lo relativo a la impugnación de los autos de prisión provisional (103).

b,)-Medios de impugnación especiales.-

Junto a los recursos ordinarios que la LECrim. establece para la oportuna reparación del derecho a la libertad, otros textos legales, tales como la C.E., la LOTC y el CEDH, abren nuevas vías para que tal derecho, en el hipotético caso de haber sido vulnerado injustificadamente por los órganos jurisdiccionales ordinarios, pueda ser satisfecho, si ello es procedente, mediante los recursos especiales de amparo ante el T.C. o el individual ante el TEDH.

a,,)-El recurso de amparo.-

De acuerdo con lo señalado en el art. 53,2 de la C.E., los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30,2 de la C.E. han de ser tutelados de forma directa por los Tribunales ordinarios y, de forma subsidiaria, por el T.C., en vía de amparo.

De este modo nuestra Constitución asume un modelo mixto de control difuso-concentrado de los derechos

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

fundamentales, en el cual, en primer lugar, corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria la misión de velar por su efectividad, y tan sólo en el caso de que la reparación no se obtenga en esta vía, se podrá acudir, "in extremis", al T.C. (104).

El recurso de amparo, así, se constituye en una garantía de respeto de los derechos y libertades fundamentales que, en el caso del derecho a la libertad, adquiere una mayor dimensión.

No obstante, la operatividad del mencionado recurso, en tanto que subsidiario de los medios de impugnación ordinarios, se encuentra sometida a ciertos límites o requisitos establecidos en el art. 44 de la LOTC y que se concretan en los siguientes: x)-imputabilidad de la violación a un órgano jurisdiccional. y)-invocación formal del derecho. z)-agotamiento de los recursos previos (105).

x)-

Para que la vulneración del derecho a la libertad sea recurrible en amparo es necesario, en primer lugar, que la misma sea imputable de forma directa a acciones u omisiones de un órgano judicial.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Dos temas se plantean aquí y que merecen una referencia aunque muy somera. De un lado, y como ya se ha puesto de manifiesto reiteradamente, el carácter jurisdiccional de la prisión provisional que, en ningún caso, puede ser adoptada por órganos no integrantes del poder Judicial. En este sentido, la única vulneración al derecho a la libertad susceptible del susceptible del recurso de amparo, en la vía que abre el art. 44 de la LOTC, es aquella que provenga de dichos Jueces o Tribunales. De otro lado, la violación del derecho ha de ser consecuencia de una acción u omisión del Juez que decretó la prisión provisional.

El recurso de amparo despliega así sus efectos de una forma amplia en la medida en la que no sólo sería de aplicación en los casos en los que la prisión provisional se acuerde de forma indebida, sino que también hechos tales como la dilación excesiva en la resolución de los recursos, falta de notificación de los autos a los procesados, el hecho de que el plazo legal de la duración de la medida se hubiere sobrepasado etc. . .originados por la falta de actividad del Juez, se encuadrarían dentro del ámbito de operatividad del recurso de amparo (106).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

y)-

El segundo requisito exigido para la interposición del recurso de amparo contra resoluciones de Jueces y Tribunales es aquel consistente en la necesidad de la invocación formal del derecho en vía de jurisdicción ordinaria.

Como ya se ha dicho, la protección de los derechos fundamentales en España sigue un sistema de control mixto difuso-concentrado en el cual, en primer lugar, es a la jurisdicción ordinaria a la que compete tal evento y, tan sólo en el caso de que no se logre así la restitución del derecho, se podrá acudir al T.C. (107).

En este sentido, pues, el presente requisito tiene una doble finalidad: por un lado constituye una garantía de que la mencionada jurisdicción ordinaria tenga la posibilidad de decir no sólo la primera, sino también la última palabra en este punto (108). Por otro lado, la invocación del derecho constituye, junto a la respuesta que los órganos del Poder Judicial emitan al respecto, la base de la pretensión de amparo y de la futura sentencia del T.C. (109).

En base a las tales funciones, el T.C., a través de una jurisprudencia reiterada ha venido a conformar

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

el verdadero significado que ha de atribuirse a la exigencia de la previa invocación del derecho vulnerado.

El T.C. ha mantenido una posición antiformalista con la pretensión de no obstaculizar en exceso la posibilidad de los ciudadanos de acudir al recurso de amparo, dado que una postura distinta, como pone de manifiesto GUAITA (110) podría ser contraria al propio espíritu de la C.E.

El máximo órgano intérprete de la Constitución ha precisado el sentido de la expresión "invocación formal" en una doble vertiente. Por una parte, ha estimado que ello puede producirse en cualquier momento del proceso previo, sin que sea necesario que se haga en la fase declarativa. Bastaría, por tanto, la invocación en la fase de impugnación (111). Por otra parte, y en virtud del principio "iura novit curia", ha entendido que no es condición esencial para la admisión del recurso la invocación concreta del derecho vulnerado y del precepto en el que se contiene, pudiendo el T.C., de oficio, calificar la violación de una manera no mencionada por las partes (112).

z)-

Junto a los dos requisitos anteriormente

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

enunciados, el art. 44 de la LOTC exige uno más para la efectiva admisión del recurso de amparo y que consiste en la necesidad del agotamiento previo de los recursos ordinarios.

Esta condición, calificada por la doctrina como presupuesto procesal (113), tiene también una doble finalidad: De un lado, y siguiendo la argumentación anterior, se proporciona a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de satisfacer la pretensión del imputado, dada la subsidiariedad del recurso de amparo (114). De otro lado, se evita la sobrecarga de trabajo que recaería sobre el T.C. si no se estableciera un sistema de filtros para el acceso a tal órgano (115), sistema que, en ningún caso, debe ser un obstáculo para el ejercicio del derecho a la tutela constitucional (116).

Al igual que ocurría con la obligación de la invocación prevua del derecho vulnerado, el T.C., al exigir el agotamiento de los recursos en la vía ordinaria, sigue una concepción antiformalista con la pretensión de favorecer el acceso a su jurisdicción.

Dicho Tribunal, en su jurisprudencia, ha matizado el presente requisito estableciendo que los recursos que han de utilizarse para el cumplimiento de

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

la condición prevista en el art. 44 de la LOTC no son todos los quea primera vista pudiera parecer, sino tan sólo aquellos que, de alguna manera, se prevé que son susceptibles de servir de remedio a la lesión del derecho o libertad vulnerado (117). Asímismo estima que han de agotarse unicamente los que se exijan de forma legal y no otros en su lugar, es decir, que si la ley establece la apelación, por ejemplo, no se podrá acudir a la queja (118), siempre y cuando, además, el sujeto los ejercite de forma efectiva y no de lugar a que sean declarados desiertos por su falta de actividad (119).

Así, pues, y una vez señalados los límites y caracteres generales de las condiciones exigidas para la interposición del recurso de amparo, conviene ahora hacer referencia a su operatividad en materia de prisión provisional y, en concreto, al tema de los recursos que, necesariamente, han de ser agotados para acudir al T.C. en esta vía.

Como ya se expuso, y de acuerdo con los arts. 504 y 517 de la LeCrim., los autos de prisión provisional son susceptibles, unicamente, de ser recurridos en reforma y apelación, toda vez que el art. 848 de la LECrim. limita el recurso de

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

casación contra autos a los dictados por las Audiencias siempre y cuando la Ley lo autorice, siendo así que tal prescripción no se cumple en lo referente a la prisión provisional.

De esta forma, pues, la interposición del amparo con motivo de la violación del derecho a la libertad exige, como requisito previo, el agoatamiento de los recursos de reforma y apelación.

De un lado, por tanto, el remedio de reforma aparece como instrumento útil para la satisfacción del derecho en vía ordinaria, aunque su efectividad práctica sea muy escasa y, en todo caso, y a tenor de lo expuesto en el art. 222 es siempre preceptivo con anterioridad a la apelación (120).

De otro lado, la apelación resulta obligada para el posterior recurso de amparo por la misma razón antes aportada de constituir un medio apropiado de satisfacción del derecho y porque, en definitiva, y en lo relativo a los autos de prisión provisional, agota la vía previa ya que, como se ha dicho, los autos de prisión provisional no son susceptibles de ser recurridos en casación (121).

En cualquier caso, dispone el T.C. (122), el agotamiento de la vía previa, implica que el sujeto que pretende recurrir en amparo ha de esperar

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

a obtener una resolución judicial acerca de los medios de impugnación utilizados, sin que pueda, por tanto, acudir a la jurisdiccional, antes de que dicha resolución se haya producido y adquirido firmeza.

Este último requisito y el más general del agotamiento de los recursos ante la jurisdicción ordinaria han generado múltiples problemas derivados, la mayoría de las veces, de la lentitud de nuestra Administración de Justicia.

En este sentido, FAIREN (123) ha apuntado la necesidad de establecimiento del recurso de Manifestación o "Habeas Corpus" en relación con la prisión provisional, lo cual facilitaría el acceso directo al T.C. una vez concluído el rapidísimo procedimiento de "Habeas Corpus". Lo cierto es que, sin embargo, la L.O. 6/1984, de 24 de mayo, no ha recogido entre los supuestos que reacen en el ámbito de aplicación de la misma, los relativos a la prisión provisional, dándose lugar, a nuestro entender, a una contradicción importante ya que, la detención, que posee una menor entidad en tanto que su duración es menor, goza de una protección judicial mayor que la proporcionada a una medida de la gravedad de la prisión preventiva (124).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

b,,)-El recurso individual ante el TEDH.-

Como señala AMODIO (125), la aspiración esencial del Convenio Europeo es la consecución de "una efectiva tutela de los derechos humanos".

En esta orientación se enmarca, pues, no sólo el catálogo de derechos que la Convención plasma, sino todo un conjunto de medios para lograr, en caso de violación de los mismos, una real protección.

Sin embargo, la jurisdicción de la Comisión y el TEDH actúa, unicamente, en los casos de incumplimiento por parte de las Altes Partes contratantes, es decir, los Estados, de las obligaciones que la Carta les impone.

En este sentido, y como una nota esencial, hay que destacar, pues, la subsidiariedad del recurso ante los órganos del Consejo de Europa, subsidiariedad que se plasma en dos preceptos del Convenio cuales son los arts. 13 y 26 que, respectivamente, establecen el derecho de toda persona, ante una violación de los postulados de la Convención, a acceder a un "recurso efectivo ante una instancia nacional" y, en todo caso, y como requisito previo para la obtención de la tutela ante la Comisión o el TEDH, han de ser agotados los recursos internos

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

ante las jurisdicciones de cada Estado (126).

El Convenio Europeo, por tanto, permite, una vez producida la violación del derecho o libertad fundamental, y no habiendo obtenido una reparación por parte de los órganos internos, la posibilidad de entablar un recurso, tanto los Estados, como los particulares, a tenor de lo previsto en los arts. 25 y ss.

De esta forma, un ciudadano de un Estado parte podrá, en caso de violación de sus intereses, dirigir una demanda ante el Secretario General del Consejo de Europa, la cual será conocida, en primera instancia, por la Comisión Europea (art. 25).

La Comisión podrá admitir, inadmitir o rechazar dicha demanda. La inadmisión o rechazo (art. 27), lo será unicamente en base a circunstancias tasadas cuales son: el no haber aceptado el Estado la competencia de la Comisión (art. 25), el ser la demanda abusiva o estar mal fundada y, por último, ser anónima o haber resuelto la Comisión con anterioridad un asunto idéntico (art. 27).

Si la demanda es admitida se procede a su examen contradictorio, con audiencia del demendante y del Estado parte con la pretensión esencial de

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

llegar a un acuerdo amistoso, caso en el cual la Comisión dictará una resolución con carácter de firmeza (art. 30). Si no se alcanza dicho acuerdo, la Comisión emitirá un informe que remitirá al Comité de Ministros, el cual podrá, en el plazo de tres meses, adoptar una resolución que será firme en las condiciones previstas en el art. 32.

No obstante, si la Comisión o una Alta Parte contratante consideran la necesidad de someter el asunto al TEDH, así lo podrán hacer en los casos sancionados en el art. 48 y en el plazo de tres meses señalado en el art. 39.

En estos supuestos, será el TEDH el que emita una decisión que, no sólo será obligatoria (art. 53), sino que, incluso, podrá establecer una indemnización a cargo del Estado y en favor del sujeto cuyo derecho ha sido violado (art. 50).

Como se dijo anteriomente, la jurisdicción europea actúa siempre con carácter subsidiario, es decir, ante la falta de actividad o satisfacción del particular por parte de los órganos internos.

Así, pues, y en este orden de ideas, se pueden explicar los dos requisitos que se exigen para la interposición de una demanda y que coinciden,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

plenamente, con los establecidos en el art. 44 de la LOtC en relación con el recurso de amparo. Tales requisitos pueden ser reconducidos a dos: x)-agotamiento de los recursos internos. y)-invocación formal de los derechos vulnerados.

x)-

De acuerdo con lo establecido en el art. 26 del Convenio la presentación de una demanda ante la Comisión Europea está condicionada el previo "agotamiento de los recursos internos".

La Comisión y el Tribunal han interpretado esta precepto, al igual que lo hace el TEDH respecto del recurso de amparo, con un alto grado de antiformalismo.

En este sentido, los órganos del Consejo de Europa han precisado que tal condición se cumple haciendo uso de los recursos susceptibles de reparar el derecho vulnerado, es decir, aquellos que conozcan sobre el fondo del asunto y no se limiten a un mero examen formal de la cuestión (127).

De igual manera, y a diferencia de lo requerido por nuestro T.C. en relación con el amparo, el recurso individual podrá interponerse una vez planteado el último medio de impugnación ante las instancias nacionales aunque éstas no hayan

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

emitido una resolución, siempre y cuando, en el momento en el que la Comisión haya de pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda, ya se hubiere producido la decisión en el plano interno (128).

y)-

El requisito de la invocación formal del derecho ha sido, igualmente, interpretado de una forma muy antiformalista por el TEDH, con la finalidad de hacer posible una efectiva tutela de los derechos y libertades de la Carta.

Así, el TEDH, en aplicación de la máxima "iura novit curia", ha entendido que puede aplicar un precepto distinto a los invocados por las partes y, en este sentido, estimar la vulneración de un derecho diferente, aunque éstos últimos no hubieran sido citados por la parte demendante (129).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO IV

(1) Cfr. MATTES op.cit. pag. 47. CHIAVARIO "In tema. . . ."pags. 332 y ss. Demandas 6870/75 y 8490/79 ante la Comisión Europea.

(2) Cfr. MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit. pag.390. Vide a este respecto la STC 41/1982, de 2 de julio.

(3) Cfr. SERRA "El Jurado". Pag. 64.

(4) Cfr. y aunque lo sea respecto de las sentencias y el recurso de casación ORTELLS "El origen: . . ."pags. 960 y ss.

(5) STC 31/1981, de 28 de julio; 173/1985, de 16 de diciembre.

(6) STC 174/1985, de 17 de diciembre.

(7) STC 174/1985, de 17 de diciembre; 175/1985, de 17 de diciembre.

(8) Cfr. AGUILERA DE PAZ op.cit. pag. 185.

(9) Cfr. ALMAGRO NOSETE "El Jurado" pag. 65 y LOPEZ MUÑOZ Y LARRAZ en la misma obra pags. 62-63 que estiman que la sentencia penal, en los casos de intervención del Jurado americano aunque no motivada respecto de los hechos ni, por supuesto, en relación al razonamiento, no debe considerrse contraria al art. 120 de la C.E.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

A favor de una motivación real que no formal vide SERRA "El Jurado". pag. 64. ORTELLS " "El origen. . .". pags. 906 y ss.

(10) Cfr. AGUILERA DE PAZ op.cit. pag. 185.

(11) "Processo. . .".pags. 289-290.

(12) Vide supra pags. 170 y ss.

(13) Cfr. GIMENO-VIVES "La detención" pag. 97. SERRA "Función del indicio. . ."pag. 704. AGULERA DE PAZ op.cit. pag. 202.

(14) Cfr. FAIREN "Presente y futuro. . .".pag. 57. GIMENO-VIVES "La detención".pag.97.

(15) Cfr. MATTES op.cit.pag.27.

(16) Cfr. AGUILERA DE PAZ op.cit.pag.202. REUS op.cit. pag. 309.

(17) Cfr. IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit. pag. 200.

(18) AGUILERA DE PAZ op.cit. pag. 202.

(19) MATTES op.cit. pag. 27.

(20) Cfr. AGUILERA DE PAZ op.cit.pag. 184. IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit. pag. 200. Aunque reconoce este último que, en la práctica, ello se burla en la mayorís de los casos y la prisión provisional se dicta con anterioridad al procesamiento.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(21) Cit. en IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit. pag. 200.

(22) Op.cit. pag. 208.

(23) Op.cit. pag.184.

(24) "La detención en. . ."pags. 484-485. Del mismo autor "El auto de . . ."pags. 338 y ss.

(25) Op. cit. pags. 76-77.

(26) "La detención en. . .".pags. 484-485. "El auto de. . ." pags. 338 y ss.

(27) "La prisión y . . ." pag. 596.

(28) Pags. 46-47.

(29) Cfr. SOTO NIETO "La prisión y . . .".pag. 596.

(30) Cit. en IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit. pag. 200.

(31) a)-Que el delito tenga señalada pena superior a prisión menor.
b)-Que aunque la pena sea inferior, las circunstancias del hecho o los antecedentes, hagan presumir la incomparecencia del imputado.
c)-Que la autoridad tenga motivos para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y los tenga también

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

"bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

(32) Cfr. GIMENOS "la detención en. . ."pags. 484-485. "El auto de . . ."pags. 338 y ss. MATTES op.cit. pags. 76-77.

(33) Op. cit. pag. 407.

(34) Art. 790,3. "La acusación particular no podrá dirigirse contra persona que no hubiere sido encartada anteriormente a instancia de aquélla, salvo que resulte también acusada por el Fiscal. . .".

(35) Op.cit. pag. 408.

(36) Cfr. HERCE QUEMADA op.cit. pag. 309.

(37) En el mismo sentido, es decvìr, de exigir la declaración de encartamiento con anterioridad a la prisión provisional se refiere PASTOR LOPEZ,M; El proceso de persecución. Valencia 1.979. pag. 89.

(38) FENECH op.cit. pags. 254 omite toda referencia a dicho auto y se refiere, unicamente, a "personas imputadas".

(39) "La detención. . ."pag.763. "El encausado. . . ."pag.1261 "Presente y futuro . . "pag.58.

(40) "El auto de. . ."pag.339.

(41) "Derecho Procesal Penal".pag. 266.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(42) Op.cit. pags. 213 y ss.

(43) Op.cit. pag.211.

(44) El auto de ratificación ya fue previsto por la Constitución de 1.869 que, en su art. 4º lo estableció de una manera muy similar a la contemplada en la actualidad en el art. 516 de la LECrim.
Del mismo modo, el art. 8º de este texto constitucional determinó la responsabilidad del Juez que no ratificara la prisión y que se concretaba en la obligación por parte de éste de indemnizar al sujeto por los daños causados y nunca en una cantidad inferior a las 500,- ptas.
Igualmente, la falta de ratificación del auto de prisión era sancionada, con anterioridad a 1.924, fecha en la que desapareció, en el art. 214 del C.P. de 1.870 con la pena de suspensión.

(45) Cfr. FAIREN "La detención. . ."pag.763. "El encausado. . ."Pag. 1261. "Presente y futuro . . ."pag. 58.

(46) "Presente y futuro. . ."pag.58.

(47) Op.:cit. pag. 201.

(48) Aunque MATTES op.cit. pag. 57 considera que el auto de elevación es también susceptible de ser recurrido en apelación.

(49) Op.cit. pags. 301 y ss.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

(50) Op.cit. pags. 50 y ss.

(51) "La prisión y . . .".pag.600.

(52) Op.cit. pags. 231 y ss.

(53) Op.cit. pags. 50 y ss.

(54) Vide supra pags. 398 y ss.

(55) Cfr. GIMENO "El auto de. . ."pag.339.

(56) Cfr. MATTES op.cit. pag.57. AGUILERA DE PAZ op.cit. pags. 231 y ss. SOTO NIETO "La prisión y . . .".pag.600. FABREGA Y CORTES op.cit. pags. 606 y ss.

(57) Así parece deducirse de la dicción literal del art. 518 que remite la tramitación de los medios de impugnación contra el auto de ratificación a lo previsto en el título X, del Libro I de la LeCrim., siendo así que el art. 222 exige, en cualquier caso, el ejercicio del remedio de reforma.

(58) Op.cit. pag. 211.

(59) Cfr. GONZALEZ-CUELLAR "Reforma. . ."pag.70.

(60) Cfr. GONZALEZ PEREZ "El derecho a la . . tutela. . .".

(61) Derecho que, incluso, puede extenderse al de mentir, dada la no obligación del preso, a pesar de que sea exhortado a "decir verdad",

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de actuar en este sentido. Vide sobre este tema y el principio "nemo se detegere" VAZQUEZ SOTELO op.cit. pags., 89 y ss. y 219 y ss.

(62) Cfr. MATTES op.cit. pag.47. CHIAVARIO "In tema di. . ."pags. 332 y ss.

(63) Demandas ante la Comisión 6870/75 contra el Reino Unido. 8490/79 contra Austria.

(63bis) Vide también asunto OZTURK ante el TEDH (S. 21.febrero.1984) que considera el art. 6,3-e del Convenio aplicable a una "contravención administrativa" cometida con ocasión de una infracción al C. de la Circulación y su naturaleza penal. Estimó, por tanto, el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete.

(64) Vide supra pags. 391 y ss.

(65) La defensa penal.R.D.Jud.1961-7 pag.31.

(66) Ello como consecuencia del tenor literal del art. 652,2 de la LECrim. que parece permitir la inasistencia letrada hasta ese momento al establecer la obligación de proveer al acusado de Abogado y Procurador si antes no se hubiere efectuado.

(67) Lo cual es criticado por RAMOS MENDEZ,F; La situación del enjuiciamiento criminal en España. en Rev. Justicia-83.III pags.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

552-553 pues entiende que la limitación de la defensa a la comunicación de la existencia de una causa puede ser restrictiva de la norma constitucional y ello porque en base a la no comunicación se puede producir una verdadera indefensión dada la imposibilidad del "imputado" de intervenir en el proceso.

(68) Cfr. JIMENEZ DE ASENJO "La defensa. . ."pags. 37-38. GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI,F; La Ley 53/1978, de 4 de diciembre, y la instrucción sumaria penal. Rev. Justicia-81. pag. 103.

(69) "Compendio. . .".pag 39.

(70) Cfr. GIMENO-VOLKMAN op.cit. pags. 4 y 55.

(71) Así lo entendió nuestro legislador decimonónico, que en la Exposición de Motivos de la LECrim. consagró la importancia de la tutela de los intereses individuales en el proceso penal ". . .rodear al ciudadano de las garantías necesarias para que en ningún caso sean sacrificados los derechos individuales al interés mal entendido del Estado". "En materia penal hay siempre dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse".

(72) "La defensa. . ."pag.31.

(73) Cfr. GIMENO "Fundamentos. . ."pag.136.

(74) Cfr. "La defensa en. . .".pags. 91 y ss.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(75) "La naturaleza. . ."pag.135.

(76) En "La naturaleza. . ."pags. 124 y ss. y "El derecho. . ."Pags. 52 y ss. realiza un estudio sobre la situación de esta materia en el derecho comparado.

Así, constata como en Italia el nombramiento de oficio se realiza en el moemtno en el que el imputado toma conocimiento de su situación, es decir, tras la detención, interrogatorio en el que resulten indicios etc. . .Vide art. 304 C.P.P.i.

En Alemania tal obligación del órgano jurisdiccional surge en dos supuestos y siempre tras la audiencia preliminar del M.F.: a)-Cuando el juicio oral haya de celebrarse ante un Tribunal de Primera Instancia (Landgericht) o en el Oberlandgericht". b)-Cuando pese sobre el imputado la carga de un delito grave o haya estado en prisión más de tres meses. Cfr. parágrafos 117,4 y 140 de la StPO.

(77) "La eficacia. . ."pags. 553-554.

(78) "El derecho. . ."pags. 52 y ss. "Habeas Corpus. . .".pag. 49.

(79) "Presente y futuro. . ."Pag. 58 . "El encausado. . .". pag, 1260.

(80) Que, como se ha dicho, puede ser subsumida en la más amplia de RAMOS MENDEZ.

(81) "La eficacia. . .".pag. 561.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(82) Cfr. HERCE QUEMADA op.cit. pag. 369.

(83) RAMOS MENDEZ "La eficacia. . ."pag. 562 estima, sin embargo, que las diferencias son mínimas.
En este mismo sentido FERRER MARTIN,D; La reforma procesal de la Ley 3/1967 de 8 de abril. Rev. Pretor 1.967-4 pags. 653-654.
En el mismo sentido de considerarlas una corruptela, si bien lo fue antes de 1.967, se expresó la FTS en la Consulta núm. 6 de 11 de junio de 1.963 para quien "esa clase de actuaciones es. . .una práctica viciosa . . . ".

(84) Así se desprende de la Consulta núm. 3 de 20 de abril de 1.971 de la FTS que ligaba el carácter de las "previas" al derivados de los arts. 301 y ss., siendo así que, tras la reforma de 1.978, el sumario ya no es secreto para las partes.

(85) Consecuencias que han empezado a producirse en nuestra práctica forense a través de las denominadas "diligencias indeterminadas", las cuales, al no dirigirse contra ninguna persona en concreto, al menos formalmente, permiten una investigación sin la concurrencia de garantía alguna para los presuntos imputados que quedan sumidos en la más completa inactividad.

(86) Vide por todo "El auto de procesamiento".

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(87) Doctrina general de los medios de impugnación y Parte General del Derecho Procesal. en "Estudios de Derecho Procesal". Madrid 1.955. pags. 328-329.

(88) Reproducimos de nuevo aquí las palabras de RODRIGUEZ DEVESA en la op.cit.de MATTES cuando dice que "el mundo circundante olvidará acaso el que fue condenado o absuelto, pero no que estuvo en la cárcel".

(89) Vide a este respecto el asunto DE WILDE, OOMS y VERSYP ante el TEDH.

(90) Cfr. FAIREN "La reforma del proceso. . .". pags. 895 y ss.

(91) En contra CALVO SANCHEZ "De nuevo. . ." para quien la regla "rebus sic stantibus" se ha introducido en 1.985 en la nueva redacción del art. 503,2 siendo así que el art. 539 ya existía con anterioridad y sin limitación alguna, a diferencia de las que establece el primero de los preceptos citados.

(92) En este sentido el TEDH en el caso X contra el Reino Unido, habla de la posibilidad de interponer recursos a "intervalos periódicos", lo que significa una limitación al derecho de recurrir.

(93) Vide asuntos VAN DROGENBROECK y X contra el Reino Unido. Para el TEDH no basta con

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

que la resolución inicial sea adoptada por un órgano judicial, sino que es necesario que tal determinación sea revisada de oficio mediante un "control periódico" o, lo que es lo mismo, a "intervalos periódicos".

(94) Op. cit. apgs. 56 a 60.

(95) Consulta elevada a la FTS recogida en la Memoria de 1.909. pags. 40-41.

(96) Cfr. MATTES op.,cit. pag. 57. AGUILERA DE PAZ op.cit. pags. 231 y ss. SOTO NIETO "La prisión y. . ."pag.600. FABREGA Y CORTES op.cit. pags. 606 y ss.

(97) Vide supra pags. 424 y ss.

(98) Cfr. MATTES op.cit.pag. 57. SOTO NIETO "La prisión y . . .".pag.600.

(99) Cfr. GIMENO "La detención en. . ."pag.160.

(100) Cfr. MATTES op.cit. pags. 56 a 60.

(101) Op.cit. pag. 58. También SAEZ JIMENEZ-FERNANDEZ DE GAMBOA. Compendio de Derecho Procesal Civil y penal.T.IV.Vols. 1 y 2. Madrid 1.966. pag. 1482 cit. en MATTES op.cit.pag.58.

(102) Así parece desprenderse de lo manifestado por HERCE op.cit. pag. 370 que habla de "la ley", no de "esta ley". Igualmente IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO op.cit. pag. 391.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(103) En este sentido hay que destacar que el propio art. 791,6 de la LECrim. relativo al procedimiento competencia de los Jueces de Instrucción autoriza el recurso contra el auto de prisión. Dicha autorización hay que entenderla a la apelación no a la queja o a la reforma que nó precisa una referencia expresa a tenor del art. 787.
A oesar de que, en estos procedimientos, la Audiencia Provincial no interviene, el conocimiento por parte de la misma del recurso de apelación no está excluído como lo demuestra el art. 791,1 que lo permite contra el auto denegatorio de apertura del juicio oral.

(104) Como exponen GIMENO-CASCAJO "El recurso de amparo".pag.46, ello tiene la doble virtualidad de impedir que el único control sobre el respeto de los derechos y libertades se atribuyera a la jurisdicción ordinaria a la salida de un régimen autoritario y la evitación de la sobrecarga de trabajo al T.C.
Cfr. sobre desconfianza en los órganos de la jurisdicción ordinaria tras la reforma política. SALAS HERNANDEZ,J. Protección Judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades Públicas. en "El Tribunal Constitucional".Vol.III.pags. 2470-2471 Madrid 1.981.
Cfr. también CASTEDO ALVAREZ,F; El recurso de amparo constitucional. en "El Tribunal Constitucional" Vol.I. pag. 191 sobre sistema mixto de control.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Asímismo GUAITA MARTORELL,A; El recurso de amparo contra Tribunales. en "El Poder Judicial" Vol.II. Madrid 1.983. pags. 1553 y ss.

(105) Ello hay que entenderlo, obviamente, referido a aquellos actos que restrinjan o anulen derechos que provengan del Poder Judicial. En el tema del derecho a la libertad, sin embargo, la vulneración puede ser cometida por órganos administrativos. En tal caso, y a tenor de lo previsto en el art. 43 de la LOTC, el requisito exigido es el agotamiento de la vía judicial. No obstante, ello es menos relevante en materia de prisión provisional pues, en cualquier caso, se trata de una medida cautelar reservada a los miembros integrantes de la Jurisdicción.

Agradecemos a D. JOSE GARBERI LLOBREGATT y a Dª MARIA AMADA MORENO GALVEZ, Becarios de este Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante, el habernos facilitado la jurisprudencia del T.C. en este punto.

(106) Cfr. PERA VERDAGUER,F; Violación de derechos y libertades por órganos judiciales. en "El Tribunal Constitucional".Vol. III.pags. 2102 y ss.

(107) Vide A del TC de 30 de julio de 1.981.

(108) Cfr. GIMENO-CASCAJO "El recurso. . .".pag.46. DOMINGUEZ MARTIN,S; Análisis crítico sobre la juricidad del Tribunal Constitucional español. en "El Tribunal Constitucional". Vol. I. pag. 772.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

STC 1/1981, de 26 de enero.

(109) Vide Auto del TC de 17 de diciembre de 1.980. STC 31/1981, de 28 de julio.

(110) Op.cit. pag. 1573.

(111) STC de 30 de enero de 1.981.

(112) STC de 29 de marzo de 1.982.

(113) Cfr. CANO MATA El recurso de amparo (Doctrina del Tribunal Constitucional). Madrid 1.983. pag. 32. También GONZALEZ PEREZ,J; Derecho Procesal Constitucional. Madrid 1.980. pag.281.

(114) STC 57/1984, de 8 de mayo.

(115) GIMENO-CASCAJO "La detención".pag.154. ALMAGRO NOSETE,J; Justicia Constitucional. Madrid 1.980. pag. 49.

(116) MEDINA RUBIO,R; La idea de amparo y el principio de subsidiariedad. en "El Tribunal Constitucional". Vol.II. pag.1841.
FAIREN Algunos problemas procesales que plantea la L.O.T.C. en "El Tribunal Constitucional". Vo Vol. II. pags. 1021. y ss.

(117) STC 73/1982, de 2 de diciembre. Igualmente la 30/1982, de 1 de junio.

(118) A 83/1981, de 15 de julio.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(119) A 411/1984, de 9 de julio.

(120) A 49/1980, de 15 de octubre. A 10/1980, de 24 de septiembre.

(121) A 43/1980, de 8 de octubre. A 69/1981, de 1 de julio. A 129/1983, de 23 de marzo.

(122) A 189/1982, de 26 de mayo.

(123) "La reforma. . ."Pag.357. "El encausado . . .".pag.1261.

(124) De este modo, y dado que la Ley de Habeas Corpus no contempla entre sus supuestos aquellos relativos a la prisión provisional estimamos que, de "lege ferenda" sería conveniente, si no una reforma de este último procedimiento, sí una modificación en la LeCrim. estableciendo, en estos casos, el principio de sumariedad respecto de las apelaciones en materia de privación de libertad en el sentido de corregir la norma general contenida en el art. 230 de la LeCrim. (que hace referencia a una duración de dos meses en la tramitación) limitando la fase de alegaciones y prueba y la resolución a un término mucho más reducido y en mayor consonancia con lo preceptuado en la Ley de Habeas Corpus.

(125) "La tutela. . .".pag.842.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Volver al índice/Tornar a l'índex

(126) Cfr. AMODIO "La tutela. . .".pags. 845 y 864. Acerca de las prescripciones del art. 13 AMODIO establece que dicho precepto no implica la existencia de un Tribunal específico con competencia exlcusiva en materia de protección de los derechos y libertades fundamentales, basta con la existencia de un recurso ante los Jueces y Tribunales ordinarios.
La Comisión Europea, por su parte, ha concretado el carácter que ha de poseer el recurso al que se refiere el art. 13 que, en cualquier caso, lo ha de ser el fondo, no bastando aquel que sólo permita una revisión formal del asunto. Vide Demandas 7975/77; 6870/75; 8022/75 etc. . .

(127) Cfr. Asunto X contra el Reino Unido ante el TEDH. DEmandas ante la Comisión 7975/77, 6870/75 etc. . .

(128) Vide asunto RINGEISEN.(S.16.julio.1971).

(129) Vide asunto GUZZARDI (S.6.noviembre.1980).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO V

LA DURACION DE LA PRISION PROVISIONAL

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

El art. 17,4 de la Constitución española de 1.978, en consonancia con los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia, y de acuerdo con lo establecido en diferentes textos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, dispuso, cara al legislador ordinario, la obligación de determinar el "plazo máximo de duración de la prisión provisional".

Los artífices de la Constitución pudieron optar por un doble sistema. Bien remitir la regulación de la prisión preventiva a los dictados del Convenio Europeo o el Pacto Internacional que limitan la privación de libertad a lo que denominan "plazo razonable" y que, en definitiva, somete la duración de la medida cautelar a las circunstancias específicas de cada caso concreto, o bien podían asumir un sistema, vigente en la casi totalidad de los ordenamientos europeos (1), consistente en la concreción de unos plazos máximos que se establecerían con carácter general y en atención, fundamentalmente, a la pena prevista a imponer en cada supuesto.

Esta última fue la solución adoptada por nuestra Constitución que, de esta manera, vinculó al legislador a introducir importantes modificaciones en

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

los arts. 503 y ss. de la LECrim., modificaciones que, en lo referente al plazo máximo de duración de la prisión provisional, fueron sensibles desde la primera reforma de 1.980, adquiriendo un gran auge en 1.983 y adoptando una fórmula intermedia, inspirada en el modelo italiano, en 1.985.

La limitación de la duración de la prisión provisional, como se verá más adelante, goza de una serie de fundamentos, tanto de carácter jurídico-procesal, como de naturaleza material o, lo que es lo mismo, derivados de la insuficiencia de nuestra Administración de Justicia para actuar de forma rápida y eficaz que convierten este instituto en un medio necesario e insustituible para la salvaguarda de los derechos y libertades inherentes a la persona humana.

Así, derechos tales como el de la presunción de inocencia se podrían ver enormemente afectados si la prisión provisional pudiera mantenerse todo el tiempo que durara el proceso, y ello porque, en casos de delitos de escasa gravedad, la prisión preventiva podría superar la extensión de la misma pena definitiva.

De este modo, pues, y en atención no sólo al mandato contenido en el art. 17,4, sino a los

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

reiterados criterios manifestados por nuestro T.C., el tema de la duración de la prisión provisional se presenta como uno de los más conflictivos dentro de la compleja regulación de la privación cautelar de libertad y, a la vez, como una garantía esencial de los derechos individuales ante los intereses generales de seguridad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

A)- FUNDAMENTO.-

Como se ha esbozado anteriormente, la limitación del tiempo en que una persona puede permanecer en situación de preso preventivo, goza de una fundamentación indiscutida y ello no sólo por un mero imperativo constitucional que a su vez igualmente se recoge en los diferentes textos internacionales citados, sino también y, especialmente, por distintas razones que se asientan, fundamentalmente, en el carácter cautelar de la prisión provisional y en la vigencia de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia.

a)-Carácter y naturaleza cautelar de la prisión provisional.-

Como ya se trató en su apartado correspondiente, la prisión provisional, al configurarse como una medida cautelar goza de todos los caracteres propios de estas resoluciones, es decir, la instrumentalidad, la provisionalidad, la jurisdiccionalidad y el obedecer a la regla "rebus sic stantibus". Del mismo modo, y en función de la naturaleza atribuída a esta forma de privación de libertad, su adopción debe acomodarse, en cualquier caso, a la concurrencia de los dos presupuestos que configuran un acto judicial como cautelar,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

o sea, el "periculum in mora" y el "fumus boni iuris".

Así, pues, el establecimiento de un límite temporal a la duración de la prisión provisional es consecuencia directa de tales circunstancias que constituyen, por tanto, una apoyatura en favor del mantenimiento de una prescripción legal en este sentido.

a,)-Excepcionalidad.-

Si la prisión provisional, por su propia naturaleza, y tal y como disponen los diferentes textos legales que la regulan (2), no debe nunca considerarse como la regla, sino que, antes al contrario, debe ser siempre la excepción dado el carácter de derecho fundamental de la libertad individual (3), en este mismo sentido parece lógico pensar que su duración habrá de ser, en la medida de lo posible, restringida en el tiempo a los límites indispensables para asegurar el proceso.

Una actitud diferente, es decir, el mantenimiento del imputado en situación de preso durante todo el proceso e, incluso, el agotamiento de los plazos máximos cuando ello no es del todo punto necesario puede ser contrario al principio de excepcionalidad.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

En todo caso, y como dispone la F.T.S. (4), la duración de la prisión provisional se encuentra incardinada en el conflicto interés individual-interés colectivo, de forma tal que no se puede establecer una duración mayor en base a la excesiva prolongación de los procesos pues ello podría ser contrario al derecho a la libertad individual, ni se puede moderar excesivamente la regulación de la prisión provisional pues así se atentaría a la seguridad jurídica y protección jurisdiccional de la sociedad.

Sin embargo, estimamos nosotros, que el derecho a la libertad debe sobreponerse, en un Estado democrático, al de la seguridad colectiva y, no es consecuente con las normas constitucionales el hecho de que los ciudadanos padezcan las situaciones derivadas de un mal funcionamiento de la Administración de Justicia, argumento, por otra parte, suficientemente aclarado por el TEDH para quien, tal evento no puede jamás justificar una prolongación excesiva de la detención preventiva (5).

b,)-Provisionalidad y regla "rebus sic stantibus".-

Las medidas cautelares y, en concreto, la prisión provisional, en ningún caso tienen

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

cacarácter definitivo sino que están preordenadas a la futura efectividad de una sentencia, función que las dota de sentido, de modo tal que, una vez producida tal resolución, la medida cautelar se extingue siendo sustituída por la pena o absolución definitiva (6).

A su vez, y en tanto que la prisión provisional se adopta en base a determinadas circunstancias concurrentes en el momento en que se acuerda, la variación o desaparición de dichos presupuestos conlleva la revocación o modificación del acto judicial privativo de libertad.

De este modo, pues, y como consecuencia de tales principios, conformadores de la medida como cautelar, resulta que la duración de la prisión provisional debe acomodarse a los siguientes requisitos:

a,,)-Limitación, en todo caso, a la duración del proceso. En este sentido, jamás podrá mantenerse después de la terminación del mismo, bien ésta sea mediante sentencia, o bien por medio de cualquier otra resolución distinta pero con los mismos efectos, es decir, a través de un auto de sobreseimiento.

b,,)-La sentencia firme implicará siempre la extinción de la prisión provisional. De este modo, tal medida puede mantener su vigencia en los supuestos en que se dicte una sentencia condenatoria

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

si ésta es recurrida. En tales casos, no obstante, la medida cautelar ha de seguir subordinada, en cuanto a lo que se refiere a su duración, a los plazos máximos establecidos al efecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (7).

c,,)-Los límites máximos de duración de la prisión provisional fijados por la ley no deben ser nunca la regla (8), sino que, y como consecuencia del sometimiento de la prisión provisional a la regla "rebus sic stantibus" su vigencia debe prolongarse en tanto no varíen las circunstancias en las cuales se apoyó su adopción. En este sentido, la LECrim. no sólo autoriza el levantamiento de la medida a lo largo de todo el proceso y en cualquier momento (9), sino que, a su vez, no establece un plazo mínimo (10) permitiendo, en cualquier caso, una duración menor de la señalada al efecto como norma común y general (11).

d,,)-La temporalidad, no obstante, y como señala DEL POZZO (12), no equivale absolutamente a LA provisionalidad.

Así, mientras que esta última nota implica la posibilidad de que la prisión provisional ha de prolongarse a lo largo de todo el proceso y hasta su resolución definitiva, la temporalidad supone

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

un límite a esta característica cautelar que la matiza en lo referido a la prisión prevntiva ya que, impone una duración máxima con una finalidad clara, es decir, la de impedir que la medida privativa de libertad iguale o supere en intensidad la de la futura pena a imponer.

En efecto, si ello acaeciera la prisión provisional se convertiria en una pena anticipada (13) con los inconvenientes ya apuntados (14) de la mayor gravedad de su cumplimiento en tanto que respecto de la primera se excluyen determinados beneficios penitenciarios y, en cualquier caso, una actividad resocializadora del sujeto (15).

Así, pues, si la ley estableciera unos topes máximos en cuanto a la prolongación de la prisión preventiva ésta podría, en multitud de supuestos, quedar equiparada en la práctica a las penas privativas de libertad, desvirtuándose, de este modo, su naturaleza cautelar.

e,,)-Por último, si como es sabido la prisión provisional ha de decretarse, exclusivamente, en los casos en los que exista un real y efectivo "periculum in mora", siendo así que el parámetro más importante para medir su concurrencia es el de la gravedad de la presumible y futura pena

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

a imponer, resultan de ello dos elementos dignos de consideración en lo relativo al establecimiento de un término máximo de mantenimiento de la situación de prisión provisional.

Por una parte, si se toma como cierto que el temor de comparecer en un proceso es mayor en tanto que la futura pena posee una entidad superior, ha de considerarse, a la vez, que el no señalamiento de un límite a la duración de la prisión provisional puede operar como un factor proclive al aumento de las sustracciones de los imputados al proceso ya que, no sólo los que se saben culpables, sino también aquellos sujetos convencidos de su inocencia preferirán sustraerse al proceso por miedo a soportar una situación de privación de libertad que podría llegar a superar la de la pena señalada al delito (16).

Por otra parte, y como expresa el TEDH (17), el peligro de fuga tiende a desaparecer en la medida en la que el tiempo pasado en prisión provisional aumenta y ello en tanto que la prisión preventiva, como se sabe, es abonable en la liquidación de la sentencia, con lo cual el cumplimiento de la futura pena devendría siempre menor en el tiempo al previsto legalmente, disminuyendo, en

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

consecuencia, el "periculum in mora".

b)-Presunción de inocencia.-

De acuerdo con lo establecido en el art. 24,2 de la C.E., toda persona debe ser considerada inocente en tanto su cilpabilidad no haya sido declarada mediante sentencia condenatoria firme.

Como ya se puso de manifiesto en un capítulo anterior (18), la prisión provisional, desde un punto de vista teórico, es contraria al derecho a la presunción de inocencia, si bien, igualmente concluíamos con FERNANDEZ ENTRALGO (19) que, dada su necesidad y, por tanto, la imposibilidad de su desaparición, convenía proceder a una regulación de dicha institución en la forma más compatible con el contenido esencial de tal derecho fundamental.

En este sentido, pues, la vigencia del art. 24,2 de la C.E. impone el establecimiento de límites en lo referido a la configuración temporal de la prisión preventiva en virtud, fundamentalmente, de dos consideraciones. La primera, consiste en la imposibilidad de hacer coincidir la prisión provisional con la pena, hecho que ocurriría si la resolución cautelar se mantuviera en el tiempo

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

a lo largo de todo el proceso haciéndola, por tanto, equiparable en lo referente a su intensidad a la pena privativa de libertad. En consecuencia, el señalamiento de un tope máximo de duración de la prisión provisional actúa aquí como una garantía de respeto del derecho a la presunción de inocencia al evitar el cumplimiento de una pena anticipada (20). La segunda razón se asemeja mucho a la anterior, en la cual es subsumible, si bien precisa de ciertas matizaciones. Así, no basta en base al derecho a la presunción de inocencia con que la prisión provisional no iguale o supere en extensión a la pena definitiva, sino que, aún siendo inferior, como ha dicho el TEDH (21), la presunción de inocencia sufre en igual medida en tanto la prisión preventiva se prolongue más allá de lo necesario, y ello no sólo porque se va desvaneciendo el peligro de fuga, sino porque el precepto contenido en el art. 24-2 de nuestra Constitución exige, en cualquier caso, que el derecho a la tutela jurisdiccional lo sea en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas.

c-Derecho a la libertad.-

El derecho a la libertad regulado en el art. 17 de la C.E. está consagrado

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

como el más importante de los atribuídos a la persona humana. Su derogación, en cualquier caso, sólo podrá tener efecto con el debido respeto a lo establecido en la Ley Fundamental y en las normas que en su desarrollo sean dictadas.

Como ya se ha dicho, la prisión provisional representa la restricción más grave que puede realizarse al derecho a la libertad, y ello por los argumentos reiteradamente expresados de la infracción que, desde un punto de vista teórico supone del derecho a la presunción de inocencia.

La prisión preventiva, de este modo, constituye la manifestación más importante en la resolución del conflicto interés individual-interés colectivo que, en un Estado democrático debe, por todos los medios posibles, atemperarse en un intento de cohonestar la libertad personal con la seguridad colectiva (22).

Así, la Constitución, y de acuerdo con los principios que la informan recogidos en el art. 1º, cuales son la libertad y la justicia, estableció en el art. 17,4 la obligación de determinar un plazo máximo de duración de la prisión provisional, precepto que aparece como una garantía esencial del respeto al derecho a la libertad.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

El legislador, de esta forma, y en atención al momento en concreto en el cual hayan de regir las normas procesales penales y, en especial, sobre la base de la situación político-criminal existente en dicho momento, podrá modificar el límite temporal de la prisión provisional sin perder nunca de vista, fundamentalmente, la verdadera naturaleza de tal medida, esto es, la cautelar.

No se debe olvidar, como expone la F.T.S. (23), que la duración de la prisión preventiva va siempre unida a la propia del proceso criminal en el cual se decreta, no debiendo nunca servir de fundamento para su prolongación cuestiones tales como la insuficiencia de medios materiales y humanos en la Administración de Justicia o el excesivo volumen de trabajo a ella asignado (24). En cualquier caso, por último, habrá de tenerse en cuenta que el establecimiento de un límite temporal se enmarca en el núcleo del conflicto antes mencionado interés individual-interés colectivo, siendo así que la lentitud injustificada de los procesos y la amplitud de la prisión provisional suponen un perjuicio al derecho a la libertad y a la presunción de inocencia (25), pero que la moderación de la resolución cautelar implica un riesgo en la garantía

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de la seguridad jurídica y la protección jurisdiccional de la sociedad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

A)- CONTENIDO DE LA LIMITACION TEMPORAL.-

El precepto contenido en el art. 17,4 de la C.E. señalando la obligación del establecimiento de un tope máximo de duración de la prisión provisional responde, en esencia, a las consideraciones anteriormente expuestas del respeto a los derechos fundamentales constituídos por la libertad personal y la presunción de inocencia.

No obstante, la vigencia de los mencionados derechos exige, no sólo la determinación de una serie de límites temporales en lo referido a la prisión preventiva, sino que, además, la propia causa o fundamento que justifica la adopción de la prisión provisional o de cualquiera otra medida cautelar, impone la necesidad, a su vez también reconocida constitucionalmente, de la rápida tramitación de los procesos, hecho que, de producirse, podría en algunos casos servir de base a la supresión de las resoluciones cautelares.

Así, pues, y en conclusión, el derecho fundamental a la libertad se garantiza de dos formas distintas pero complementarias. Por una parte, mediante la oportuna aceleración de los procedimientos penales y, en especial, aquellos en los cuales

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

existan personas sometidas a prisión provisional. Por otra, a través de la limitación temporal del mantenimiento de la medida cautelar, hecho que actúa, en consecuencia, como remedio al inevitable retardo derivado de la lentitud de la Justicia Penal.

a)-Proceso sin dilaciones indebidas.-

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas consagrado en el art. 24,2 de la Constitución encuentra su corolario en los arts. 9,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5,3 del Convenio Europeo que, de una forma parecida, elevan a nivel de precepto fundamental, la necesidad de que los juicios penales y civiles se desarrollen y celebren en un plazo que pueda considerarse razonable.

Como se ha expuesto anteriormente, la razón de ser de las medidas cautelares reside en el retardo derivado de la lentitud de los procedimientos (26), el cual justifica y hace necesaria la adopción de dichas resoluciones para evitar, en definitiva, su frustración por la incomparecencia del inculpado al juicio o la imposibilidad de ejecución de la futura sentencia.

En efecto, el mal funcionamiento de nuestra

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Administración Justicia, puesto de manifiesto reiteradamente por la doctrina (27) y derivado de la enorme falta de medios materiales y humanos supone, necesariamente, la prestación de un servicio público, cual es el de la Justicia (28), en condiciones anormales. Este hecho, en lo referido a los procedimientos de carácter penal adquiere mayor relevancia, y ello debido a que, en muchos casos, y en concreto en aquellos en los que el sujeto pasivo se encuentra sometido a prisión provisional, tiene como consecuencia una restricción considerable del derecho a la libertad individual.

Así, pues, y como parece evidente y ha sido expuesto por CARNELUTTI (29) la abreviación de la duración de la prisión provisional depende, fundamentalmente, de la aceleración del proceso. La prolongación o disminución del límite temporal de la prisión preventiva está, en primer lugar y, esencialmente, unida a la rápida tramitación de los procedimientos (30), siendo así que, si ello sucediera en la realidad, las disposiciones legales tendentes a reducir el plazo máximo de mantenimiento de la privación de libertad provisional carecerían de sentido e, incluso, se podría predicar lo mismo de la propia existencia de las resoluciones

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

cautelares.

Sin embargo, la LECrim., consciente de las constantes y reiteradas dilaciones que se podr#ian producir en la tramitación de los procesos penales (-a pesar de las prescripciones que realizó en relación con la duración del sumario en el art. 302-) estableció la necesidad de que las causas en las cuales hubiera personas sometidas a prisión provisional fueran atendidas de una forma prioritaria (art. 504,3).

Dicha manifestación, que goza de un fundamento innegable pues, en cualquier caso, el retraso de un procedimiento penal, si el imputado se halla privado de libertad, produce consecuencias muy graves, fue reiterada por la FTS en Circulares de 27 de enero de 1.952 y la núm. 1 de 1.956 de 29 de octubre. El más alto órgano de la Fiscalía considera, a este respecto, que la aceleración de las causas con preso responde a dos exigencias elementales. Una la de evitar que la prisión provisional exceda en su duración a la de la pena definitiva que se imponga. Otra, y en la actualidad más importante, porque la prisión preventiva no goza, en lo referido a su cumplimiento, de los beneficios inherentes a la condición de penado y, por supuesto, tampocos los derivados del tratamien-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

to penitenciario (31).

De este modo, pues, y como resumen, hay que concluir que el respeto exigido por la efectividad del derecho a la libertad requiere, en primer lugar, un proceso con todas las garantías y, en todo caso, sin dilaciones indebidas. En la medida en la que ello no sea así la prisión provisional quedará limitada a los casos y en el tiempo ansolutamente necesario para el cumplimiento de las funciones que le están asignadas.

b)-La limitación temporal de la duración de la prisión provisional.-

Junto a las prescripciones señaladas en la C.E. y en la LECrim. conducentes a favorecer la aceleración de los procedimientos penales y, en concreto, aquellos en los que se hallen personas privadas de libertad, y ante la escasa vigencia real de tales disposiciones, tanto nuestra Ley Fundamental, como la norma común procesal penal, han introducido en su articulado una segunda vía que actúa como remedio ante la poca virtualidad práctica de la anterior, y que se concreta en el establecimiento de unos límites temporales de duración de la prisión provisional.

Dichos límites que, como norma general, se fijan

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

en atención a la presumible pena a imponer, se fundamentan así en los dos criterios anteriormente mencionados, cuales son la necesidad de evitar la equiparación de la prisión preventiva a la pena y el respeto a la presunción de inocencia.

De este modo, pues, parece que no deben ser tenidos en cuenta por el legislador, a efectos de señalar los referidos topes máximos de cumplimiento de la medida otros "stándares" distintos del de la gravedad del delito; ello, no obstante, y como se verá en un epígrafe posterior, también son dignos de consideración otros elementos como, p. ej., la complejidad de la instrucción de la causa y la posible evasión del imputado al proceso.

Tal y como se apuntó al comienzo de este capítulo, nuestro legislador prefirió optar, entre los dos sistemas que se le ofrecían a este respecto, por el señalamiento de unos plazos máximos determinados con carácter general, frente al más ambiguo y difícil de aplicar en la práctica, consistemte en remitir la duración de la resolución cautelar a un "standar" menos definido cual es el del "plazo razonable".

Así, pues, nuestra LECrim., y en la línea marcada por el art. 17,4 de la C.E., ha adoptado una postura

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

clara y concreta que se asienta en la plasmación de unos límites temporales que, en ningún caso, pueden ser sobrepasados. Dicho modelo, y en especial el seguido en España, requiere las siguientes matizaciones:

a,)-La LECrim. señala un término máximo de duración de la prisión provisional, término que, en ningún momento, le está permitido al órgano jurisdiccional superar (32) y que, en atención al principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, no debe ser nunca la regla (33).

b,)-No obstante la prescripción anterior, la LECrim. no impone el cumplimiento de un tiempo mínimo, pudiendo la medida mantenerse, en los márgenes autorizados por la Ley, en la intensidad que el Juez considere oportuna para cada caso concreto, es decir, horas, días, meses o años (34).

c,)-En atención al carácter cautelar de la prisión provisional y, por tanto, su sumisión a la regla "rebus sic stantibus", la prisión preventiva puede durar un tiempo inferior al máximo (35) aunque, por otra parte, es susceptible de ser levantada a lo largo de la causa, bien sea de oficio, o bien a instancia de parte (36).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

C)- COMPUTO DE LA DURACION.-

Una vez examinados el fundamento y el contenido de la limitación temporal desde una vertiente teórica, conviene ahora concretar la forma en la cual se manifiesta el precepto constitucional recogido en el art. 17,4 en la LECrim. y, en concreto, en su art. 504.

A este respecto, y como ejes centrales de la presente disertación, destacan los referidos a los módulos a los cuales atiende la norma procesal penal para la concreción de un plazo determinado, es decir, tanto la previsible pena, como los atinentes a la complejidad de la causa, los relativos al cómputo y la figura constituída por los delitos conexos. Por último, es necesario hacer, a su vez, una mención expresa de las causas que la LECrim. prevé como susceptibles de interrumpir el término legal señalado en el caso específico.

a)-El art. 504 de la LECrim.-

El art. 504 de la LECrim., junto con el 503, conforma el núcleo esencial de la regulación jurídica de la prisión provisional, siendo en el citado en primer lugar donde se encuentra la normativa aplicable al tema que nos ocupa.

Antes de entrar en el análisis del contenido

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

exacto del precepto mencionado, parece oportuno realizar algunas consideraciones en relación con la evolución histórica que la LECrim. ha seguido en el tema de la concreción legal de un plazo máximo de duración de la prisión provisional para, a partir de ello, profundizar en la exégesis de la norma y su evolución jurisprudencial.

a,)-Evolución histórica.-

La limitación cuantitativa de la extensión de la prisión preventiva ha seguido un proceso largo y no siempre uniforme, variando su conformación, generalmente, en base a criterios más de carácter político que jurídico.

Hasta el año 1.980, la norma común venía constituída por la prohibición de que la medida cautelar se prolongara en el tiempo más allá de lo que había de durar la previsible pena a imponer. Este fue, por ejemplo, el sistema adoptado por las Leyes de Partidas (37), la Novísima Recopilación (38), la Ley de 17 de enero de 1.901 (39) y el Decreto Ley de 22 de marzo de 1.957 (40).

Hay que esperar, pues, hasta la reforma operada en la LECrim. por medio de la L.O. 16/1980, de 22 de abril, para encontrar en nuestro ordenamiento un precepto más adecuado a las previsiones que

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

los textos internacionales realizan al respecto y, en todo caso, más acorde con el mandato constitucional de 1.978.

La mencionada Ley estableció, como regla general, la imposibilidad de que la prisión provisional pudiera exceder en su duración a la "mitad del tiempo que presuntivamente pueda corresponder al delito imputado" (41), lo cual supuso, indudablemente, un importante avance en la configuración de la prisión provisional como una verdadera medida cautelar (42).

El cambio político ocurrido en España tras las elecciones de 1.982 hubo de repercutir, necesariamente, en la regulación concreta y el desarrollo de los derechos y libertades consagrados en la Constitución.

El legislador de 1.983, consciente de que las prescripciones contenidas en la Ley de 1.980 habían sido el fruto de una situación social y política muy determinada y de que el art. 504 no respondía aún, plenamente, a las exigencias derivadas de nuestra Constitución, promulgó la L.O. 7/1983, de 23 de abril, que representó, a pesar de la brevedad de su vigencia, el momento culminante de la regulación más acorde con su apropiada natura-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

leza y finalidad de la prisión provisional (43).

En consecuencia, y en relación con el tema que nos ocupa, redujo considerablemente los plazos de duración de la prisión preventiva señalando un marco que íba desde los seis meses para los delitos castigados con pena de prisión menor, hasta los treinta en los casos que presentaran una especial gravedad o cuya instrucción fuera de extraordinaria complejidad (44).

Las distintas reacciones surgidas en el seno de la sociedad española y dirigidas a lograr la modificación de los arts. 503 y 504 de la LECrim. surtieron sus efectos y obligaron al legislador que había elaborado la norma anterior a volver sobre sus pasos de forma tal que, por medio de la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, se produjo una nueva reforma de la LECrim. en este punto que la situó en una zona intermedia entre la de 1.980 y la antes citada de 1.983.

b,)-Los límites temporales de la prisión prvisional tras la reforma de 1.985.-

En la actualidad, pues, y de una forma muy similar a lo establecido en otrso ordenamientos de nuestro entorno geográfico y cultural (45), el art. 504 de la LECrim. ha

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

introducido un sistema que podríamos denominar mixto, de determinación de la limitación temporal de la prisión provisional.

En primer lugar, y como criterio central a partir del cual proceder a dicha operación, se sitúa la pena señalada al delito que, por otra parte, al tratarse de un elemento esencial para evitar excesos de cumplimiento, ocupa con toda la razón esta posición privilegiada.

De otro lado, la LECrim. hace referencia para concretar el plazo máximo de duración de la medida a otros datos de carácter objetivo o subjetivo, tales como la complejidad de la causa y el peligro de fuga.

Dado que estos último elementos precisan de un tratamiento especial, nos vamos a referir aquí, unicamente, a los términos máximos que la LeCrim. señala en atención a la pena.

El art. 504 de la norma procesal penal configura un sistema general de plazos en función de la presumible pena que, en su momento, ha de imponerse.

De acuerdo con este precepto, la prisión provisional no podrá exceder de tres meses cuando la pena a imponer sea la de arresto mayor; de un año cuando lo sea de prisión menor y de dos años en el resto

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de las causas. De otro lado, en los dos últimos supuestos, es decir, los sancionados con prisión menor o superior, la prisión provisional podrá prolongarse en función de las causas objetivas o subjetivas a las que, posteriormente, haremos mención (45 bis).

La determinación de los plazos legales máximos en atención a la pena asignada al delito plantea dos problemas fundamentales de cuya solución depende el propio cómputo de los mismos y, en consecuencia, la extensión real de la privación de libertad. El primero se refiere a la penalidad en concreto a la que hay que atender y su dependencia de las peticiones de las partes en el proceso, esto es, si el montante de la pena es el solicitado por las partes en los escritos de calificación o, si se trata del señalado al delito en el C.P. debiendo el Juez efectuar su determinación en concreto, atendiendo para ello a las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

El segundo se encuentra en íntima conexión con la figura del concurso de delitos, es decir, si la conexidad ha de tener repercusiones en la duración máxima de la prisión provisional o, si por el

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

contrario, la prisión preventiva ha de referirse a cada ilícito penal con independencia de la posibilidad de ser enjuiciado en un mismo proceso.

a,,)-La penalidad en concreto.-

La determinación de una pena específica en función de la cual establecer la duración de la resolución cautelar en cada supuesto ha planteado a lo largo de la historia problemas importantes derivados de los distintos sistemas arbitrados por la ley.

Como es sabido, en el proceso penal, y en función de la vinculación del Juez a las pretensiones de las partes, dos han sido las posturas que, con una base más sólida se han reclamado. Por un lado, la que atiende a la pena subjetiva, esto es, la solicitada por las partes, en virtud de la cual el Juez vendría obligado a imponer la pena exacta reivindicada y, por otro lado, la que hace mención a la pena objetiva, es decir, a la señalada al delito imputado, con un fuerte apoyo legal en el art. 851,4 de la LECrim. y que se concreta en la posibilidad del órgano judicial de recorrer la pena asignada al delito calificado por las partes en toda su extensión.

Ambas teorías, sin embargo, como facilmente

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

se puede colegir, no son de una total aplicación en materia de prisión provisional y ello por una razón esencial cual es la de adoptarse esta medida, como regla general, en la fase sumarial en la que, al no haberse deducido aún la pretensión penal, no ha habido, en consecuencia, petición expresa de pena.

Ello, no obstante, en nuestra legislación, los dos sistemas, como se verá, han tenido su repercusión práctica y, partiendo del inaugurado por la Ley de 1.901 que atendía a la pena subjetiva, las leyes posteriores, es decir, las de 1980 y siguientes ya se refieren a la objetiva, si bien hay que matizar aquí si el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal ha de producir determinados efectos en orden a evitar excesos de cumplimiento.

De este modo, pues, tres han sido a nuestro entender, los modelos plamados en nuestra legislación del presente siglo.

x)-La Ley de 17 de enero de 1.901 que en su art. 5º esbozó, por primera vez, una limitación temporal de la prisión provisional, señalaba que tal medida no había nunca de superar un tiempo igual o superior que aquel que correspondiera

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

a la "pena más grave solicitada". En este sentido, pues, se remitía la duración de la prisión provisional a la propia disposición de las partes que limitaban o extendían el mantenimiento de la medida en función de la pretensión deducida en sus escritos de calificación.

Este sistema, si bien presenta una importante virtualidad práctica, cual es la de ajustar la duración de la prisión preventiva a la propia de la pena a imponer, dada la vinculación del Tribunal de lo penal a lo solicitado por las partes (46) tiene, a nuestro modo de ver, una quiebra esencial. En efecto, si el mantenimiento o revocación de la resolución cautelar hay que deferirlo a un momento procesal, cual es del juicio oral, siendo así que la fase instructora suele ser la que más se alarga en el tiempo, resultará un importante perjuicio para el preso en el sentido de que se corre el riesgo de convertir la prisión provisional en una medida más grave que la pena, y ello porque, en la mayoría de los casos, habrá de exceder su duración a la de la privación de libertad definitiva impuesta por la sentencia.

Por tanto, tal sistema, felizmente abandonado por las leyes posteriores, hay que considerarlo

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

como insatisfactorio y, en consecuencia, su derogación es una garantía de la efectividad del derecho a la presunción de inocencia, al evitar la confusión real entre las resoluciones cautelares y las definitivas.

y)-La Ley 7/1983, de 23 de abril, siguiendo los pasos marcados por el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1.957, si bien con una filosofía y un contenido radicalmente opuestos, delimitó el concepto de penalidad al que había que atender para concretar la extensión de la prisión provisional a aquel constituído por la "pena señalada al delito".

Así, pues, y en base a este criterio, la duración de la prisión preventiva se hacía depender de un elemento objetivo cual era la pena "in abstracto" asignada al delito en el C.P. y otro subjetivo determinado bien por el acto de iniciación del proceso por las partes cuando ello se hacía por medio de querella, o bien por la imputación contenida en el auto de procesamiento.

En cualquier caso, sin embargo, la dicción literal de las normas no parece que permitiera un enjuiciamiento previo de la posible penalidad en concreto que hubiera de corresponder al hecho delictivo una vez concluso el proceso, remitiéndose el

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

legislador a una mera operación mental, casi silogística, de aplicación de la norma penal al caso concreto sin indagar en sus especialidades.

En consecuencia, por tanto, este sistema, al no posibilitar una indagación casuística y particularizada, nos parece que puede ocasionar, al igual que el anterior, excesos de cumplimiento en atención a la posible concurrencia, en ocasiones constatable desde el primer momento, de circunstancias decisivas para la decisión final y cuya referencia ha de resultar obligada en un campo, cual es el de las medidas cautelares que, por implicar una anticipación de la sentencia, deben participar de la mayor parte de su contenido.

z)-Por último, la vigente LECrim. consecuencia de la reforma operada por la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, con una redacción muy similar a la que contenía la L.O. 16/1980, de 22 de abril, establece que el cómputo de la duración de la prisión provisional ha de deferirse a la pena que corresponde al delito. Como se ha dicho, de una forma muy similar se expresaba la ley de 1.980 para la cual tal operación había aque referirla a la pena que "presuntivamente puede corresponder al delito imputado", estableciendo, a su vez,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

la necesaria remisión a las diferentes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el grado en que había de imponerse la pena.

Si bien es cierto que la normativa en vigor no hace mención alguna a la obligación del Juez de analizar la concurrencia de las tales circunstancias, no lo es menos que dicha operación resulta necesaria en algunos casos y positiva, y perfectamente encajable en la dicción "circunstancias del hecho" en otros (47).

Por todo ello, y en virtud de la coincidencia terminológica de ,las dos leyes citadas, nos parece que el sistema actual presenta una importante virtualidad en la medida en la que goza de una atribución que lo hace favorecedor de la situación del preso preventivo. En este sentido, la necesaria remisión del Juez, a la hora de concretar el límite temporal de la prisión provisional, a la posible pena futura pena a imponer, haciendo dejación de meras especulaciones abstractas, supone una real delimitación de la medida cautelar, en cuanto a su extensión, en el ámbito de sus verdaderas naturalexa y finalidad.

En base a lo expuesto, si en un caso concreto la existencia de circunstancias atenuantes o eximen-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

tes, constatadas en términos de probabilidad, hubieran de influir en la posterior sentencia, no sería admisible el mantenimiento de una situación de privación de libertad provisional más allá de lo que parece permitido por la norma, siendo así que, en su defecto, la prisión preventiva podría exceder, en muchos supuestos, a la duración de la pena definitiva.

b,,)-La pluralidad de delitos.-

Como ya se expúso en su momento (48), determinadas figuras penales definidas por la nota común de la pluralidad de acciones delictivas imputadas a un solo autor, recaerían bajo el ámbito de aplicación de los arts. 68 y ss. del C.P., siendo así que, de acuerdo con lo prevenido en el art. 70 del mismo texto legal, la pena a imponer a tales acciones supone una modificación de la regla general de cumplimiento sucesivo e ilimitado.

El T.C. en su Sentencia 127/1984 y en atención a este último elemento, es decir, el referido a la penalidad propia de los supuestos constituídos por la pluralidad de delitos imputables a un solo sujeto, ha elaborado una doctrina que, por su relevancia, merece una especial consideración.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

El máximo órgano intérprete de la Constitución, dejando de lado el tema del concurso ideal de delitos, en el cual se produce una verdadera acumulación jurídica (49), se ha planteado cual ha de ser la actitud de los Jueces ante los fenómenos en que dicha acumulación sea material (50), es decir, cuando es posible el enjuiciamiento por separado pero, en función de la conexión de los diferentes delitos cometidos, resulta obligado su conocimiento conjunto.

Para el T.C., en los casos en que se da la existencia de varias acciones delictivas que hayan sido acumuladas por conexión e, incluso, en aquellos supuestos en que tal actividad no se realizó cuando pudo hacerse en virtud de lo previsto en el art. 17 de la LECrim., el cómputo de la duración de la prisión provisional no debe deferirse a cada uno de los distintos delitos cometidos, sino que, antes al contrario, ha de hacerse depender de la pena que, presumiblemente, va a ser impuesta en función de las reglas que el C.P. determina al efecto.

Tal argumentación, expone el T.C., encuentra su fundamento en tres razones esenciales: la primera se basa en la pripia voluntad del legislador consti-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

tuyente que tuvo la pretensión de determinar un tiempo fijo de duración de la prisión provisional. Así, se expone en la Sentencia que reflejamos que "hacer depender esa duración del número de delitos imputados supone, en la práctica, que el plazo máximo fijado por la ley depende de un elemento incierto como es el número de delitos con que se acuse a una persona". La segunda razón se ecntra en el hecho de la no coincidencia de nuestra norma constitucional contenida en el art. 17,4 que exige la delimitación de un término máximo de duración de la prisión provisional, con la contenida en los textos internacionales que hablan de un "plazo razonable", siendo así que "el resultado de multiplicar el plazo máximo legal de la prisión provisional por el número de delitos imputados . . .conduce. . .a un resultado notoriamente superior a todo plazo razonable". En tercer y último lugar, y como ya hemos expresado, para el T.C. el art. 70,2 del C.P. obliga a mantener una interpretación en este sentido enn virtud de las limitaciones que establece en cuanto a la imposición y cumplimiento de las penas en atención a las figuras delictivas que comentamos.

En definitiva, pues, y como conclusión, ante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

la eventualidad de la existencia de una pluralidad de acciones que puedan considerarse como constitutivas de delito y siempre y cuando se encuadren en el ámbito del art. 17 de la LECrim, la duración de la prisión provisional ha de deferirse a la posible pena a imponer en el caso concreto por aplicación de las correspondientes normas del C.P., y no a la penalidad exigida para cada supuesto aislado.

La doctrina sentada por el T.C. no ha hecho referencia alguna, no obstante, a una figura, cual es la del delito masa, hoy tipificada legalmente en el art. 69 bis del C.P. En efecto, en la Sentencia cmentada tan sólo se trata de los casos en que exista una pluralidad de acciones con indeoendencia de los sujetos afectados. Así, pues, parecería que no podría encuadrarse en la filosofía del T.C. la problemática del delito masa que, como es sabido, y a pesar de la redacción del precepto del C.P. señalado, puede configurarse tanto ante la presencia de varias acciones, como por la comisión de una sola (51), siempre y cuando, y en cualquier caso, el sujeto pasivo esté constituído por un conjunto de personas.

No obstante la omisión que el T.C. realiza

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

al no referirse a estos supuestos, lo cierto es que, debido a la variación esencial que se ha de producir en la pena a imponer (52), y a la normal indefensión de los perjudicados en este tipo de delincuencia (53), al caso configurado en el art. 69 bis del C.P. le debe ser, consecuentemente, de aplicación, la filosofía que el máximo órgano intérprete de la Constitución ha consagrado al respecto (54).

c,)-La prolongación de la prisión provisional. Sus circunstancias.-

Dejando de lado el tema de la prolongación de la prisión provisional hasta el límite de la mitad del tiempo de la pena impuesta en el caso de que ésta hubiera sido recurrida que ya fue anteriormente comentado, conviene ahora hacer referencia a las causas específicas que el art. 504,4 de la LECrim. determina como imprescindibles para que la prisión provisional pueda exceder en su cumplimiento de los términos comunes máximos señalados en este mismo precepto.

En este sentido nuestra normal procesal indica que la "prisión provisional podrá prolongarse hasta dos años y cuatro años" en los casos a los que con carácter general se asignaba una duración de uno o dos años, siempre y cuando concurran

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

dos circunstancias, esto es, que se pueda prever que la causa no podrá ser juzgada en los plazos ordinarios y que exista el riesgo de que el imputado pueda sustraerse al proceso.

Varias son las reflexiones que hemos de llevar a cano en este punto. La primera ha de ir referida al hecho de si los tales elementos han de darse conjuntamente o, si por el contrario, basta con la existencia de uno solo de ellos. La segunda, necesatiamente, ha de concretarse en la determinación del contenido de cada una de ellas. La tercera, y última, ha de deferirse a los enunciados que en su momento fueron emitidos acerca de la motivación de los autos de prisión y el derecho de defensa, en el sentido de precisar si el auto de prolongación debe someterse a las conclusiones que mantuvimos en aquel momento o, si por su propia especialidad, no encuentra cabida en las matizaciones que se realizaron entonces.

a,,)-L aprimera cuestión, es decir, la relativa a si las circunstancias del art. 504,4, exigidas para proceder a la prolongación, han de coincidir en el supuesto concreto o, si por el contrario, basta la existencia de una sola de ellas, nos parece que debe solucionarse en favor de la primera tesis, o sea, en apoyo de la necesidad de que

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

ambas causas han de concurrir para que el Juez pueda proceder a dictar el auto incrementado la duración de la prisión provisional.

Tal interpretación se deriva de la propia dicción literal del precepto enunciado. Así, la conjunción "y" situada en el texto entre los dos elementos expresados ostenta una naturaleza copulativa de la cual se deduce la obligación de que, tanto la complejidad de la causa, como el peligro de fuga, deben darse para que el órgano judicial pueda decretar el auto de prolongación.

b,,)-La segunda reflexión que se ha de realizar en este punto consiste en la determinación del contenido de las circunstancias que el art. 504,4 prevé para prorrogar la prisión preventiva.

Como ya se ha dicho, las tales circunstancias pueden ser reconducidas a dos. En primer lugar, han de exitir elementos suficientes para poder pensar que la causa no va a poder ser jusgada en los plazos ordinarios. En este sentido, pues, estimamos que son argumentos suficientes en apoyo de este evento cualquier indicio, tanto de carácter objetivo (pluralidad de delitos, gravedad del hecho, cuantía elevada del daño producido, efectos localizados en diferentes puntos del ámbito nacional.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

etc. . .), como subjetivo (pluralidad de perjudicados u ofendidos, parte pasiva del proceso constituída por un grupo organizado etc. . .)(55).

En ningún caso, como ha puesto de manifiesto el TEDH (56), podrá ser de aplicación lo sancionado en este precepto cuando la dilación del proceso sea imputable al mal funcionamiento de la Administración de Justicia en virtud de la ya reiterada falta de medios materiales y humanos. En este sentido, y de acuerdo con lo establecido por la F.T.S. (57) irrogar al imputado los perjuicios derivados de tal situación supondría un recorte o supresión de sus derechos a la libertad y a la presunción de inocencia.

En segundo lugar, dispone la LeCrim., han de existir elementos suficientes para poder pensar que el inculpado va a sustraerse a la acción de la justicia. En definitiva, pues, no basta con la posible extensión durante un tiempo superior al razonable de la sustanciación del proceso, sino que, además, en todo caso, ha de coincidir el posible peligro de fuga del imputado si se concede a éste la libertad. En consecuencia, en los supuestos en que tal peligro de evasión no se de, aún siendo la tramitación de la causa

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de excesiva complejidad, se debe optar por la revocación de la prisión provisional.

c,,)-La tercera cuestión se refiere a la aplicación de las normas generales que, en su momento comentamos, acerca de la motivación de los autos de prisión y de las garantías inherentes al derecho de defensa que se concretan en la posibilidad de utilización de los distintos medios de impugnación que la LECrim autoriza para combatir la situación de prisión provisional, al auto de prolongación.

En este punto no hay duda alguna, no sólo de la necesaria motivación, pues ello es consustancial a la idea de auto y, en mayor medida si se restringe la libertad personal, sino también de la susceptibilidad de esta resolución de ser recurrida en reforma y apelación, y ello porque así lo dispone, de formaexpresa, el propio art. 504,7 de la LECrim.

b)-Las causas de suspensión de los términos máximos de duración de la prisión provisional.-

El art. 504,6 de la LECrim. sanciona que "no se tendrán en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufriera dilaciones no imputables a la Administración de Justicia".

Para determinar cual es el contenido o significado de esta expresión resulta conveniente acudir a

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

la "mens legislatoris", es decir, a lo que el legislador pretendió al elaborar la expresión contenida en el art. 504,6.

En este sentido, una interpretación actualizada del precepto requiere el análisis previo de la redacción que se dió al mismo con ocasión de la reforma de 1.983.

Como es sabido, el art. 504,4 de la LECrim., tal y como resultó de la mencionada reforma de 1.983, establecía con carácter general que los plazos de prisión provisional quedarían en suspenso "el tiempo en que la causa sufriera dilaciones indebidas e imputables al inculpado". Esta última redacción fue el resultado de un amplio debate en el seno de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados que llevó a la supresión del último párrafo del art. 504,4 que añadía al anterior la expresión "o a quienes ostenten su representación y defensa".

En base, pues, a la eliminación de toda referencia expresa a los Letrados y Procuradores, la Ley de 1.983 limitaba la imputación de las dilaciones a las originadas por los propios inculpados no pudiéndose, de este modo, desviar hacia la persona del preso las conductas dilatorias llevadas a

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

cabo por dichos profesionales (58).

Por tanto, la responsabilidad de las dilaciones producidas en el proceso de aplicación a la interrupción del cómputo del plazo de duración de la prisión provisional habría de quedar exclusivamente limitada a aquellas acciones u omisiones que tuvieran su origen en el propio imputado.

El nuevo art. 504 surgido de la reforma operada en diciembre de 1.984 ha de ser interpretado de una forma muy similar pero con ciertas matizaciones impuestas por la dicción literal de tal precepto que bajo la fórmula "no imputables a la Administración de Justicia" encierra una ampliación de los supuestos de responsabilidad.

En primer lugar cabe destacar la objetivización de la imputación al eliminar toda referencia expresa al inculpado o a sus Letrados, evento que se justificó (59) en base a la necesidad de suprimir cualquier tipo de valoración de carácter personal por parte del Juez de conductas que pudieran ser, incluso, calificadas de penales.

En segundo lugar, el nuevo precepto retoma la redacción del proyecto de ley de 1.983 y amplia los casos que se preveían tras la discusión parlamentaria de éste y su posterior entrada en vigor.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

De este modo, en el momento presente las dilaciones que pueden lugar a la interrupción del cómputo de la duración de la prisión provisional no son tan sólo aquellas que tengan su origen en el propio inculpado, sino también las debidas a las conductas indebidas de sus Letrados o Procuradores (60).

Una interpretación adecuada de la norma requiere, por tanto, y una vez establecido su ámbito de aplicación subjetiva determinar cuales han de ser las conductas que se pieden considerar apropiadas para la efectividad del art. 504,6 de la LECrim.

En este sentido, se puede considerar que no toda actuación del inculpado y sus representantes que de lugar a dilaciones es susceptible de ser calificada como indebida, sino unicamente aquella que tuviera como única finalidad precisamente la dilatoria (61), es decir, que el imputado ha de realizar tal actividad dolosamente, utilizando abusivamente de los recursos que la ley le otorga o bien, a su vez, su conducta pueda adolecer de la falta de diligencia necesaria (62).

De forma contraria, no ha de estimarse incluída en el marco del art. 504,6 de la LECrim. el mero ejercicio del derecho de defensa mediante el agotamiento de los recursos u otro cualquier medio que la ley procesal establece al respecto (63).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

D)- EFECTOS DEL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS.-

El establecimiento de una serie de plazos máximos en cuanto a la duración de la prisión provisional plantea, a nuestro entender, dos problemas, intimamente conectados entre ellos, de los cuales depende la efectividad práctica de la consagración en la LECrim. del precepto constitucional contenido en el art. 17,4 de la Ley Fundamental.

De la dicción literal del art. 504 de la LECrim. parece desprenderse la necesidad de que la excarcelación, una vez superados los términos legales dispuestos en el mismo precepto, fuera automática, es decir, no se pudiera proceder al mantenimiento del sujeto pasivo en situación de privación de libertad. Por otra parte, y en la línea sostenida por el C.P.P.i. (64) podría argumentarse la posibilidad de supeditar el levantamiento de la prisión provisional a la prestación de cualquier tipo de garantía, especialmente la aportación de una fianza.

Ambas cuestiones, sin embargo, han quedado suficientemente aclaradas en nuestro país en virtud de las manifestaciones realizadas por órganos tales como la F.T.S. y el T.C.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Respondiendo ya a las cuestiones planteadas y, en torno al primer punto, la F.T.S., en su Memoria de 1.984 (65) y la Instrucción 1/1984, ha dejado claro que los límites máximos establecidos a la duración de la prisión preventiva "no pueden prolongarse bajo ningún pretexto", siendo así que el T.C., en su Sentencia 127/1984, de 26 de diciembre, ha señalado la obligatoriedad de que los plazos marcados por la ley sean efectivos en virtud del mandato contenido en el art. 17,4 de la C.E.

En definitiva, pues, y como norma general, el transcurso de los términos previstos en el art. 504 de la LECrim. habrá de suponer, en cualquier caso, la puesta en libertad, de forma automática, del preso, sin que quepa otra prolongación de la prisión provisional que la expresamente comprendida en el referido precepto.

No obstante todo ello, la F.T.S. en la Instrucción 1/1984 (66) disponía la posibilidad de que, aunque los límites señalados en el antiguo art. 504 hubieran sido superados, se pudiera proceder a una nueva prisión si el imputado no compareciera a los llamamientos judiciales, haciendo imposible el juicio oral y, por tanto, la efectividad de la futura sentencia.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Tal interpretación de la precitada norma estaba en consonancia con lo establecido en la L.O. 7/1983, dado que, en esta Ley, no se preveía la facultad de prolongación de la prisión preventiva en los casos en que la dificultad del procedimiento y el peligro de fuga así lo aconsejaran. La L.O. 9/1984, estimamos, supera dicha interpretación en el sentido de que, en estos casos, autoriza, con carácter general, una prolongación de la prisión provisional y, en este sentido, podría resultar del todo punto injusto decretar la prisión preventiva de un sujeto tras cuatro años de privación de libertad tan sólo en virtud de una incomparecencia por muy contrastada que ésta hubiera sido, ya que, en este supuesto, el inculpado estaría sufriendo los efectos de una dilación excesiva en la tramitaciín de los procedimientos penales, siendo así que el art. 24,2 de la C.E. prohibe todo tipo de dilación indebida.

No obstante, también es cierto que negar esta posibilidad podría ocasionar la frustración de no pocos procesos en virtud de la incomparecencia al juicio oral del sujeto que ya hubiera superado los términos máximos de cumplimiento de la resolución cautelar. Podría el inculpado, conocedor de que

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

no se le íba a volver a detener, retrasar maliciosamente el proceso y, así frustrar su resultado y la ejecución posterior de la pena.

En base a ello, entendemos que la mejor solución a este dilema pasa porque el Juez prevea la posibilidad de que el imputado frustre el proceso dándose a la fuga una vez transcurrido el plazo máximo de duración de la prisión provisional y, a este efecto, proceder a una rápida terminación del proceso penal en curso y dentro de los términos de privación de libertad señalados en el art. 504 de la LECrim. En definitiva, una Justicia rápida sería el mejor remedio para evitar situaciones como la expuestas.

En el mismo sentido debe resolverse la segunda cuestión planteada, es decir, la posibilidad de supeditar la excarcelación a la prestación de una fianza (67). Así lo ha expresado el T.C. en la ya citada Sentencia 127/1984 para quien el art. 504 no prevé este supuesto que, de darse, burlaría el derecho fundamental reconocido en el art. 17,4 de la C.E.

En efecto, nos encontramos aquí ante un hecho que pudiera subsumirse bajo los arts. 528 y ss. de la LECrim., es decir, ante un evento susceptible

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de acomodarse a las prescripciones que la LECrim. establece en lo referido a la libertad provisional.

En estos casos subsisten los motivos y presupuestos que justifican la prisión provisional, si bien, y en aras del respeto a derechos esenciales como los de la libertad y la presunción de inocencia la excarcelación resulta obligada e imposible de hacerse depender de la prestación de cualquier tipo de garantía. La puesta en libertad, por tanto, no es un beneficio, sino un verdadero derecho (68).

La duda, pues, sobre la comparecencia o incomparecencia del imputado ha de resolverse, al igual que en el punto anterior, mediante la rápida terminación del proceso y no a través de la restricción de los derechos que la C.E. reconoce a toda persona y, en concreto, a aquellas sometidas a prisión provisional.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

E)- EL PLAZO RAZONABLE DEL CONVENIO EUROPEO.-

Como ya se puso de manifiesto, tanto la C.E., como la LECrim., han optado por un sistema de limitación temporal de la prisión provisional diferente al seguido por las normas internacionales en este punto, es decir, han omitido toda referencia expresa al concepto "plzo razonable" consagrado en preceptos tales como el art. 5,3 del Convenio Europeo o el art. 9,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tal expresión, sin embargo, no ha de entenderse totalmente excluída de nuestras normas positivas en virtud de lo dispuesto en el art. 24,2 de la C.E. referido a la necesidad de que el proceso se desarrolle sin "dilaciones indebidas", lo cual, no sólo es la primera garantía de control de la duración de la prisión provisional en tanto que un proceso rápido es el mejor modo de atemperar la resolución cautelar a su estricta necesidad, sino que, a su vez, es de directa aplicación a lo dispuesto en el art. 504 de la LECrim., de modo tal que una prisión preventiva, aún sin rebasar los límites prescritos en esta norma puede ser susceptible de ser recurrida en amparo si el proceso

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

se dilató indebidamente en el tiempo.

No obstante ello, y centrándonos en el tema que nos ocupa, el legislador español, a la hora de adoptar un sistema de limitación temporal de la prisión provisional optó claramente por un régimen mucho más concreto y determinado que el del "plazo razonable" (69), cual es el de la fijación de términos generales.

Sin embargo, y a pesar de esta elección y de la vigencia de la prohibición de "dilaciones indebidas", la necesidad de saber qué es, exactamente, el "plazo razonable" viene exigida por una razón esencial, cual es el remisión que el art. 10,2 de la C.E. realiza a los Tratados internacionales suscritos por España en materia de interpretación de los derechos fundamentales (70). Así, pues, y como consecuencia de este precepto y del propio enunciado de los arts. 1; 32-4 y 53 del Convenio Europeo (71) la concreción de lo que se entiende por "plazo razonable" es del todo punto obligada y ello, no sólo por la directa aplicación de las normas del Convenio en nuestro orden interno (72), sino porque, y esencialmente, los límites máximos que la LECrim. establece no podrán, en ningún caso, superar el "plazo razonable" previsto en

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

la Convención (73), es decir, que aunque se respeten los términos legales que la LeCrim. prevé, es posible que se infrinja el art. 5,3 de la Convención pudiéndose, por tanto, acudir a la Comisión o el TEDH en petición de su restablecimiento.

La diferencia esencial entre ambos sistemas reside en el propio carácter, más o menos ambiguo, de cada uno de ellos.

La prescripción del "plazo razonable" constituye un concepto indeterminado (74) cuya operatividad habrá que concretar en cada supuesto en concreto, es decir, para saber si se ha excedido o no de tal límite hay que acudir al análisis específico de las circunstancias concordantes en cada caso.

De forma contraria, el modelo seguido en España tiene la virtualidad de poseer una naturaleza menos relativa en el sentido de que los plazos se establecen con carácter general y con independencia de las personas, atendiendo, fundamentalmente, a la pena prevista para el delito imputado. Así, pues, se atiende a un criterio más igualitario sin que ello suponga, no obstante, la imposibilidad de que la persona privada de libertad obligue al órgano judicial, en virtud de las normas del Convenio, a un examen individualizado de su caso.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Por tanto, y como conclusión, la necesidad de una referencia al contenido del criterio "plazo razonable" y de los elementos que la Comisión y el TEDH utilizan para su concreción práctica resulta evidente dado que, como se ha dicho, su efectividad en el orden interno español, aunque se respeten los plazos legales previstos en la LECrim., puede significar la conversión de una prisión provisional en excesiva y dar derecho, a tenor del Convenio, a una indemnización o reparación. En definitiva, los órganos jurisdiccionales españoles, junto a los preceptos concretos de la LECrim. en lo referente a la determinación de la duración de la prisión provisional, han de tener en cuenta los "stándares" que la Comisión y el TEDH utilizan para interpretar el módulo "plazo razonable".

A este respecto conviene ahora hacer una referencia a los distintos criterios que han seguido la Comisión y el TEDH para dilucidar si en los diferentes casos en los que se les ha planteado la posible vulneración del art. 5,3 del Convenio Europeo, la detención preventiva ha excedido del llamado "plazo razonable".

Por tanto, estimamos que es necesario, toda vez que los "stándares" utilizados por uno u otro

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

órgano son distintos, individualizar los esgrimidos por cada uno de ellos, para lo cual se van a tomar en consideración cuatro asuntos de los cuales ha conocido tanto el TEDH como la Comisión y en los que han seguido caminos diferentes, estos son los asuntos WEMHOFF (S.27.junio.1968), STöGMULLER (S.10.noviembre.1969), NEUMEISTER (S.27.junio.1968), MATZNETTER (S.10.noviembre.1969).

a)-Criterios adoptados por la Comisión Europea.-

Con carácter general en las causas arriba reseñadas, la Comisión Europea se ha regido por la llamada "regla de los siete criterios", es decir, ha atendido a siete módulos de cuya concurrencia o ausencia extrae la existencia o no de una vulneración de la exigencia del "plazo razonable". Los criterios referidos son los siguientes:

a,)-Duración de la detención en sí misma.-

La Comisión en este punto, ha dejado claro que no se trata de establecer un límite absoluto de duración de la prisión provisional, hecho que coincidiría con el sistema seguido en nuestro país. Fundamentalmente lo que interesa aquí es determinar los momentos iniciales y finales a los cuales hay que atender para concretar la efectiva duración de la medida.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Así, en el asunto WEMHOFF la Comisión ha entendido que la prisión preventiva termina en el momento en el cual se dicta la sentencia y no en aquel en el que comienza el juicio oral.

Por otra parte, esta propio órgano del Consejo de Europa mantiene la imposibilidad de utilizar dicho criterio de forma independiente para valorar la efectiva infracción del art. 5,3 siendo, por tanto, necesario conjugarlo con los demás "stándares" que, a continuación reseñamos (75).

b,)-Duración de la detención preventiva con relación a la naturaleza del delito, a la pena señalada y a la que debe preverse para el supuesto de condena y el sistema de abono de la prisión provisional a la ejecución.-

Para la Comisión la duración de la prisión preventiva habrá de cohonestarse con los diferentes elementos que en este grupo de razones se barajan. No precisa, sin embargo, cual ha de ser el límite de la privación de libertad en relación con cada uno de ellos, si bien, y en los diferentes casos que aquí analizamos, arguye como razón esencial de dependencia de la duración de estos criterios que, la detención preventiva, en cualquier supuesto,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

debe estar presidida por el principio de la presunción de inocencia y así, es conveniente la reducción al mínimo posible de la prisión provisional pues si ésta se aproximara en cuanto a su duración a la propia de la pena a imponer, se vulneraría el mencionado derecho ya que, incluso, se confundirían ambas medidas.

No obstante el silencio de la Comisión respecto de los criterios barajados creemos necesario en este punto hacer una breve referencia a cada uno de ellos y, en concreto, a su virtualidad para hacer depender de su concurrencia un específico límite temporal de la prisión provisional.

a,,)-Naturaleza del delito.-

De acuerdo con lo expuesto por RUIZ-JARABO COLOMER (76), el presente "standard" no sirve, por sí sólo, para fundamentar una mayor o menor dilación de la prisión preventiva, debiendo, en consecuencia, conjugarse con los relativos a las penas señaladas y previstas para el delito presuntamente cometido.

Si bien esta opinión no puede ser refutada sí merece, a nuestro entender, alguna consideración más en función de la múltiples y variadas finalidades que la Convención Europea asigna a la detención

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

preventiva.

En este sentido, y como consecuencia de la posibilidad establecida en el art. 5 del Convenio de decretar la prisión provisional no solo en los casos en que el delito se haya cometido, sino ante la probabilidad de su realización y en los supuestos tendentes a evitar, incluso, la reiteración, parece que puede afirmarse que la naturaleza del hecho, es decir, si presenta el carácter de doloso o culposo, si se ha sorprendido al delincuente flagrantemente o no etc. . .sirve de base para fundamentar la subsistencia de la privación de libertad en aras de la consecución de las funciones arriba enunciadas.

b,,)-Pena señalada al delito.-

La Comisión distingue en estos casos, y en atención a la pena, entre una consideración de la sanción "in abstracto" o "in concreto". No se hace referencia, sin embargo, al modo en que han de entenderse ambos criterios y ello, en consecuencia, debe ser remitido a las legislaciones nacionales.

En este punto, pues, la pena señalada al delito "in abstracto", sin descender a las peculiaridades propias del sujeto y el hecho, constituye un elemento

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

digno de consideración a la hora de determinar la duración de la prisión provisional.

c,,)-Pena previsible a imponer.-

Al igual que en el caso anterior la Comisión no establece reglas interpretativas de este módulo. Así, pues, se trata de un "standard" referido a la penalidad "in concreto", es decir, a aquella que, teoricamente, ha de corresponder en el supuesto específico que se analiza (77).

d,,)-Sistema de abono de la prisión provisional a la ejecución de la pena.-

El presente criterio, estimamos, constituye una referencia importante a la hora de concretar la mayor o menor gravedad, medida en términos de temporalidad, de la prisión provisional. En efecto, la existencia de un sistema de abono de la prisión preventiva en el momento de ejecutar la pena impuesta, ha de suponer un alivio o una minoración de los riesgos derivados de la posible duplicidad de cumplimiento.

No obstante, es conveniente incidir aquí en los argumentos teóricos en su momento apuntados acerca del carácter penal de la figura del abono (78) y, en concreto, reproducir las aspiraciones

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

del Convenio en el sentido de evitar, aún en el caso de mantenimiento de un sistema como el que ahora tratamos, la prolongación de la prisión provisional hasta unos límites incompatibles con la presunción de inocencia, o sea, la evitación de la coincidencia temporal de la prisión preventiva y la pena.

c,)-Efectos penales sobre el detenido de orden material, moral etc. . .-

Se ha argumentado contra este criterio que, en sí mismo considerado, puede comportar una situación de desigualdad que podría ser contraria al art. 14 de la C.E. (79).

En efecto, tal argumentación presenta una sólida base en el sentido de que, con carácter general, la prisión provisional produce una serie de consecuencias perjudiciales de forma indiscriminada respecto de todos los sujetos que la padecen, como p. ej. la angustia de la privación de libertad, el contagio criminal, la reacción social posterior etc. . .

No obstante ello ser cierto, no lo es menos que el propio art. 520 de la LeCrim. impone la obligación a todas las autoridades que practiquen la detención o prisión de hacerlo "en la forma

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio". Nuestra legislación, por tanto, consagra la necesidad de que esta hipotética discriminación sea tenida en cuenta y valorada de forma individual en aras de evitar, en la medida de lo posible, los efectos perjudiciales de la prisión provisional que, por su propia naturleza, han de afectar de una manera distinta a cada sujeto.

De ahí, p. ej., se derivan las prescripciones contenidas en la L.O.G.P. relativas a la separación por Centros e interna en función de la condición de los presos, es decir, su edad, primariedad etc. . .(80).

Por otra parte, y aunque ello no esté regulado de forma expresa en nuestras normas penales y procesales, las características personales del imputado en relación con sus medios de subsistencia y, fundamentalmente, con los familiares a su cargo, dada la redacción del mencionado art. 520 de la LECrim. impone la especial consideración de los casos de forma individual, si no a la hora de decretar la prisión provisional, sí con respecto a la manera en que ha de cumplirse (prisión atenuada) o, como expone la Comisión Europea con buen criterio,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

en el sentido de limitar su duración al tiempo estrictamente necesario.

d,)-La conducta del imputado en el proceso.-

La Comisión ha establecido como otro criterio capaz de determinar si la prisión provisional ha excedido del "plazo razonable" el de la conducta seguida por el inculpado a lo largo del proceso. Para ello se atiende a tres razones esenciales cuales son: a,,)-Si se ha contribuído a retrasar o a activar la instrucción o los debates. b,,)-Si se ha retrasado el procedimiento como consecuencia de la presentación de peticiones de libertad provisional, de apelaciones o de otros recursos. c,,)-Si ha pedido su libertad mediante fianza o ha ofrecido otras garantías para asegurar su comparecencia en el juicio.

A excepción del último punto, es decir, el referido a la existencia de garantías que hagan presumir la comparecencia del imputado y la actuación del mismo en este sentido, es decir, el ofrecimiento de las contracautelas exigidas a tal respecto que, logicamente, constituye un elemento digno de consideración a la hora de determinar la conveniencia o no del mantenimiento de la situación de prisión, las dos primeras cuestiones hacen

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

referencia a temas radicalmente diferentes.

En esta línea de argumentación es conveniente establecer que la intervención del sujeto pasivo en el proceso en cuanto a las actividades del mismo en función de su colaboración con el Juez o los recursos ejercitados en su defensa, merece una consideración especial.

Aquí se puede reproducir la polémica suscitada en nuestro país acerca de las causas de suspensión del cómputo de la duración de la prisión provisional, es decir, las de 1.983 y 1.985 referidas a las dilaciones imputables al inculpado o a la Administración de Justicia.

De este modo, La Comisión ha llegado a la misma conclusión que el legislador español y ha establecido que la conducta del inculpado que se niega a colaborar con los jueces o Tribunales o aquel que se limita a interponer "los recursos que corresponden, se limita a hecer uso de su derecho y no puede ser sancionado por este motivo, a no ser que proceda con abuso o con exceso" (81).

En conclusión, la conducta del inculpado solo puede ser considerada como dilatoria y, en consecuencia, justificar una prolongación de la prisión preventiva, cuando retrase maliciosamente el procedi-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

miento o utilice los medios que se le ofrecen de forma abusiva o injustificada, no pudiendo, por tanto, afectar a su situación la interposición de los recursos u otros actos procesales que la ley le otorga en el ejercicio de su derecho de defensa.

e,)-Las dificultades de la instrucción.-

En la misma línea mantenida por el art. 504 de nuestra LECrim., la Comisión Europea estima que la complejidad de la instrucción de la causa en base al número de testigos e inculpados, la dificultad de los hechos etc. . .constituye un elemento típico para la consideración de la duración de la prisión provisional.

Al igual que expusimos anteriormente al comentar el referido art. 504 (82), estimamos que dicho elemento, en efecto, presenta todas las características idóneas para servir de base a un raciocinio que permita sostener la tesis de la prolongación de la prisión preventiva, fundamentalmente, en aquellos casos en los que exista una pluralidad de perjudicados, hecho que ocurre de forma casi general, en los supuestos de delincuencia económica (83).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

f,)-La manera en que la instrucción ha sido conducida.-

La Comisión, en este punto, se remite al análisis de dos elementos, esto es, el sistema interno de cada país en orden a las investigaciones y la conducta seguida por la autoridades judiciales, es decir, la forma y el cuidado que han puesto en la ejecución de esta fase procesal.

En este caso, la Comisión hace referencia a dos criterios distintos: por una parte, es obligado atender al propio sistema vigente en cada país respecto del sumario o actividades tendentes a la aportación de los hechos y aseguramiento del juicio, por otra parte, adquiere también aquí relevancia la actitud que los órganos jurisdiccionales han mantenido en este momento procesal.

En efecto, parece fuera de toda duda que la labor de la Comisión, en tanto órgano internacional, debe ser la de analizar la duración de la prisión provisional en función de la propia del sumario según las diferentes estructuras de cada país, lo cual puede variar según se trate de un lugar u otro. No obstante, a un nivel meramente interno, este elemento no goza de una especial consideración.

Por el contrario, sí merece una atención preferente

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

el segundo "standard" utilizado, esto es, el relativo a la conducta de las autoridades judiciales.

En este sentido, estimamos conveniente efectuar una diferenciación entre dos posibles situaciones. La primera iría referida al retraso en la tramitación de los procedimientos con preso, o lo que es lo mismo, el hecho de no otorgar preferencia a su sutanciación frente a aquellas en las que el sujeto pasivo se encuentra en libertad. La segunda, que produciría los mismos efectos, es decir, una dilación injustificada, surgiría como consecuencia, no del evento comentado, sino de la imposibilidad de una rápida resolución de la investigación en base al excesivo volumen de trabajo existente en los distintos órganos jurisdiccionales.

Tanto en uno como en otro caso puede pensarse que, el preso preventivo, no debe sufrir los perjuicios derivados de la lentitud de la causa; en el primer supuesto porque ello se genera en virtud del incumplimiento por parte de los Jueces de las obligaciones normativas correspondientes que establecen la urgencia y preferencia de los asuntos con preso; en el segundo porque, como ha establecido el TEDH (84), el imputado no puede ser víctima de la situación material y personal de la Administra-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

ción de Justicia y, por tanto, padecer los efectos derivados de tal evento. En definitiva, por tanto, cabe concluir que la prisión provisional no puede prolongarse en base a criterios exclusivamente estructurales como el deficiente funcionamiento de los órganos integrantes del Poder Judicial.

g,)-La actuación de las autoridades judiciales.-

En este punto la Comisión ha incluído la actitud de los Jueces y Tribunales en relación con las peticiones de libertad del imputado distinguiendo entre aquellas que se producen en la instrucción y las que tienen lugar en el juicio oral.

Así, pues, el elemento que integra el presente criterio viene referido al análisis no de la actuación del imputado, es decir, a su posible conducta dilatoria, sino a la del propio órgano judicial en la resolución de las demandas del preso preventivo. En este sentido, por tanto, el centro neurálgico del examen viene constituído por la existencia o no de motivos suficientes para mantener la privación de libertad y, en consecuencia, si la misma hubo de ser levantada o ratificada.

Una vez expuestos los siete criterios manejados por la Comisión Europea para valorar si la detención preventiva ha excedido del "plazo razonable" del

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

art. 5,3 del Convenio, conviene ahora centrarnos en la forma en que tal órgano interpreta los diferentes elementos, es decir, si ello se realiza de manera individual o, si por el contrario, la apreciación es conjunta.

En este sentido, la Comisión ha establecido las siguientes conclusiones que a continuación resumimos:

x)-La regla de los "siete criterios" no debe considerarse un "numerus clausus" de causas, sino que, y en base a las posibles situaciones excepcionales que se pueden plantear, se podrá acudir a cualesquiera otros elementos que sean idóneos para servir a la finalidad prevista.

y)-Los distintos elementos se apreciarán en primer lugar, de forma individualizada, si bien no se concede un módulo de valor para cada uno de ellos, es decir, que en algunos casos primará la concurrencia de un "standard" y en otros ocurrirá todo lo contrario.

z)-Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, y dada la inexistencia de un baremo preestablecido, la decisión final habrá de basarse, necesariamente, en el examen globalizado de todas y cada una de las causas concurrentes en el asunto.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

En definitiva, pues, se adopta el sistema de la apreciación conjunta de los siete criterios (85).

b)-Criterios adoptados por el TEDH.-

Como regla general, y en concreto en los asuntos que aquí se analizan, el TEDH ha rechazado el sistema de los "siete criterios" y considera que el análisis de la cuestión de si el "plazo razonable" ha sido o no superado en cada caso concreto, ha de basarse en dos hechos fundamentales: el primero en las alegaciones realizadas por el inculpado tanto ante las jurisdicciones internas como ante el TEDH; el segundo, los argumentos esgrimidos por los órganos jurisdiccionales de cada país en los asuntos de su competencia y por los Estados parte en el litigio.

Así, y siguiendo a RUIZ-JARABO COLOMER (86) se puede constatar que el TEDH utiliza para apreciar si ha sido vulnerado el art. 5,3 del Convenio tres grupos de criterios que pueden ser reconducidos a los siguientes:

a,)-Constatación de la existencia de peligro de fuga.-

En definitiva se trata aquí de anali

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

zar la existencia de un presupuesto de la prisión provisional, cual es el provisional, cual es el "periculum in mora", es decir, para el TEDH, la subsistencia de los elementos justificativos de la prisión preventiva sirve de base para mantener de forma prolongada la prisión provisional.

En este sentido, pues, el TEDH se remite para la consideración de la concurrencia de las tales causas a los criterios generales utilizados para constatar la posibilidad de evasión del imputado al proceso, o lo que es lo mismo, la gravedad del delito, los antecedentes del imputado, sus relaciones con el extranjero y el arraigo en el lugar de residencia y la posible transferencia de dinero al exterior.

b,)-Peligro de reiteración.-

Como ya se puso de manifiesto (86), y de acuerdo con lo prevenido en el art. 5,1-c del Convenio, para el TEDH el peligro de reiteración en la actividad delictiva constituye un elemento digno de ser considerado a los efectos de decretar la detención preventiva. En este sentido, pues, y en línea con la tesis mantenida por el TEDH dicho criterio es también relevante a la hora de determinar la conveniencia de proceder

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

a prolongar la duración de la prisión provisional.

c,)-Peligro de supresión de pruebas.-

Para el TEDH una de las funciones de la prisión provisional es la de asegurar la instrucción, finalidad que se cumple evitando la posible actividad del sujeto tendente a la eliminación o desaparición de los futuros medios de prueba.

Mientras tal peligro subsista, la prisión provisional, en consecuencia, puede mantenerse.

No obstante, el TEDH, en el asunto RINGEISEN (S.16.julio.1971), estimó que no se puede alegar esta razón cuando desde el inicio de las intervenciones judiciales y hasta la detención preventiva ha transcurrido un lapso de tiempo considerable, en el cual, si el inculpado lo ha querido, ha podido llevar a efecto su finalidad (87).

Así, pues, el TEDH, a diferencia de la Comisión, no realiza, necesariamente, una globalización de los diferentes elementos de valoración utilizados, de modo tal que, la presencia de cualquiera de ellos, justifica la adopción y prolongación de la prisión provisional.

En resumen, por tanto, y una vez analizados los distintos criterios manejados por la Comisión

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

y el TEDH, podemos extraer una serie de conclusiones cuales son:

x)-La identidad, por parte del TEDH, de los "stándares" a los que se atiende tanto a los efectos de determinar la necesidad de la adopción de la prisión provisional, como a la de prolongar su mantenimiento.

De este modo, puede darse la paradoja de extender la duración de la prisión provisional más allá de lo razonable, en tanto subsistan motivos suficientes que justifican la privación de libertad.

No obstante, a este respecto, el TEDH ha matizado reiteradamente que en la medida en la que la prisión preventiva se dilata en el tiempo, no sólo desaparece el peligro de fuga dada la disminución posterior del efectivo cumplimiento de la pena futura en virtud de la institución del abono (88), sino que, la aproximación real del tiempo sufrido en situación de preventivo a aquel derivado de la imposición de una pena puede ser contrario a la presunción de inocencia (89).

En definitiva, pues, hay que matizar la anteriormente mencionada identidad en los términos expuestos y concluir que, aunque los presupuestos de las resoluciones cautelares, es decir, el periculum in mora y el fumus boni iuris, se mantengan, el propio TEDH ha declarado que la vigencia de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

exigen el levantamiento de la prisión provisional tras un tiempo razonable (90).

y)-Los criterios barajados por la Comisión, no obstante lo que se ha expuesto más arriba, presentan, a nuestro entender, una mayor virtualidad para servir de fundamento a un raciocinio acerca del módulo temporal de la prisión provisional.

En efecto, y si se analizan individualmente cada uno de los "siete criterios" se puede observar la casi total ausencia de paralelismo entre los elementos utilizados para justificar la adopción de la prisión preventiva, y aquéllos que se manejan para operar en materia de limitación temporal, o sea, de adecuación de la detención provisional a la prescripción del "plazo razonable".

En definitiva, pues, estimamos una mayor efectividad práctica de los criterios seguidos por la Comisión frente a los reproducidos por el TEDH, en aras de la finalidad prevista.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO V

(1) Cfr. a título de ejemplo el art. 272 del C.P.P.i.
También los parágrafos 221 y ss. de la StPO alemana.
Igualmente el art. 145 del C.P.P. francés.

(2) Vide Resolución 65 (11). Vide R.O.C. de 20 de marzo de 1.916.

(3) Sobre excepcionalidad vide supra pags.
Cfr. JARDI ABELLA op.cit.pag.159.DE LUCA op.cit. pags. 18 y 89.

(4) Memoria de 1.984. pags. 274 y ss.

(5) Cfr. Asunto STöGMULLER (S.10.noviembre.1969).

(6) Cfr. SERRA Las medidas cautelares en el proceso civil. Barcelona 1.974.pag.18. FAIREN "La reforma del proceso. . ."pag.900. HERCE QUEMADA op.cit.pag.204.

(7) Asi se estableció en la reforma de 1.983 de forma expresa al limitar la duración a la mitad de la pena impuesta en la sentencia si ésta fuera recurrida, criterio que se ha mentenido tras la reforma de 1.985. Vide art. 504,5 de la LECrim.

(8) Cfr. CHIAVARIO La custodia preventiva nel faticoso e tortuoso cammino delle riforme. Riv,it.dir.e proc.pen.1982-4.pags. 1329 y ss.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(9) Vide supra pags. 444 y ss. sobre la reforma de oficio del auto de prisión.

(10) Vide STC 41/1982, de 2 de julio.

(11) Vide Instrucción 1/1984 de la FTS contenida en la Memoria de este año. pags. 357 y ss.

(12) "Introduzione. . .".pag.60.

(13) MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit.pag.404. RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva ¿pena. . .?. . .".

(14) Vide supra pags. 314 y ss. sobre equiparación real de la prisión provisional a la pena.

(15) Cfr. Circular núm. 1/1956 de la FTS.

(16) Cfr. PISANI "La libertà. . .".pags. 29 y ss.

(17) Asunto NEUMEISTER (S.27.junio.1968).

(18) Vide supra pags. 10y ss.

(19) "El sentido de la. . .".

(20) Cfr. GRANATA op.cit.pag.100.PISAPIA "Compendio . . ."pags.52-53.PISANI "La libertà. . .". pag.19.GARCIA VALDES "Reflexiones. . .".pag. 76. LA PRENSA HA DICHO.DIARIO 16. 13 de enero de 1.984. R.P.Jud. núm. 10.1984.pag.158.

(21) Vide asuntos WEMHOFF (S.27.junio.1968) y STöGMULLER (S.10.noviembre.1969).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(22) Cfr. GöSSEL op.cit. pag.66.

(23) Memoria 1.984.pags.274 y ss.

(24) Cfr. asunto STöGMULLER (S.10.noviembre.1969).

(25) Cfr. GRANATA op.cit.pag.100.

(26) Cfr. PISAPIA "Compendio. . .".pags.260 y ss. TAPIA op.cit.pag.318.LEONE op.cit.pag.261. SOTO NIETO "La prisión y . . .".pags.579-580. FAIREN "La detención antes. . .".pag.755.

(27) Cfr. RAMOS MENDEZ "La eficacia. . .".pag.102. GIMENO "Fundamentos. . ."pag.141.SERRA "El Jurado".pags,57-58.

(28) Cfr. LOPEZ MUÑOZ Y LARRAZ "Justicia tardía .—. ."pags. 5 y ss.

(29) "Derecho Procesal Civil. . .".pags.187 y ss.

(30) Cfr. Memoria FTS año 1.984 pags. 274 y ss.

(31) Vide supra pags. 315y ss.

(32) Vide Memoria FTS año 1.984.pags.274 y ss. También STC 41/1982, de 2 de julio.

(33) Vide supra pags.. 242 y ss.
Cfr. CHIAVARIO "La custodia. . .".pags.1329 y ss.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(34) Cfr. STC 41/1982, de 2 de julio.

(35) Cfr. Instrucción núm.1/1984 FTS.

(36) Vide supra pags. 444 y ss.

(37) Partida Séptima. Título XXIX.Ley VII. Estableció la duración máxima del proceso en dos años, pasados los cuales, si no se había obtenido la verdad sobre los hechos, se debía decretar la libertad del preso declarándolo inocente.
La prisión provisional duraba, pues, todo el proceso.

(38) Libro XII. Título XXXV. Ley V. Al igual que en las Leyes de Partidas se autorizaba en este Compendio normativo la prolongación de la prisión provisional hasta el momento de la sentencia.

(39) En su art. 5º que, de acuerdo con lo establecido en el Telegrama oficial s/n de 13 de julio de 1.934 de la FTS, estaba en vigor en esa fecha, permitía el mantenimiento de la prisión provisional hasta el límite de la pena más grave solicitada en los escritos de calificación.

(40) La presente norma de la etapa franquista añadió al párrafo cuarto el art. 503 de la Lecrim., en el cual se prohibía la prisión provisional cuando esta excediera del tiempo del tiempo señalado al delito que la motivó.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(41) Para ello, de acuerdo con lo que se establecía en el art. 504 de la LECrim., habían de tenerse en cuenta las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y, en el caso de no concurrir ninguna de ellas, se atendería al tiempo señalado para el grado medio del ilícito criminal en el C.P.

(42) A pesar de ello, la Ley de 1.980, y estimamos que con acierto, fue muy criticada por la doctrina en la medida en la que convirtió la prisión provisional en la regla, deviniendo la libertad en la excepción. Ello ocurrió, fundamentalmente, al rebajar el límite cuantitativo de la pena exigida para su adopción a los casos de arresto mayor con una clara finalidad de utilizar el instituto cautelar como un instrumento de política criminal.
Cfr. GIMENO-ASENCIO op.cit. ANDRES IBAÑEZ op.cit.pag.44 GARCIA VALDES "Reflexiones. . . "pag.76.MORENO CATENA "En torno a. . . .".pags. 656 y ss.

(43) La reforma de 1.983, no obstante, a pesar de ello fue duramente criticada por los sectores más conservadores del Estado español que la culparon de ser la causante del incremento de la inseguridad ciudadana con motivo de que su vigencia supuso la excarcelación, por otra parte lógica, de una gran cantidad de presos preventivos que llevaban un largo periodo en esta situación en espera de la celebración del juicio correspondiente.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Tales crfticas, desatadas incluso en el seno del Gobierno, fueron concluyentes a la hora de adoptar una postura tendente a la modificación de la Ley de 1.983, en lo que se calificó la contrarreforma de la prisión provisional.
Cfr. GIMENO-ASENCIO op.cit.LA PRENSA HA DICHO Rev.Pod.Jud.cit.
Fue criticada, sin embargo, la reforma por considerarla poco ambiciosa por RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva ¿pena. .?".

(44) La Ley de 1.983 estableció un sistema que atendía, fundamentalmente, a la pena prevista para el delito.
De esta manera, si la pena asignada era de prisión menor, la duración de la prisión provisional no podía sobrepasar los seis meses.
En los demás casos, es decir, penas superiores, el límite era de dieciocho meses.
Si el delito hubiera afectado gravemente a intereses colectivos, hubiera provocado graves consecuencias en el ámbito nacional, si se cometió fuera de España, o su instrucción era muy compleja, la prisión provisional se podía prolongar hasta los treinta meses.
Finalmente, si la sentencia condenatoria era recurrida, la prisión preventiva se mantenía hasta el límite de la mitad de la pena impuesta.

(45) En la R.F.A. la regla general es que la prisión provisional no exceda de seis meses. No obstante este plazo se puede ampliar en los casos en que la investigación presente una especial

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

extensión o dificultad. Del mismo modo, se puede ampliar a un año si existe peligro de reiteración. Parágrafos 121 y 122 de la StPOCfr. GOMEZ COLOMER,JL El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas.Barcelona 1.985.pag.109.

En Italia la cuestión es más compleja y se distingue entre los distintos supuestos de custodia preventiva facultativa u obligatoria por un lado, haciendo depender su duración del sujeto que la ha ordenado, por otro.

Así, se va desde los treinta días en los procedimientos competencia del Pretor, y hasta los dos años en los casos en que el mandato de captura es obligatorio y el delito se castiga con pena superior a veinte años. Cfr. el art. 272 C.P.P.i. Vide LEONE op.cit. pags. 293 y ss.

(45bis) La Ley Antiterrorista, no obstante, en su art. 19,2 permite que la duración de la prisión provisional en todos los supuestos, se mantenga hasta el límite de dos años, pudiendo, además, ampliarse hasta cuatro en los plazos y forma que determina el art. 504 de la LECrim.

Tal prescripción, como parece obvio, facilitará, en muchos casos, los excesos de cumplimiento y la conversión de la prisión preventiva en una pena anticipada.

(46) De acuerdo con el art. 851,4 de la LECrim., y como consecuencia de la vigencia del principio acusatorio en el proceso penal, el Juez queda vinculado relativamente por la petición de pena que realizan las partes (ne eat iudex

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

ultra petita partium). De este modo, y salvo que el Tribunal utilice las facultades que la Ley le autoriza en el art. 733, si condena al acusado por un delito más grave (es decir, con una pena más grave, no calificación jurídica, respecto de lo cual es el Tribunal el único dueño), la sentencia podrá ser recurrida en casación por infracción de las normas de la congruencia.
Cfr. GOLDSCHMIDT "Principios generales. . . ."Pags. 116-117 considera ello una exageración del principio acusatorio ya que el objeto del proceso lo es tan sólo el hecho justiciable. En el sentido expuesto por nosotros vide SOTO NIETO "Correlación entre. . ."pags. 11 y ss. GIMENO "Fundamentos. . .".pags., 201 y ss. Sobre el fundamento de la congruencia vide SERRA "Incongruencia civil. . .".pags. 395 y ss.

(47) Vide supra pags. 111 y ss.

(48) Vide supra pags. 103 y ss.

(49) Cfr. BUSTOS RAMIREZ op.cit.pag.346.

(50) Cfr. BUSTOS RAMIREZ op.cit.pag.344.

(51) Así lo estima p.ej. BUSTOS op.cit.pag.350 siguiendo el concepto de delito masa emitido por SAIN CANTERO a pesar de la reforma de 1.983.

(52) En la medida en que la pena se elevará considerablemente al tratarse de una "generalidad

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de personas" las afectadas en base a lo expuesto en el propio art. 69bis del C.P. La regla general de este precepto se incrementa, en estos casos, al permitirse la aplicación de la pena superior en grado.

(53) Cfr. LANDROVE "Los fraudes. . .".pag.13 sobre el carácter de los sujetos pasivos en este tipo de delincuencia que, según dicho autor, suelen ser los menos dotados economicamente.

(54) Obviamente aquí nos referimos a los solos casos de existencia de una acción delictiva, ya que si se tratara de varias, el encaje en la doctrina del T.C. sería perfecto.

(55) Por tanto, la prolongación de la prisión provisional aparece con una mayor justificación en aquellos delitos denominados masa o, en definitiva, cuando la protección lo es a una serie de intereses que pueden ser calificados como difusos por la inconcreción del sujeto pasivo y los posibles daños ocasionados. Sobre intereses difusos vide LOZANO-HIGUERO Y PINTO,M. La protección procesal de los intereses difusos.Madrid 1.983.

(56) Vide asunto STöGMULLER (S.10.noviembre.1969).

(57) Memoria de 1.984.pags.274 y ss.

(58) El Sr. RUIZ GALLARDON por el Grupo Popular fue el que más incidió en la petición de supresión de este último párrafo en base a considerar que la ley ya establecía los oportunos medios

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de corrección y sanción de las actitudes de estos profesionales. B.O.C.D.Comisión de Justicia e Interior. núm.10. 16.marzo.1983. pag. 381.

Por su parte el Sr. BANDRES pag. 383 se mostró partidario del mantenimiento de una claúsula en este sentido que para él respondía a una necesidad evidente cual era la de "neutralizar una posible picaresca profesional" que, con frecuencia, llevan a cabo ciertos Abogados en defensa de los intereses de sus clientes pero en menoscabo de la legalidad.

El Sr. SOTILLO por el Grupo Socialista pags. 382 a 384 estableció que la fórmula utilizada en el proyecto de ley no pretendía enfrentar a "buenos y malos profesionales", los cuales, en cualquier caso, "tienen que usar y deben usar todos los procedimientos legales que las leyes de procedimiento les reconocen para la defensa de su patrocinado". Así, pues, se mostró favorable, y de esta forma se hizo, a la supresión de toda referencia a actitudes no imputables directamente al inculpado.

(59) SOTILLO MARTI B.O.C.D. Comisión de Justicia e Interior núm. 203 6.septiembre.1984 pag. 6213.

"Yo no sé si eso ha conducido en la práctica o podía conducir, a que jamás se hiciera esa valoración, porque esa valoración podría tener consecuencias incluso penales y, por tanto, consecuencias que ningún Juez quiere derivar de hechos que pueden ser efectivamente dilatorios, pero no con ese calificativo".

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(60) El Sr. SOTILLO MARTI pag.6213 rechazó la interpretación del Sr. BANDRES pags. 6211-6212 que estimaba que la nueva redacción permitía la imputación de la dilación procesal al inculpado, cuando la misma tuviera su origen en actitudes no censurables a su persona, ni tampoco al órgano jurisdiccional (como p.ej. un oficio del Juez a un Alcalde para que realice una misión concreta, en el caso de que el funcionario local tardara más de un año en emitir una respuesta.).

(61) Sr. SOTILLO B.O.C.D. Comisión de Justicia e Interior núm. 10. 16.marzo.1983 pag.381.

(62) Cfr. GIMENO El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Ponencia presentada al Curso "Derechos Fundamentales y Libertades Públicas". Santiago de Compostela 25 abril de 1.986.pag.12.

(63) Sr. SOTILLO pag. 381.

(64) Vide arts. 272, 282 y 284.

(65) Pags. 274 y ss.

(66) ". . .cuando decretada la libertad, después de un tiempo de prisión preventiva, el inculpado no compareciera a los llamamientos judiciales, haciendo imprescindible un nuevo auto de prisión que permita su presencia y la continuación del procedimiento. . .".

(67) La situación es más compleja en Italia donde el art. 272 del C.P.P. permite que con la orden de excarcelación le sean impuestas

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

al imputado alguna de las obligaciones previstas en el art. 282, es decir, fianza, obligación de residir en un lugar determinado etc. .

El tema no es pacífico, no obstante, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia.

Así, para la jurisprudencia y doctrina mayoritarias la excarcelación puede subordinarse tanto a la prestación de una fianza, como a la imposición del deber de residencia en un lugar determinado y, en caso de no poder aportar la caución establecida, tal requisito, a tenor de lo sancionado en el art. 284, puede ser modificado y, en su lugar, exigir al sujeto la presentación periódica ante el órgano jurisdiccional.

Por el contrario, para un sector minoritario de la misma doctrina y jurisprudencia, el art. 272 tan sólo autoriza al Juez a imponer al inculpado la obligación de residencia, no la de establecer una fianza, pues ello, en todo caso, constituye siempre un obstáculo para las personas más débiles economicamente hablando.

Vide por todo FOSCHINI Sistema del diritto processualle penale. Milano 1.968.pags.358 y ss.

SPAGNOLO Scarcerazione per decorrenza dei termini e cauzione.Riv.it.dir.e proc.pen. 1979.pags. 1040 y ss.

(68) Así lo entiende SPAGNOLO op.cit. pags. 1045 a 1047 para quien la excarcelación por transcurso de los términos máximos es un derecho subjetivo que la C.I. prevé en el art. 13,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

con una redacción muy similar a la contenida en el art. 17,4 de nuestra Constitución.

(69) Como módulo más determinado y concreto lo conceptúa la FTS en su Memoria de 1.984. pags. 274 y el T.C. en la Sentencia 127/1984.

(70) Así se expresa el T.C. en la Sentencia 127/1984. Cfr. GIMENO-CASCAJO "El recurso. . .".pag.92.

(71) Que consagran la vinculación de los poderes públicos internos a las normas del Convenio y a las decisiones del Comité de Ministros y el TEDH.

(72) Cfr. LINDE PANIAGUA op.cit.pags.493 y ss.

(73) Hecho que podróa ocurrir p.ej., y según el T.C. si se computaran los plazos máximos de prisión provisional en función de cada delito siendo estos conexos. Vide Sentencia 127/1984.

(74) Vide Memoria FTS 1984 pags.,274 y ss. STC 127/1984.

(75) Vide en este mismo sentido RUIZ-JARABO COLOMER op.cit.pag.153.

(76) Op.cit.pag.153.

(77) Sobre las ventajas e inconvenientes de la consideración de la pena "in abstracto" vide supra pags. 87 y ss.

(78) Vide supra pags. 318 y ss.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(79) Cfr. RUIZ JARABO op.cit.pag.153.

(80) Vide supra pags. 253 y ss.

(81) La Comisión Europea en su Decisión de 5 de diciembre de 1.985, dictada con ocasión de la Demanda 11022/84 PEREZ MAHIA contra España ha matizado este criterio.
El demandante había estado en situación de prisión provisional desde diciembre de 1.977 y hasta noviembre de 1.981.
No obstante, el juicio oral, por primera vez, fue fijado para el día 27 de febrero de 1.979. Tal audiencia, al igual que las señaladas posteriormente y hasta noviembre de 1.981 hubo de ser suspendida en función de las reiteradas recusaciones por parte del demandante de los Abogados de oficio que le habían sido nombrados.
Igualmente, el juicio oral hubo de suspenderse, en otra ocasión, en virtud de la propia actitud del demandante que se produjo autolesiones.
En base a tal conducta dilatoria imputable al propio inculpado la Comisión desestimó la demanda concluyendo que el proceso se había celebrado en tiempo debido y con las debidas garantías y que la prisión provisional no había superado el "plazo razonable".

(82) Vide supra pags. 528 y ss.

(83) En esta misma línea se sitúa RUIZ JARABO op.cit. pags.153-154.

(84) Asunto STöGMULLER (S.10.noviembre.1969).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(85) Ello ha sido criticado por RUIZ JARABO op.cit. pag.154 para quien la valoración habría de ser siempre de carácter individual y proporcionada.

(86) Op. cit. pag. 154.

(87) En este asunto, desde el inicio de la instrucción y hasta la detención preventiva habían transcurrido casi cinco meses, por lo que el TEDH no estimó dicha razón como suficiente para justificar la prolongación de la prisión provisional.

(88) Vide asunto NEUMEISTER (S.27.junio.1968).

(89) Vide asunto WEMHOFF (S.27.junio.1968).

(90) Vide asunto STöGMULLER (S.10.noviembre.1969).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO VI

LA INDEMNIZACION COMO CONSECUENCIA DE UNA PRISION PROVISIONAL INJUSTA.-

Para MARTIN REBOLLO (1) "la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración es, junto al principio de legalidad y de sometimiento de la Administración a los Tribunales, el núcleo esencial del Estado de Derecho y constituye un elemento de ruptura del esquema ideológico de la separación del Estado y la sociedad. Es, en definitiva, el resultado del carácter social del Estado".

De este enunciado podemos extraer la consecuencia de la vital importancia que posee la articulación de un sistema de responsabilidad de la Administración frente a los particulares en virtud de los daños que éstos sufran en su patrimonio en base a las distintas actuaciones de los diferentes órganos inrtegrantes del aparato del Estado.

Hasta el año 1.978 y, en concreto, hasta la promulgación de la Constitución española, la responsabilidad de la Administración se extendía a muy pocos supuestos y, en especial, alcanzaba un grado mínimo en lo referente a los perjuicios derivados de acciones cometidas por Jueces y Tribunales.

Frente a la responsabilidad objetiva del Estado aparecida en España tras la LRJAE y la Ley de Expropiación Forzosa (2), que abandonaron la idea de culpa o negligencia y se ciñeron al hecho objetivo

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

del daño producido e imputable al funcionamiento de la propia Administración, no aplicable nunca a la Administración de Justicia (3), la responsabilidad por las actuaciones de los órganos integrantes del Poder Judicial se constreñía a la puramente personal y, en casos muy contados, a una responsabilidad directa.

A tenor de lo establecido en el art. 49 de la LRJAE, se remitía la responsabilidad de los Jueces y Magistrados a lo dispuesto por las normas especiales por las que éstos se regían, siendo así que las tales normas se referían, exclusivamente, a una responsabilidad de carácter personal, bien se derivara ésta de la comisión de un ilícito penal (4), bien en virtud de culpa o negligencia en el enjuiciamiento de una cuestión civil.

El único supuesto en el cual se señalaba la responsabilidad directa del Estado con ocasión de acciones imputables a la Administración de Justicia lo era en el caso de error judicial constatado tras los trámites previstos en los arts. 954 y ss. de la LeCrim., es decir, tras el oportuno recurso de revisión sin que, por lo tanto, el error comprobado por medio de otra resolución judicial distinta diera derecho a reparación (6),

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Volver al índice/Tornar a l'índex

quedando, en consecuencia, sin cobertura alguna los posibles eventos que ahora nos ocupan, o sea, aquellos constituídos por el cumplimiento de una prisión provisional injusta salvo que se hubiere condenado al sujeto y la medida cautelar se abonara a la pena (7).

Este régimen, como a continuación se verá, había de cambiar de forma sustancial a raiz de la promulgación de la Constitución de 1.978 en lo referido a la responsabilidad derivada de hechos imputables a la Administración de Justicia y, en especial, en la medida en la que la prisión provisional sufrida en los casos en que se constatara "a posteriori" su no necesidad, también habría de dar derecho a la concesión de una indemnización a cargo del Estado.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

A)- EL ARTICULO 121 DE LA C.E. DE 1.978.-

El panorama legal arriba expuesto fue objeto de una modificación esencial con ocasión de la C.E. de 1.978.

Si la responsabilidad de los órganos integrantes de la Administración del Estado se mantuvo, en líneas generales, de forma muy parecida de acuerdo con lo prevenido en el art. 106 de la C,E., no sucedió lo mismo en aquellos casos en que la Administración requerida fuera la judicial.

La inclusión en el texto constitucional de un precepto, como el constituído por el art. 121, supuso una reforma fundamental en lo referido a la indemnización de los particulares por causa de actitudes dimanantes de la actividad jurisdiccional.

Siguiendo a este punto a MARTIN REBOLLO (8) la responsabilidad de la Administración de Justicia que, anteriormente, se centraba en dos aspectos bien diferenciados, es decir, la idea de culpa representada en las normas reguladoras de la responsabilidad civil y penal de Jueces y Magistrados y la responsabilidad directaque tan sólo operaba tras el consiguiente recurso de revisión, evolucionó considerablemente con motivo del nuevo art. 121

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de la C,E., surgiendo una nueva concepción de los actos imputables a Jueces y Tribunales que dieran derecho a reparación.

El referido precepto ha hecho derivar una responsabilidad directa del Estado, sin perjuicio de que, posteriormente, pueda ésta repetirse contra los distintos sujetos causantes del perjuicio (9), de los conceptos de "error judicial" y "funcionamiento anormal", con la consiguiente modificación del sistema que ello ha producido.

Con independencia, pues, del contenido de los mencionados "stándares" que, a continuación, se analizará, la nueva situación puede definirse en atención a las siguientes notas:

a)-Se desliga la noción de responsabilidad de la idea de culpa. Ello no significa que se excluya en cualquier caso, si bien, en ningún modo se exige su concurrencia para la obtención del derecho a una indemnización.

b)-La responsabilidad directa de la Administración de Justicia, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, no se reduce al exclusivo ámbito del proceso penal sino que, antes al contrario, puede exigirse de cualesquiera otros procedimientos de distinta naturaleza.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

c)-Por último, y en lo que a nuestro trabajo más interesa, la responsabilidad ya no se hace derivar unicamente de una declaración realizada en juicio de revisión, sino que el error puede ser constatado a través de toda resolución apropiada a tal efecto (10).

De acuerdo, pues, con estas tres notas, el nuevo sietema ha adquirido una amplitud capaz de abordar en sí mismo la mayoría de los supuestos en los cuales la actividad propia de los órganos jurisdiccionales sea la causante de un perjuicio, evaluable economicamente, en las personas de los particulares, si bien, y a tenor de lo preceptuádo en el ya citado art. 121 de la Ley Fundamental, tal situación ha de derivar de dos datos, cuya clarificación resulta aquí necesaria, esto es, el "error judicial" y, o el "funcionamiento anormal".

La emisión de un concepto acerca de lo que debe entenderse por error judicial y funcionamiento anormal, desde un punto de vista general y, en concreto, su posterior acomodación al contenido que se desprende del art. 121 de la C.E. no es tarea fácil como ha puesto de relieve la doctrina (11). En este sentido, ambos criterios se pueden identificar, englobando el segundo de ellos, es

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

decir, el del funcionamiento anormal al más conciso del error, si bien, tanto uno como otro, a su vez, poseen características propias.

a)-El error judicial.-

De acuerdo con MARTIN REBOLLO (12) el error judicial "es una especie del género común del funcionamiento anormal y es más restringido que aquel en la medida en que si todos los errores judiciales pueden calificarse de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, no todo funcionamiento anormal constituye necesariamente un error judicial" (13).

En base, pues, a esta concepción, son dos, fundamentalmente, las teorías relativas al contenido y aplicación práctica del error judicial. Por un lado, se entiende que el art. 121 de la C.E., al consagrar esta figura se está refiriendo no sólo al error de hecho, sino también al de derecho, de modo tal que la resolución judicial efectiva a los fines de la declaración del error no ha de ser tan sólo la dictada en un recurso de revisión, sino cualquier otra, sin que sea necesariop que revista la forma de sentencia, bastando a tales efectos, por tanto, una simple providencia o auto que constate la equivocación del órgano jurisdiccional (14).

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Por otro lado, y en este sentido cabe destacar la opinión de SOLCHAGA (15), que considera que el citado precepto constitucional, al hablar de error, tan sólo se refiere al de hecho y, por tanto, a aquel "cometido por el juzgador de lo penal en sentencia definitiva y firme, constatado y declarado a través del recurso extraordinario de revisión" (16), con lo cual, pues, el art. 121 de la C.E, no ofrece ninguna otra posibilidad que la clásica del recurso de revisión para el análisis de la producción de un error judicial. En esta medida, por tanto, cualquier otro error que se pueda cometer en el proceso habrá de ser encuadrado en la rúbrica más amplia y general del funcionamiento anormal.

No obstante la base teórica innegable de esta segunda postura nos hemos de inclinar, necesariamente, a favor de la primera, y ello porque así se desprende de forma clara del art. 293 de la LOPJ. Así, en virtud de este precepto, por error judicial no ha de entenderse tan sólo al derivado de la declaración contenida en una sentencia dictada en virtud de un recurso de revisión (respecto del cual haremos posteriormente mención), sino que puede ser apreciado en este mismo sentido

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

cualquier otro error que se declare a través del procedimiento señalado en este precepto, cuya competencia se encuentra atribuída al Tribunal Supremo.

En consecuencia, pues, el error al que se refiere el art. 121 de la C.E. no es sólo el que tiene por origen una equivocada apreciación del hecho, sino que ha de predicarse lo mismo de una incorrecta valoración del derecho. Por tanto, se ha superado la ancestral concepción de hacer depender la concesión de una indemnización al particular de la declaración del error, unicamente, en base a lo declarado en un juicio de revisión, ampliándose así la operatividad de dicha figura jurídica.

En este mismo sentido, también bajo el error cabe incluir todas a quellas conductas en las que el juzgador haya sufrido cualquier género de equivocación, bien sea ésta "in procedendo", bien "in iudicando", con independencia de la existencia o de culpa del órgano judicial (16 bis).

Sabido es que el error es una causa de exclusión de las formas de culpabilidad, esto es, del dolo y de la culpa. El error supone, por tanto, una "representación falsa, una idea que no corresponde con la realidad" (17). No obstante, y atendiendo

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

a los distintos tipos de error construidos por la doctrina penalista, éste puede dividirse, entre otras clasificaciones, en "vencible" e "invencible". Mientras que el segundo excluye el dolo y la culpa, el primero, es decir, el vencible, tan solo excluye el dolo, pero puede dar lugar a una responsabilidad culposa (18).

Por tanto, y en base a estas categorías, trasladables en parte al tema relativo a la responsabilidad de la Administración de Justicia dereivada de la comisión de un "error judicial", la referencia que el art. 121 de la C.E. realiza a tal concepto, excede a la de la concepción tradicional hasta ahora mantenida pero, a su vez, es coincidente con aquella, ya que abarca toda equivocación del órgano jurisdiccional susceptible de producir perjuicios en el imputado no requiriendo la concurrencia de culpa en el juez y, por ello, siendo subsumible en ests figura los supuestos en que el error tenga por origen una conducta no culposa de aquel, pero, a su vez, también incluye los casos en que concurra la culpa.

b)-El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.-

Como ya se ha dicho, el funciona-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

miento anormal abarca toda una serie de conductas entre las cuales cabrían incluirse aquellas representadas por el error judicial, que no sería otra cosa que una subespecie del funcionamiento anormal.

Si bien, y en general, por tanto, el presente concepto reuniría en sí a todas aquellas actuaciones de los órganos jurisdiccionales (19) que de forma lícita o ilícita conllevaran un perjuicio para el particular en virtud de un mal funcionamiento del Poder Judicial (20), los puntos en común que presenta con el error judicial y la ambigüedad de su dicción aconsejan, aunque sea brevemente, concretar las conductas que pueden ser enmarcadas bajo la rúbrica que aquí se trata.

Descartados, como ya se ha hecho, los criterior relativos al error de hecho o de derecho apreciados por vía distinta del recurso de revisión (21), es necesario, pues, atender a otros datos para llenar de contenido el precepto constituído por el art. 121 de la C.E.

En primer lugar es importante destacar que, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina (22), el funcionamiento anormal es un concepto jurídico indeterminado que hace referencia a un objetivo funcionamiento de la justicia atendiendo para ello a unos "stándares" medios de comportamien-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

to. De ahí la dificultad de la específica concreción de su concurrencia en cada supuesto.

Distintas son, por tanto, las notas que se han puesto de relieve como constitutivas del mencionado elemento de valoración.

Para MARTIN REBOLLO (23), el ámbito del funcionamiento anormal vendría determinado por los siguientes datos: a,)-aquellos eventos que apelaran a la idea de culpa y que "tuvieran su origen en la negligencia, ignorancia o dolo penal del juez que se tradujeran, en última instancia, en un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia", dado que en estos casos la responsabilidad es hoy directa del Estado aunque éste pueda repercutir posteriormente contra el Juez. b,)-Los supuestos de funcionamiento defectuoso, con independencia de la conducta lícita o ilícita del Juez (24), es decir, se atiende a la culpabilidad objetiva del servicio, y que se manifiestan, esencialmente, en el retraso o la tardanza en la prestación de justicia (25).

Por su parte, para SOLCHAGA (26), que reconduce el concepto de error a su concepción clásica, en el funcionamiento anormal se habrían de encuadrar las siguientes conductas: a,)-Supuestos de actuación

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

ilegal que se traduzcan en un funcionamiento anormal.

b,)-Supuestos de legalidad consistentes en todo tipo de actuaciones materiales que causen un resultado no legítimo y lesivo al justiciable; falta de coordinación entre los órganos jurisdiccionales; error en la apreciación de los hechos no sufridos en la sentencia definitiva y, por tanto, no reconducibles al recurso de revisión; omisión o pasividad del juez; retraso en la tramitación del procedimiento; prisión provisional que exceda del plazo razonable.

En definitiva, para este último autor, cualquier acción u omisión del órgano jurisdiccional que cause un perjuicio al sujeto pasivo del proceso y que tenga su origen en un funcionamiento anormal es susceptible de dar lugar a una indemnización, incluyendo en este punto los supuestos de error constatados en una resolución distinta de la sentencia definitiva.

Ambas posturas, como se ha podido observar, parten de concepciones y postulados diferentes, fundamentalmente en lo referido al "error judicial" y, por consiguiente, llegan a conclusiones bien distintas.

A nosotros, en este punto, nos parece más adecuado

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

mantener una postura intermedia y ello por la interpretación que hemos realizado del error judicial.

Si, como se ha puesto de manifiesto, baja la rúbrica "error judicial" pueden encuadrarse todas aquellas actuaciones del Juez, bien sean culposas o no, de hecho o de derecho, con independencia de que se declaren en uan resolución distinta de la constituída por la sentencia firme, el contenido del que se ha de dotar al funcionamiento anormal ha de ser, en buena lógica, también diferente.

En este sentido, no podemos concluir con MARTIN REBOLLO que las conductas que apelen a la idea de culpa hayan de enmarcarse, necesariamente, en el concepto "funcionamiento anormal", siendo así que el error judicial puede ser fruto de una actuación culposa o negligente. Tan sólo habrá que encuadrar en este "standard" las actuaciones culposas que no den lugar a error pero que se traduzcan en un funcionamiento anormal e, incluso, cuando se hubiere producido un error, si este fue precedido o simultaneado por una conducta fruto de un funcionamiento defectuoso, la indemnización habría de depender del presente criterio que, como se ha dicho, absorve al más particular del error.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Del mismo modo, tampoco parece conveniente admitir la tesis de SOLCHAGA puesto que el error en la apreciación de los hechos declarado en una resolución distinta de la sentencia es susceptible de dar lugar a indemnización a tenor de lo previsto en el art. 293 de la LOPJ (vg. incorrecta valoración de los datos aportados al sumario en el cual se decretó la prisión provisional por parte del Juez de Instrucción no existiendo realmente los motivos del art. 503 de la LECrim., sino tan solo meras sospechas o indicios).

En conclusión, pues, bajo la rúbrica "funcionamiento anormal" podrían englobarse los siguientes conceptos:

a)-Supuestos en los que concurra culpa o negligencia con ocasión de un funcionamiento defectuoso de la Administración de Justicia. A tales efectos será indiferente que haya existido error o no. Se primaría más el vicio "in procedendo" que el "in iudicando".

b)-Casos de funcionamiento defectuso de la Administración de Justicia concretados en la omisión o falta actividad, falta de coordinación, retraso o tardanza en la tramitación de los procesos y, en general, excesos de cumplimiento ocasionados

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

por causa distinta del error en la calificación "ab initio" del supuesto típico penal, bien entendido que el error ha de ser comprobado. (vg. si los datos aportados apuntaban a una calificación de prisión menor y se valoraran correctamente, aunque la pena posterior fuere de arresto mayor, no habría error, sino "funcionamiento anormal"; por el contrario, si la valoración fue incorrecta por la no apreciación adecuada de los elementos inculpatorios el exceso de cumplimiento sería fruto de un error judicial.

c)-Por último, todos los casos de actuaciones ilegales que den lugar a un perjuicio en el sujeto pasivo.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

B)- LA PRISION PROVISIONAL Y SU ENCUADRAMIENTO EN EL ART. 121 DE LA C.E.-

a)-La situación anterior a 1.978.-

De acuerdo con la situación expuesta es fácil concluir que, con anterioridad a la C.E. de 1.978, no existía un procedimiento adecuado para establecer el derecho a indemnización de aquellas personas que hubieran sufrido una prisión provisional injusta.

En dicha etapa histórica, ni por la vía de la responsabilidad directa de Jueces y Magistrados, ni por la exigible al Estado en base al error constatado en un juicio de revisión, los ciudadanos privados de libertad de forma provisional y, posteriormente, absueltos o condenados a una pena de duración menor al tiempo pasado en prisión preventiva, tenían derecho específico alguno a solicitar una reparación en base al perjuicio sufrido.

Tal situación, constatada fehacientemente por la doctrina (27), fue objeto de numerosas críticas por parte de la mayoría de los autores, si bien, a su vez, fue defendida por un sector minoritario en base a determinados argumentos que más adelante se reproducirán.

En este sentido, si la postura mayoritaria abogaba

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

por el establecimiento de un procedimiento para la obtención de una indemnización en base, esencialmente, a la injusticia que suponía el cumplimiento de una medida cautelar restrictiva de la libertad cuando ésta no fue debida y en virtud de los perjuicios de todo tipo y, especialmente, económicos que se derivaban para el sujeto (28), otra parte de profesores y profesionales del Derecho Procesal no sólo estimaba la necesidad de arbitrar un procedimiento para este evento sino que, incluso, se oponía a ello frontalmente.

Fundamentalmente, para AGUILERA DE PAZ (29) y SOTO NIETO (30), la concesión de una indemnización a un preso preventivo respecto del cual se dictara con posterioridad una sentencia absolutoria, corría el riesgo de convertirse, en sí misma, en una institución injusta, y ello en base a que tal absolución lo podía ser por el hecho de la ausencia de pruebas en su cargo, siendo así que, cuando la supresión lo fue por la labor del sujeto tendente a su ocultación, se estaría primando o favoreciendo la habilidad del imputado para frustrar el proceso y burlar la acción de la justicia (31).

Dicha solución, no obstante, corría el riesgo de responsabilizar, a nuestro entender, a cualquier

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

persona, de actitudes tan sólo imputables a ciertos sujetos. Pero, por otra parte, supone un juicio de valor contrario a la verdad plasmada en una sentencia penal y, por tanto, tan sólo basado en hipótesis.

b)-La C.E. de 1.978.-

La C.E. de 1.978 ha venido a ofrecer una solución definitiva a este problema. En efecto, una vez abandonadas en base al art. 121 las ideas de culpa o negligencia o la exigencia de una sentencia en vía de revisión para obtener el derecho a una reparación en caso de error judicial o funcionamiento anormal, el establecimiento del derecho a una indemnización para los supuestos de prisiones provisionales injustas aparecía como absolutamente necesario y, en virtud de la concepción de la responsabilidad del Estado como directa y no subsidiaria, como hasta este momento ocurría, tal institución ya no había de ser entendida como un simple beneficio o una obligación moral sino que, antes al contrario, su regulación resultaba obligada como un verdadero derecho constitucional del que es titular todo ciudadano (32).

Ello no obstante, la propia dicción del art.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

121 de la C.E., al remitir la regulación expresa del resarcimiento a una futura ley que habría de llevarla a cabo en base a los criterios generales constituídos por el error judicial o el funcionamiento anormal, planteó determinados problemas que, si bien en la actualidad han sido superados por el articulado de la LOPJ, en su momento, generó las lógicas dudas derivadas de la incardinación de la prisión provisional injusta bajo uno de los referidos criterios, ambos a la vez, o la adopción de una fórmula intermedia.

Por ello, y si bien en un capítulo posterior será analizada la situación actual surgida tras la promulgación de la LOPJ, conviene ahora hacer una referencia a las cuestiones arriba apuntadas, esto es, a la adecuación de la indemnización como consecuencia de una prisión provisional injusta al error judicial o al funcionamiento anormal en general, pues ello ha de arrojar la luz para, más adelante, contrastar el sistema adoptado en nuestro país con el esquema teórico que aquí se va a apuntar y, en especial, con el desarrollado en otros ordenamientos europeos.

a,)-El error judicial.-

Comunmente se viene concibien-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

do la idea de que en los casos en los que el sujeto privado de libertad en un procedimiento en virtud de una resolución cautelar es posteriormente absuelto tras la sentencia definitiva e, incluso, cuando lo que se decreta es el sobreseimiento libre o provisional de la causa o, por último, si aunque la sentencia definitiva es condenatoria la duración de la prisión provisional es superior, lo que se ha producido es un error judicial (33).

Tal idea reposa, por tanto, sobre la hipótesis de considerar que la relación entre prisión preventiva y sentencia es directa y, por ello, la no correlación entre ambas resoluciones implica la consideración de la comisión de un error judicial a la hora de decretar la medida cautelar.

Desde un punto de vista amplio y en atención al ámbito que en su momento se atribuyó al concepto de error judicial, dicha hipótesis podría ser estimada como correcta en la mayoría de los casos puesto que, en general, la sobrecarga de trabajo que recae sobre los órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, la escasa atención que se puede prestar en la adopción de una medida tan grave como es la prisión provisional, da lugar a que el error, tanto de hecho, como de derecho, se produzca con una mayor facilidad.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Sin embargo, y como ha sido puesto de manifiesto de forma reiterada por la doctrina italiana (34), la admisión de la posibilidad de que la sentencia absolutoria revele la anterior comisión de un error por parte del órgano judicial, no significa que tal correlación pueda ser predicada en todos los supuestos en que la prisión preventiva no se ajuste a lo dispuesto en un sentencia. Para ello, es decir, para sostener esta tesis, se utilizan tres tipos de argumentos que, a continuación, se reproducen:

x)-El hecho de que el proceso termine con una sentencia absolutoria no implica, necesariamente, que la prisión provisional fuera dictada erróneamente, dado que determinados hechos o pruebas aparecidos con posterioridad a su adopción podían haber desvanecido o hecho desaparecer los motivos en los cuales se apoyó el razonamiento primigenio que sirvió de base a la resolución cautelar que, por tanto, se decretó de forma lógica y coherente con los elementos utilizados en ese momento (35).

y)-Considerar que se ha cometido un error judicial en base a que la sentencia fue absolutoria equivale a atribuir a resoluciones anteriores y, por tanto, provisionales, el carácter de definitivas, siendo

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

así que éstas tan sólo sirven para realizar en base a la mismas un juicio de probabilidad sobre la culpabilidad del sujeto, pero nunca una declaración acerca de la responsabilidad criminal, pues ello solo puede tener efecto mediante la oportuna sentencia condenatoria (36).

z)-La adopción de la prisión provisional en un caso concreto y la posterior absolución del sujeto puede ser considerada como injusta, pero ello no significa que tal actitud haya de ser estimada siempre como ilegal, dado que, y especialmente en el derecho italiano, existen supuestos en que la detención preventiva ha de decretarse de forma obligatoria y automática (37).

Así, pues, y en base a todo lo expuesto, se puede concluir que la afirmación categórica de la relación directa entre prisión provisional y sentencia absolutoria y su calificación como error judicial resulta, al menos, problemática.

Si bien, en ciertos casos se podrá constatar la efectiva equivocación del órgano judicial en base a una errónea calificación jurídica de los hechos, la no apreciación de determinadas circunstancias eximentes debidamente probadas, como la menor edad etc. . .en otros, tal labor

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

ha de resultar más compleja y ello porque el Juez pudo adoptar la resolución en base a los datos de que disponía de forma correcta y tras una valoración acertada.

En definitiva, pues, no parece que pueda afirmarse de forma tajante que la responsabilidad del Estado en este caso haya de encajarse, en cualquier supuesto, bajo el criterio del error judicial, debiendo, pues, atenderse a otros elementos cuales son los constitutivos del "standard" funcionamiento anormal.

b,)-El funcionamiento anormal.-

Como ya se puso de manifiesto, el criterio "funcionamiento anormal" es un concepto jurídico indeterminado que comprende al de "error judicial", si bien, a la hora de su plasmación práctica, convenía diferenciarlo de este último e indicar los datos a los que había que atender para la constatación de su concurrencia.

Así, por funcionamiento anormal se entendía, fundamentalmente, aquellos supuestos constituídos por la idea de culpa o negligencia del Juez que repercutieran en el otorgamiento del servicio público que no tuvieran su origen en el error

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

y que ocasionaran perjuicios al inculpado por una parte y, por otra, el retraso, falta de actividad etc. . . en la tramitación del procedimiento en las mismas condiciones (38).

De este modo, si era problemático encuadrar el supuesto de prisión provisional injusta bajo el epígrafe "error judicial", no lo es menos el hacerlo bajo el que aquí se enuncia y ello en atención a las siguientes consideraciones:

x)-La referencia a la idea de culpa o negligencia no es signo distintivo del funcionamiento anormal o del error judicial y su concreción habrá de deferirse a cada caso concreto.

y)-El criterio del retraso, dilación o falta de actividad en la tramitación del procedimiento que, en general, afecta más al tema de la prisión provisional que exceda en su duración a la de la pena impuesta, sí constituye, a nuestro entender, un elemento más relevante que el anterior para servir de soporte al establecimiento del derecho a la reparación en base a la privación de libertad provisional de forma injusta.

La sobrecarga de trabajo de nuestros Juzgados y Tribunales derivada de la falta de medios materiales y humanos puede ocasionar no sólo un exceso

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de cumplimiento que ha de repercutir, indudablemente, en la persona del imputado sino que, incluso, puede dar lugar a que preste una escasa atención al estudio de los asuntos planteados en los que está en juego la libertad del imputado y, en consecuencia, producir situaciones de privación de libertad que, posteriormente, resulten desvirtuadas por la resolución definitiva absolutoria.

Sin embargo, el Juez pudo haber actuado de forma diligente y, ello no obstante, sufrir un error en los datos que se le proporcionaron.

En definitiva, pues, parece igualmente complejo en este caso deferir la concesión de una reparación en virtud de una prisión provisional injusta, de forma general, al criterio contenido en el art. 121 de la C.E. del "funcionamiento anormal".

En consecuencia, por tanto, la indemnización por prisión provisional injusta, no parece que pueda hacerse depender, con carácter general, a uno de los dos conceptos del art. 121 de la C.E. sino que, antes al contrario, dicha reparación puede surgir tanto de uno como de otro y, en este sentido, se hace necesario precisar a continuación que supuestos habría que encuadrar bajo los "stándares" mencionados.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

c)-La indemnización por prisión provisional injusta a la luz de la C.E. y de la LOPJ.-

a,)-El art. 294 de la LOPJ.-

Antes de entrar a analizar las diferente situaciones y causas en que la prisión provisional sufrida de forma injusta da lugar a una indemnización en base a la concurrencia bien de un error judicial, bien de funcionamiento anormal, conviene hacer una referencia al art. 294 de la LOPJ en el cual, el legislador español, siguiendo la tendencia marcada por otros ordenamientos europeos (3[illegible]), ha llevado a cabo una regulación autónoma y, en principio, independiente de los conceptos contenidos en el art. 121 de la C.E., de un tipo concreto de indemnización concedido a raiz del sufrimiento de una prisión provisional injusta.

El art.294 de la LOPJ establece que "tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre. . ." A su vez, el procedimiento señalado para la virtualidad práctica de esta concesión consiste en la petición directa al Ministerio

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de Justicia, la cual se tramitará con arreglo a las "normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. . .", siendo posible ejercer contra la resolución del Ministerio el oportuno recurso contencioso administrativo (art. 293,2 de la LOPJ).

Si decimos que dicha regulación constituye un "tertium genus", una figura autónoma de los conceptos de error o funcionamiento anormal es en base a las siguientes consideraciones:

Primera. La concesión de la indemnización se hace depender, exclusivamente, de la inexistencia del hecho imputado, sin que la LOPJ o bligue en este punto a concretar si la adopción de la prisión provisional lo fue en base a un efectivo error del Juez de Instrucción o Tribunal que la acordó o, si por el contrario, la misma fue fruto de un funcionamiento anormal sin que tal error se diera en la realidad.

En definitiva, la LOPJ hace abstracción del análisis de la caysa concreta que originó la situación injusta.

Segunda. El procedimiento establecido es aquel que, en general, se señala para el funcionamiento anormal, siendo así que, en ocasiones, la prisión provisional se pudo acordar como consecuencia de haber sufrido el órgano jurisdiccional un

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

error y, en estos casos, en estos casos, el procedimiento debería ser, en buena lógica, el previsto en el art. 293,1 de la LOPJ.

Tercera. la concesión de la indemnización se hace depender tan sólo de la concurrencia de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, cuando, como es sabido, tanto el error como el funcionamiento anormal pueden derivarse de una sentencia condenatoria pero a un menor tiempo que el pasado en situación de prisión provisional.

Se trata, pues, en estos casos, de otorgar una indemnización, en supuestos de una gravedad manifiesta, cuales son los derivados de la inexistencia del hecho, que se aproximaría a una concepción objetiva de la responsabilidad de la Administración en un intento de paliar los efectos perjudiciales de una de las situaciones más graves que pueden darse en el proceso penal, es decir, aquella consistente sen la absolución de una persona por un hecho que no existió en la realidad pero por el cual ha sufrido una privación de libertad.

En tales supuestos, para la operatividad del art. 294 de la LOPJ se exige la concurrencia de los requisitos siguientes:

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

x)-Sentencia absolutoria o sobreseimiento libre.-

A este respecto, por tanto, conviene decir que el sobreseimiento provisional, aunque lo sea en virtud del primer motivo del art. 641 de la LECrim., no se puede considerar como una resolución apropiada para pretender los efectos previstos en el art. 294 de la LOPJ, si bien tales eventos se podrían reconducir a los casos más generales del error o del funcionamiento anormal (40).

y)-Inexistencia del hecho imputado.-

Por inexistencia del hecho imputado ha de entenderse el hecho natural o histórico, con independencia de su calificación jurídica, esto es, si el mismo era o no constitutivo de delito.

El derecho a la indemnización, por tanto, tan sólo surge con motivo de la concurrencia de dos factores que han de darse conjuntamente, es decir, que el no se haya producido en la vida real y que, en consecuencia, el inculpado no hubiera sido su autor.

z)-Requisitos generales y comunes a todo tipo de reparación por prisión provisional sufrida de forma injusta, tales como la necesidad de que se hubiera ocasionado un perjuicio, la exclusión del dolo o de la culpa por parte del perjudicado

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

etc. . . que se analizarán más adelante.

Junto a este supuesto de carácter objetivo previsto en el art. 294 de la LOPJ, los arts. 121 de la C.E. y 292 de la LOPJ preven la posibilidad de otorgamiento de una indemnización a toda persona que haya sufrido una prisión provisional injusta bien lo hubiere sido como consecuencia de un error judicial, bien del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

En base a los conceptos que hemos emitido en relación a ambos criterios, es conveniente ahora tratar de profundizar en los casos concretos de prisión provisional injusta que habrían de recaer bajo el ámbito de cada uno de ellos.

b,)-El error judicial.-

Como ya pusimos de manifiesto, el error judicial al que se refiere el art. 121 de la C.,E. es aquel que puede ser tanto de hecho como de derecho, constatado a través de cualquier resolución distinta de la sentencia dictada en juicio de revisión e independiente de la concurrencia o no de culpa del Juez (41).

El error judicial, por tanto, ha de deferirse al propio del órgano jurisdiccioanl que decretó el auto de prisión y no a la Administración de

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Justicia (41 bis). Los supuestos de recursoi de revisión de los arts. 954 y ss. de la LECrim. se refieren a la responsabilidad del Estado surgida como consecuencia de la existencia de una serie concreta de causas que, a poco que se profundice, se observará que no son todas constitutivas de error sino que, en ocasiones, la indemnización opera en virtud de circunstcnias reconducibles al mal funcionamiento de la Administración de Justicia (vg. dos personas que sufren condena por el mismo hecho, lo cual es fruto de la falta de coordinación entre los órganos integrantes del Poder Judicial) e, incluso, a otros motivos que se pueden reconducir a una especie de responsabilidad objetiva (aparición de nuevos elementos de prueba).

Lo que ocurre es que en 1.882 no existía precepto alguno que consagrara la responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal y dicha responsabilidad quedaba circunscrita, exclusivamente, a los motivos de revisión o a los supuestos de responsabilidad civil y penal de Jueces y Magistrados.

En la actualidad, y tras la C.E. de 1.978, es obligado reconducir la materia relativa a la responsabilidad a los conceptos por primera

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

vez instaurados en el ámbito de la Administración de Justicia del "error judicial" y el "funcionamiento anormal" y, en este sentido, y en concreto en relación al tema que nos ocupa, es conveniente clarificar qué conductas han de ser reconducidas a cada supuesto típico de la norma constitucional.

En consecuencia, pues, y como premisa de la que hay que partir, el error judicial hay que referirlo al propio del Juez que acordó la prisión provisional, siempre y cuando haya actuado con la debida diligencia pues, en caso contrario, el error sería fruto de un funcionamiento defectuoso y la palicación de este motivo es prioritaria. Por último, el error habrá de constatarse en relación con la propia resolución privativa de libertad, es decir, que, con carácter general, el hecho de una sentencia absolutoria posterior no se puede traducir en la existencia matemática de error. Del mismo modo, si la sentencia definitiva fue condenatoria tal evento tampoco puede excluir totalmente el error sino que, cuando la prisión provisional excedió a la pena y ello lo fue como consecuencia de un error operaría dicho criterio y no el de funcionamiento anormal.

En base a todo lo expuesto, se puede predicar

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

que la prisión provisional injusta lo fue en base a la comisión de un error judicial en dos supuestos generales:

a,,)- Todos aquellos casos en los que el Juez actuó con la debida diligencia, es decir, cumplió estrictamente con los deberes que le imponen las normas procesales, pero valoró incorrectamente los motivos que se le ofrecieron para decretar la prisión provisional.

Es indiferente en este punto que la sentencia posterior sea absolutoria o condenatoria. Lo que constituye la base de la indemnización es la equivocación del Juez en el momento exacto de acordar la privación de libertad cautelar.

Quedarían excluídos de reparación por esta causa las prisiones provisionales acordadas en base a motivos ofrecidos por el sujeto pasivo, testigos etc. . .falsos o inadecuados a la realidad.

En el primer supuesto, es decir, aquel en que la resolución injusta se basó en la actuación dolosa o culposa del perjudicado, es de aplicación el art. 295 de la LOPJ (42).

En los restantes casos en que la prisión provisional se apoyó en datos falsos producidos dolosa o culposamente por personas distintas del perjudica-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

do la responsabilidad habrá de exigirse directamente a estas personas, sin perjuicio de las conductas penales en las que podrían haber incurrido (arts. 325 y ss. del C.P.).

En este punto también deberían tenerse en cuenta aquellos casos en los que se ha producido una errónea valoración del derecho aplicable (vg. el acuerdo de prisión provisional en base al art. 503 de la LECrim., cuando la libertad era posible y venía exigida a tenor de lo expresado en el art. 504 del mismo texto legal. La no adopción de la prisión atenuada si ello venía confirmado por los elementos aportados al proceso etc. . .).

b,,)-No apreciación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal constituída por la menor edad por causa distinta de la falta de diligencia, es decir, por un motivo distinto de la petición de los documentos a que se refiere el art. 375 de la LECrim. relativos a la acreditación de la edad.

Recaerían bajo esta rúbrica tan sólo los casos expresados en el art. 376 de la norma procesal penal que se aplican en el caso de inexistencia de duda sobre la identidad del procesado. La

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

incorrecta interpretación del término "conocidamente" podría dar lugar a la indemnización en base a la comisión de un "error judicial".

Igualmente, la inadvertencia por parte del Juez de indicios de enajenación mental cuando éstos fueran evidentes e, incluso, se hubieren acreditado, y la interpretación contraria del este órgano del Poder Judicial y, en consecuencia, el no sometimiento del reo a los exámenes médicos a los que se refiere el art. 381 de la LECrim., podrían también servir de base a la concesión de una indemnización por "error".

En ambos supuestos, la declaración del error y el otorgamiento de una reparación efectiva se ha de tramitar a través del procedimiento establecido en el art. 292,1-2 de la LOPJ, es decir, declaración del T.S. y posterior petición al Ministerio de Justicia.

c,)-Funcionamiento anormal.-

Por funcionamiento anormal, como se expuso en su momento, hay que entender toda actuación contraria a una eficacia media objetiva de la Administración de Justicia.

Funcionamiento anormal es toda conducta consisten-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

te en el retardo, falta de coordinación, falta de actividad etc. . .imputables no a un Juez en concreto, aunque ello podía admitirse, sino a la Administración de Justicia.

Ello no obstante, el art. 121 de la C.E. no es equiparable al art. 106 del mismo texto legal y la responsabilidad en los supuestos de la Administración de Justicia no puede ser reconducida a la objetiva y típica de la Administración del Estado, sino que, antes al contrario, la indemnización tan sólo surgirá en los casos de funcionamiento anormal. Si la actuación del Poder Judicial fue normal la responsabilidad no se podría exigir al Estado sino a las personas que hubieran dado lugar al perjuicio de forma directa (43).

Bajo la rúbrica funcionamiento anormal habrá que incluir, por tanto, todas las coinductas enunciadas, bien entendido que si, a la vez, concurre error judicial, será de aplicación el criterio del funcionamiento anormal que absorve al más específico del error.

Es indiferente para la apreciación de la presente circunstancia que la sentencia posterior sea condenatoria o absolutoria y la indemnización, por consiguiente, puede otorgarse en ambos casos.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En consecuencia se pueden distinguir los siguientes supuestos:

a,,)-Sentencia posterior absolutoria.-

x)-Supuestos en que la prisión provisional se decretó con inexistencia de motivos, ocasionado ello no por la errónea valoración de dichos motivos por parte del Juez, lo cual también pudo ocurrir, sino por la falta de diligencia del Juez en la dirección de la investigación, es decir, en la búsqueda de los datos necesarios para fundamentar fehacientemente la sospecha delictiva a través de los medios que la LeCrim. le ofrece (vg. la falta de citación de testigos para su declaración que podían haber desvirtuado los indicios de criminalidad).

y)-Sentencia absolutoria dictada en virtud de cualquier recurso devolutivo e, incluso, el especial de amparo ante el T.C. fundamentada en la utilización de pruebas prohibidas en el juicio oral para sustentar la convicción de culpabilidad, tales como las alcoholométricas, el simple atestado policial o las obtenidas con infracción de derechos fundamentales.

En estos casos pudo no haber error en el acuerdo de prisión ni falta de diligencia en la fase

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de instrucción, pero la actitud ilegítima del Tribunal sentenciador al basar su condena previa hace devenir injusta la prisión provisional puesto que la sentencia absolutoria es consecuencia de una defectuosa actuación de la Administración de Justicia.

z)-Sentencia absolutoria dictada como consecuencia de la ausencia de pruebas. En este punto no toda ausencia de pruebas es determinante del derecho a una indemnización, sino tan sólo aquella derivada de una falta de diligencia de los órganos de la Administración de Justicia, bien en su práctica, o bien en su aseguramiento. (vg. el fallecimiento de un testigo respecto del cual no se practicó la prueba anticipada si el Juez conocía el peligro de su muerte. La desaparición de un documento por falta de diligencia en su aseguramiento etc. . .).

b,,)-Sentencia condenatoria.-

Quedan excluídos de este supuesto aquellos casos en que hubo una incorrecta valoración de los motivos si hubo diligencia del Juez.

Si tal obligación de diligencia no se dió nos podemos encontrar ante dos situaciones que se podrían encuadrar en este epígrafe:

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

x)-Errónea valoración de los motivos cuyo resultado fue una imputación más grave que la que debió ser aplicada. En tal caso, el exceso de cumplimiento es fruto de un funcionamiento anormal y debe dar derecho a indemnización.

y)-Falta de diligencia del Juez en las actuaciones encaminadas a determinar la edad del procesado subsumibles bajo el art. 375 de la LECrim., es decir, la no solicitud, si ello debió haberse llevado a cabo, de los documentos acreditativos de la edad del imputado.

d,)-Requisitos para la concesión de la indemnización.-

El derècho, què no beneficio, consagrado en los arts. 292 y ss. de la LOPJ está sometido, para su efectividad, a la concurrencia de tres requisitos esenciales cuales son:

a,,)-El cumplimiento por parte del sujeto pasivo de la medida cautelar consistente en la privación de libertad cautelar.

En este punto es conveniente matizar que la concesión del derecho es indiferente de la forma en que se hubiere decretado y llevado a efecto la prisión, es decir, la reparación se otorga con independencia de que la prisión preventi-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

va se cumpliera de acuerdo con el régimen común, incomunicado o atenuado y, por tanto, también en este último caso el sujeto estaría legitimado para pedir la actuación de los arts. 292 y ss. de la LOPJ.

En segundo lugar, es conveniente matizar que, al igual como ocurría con el tema del abono de la prisión preventiva a la pena (44), en estos supuestos es necesaria la correlación entre el procedimiento penal terminado con cualquier resolución definitiva y aquel en el que se decretó la prisión provisional, es decir, no puede operar el derecho al resarcimiento si la medida cautelar se cumplió en un procedimiento distinto, y ello en virtud de una interpretación analógica de los arts. 292 y ss. de la LOPJ y el art. 33 del C.P.

b,,)-En segundo lugar, la LOPJ exige que se "hayan irrogado perjuicios" al imputado, los cuales, en atención a lo expresado en el art. 291,2 del mismo texto legal, habrán de ser siempre evaluables economicamente.

En este punto, por fortuna, el proyecto inicial del Gobierno fue modificado y suprimido el calificativo "graves" que se hacía acompañar al sustantivo "perjuicios".

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

La primera redacción, similar a la regulación francesa que requiere que el "perjuicio sea manifiestamente anormal y de una particular gravedad", implicaba no sólo una excesiva dejación en manos del Ministerio de Justicia de la valoración del presente dato, sino también la limitación del derecho a los exclusivos casos en que el daño se pudiera considerar como extraordinario.

Parece, pues, mucho más oportuna la actual dicción del precepto que, de este modo, ampara todas las posibles consecuencias perjudiciales que una prisión provisional puede ocasionar a un sujeto, habida cuenta de que éstas no pueden circunscribirse a las meras de carácter económico derivadas de la pérdida de empleo y, por tanto, la no percepción de los haberes, sino que, de igual modo, y en conexión con lo establecido en el párrafo segundo del art. 294 de la LOPJ, han de considerarse como comprendidas en el ámbito de los "perjuicios" todos aquellos daños producidos a la persona o familia del imputado.

Así, pues, estimamos que la expresión "perjuicios" ha de entenderse de una manera amplia que englobe todos los que puedan haberse ocasionado al sujeto, de cualquier carácter e intensidad, por mínima

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

que ésta sea y que, en cualquier caso fueran susceptibles de ser evaluados economicamente.

c,,)-El tercer requisito que se señala es aquel consistente en que el "error judicial" o el "funcionamiento anormal" no sean imputables a la conducta dolosa o culposa del perjudicado.

Nos encontramos con una expresión ciertamente confusa de cuya interpretación depende una mayor o menor efectividad del derecho a la reparación.

Como quiera, no obstante, que el art. 295 de la LOPJ se puede conectar con el enunciado previsto en el apartado sexto del art. 504 de la LeCrim., referido a las dilaciones en materia de prisión provisional que tengan su origen en actuaciones no imputables a la Administración de Justicia, que ya fue tratado en su momento, allí nos remitimos (45) para su mejor comprensión dado que el supuesto del precepto de la norma procesal penal es de aplicación al que aquí se analiza.

e,)-Cuantía de la indemnización.-

De acuerdo con la posición mantenida por PISANI (46), la cuantía que debe asignarse a la hora de resarcir al perjudicado por los daños que le fueron causados por la prisión provi-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

sional injusta era susceptible de establecerse de dos formas diferentes: una mediante el señalamiento de un baremo standard, o lo que es lo mismo, qe fijara cantidades invariables en atención al tiempo efectivo pasado en situación de prisión preventiva, con independencia de las circunstancias específicas del sujeto pasivo de la medida, otra consistente en la consagración de determinados criterios generales a partir de los cuales, y en cada caso concreto e individualizado, extraer el daño realmente causado y en virtud del mismo otorgar la cantidad estimada oportuna para su reparación.

Ambos sistemas presentan ventajas e inconvenientes y la opción por el segundo que ha realizado el legislador español, si bien parece ser la más adecuada, no está exenta de quiebras que, sin embargo, han de solucionarse a través de una práctica favorable a los sujetos peticionarios.

Así, el modelo standard posee a su favor la eliminación de criterios valorativos por parte del Ministerio de Justicia.

No obstante, ello ha de ser analizado con cuidado puesto que, puede llevar a situaciones discriminatorias dado que el perjuicio, aun coincidiendo

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

en los distintos supuestos el elemento objetivo de la duración de la resolución cautelar, habrá de ser de diferente intensidad en atención, fundamentalmente, a la propia situación económica del sujeto. De este modo, no afecta en la misma medida tal situación a una persona que detenta un poder económico importante que a otra que depende, exclusivamente, de los escasos medios que le proporciona su profesión habitual, máxime si la misma tiene familiares a su cargo e, incluso, si es despedido del trabajo.

A pesar de este problema apuntado, el sistema que aquí se comenta posee una virtualidad importante en cuanto que, al eliminar, como ya se ha dicho, la discrecionalidad del Ministerio de Justicia, se evita que la concesión de las diferentes indemnizaciones se supedite a datos tan poco relevantes para el justiciable, como contraproducentes para el mismo, como la situación económica de la Administración del Estado en un momento determinado, hecho que, de haberse adoptado esta solución, no habría de producirse.

En la línea de estas argumentaciones, pues, hay que analizar el art. 294,2 de la LOPJ que se ha inclinado claramente por un modelo inspirado

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

en criterios subjetivos y objetivos pero, en todo caso, individualizados y en función de cada supuesto en concreto.

Así, en el referido precepto se establece que la cuantía habrá de fijarse en atención a dos tipos de elementos: por una parte, el tiempo efe ctivo de la duración de la privación de libertad; por otra, las consecuencias de tipo personal y familiar que se hayan producido.

Por tanto, el Ministerio de Justicia, a la hora de concretar la cantidad en que han de representarse los previsibles daños irrogados al sujeto, habrá de tener en cuenta no sólo el dato, igual para todos los sujetos y, por tanto, no sometido a valoración alguna, del tiempo pasado en situación de prisión provisional, sino también todas las circunstancias influyentes en el caso concreto relativas al perjuicio causado a la persona o familiares del imputado que, como ya se ha dicho, no deben limitarse a las meramente económicas, sino que han de ser contempladas todas aquellas, incluso las referidas al honor del agraviado, siempre que se puedan evaluar economicamente.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO VI

(1) La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. (El artículo 121 de la Constitución y las bases de su desarrollo.Jornadas sobre el Proyecto de LOPJ del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1.985. pag. 2.

(2) Vide arts. 40 de la LRJAE y 121 de la LEP.

(3) Cfr. MARTIN REBOLLO op.cit. pag. 5. También del mismo autor. Jueces y responsabilidad del Estado. Madrid 1.983. pags. 13 y ss.

(4) Vide arts. 351 y ss. del C.P. y 757 y ss. de la LeCrim. Para GARCIA DE ENTERRIA-TOMAS RAMOS FERNANDEZ op.cit. pag. 344. tal responsabilidad era directa en virtud de los arts. 40 de la LRJAE y 121 de la LEP.

(5) Vide arts. 903 y ss. de la LEC y 260 y ss. de la LOPJ de 1.870.
Para GARCIA DE ENTERRIA-TOMAS RAMOS FERNANDEZ op.cit.,pag. 344 la responsabilidad del Estado en estos casos era subsidiaria. No se muestra de acuerdo ALMAGRO NOSETE,J; Problemática del "recurso" de responsabilidad civil contra jueces y magistrados. R.D.Proc. ib-filip. 1.971,2-3 pags. 349 y ss.

(6) Vide MARTIN REBOLLO "Jueces y . . .".pags. 103 y ss.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(7) Es decir, y como puso de manifiesto reiteradamente la doctrina, en aquellos momentos no existía un procedimiento específico para exigir cualquier tipo de responsabilidad basada en el cumplimiento de una prisión provisional injusta.
Vide MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit. pags. 404 a 407.
GONZALEZ MONTES. Las medidas cautelares personales en nuestro ordeanmiento. en "El sistema de medidas cautelares". Pamplona 1.974.pag. 172.
MATTES op. cit. pag. 103.

(8) "La responsabilidad del Estado. . .". "Jueces y responsabilidad . . .". pags. 137-138.

(9) Vide art. 296 de la L.O.P.J.

(10) Vide por todo MARTIN REBOLLO "Jueces y . . . . . .". pags. 137-138.

(11) "Jueces y responsabilidad. . .". pags. 138 y ss.
Vide BLASCO ESTEVE,A; La responsabilidad de la Administración por actos administrativos. Madrid 1.981. pags. 154-155.

(12) "Jueces y . . .".pags. 138-139.

(13) En el mismo sentido se expresan GODED MIRANDA,M; La responsabilidad del estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. en "El Poder Judicial" T.I. Madrid 1.983. Pag. 327.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

SOLCHAGA LOITEGUI,J; La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. en "El Poder Judicial" T.III. Madrid 1.983. pags. 2543-2544.

(14) Vide MARRIN REBOLLO "Jueces y. . .".pags. 139 y ss.

(15) Op. cit. pags. 2544 y 2555.

(16) SOLCHAGA op.cit. pag. 2544.

(16bis) Opinión contraria a la que mantiene MARTIN REBOLLO que tan sólo introduce en el error los casos en que no concurra culpa.

(17) Cfr. COBO-VIVES op.cit. pag. 543.

(18) COBO-VIVES op.cit.pag. 545. BUSTOS RAMIREZ op.cit.pags. 297-298. RODRIGUEZ DEVESA op.cit. pag. 629.
El error se tipifica en el art. 6 bis a) del C.P. distinguiendo entre vencible e invencible. En el primer caso la infracción se considera culposa; en el segundo se excluye la responsabilidad criminal.
En este punto no pueden operar los conceptos penales de "error de tipo" y "error de prohibición" ya que parece más conveniente acudir a la clásica fórmula "error de hecho" y "error de derecho". El error de tipo no sería aplicable netamente a la responsabilidad judicial y

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

es más oportuna la referencia al error de hecho relativa a la valoración del mismo. El error de prohibición no es trasladable por la presunción de que el juez conoce el derecho, si bien puede aplicarlo erróneamente. Cfr. JESCHECK op.cit.pags. 411 y ss.

Una opinión contraria a la distinción error de hecho y error de derecho en el ámbito penal puede verse en VON LISZT,F; Tratado de derecho Penal. Tomo segundo. Tercera Edición. pags. 417 y ss.

Para GORDILLO, A; Teoría General de Derecho Administrativo. Madrid 1.984. pags. 474 y ss. no se puede hablar de vicio de error derecho cuando el sujeto de la Administración dictó el acto que quería dictar pero aplicó erróneamente la norma, esto sería un vicio de arbitrariedad, no de voluntad. Para que exista error de derecho el sujeto debió dictar un acto distinto al que quería (quería hacer una cosa y firmó otra).

Tal interpretación no la consideramos adecuada en materia de Administración de Justicia porque se presume la independencia y no existe voluntad previa. El acto se puede dictar por errónea apreciación del derecho. Sería contrario al art. 117 de la C.E. presumir que el Juez, premeditadamente, se inclinó por una toma de decisión concreta.

(19) Sobre la imputación exclusiva a los órganos de la Administración de Justicia en este punto del art. 121 de la C.E. vide MARTIN REBOLLO "Jueces y. . .".pags. 150 y ss.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(20) La responsabilidad del Estado en estos casos no es una responsabilidad objetiva como pone de manifiesto SOLCHAGA op.cit. pag. 2548 aunque este autor critique tal actitud, sino unicamente la derivada de un funcionamiento anormal. Si el funcionamiento hubiere sido normal no cabría, en este supuesto, derecho a indemnización.

(21) Vide supra pags. 583

(22) Cfr. MARTIN REBOLLO "La responsabilidad. . . .". SOLCHAGA op.cit. pags. 2544-2545.

(23) "Jueces y . . .". Pags. 158 y ss.

(24) Sobre distinción entre actos legales e ilegales y su no identidad con el concepto de funcionamiento anormal vide SOLCHAGA op.cit. pags. 2546 y 2552 y ss.

(25) Lo cual pone de manifiesto MARTIN REBOLLO "Jueces y . . .". pags. 166 y ss. en atención a la reiterada jurisprudencia del TEDH en materia de "plazo razonable" y el derecho a reparación establecido en el art. 5,5 del Convenio Europeo para el caso de su vulneración. Vide sobre este criterio RIVERO,J; Droit administratif.8ª edic. París 1.977. pags. 297 cit. por MARTIN REBOLLO "Jueces y .: . . .". pag. 159.

(26) Op.cit. pags. 2548 y ss.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(27) Vide MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA OP:CIT:pags. 404 a 407. FAIREN "Presente y futuro.. ." pags. 59. MATTES op.cit. pag.103 GONZALEZ MONTES op.cit. pag. 172. RODRIGUEZ RAMOS "La prisión preventiva "pena. . .".

(28) MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit. pags.= 404 a 407. FAIREN "Presente y futuro. . ." pag. 59.
Sin olvidar el carácter estigmatizante de la prisión provisional que, en ningún caso, puede ser objeto de satisfacción evaluable economicamente.

(29) Op.cit. pags. 237-238.

(30) Op.cit. pag. 598.

(31) Solución muy parecida a la ofrecida por el sistema italiano que, en el art. 274,2 del C.P. establece que si la prisión provisional es mayor en su duración que la pena impuesta, el Estado no exigirá del ciudadano los gastos derivados de su alojamiento y manutención.
Cfr. PISANI "Libertà personale. . .".pag.82.

(32) Cfr. CHIAVARIO "La custodia. . .". pag. 1300.

(33) Vide MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit. pags. 404 a 407.

(34) Cfr. PISANI "Libertà personale. . .". pags. 95 y ss.
DE LUCA op.cit. pags. 34 y 46 y ss.. CHIAVARIO "Processo. . . . .". pag. 296.

(35) Vide PISANI "Libertà personale. . .".pags. 95 y ss. DE LUCA op.cit. pags. 46 y ss.

(36) Cfr. PISANI "Libertà personale. .." pags. 95 y ss.
Tal razonamiento,sin embargo, no nos parece adecuado puesto que implicaría la imposibilidad ya no sólo en materia de prisión provisional, sino en cualquier otra, de poder exigir la oportuna reparación como consecuencia del perjuicio derivado de un error judicial, sino unicamente de una sentencia y no, como parece lógico, de una resolución diferente capaz de denotar que el error se ha cometido.

(37) Cfr. DE LUCA op.cit. pag. 34. CHIAVARIO "Processo. . . . ." pag. 296. Cfr. DEmanda 7950/77 ante la Comisión Europea.

(38) Vide supra pags. 587 y ss.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

(39) Así, p.ej., en Francia, donde la responsabilidad en base a una prisión provisional injusta se encuentra regulada en la Ley 70-643, de 17 de julio, de forma muy similar al art. 294 de la LOPJ española, mientras que la responsabilidad subjetiva de Jueces y Magistrados y la directa del Estado en base a "erroe judicial" o "funcionamiento anormal" se contempla en otras normas, especialmente en una Ley de 5 de julio de 1.972.
Lo mismo ocurre en Italia, donde la Ley de 23 de mayo de 1960 engloba los supuestos de error judicial y no es de aplicación directa en materia de prisión provisional.
De este modo, la Ley de Delegación de 3 de abril de 1.974 y su proyecto de articulación de 1.979, aún no en vigor, no limita la concesión de una reparación en base a una prisión provisional injusta a la existencia de error judicial declarado en juicio de revisión, sino que lo conecta al simple hecho de la sentencia absolutoria o sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado, decidiendo el Juez si procede o no su otorgamiento.
Cfr. CARAMAZZA. La riparazione dei danni da errore giudiziano e de "ingiusta detenzione" (Una novità -di antica data!-nel progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale. en Vita Notariale. 1.979. pags. 506 y ss. cit. en MARTIN REBOLLO "Jueces y. . . ".pag. 64.

(40) Cfr. MUÑOZ CONDE-MORENO CATENA op.cit. pags. 404 a 407. Entendçian estos autores que tal resolución había de servir de base también para la concesión de una indemnización. Nosotros estimamos con ellos que, en efecto, ello ha de ser así y, fundamentalmente, por la equiparación que el T.C. realiza de ambas resoluciones de sobreseimiento en su S. 34/1983 de 6 de mayo en virtud del R.A. 145/1982. BOE de 20 de mayo de 1.983.

(41) Si el error es debido a una conducta culposa del Juez, el sujeto podrá optar bien por la vía de los arts. 411 y ss. de la LOPJ relativos a la responsabilidad civil, siempre y cuando en estos casos, y a tenor de lo previsto en el art. 413 de dicho texto legal, el proceso hubiera finalizado con una resolución de carácter firme, o bien por la prevista en el art. 292 de la LOPJ y proceder en base al error.
Tal interpretación es sostenible si se atiende a lo previsto en el art. 960 de la LECrim. que, al referirse al recurso de revisión, no excluye la culpa del Juez y no exige tampoco que el sujeto acuda a la solicitud de la responsabilidad civil por medio de un procedimiento específico.
De igual modo, en estos casos, por imperativo del art. 292 de la LOPJ, el Estado responderá tanto de los daños causados por error culposo, como por aquellos que no lo sean por esta

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

causa, con independencia del grado de la culpa, es decir, es indiferente que la culpa sea grave o leve, si bien, posteriormente podrá repetir contra los Jueces y Magistrados a tenor de lo previsto en el art. 296 de la LOPJ.
En este mismo sentido la aparente contradicción existente entre los arts. 296 y 292 de la LOPJ en cuanto que el primero tan sólo admite la responsabilidad del Estado en los casos de culpa grave, ha de solucionarse en favor de la interpretación arriba realizada puesto que el art. 296 debe relacionarse con los supuestos de responsabilidad civil de los arts. 411 y ss. de la LOPJ.

(41 bis) Así parece desprenderse de lo manifestado por GORDILLO op.cit. pags. 451 y ss. que incluye el error dentro de los vicios de tipo subjetivo que se refieren a los cometidos por los funcionarios de la Administración.

(42) Que excluye la indemnización por culpa o dolo del perjudicado.

(43) Vide SOLCHAGA op.cit. pag. 2548. Cfr. MARTIN MATEO,R; Manual de Derecho Administrativo. Madrid 1.983. pag. 507.
Sobre responsabilidad objetiva de la Administración vide también GARCIA DE ENTERRIA-TOMAS RAMON FERNANDEZ op.cit. pags. 316 y ss.
La responsabilidad de la Administración del Estado se encuentra desligada de la idea de licitud o de culpa con independencia de que el funcionamiento sea normal o anormal.
Se entienden por funcionamiento anormal los daños producidos por una actuación culposa e ilegítima. En el funcionamiento normal se incluirían los supuestos de licitud, causados involuntariamente o de forma incidental.
Como facilmente se puede comprobar no hau unanimidad en la doctrina acerca del comcepto de funcionamiento anormal. Mientras que algunos autores incluyen aquí los supuestos de culpa, otros los rechazan y viceversa.
En lo que a nosotros respecta y dado que no existe derecho a indemnización por causa de un funcionamiento normal si no hubo error, hemos de incluir en la categoría de funcionamiento anormal todos los supuestos de licitud e ilicitud, culposos o no que supongan una prestación defectuosa del servicio público de la justicia. Si se adopta otra postura quedarían desprovistos de cobertura los casos de sujetos sometidos a prisión provisional cuando ésta excediera del plazo razonable por el simple hecho objetivo, no culposo, de la excesiva acumulación de trabajo en un Juzgado concreto.
La noción funcionamiento anormal ha de deferirse no a la idea de culpa, sino a la de eficacia media de la Administración de Justicia.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Volver al índice/Tornar a l'índex

(44) Vide supra pags. 322 y ss.

(45) Vide supra pags.530 y ss.

(46) "Libertá personale. . . ". pag. 121.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSIONES

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

I.-El retraso en la tramitación de los procedimientos penales, la necesidad de asegurar la efectividad del proceso y la presumible futura pena a imponer, hacen que la regulación de la prisión provisional, aún siendo teoricamente insostenible, sea del todo punto obligada en este contexto histórico.

En este sentido, la prisión preventiva ha de consagrarse como una efectiva medida cautelar y responder, tanto en lo que respceta a su adopción como a su cumplimiento, a los presupuestos, finalidades y caracteres que son de aplicación a tales resoluciones pues, de lo contrario, podría incidir, directamente, en el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia.

II.-A la prisión provisional le están asignadas, con carácter general, cuatro grupos de funciones, algunas de las cuales se adecúan a su naturaleza cautelar y otras, por el contrario, responden a exigencias distintas de las estrictamente cautelares.

Dentro de las primeras pueden englobarse las relativas a la evitación de la frustración del proceso, hecho que se consigue impidiendo la fuga

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

del procesado y la consistente en el aseguramiento del éxito de la instrucción y la evitación de la ocultación de futuros medios de prueba si bien, en este caso, para que se justifique una privación de libertad la resolución ha de adoptarse en atención a los presupuestos establecidos en los arts. 503 y 504 de la LeCrim.

Por el contrario, otros dos tipos de funciones también predicadas de la prisión provisional, cuales son la evitación de la reiteración delictiva y la satisfacción de las demandas sociales de seguridad, no responden a exigencias aseguratorias o cautelares, sino que más bien cumplen con una finalidad propia de medidas tales como las de seguridad o la misma pena.

III.-La adopción de la prisión preventiva ha de responder a la concurrencia de los dos presupuestos generales establecidos para el acuerdo de resoluciones de naturaleza cautelar, esto es, el "periculum in mora" y el "fumus boni iuris" que actúan, de este modo, como elementos justificativos de una privación de libertad provisional que anticipa los efectos de una sentencia.

El "periculum in mora" se puede extraer de determinados criterios de carácter subjetivo (antecedentes por un lado y arraigo en el lugar, posibilidad

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de huir al extranjero etc. . . creados por el TEDH por otro) u objetivo (gravedad del delito, circunstancias del hecho e incomparecencia del art. 504 de la LECrim.).

El órgano jurisdiccional, a la hora de determinar la previsible pena a imponer no está obligadpo a considerar la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en virtud de la dicción literal de los arts.l 503 y 504 de la LeCrim.

Sin embargo, tal afirmación no es predicable respecto de las consistentes en la menor edad y la enajenación mental puesto que, cieryos preceptos de la LeCrim. abogan por su consideración en el instante de decretar la prisión provisional.

En igual medida, el Juez habrá de tener en cuenta la modificación de la penalidad en virtud de la existencia de figuras como las contenidas en los arts. 69 y ss. del C.P., esto es, el concurso ideal de delitos, delito continuado etc. . .

El criterio circunstancias del hecho está referido a todos aquellos aspectos del hecho cometido que revelen una especial peligrosidad de su autor y, por tanto, una posible reiteración delictiva que incida en el peligro de evasión.

A su vez, y a la hora de determinar la virtualidad en el supuesto concreto de tal elemento habrá

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de procederse, ya que no se hizo en el moment,o de concretar la pena, a las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal previstas en los arts. 8, 9 y 10 del C.P.

Los antecedentes a los cuales se refieren los arts. 503 y 504 de la LeCrim. vienen constituídos por cualquier conducta, mo sólo la reincidencia del C.P., de la cual se pueda derivar la habitualidad del sujeto en la comisión de acciones ilícitas penales y, por tanto, el mayor peligro de fuga.

En ningún caso la habitualidad debe ser confundida con la peligrosidad.

El "fumus boni iuris" no se refiere a la certeza sobre la culpabilidad puesto que la misma no se puede tener en este momento procesal, sino a una mera probabilidad acerca de su responsabilidad penal. Consiste, pues, en una imputación penal que en materia de prisión provisional se concreta en la existencia de "motivos bastantes para creer responsable criminalmente a una persona de un determinado delito".

IV.-Los conceptos constituídos por la "alarma social" y la "frecuencia" no son criterios que respondan de una forma directa a los presupuestos

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

propios de las medidas cautelares, sino que, más bien, su finalidad es la de satisfacción de las demandas sociales de seguridad provocadas por la comisión del delito.

No obstante, y dada su regulación legal es conveniente adecuar los conceptos referidos al momento histórico actual en el que han de ser aplicados. Así, no se puede entender ya que tan sólo provoquen alarma los clásicos delitos menores, como son los tirones, robos etc. . .sino que acciones tales como la delincuencia económica o la ecológica producen, y si cabe en mayor medida, una superios alarma social en virtud del elevado número de perjudicados.

V.-El régimen de los internos preventivos ha de estar presidido por los siguientes principios:

a)-Presunción de inocencia. La inexistencia de condena previa impide cualquier equiparación entre el preventivo y el penado y prohibe todo tipo de intervención en modo de tratamiento penitenciario sobre la persona del no condenado.

b)-Jurisdiccionalidad. Los internos preventivos se encuentran en los Centros Penitenciarios a los solos efectos de su disponibilidad por parte

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

del juez Instructor. Todas las medidas adoptadas sobre su persona o situación habrán de ser autorizadas por dicho órgano jurisdiccional como rehla general.

c)-Necesidad de que la prisión provisional ocasione los menos perjuicios posibles sobre la persona del preso, su reputación o patrimonio. En este sentido se debe proceder a una efectiva separación entre penados y preventivos, atendiendo, a la vez, a otros criterios, capaces de impedir el contagio criminal. El trabajo penitenciario como derecho de los preventivos debe ser real y efectivo para, de algún modo, soslayar los perjuicios derivados de la pérdida del trabajo habitual. Igualmente las comunicaciones del preso con el exterior deben ser extendidas al máximo posible con la única limitación del éxito del proceso sin que sean de una especial significación otros datos tales como la conducta del inculpado etc. . . El aislamiento del preso no puede ser nunca total. Una incomunicación de este tipo puede ser equiparada a un trato inhumano o degradante y, por tanto, contrario al art. 15 de la C.E.

VI.-Las limitaciones estableciads al derecho de defensa en el art. 527 de la LECrim. para los

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

casos de incomunicación han de ser matizadasde acuerdo con lo establecido por la Comisión Europea de Derechos Humanos.

De este modo, nada obsta para que el procesado no pueda nombrar a su Abogado de confianza si, en cualquier caso, se le designa uno de oficio. La exclusión de la entrevista reservada es compatible con lo establecido en el Convenio que lo que prohibe es la restricción de cualquier tipo de comunicación entre preso y Letrado. La elección del modo de comunicación puede quedar en manos del Estado. Sin embargo, la no puesta en conocimiento de los familiares o persona designada por el preso de su detención y el lugar donde se encuentra es contraria al art. 8 del Convenio ya que la angustia de los familiares producida por el desconocimiento del paradero del detenido es contraria al respeto de la vida familiar consagrado por el Convenio.

VII.-La Ley de 10 de septiembre de 1.931 relativa a la inclusión en la LECrim. de los preceptos del C.J.M. referidos a la prisión atenuada debe ser considerada, en la actualidad, aún vigente al no haber sido derogada por la reforma de 1.980.

La prisión atenuda no debe limitarse, por tanto,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

a los solos casos de enfermedad señalados en el art. 505 de la LeCrim. sino que, antes al contrario, el Juez podrá acordarla cuando así lo estime conveniente.

VIII.-La adopción de la prisión provisional habrá de llevarse a cabo siempre por medio de auto que, en virtud del art. 24,2 de la C.E. habrá de ser motivado y, por tanto, contendrá el "iter" formativo de la convicción.

IX.-La adopción del auto de prisión, dado el carácter anticipador de la pena que posee la prisión provisional y la susceptibilidad de recurris tal resolución en vía de reforma o apelación, supone el nacimiento de la obligación por parte del Juez de proceder a nombrar, en todo caso, un Abogado al imputado, si éste no efectúa su designación en un Letrado de confianza.

X.-Los límites máximos de duración de la prisión provisional establecidos en el art. 504 de la LECrim. no podrán ser superados en ningún caso, sin que por otra parte, existe obligación alguna del Juez de mantener al procesado en tal situación durante un mínimo de tiempo.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

La prolongación de la duración de la prisión provisional en base a la presunción de que la causa no podrá ser juzgada en los plazos máximos del art. 504 de la LECrim. no podrá descansar en el hecho de que la dilación sea debida al mal funcionamiento de la Administración de Justicia por falta de medios materiales y humanos, salvo que el exceso de trabajo se deba a una situación excepcional.

La interrupción del cómputo de los términos máximos de duración en atención a las "dilaciones no imputables a la Administración de Justicia", ha de referirse, unicamente, a las provocadas por el inculpado, su defensa o representación legal con el ánimo, precisamente, de retrasar el enjuiciamiento de la causa. El mero ejercicio del derecho de defensa (salvo que lo sea con abuso o exceso), como ha señalado el TEDH, no es motivo para imputar el retraso al procesado.

Igulmente, la puesta en libertad del sujeto, por transcurso de los términos máximos de duración, no puede ser subordinada a la prestación de fianza o cualquier otro tipo de cautela. La liberación automática, por imperativo del art. 17,4 de la C.E., no es un simple beneficio, sino un derecho

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

constitucional.

XI.-La implantación realizada por la LeCrim., por imperativo constitucional, de un sistema de plazos en lo relativo a la duración de la prisión provisional, no excluye el sometimiento al criterio más general del "plazo razonable". Una privación de libertad, aún respetando los términos legales, puede ser contraria al art. 5 del Convenio Europeo.

XII.-La responsabilidad del Estado con ocasión del cumplimiento de una prisión provisional en un procedimiento en el que con posterioridad se dicte una sentencia absolutoria no puede hacerse depender, de manera tajante y de forma absoluta, del concepto de "error judicial".

La inclusión de dichos supuestos bajo el epígrafe "funcionamiento anormal", con carácter general, es igualmente compleja y, por tanto, la indemnización surgida como consecuencia del sufrimiento de una prisión provisional injusta depemderá, en cada caso concreto, de la actuación, bien individual del Juez que dictó la resolución, bien del funcionamiento objetivo de la Administración de Justicia.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Volver al índice/Tornar a l'índex

XIII.-Los supuestos de indemnización recogidos en el art. 294 de la LOPJ, por sus especiales características, no se hacen depender de la concurrencia de los criterios generales establecidos en los arts. 121 de la C.E. y 292 de la LOPJ.

En estos casos, la reparación se otorga atendiendo a los elementos objetivos que el art. 294 de la LOPJ consagra, es decir, la inexistencia del hecho imputado y la absolución o sobreseimiento libre del sujeto pasivo del proceso.

XIV.-Fuera de los supuestos del art. 294 de la LOPJ, la indemnización con motivo de una ptisión provisional injusta dependerá de la concurrencia en cada caso de los criterios generales del "error judicial" o el "funcionamiento anormal". Si tales elementos concurren, la reparación habrá de otorgarse por imperativo constitucional y por aplicación de la LOPJ.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INDICE ALFABETICO DE LA BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

AGUILERA DE PAZ;-Ley de Enjuiciamiento Criminal.Madrid. 1.924.

ALAMILLO CANILLAS,F;-La presunción de inocencia y el recurso de casación penal. Rev. La Ley.15 de febrero de 1.983.

ALARCON BRAVO,J;-Tratamiento del Joven Delincuente. en "Delincuencia Juvenil.Estudio de su rpoblemática en España".Madrid 1.972.

ALMAGRO NOSETE,J;-Problemática del "recurso de responsabilidad civil contra jueces y magistrados.R.D.Proc.ib-filip. nº 2-3.1.971.
-Protección procesal de los Derechos Humanos en España.R.D.Proc.ib-filip.nº1, 1.973.
-Justicia Constitucional.Madrid 1.980.
-El Jurado.(obra colectiva) Alcoy 1.983.

AMNISTIA INTERNACIONAL;-Informe.Tortura.Madrid 1.984.
-La cuestión de la tortura.Madrid 1.985.

AMODIO,E;-La tutela della libertà dell`imputato nella Convenzione Europea dei diritti dell`uomo.Riv.it.dir.e proc.pen. nº3-1967.

ANCEL,M;-La défense sociale nouvelle.París 1.981.

ANDRES IBAÑEZ,P;-Cien años después. Lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.R.P.Jud. nº 4, septiembre 1.984.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

ARAGONESES ALONSO,P;-Instituciones de Derecho Procesal Penal.Madrid 1.981.

ASENCIO MELLADO,J.M.;-Los procedimientos antiterroristas en el "Nuevo Estado" (1939-1945).Alicante 1.983. Inédita.

-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.abril.1986.

BARUDY, PAEZ y otros;-La reconstrucción del sí mismo traumatizado por la tortura. El proceso terapeútico. en "Psicología de la tortura y el exilio".Madrid 1.982.

BAFFI,E;-Autodifesa e carcerazione preventiva: L`esperienza degli Stati Uniti D`America.Riv. it.dir.e proc.pen.1.977.

BELLAVISTA,G;-Lezioni di diritto processuale penale. Milano 1.980.

BERNARDI,E;-Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona.Riv.it.dir.e proc.pen. nº4, 1.983.

BETTIOL,G;-Sulla "nuova difesa sociale", considerata di un punto di vista cattolico.Riv.it.dir.e proc.pen. nº3, 1964.

BOIX REIG,J;-Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción.en "Comentarios a la Legislación Penal".Vol.I.Madrid 1.982.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

BONET NAVARRO,A;-Procesos ante el Justicia de Aragón. Zaragoza 1.982.

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.1.961.

BUENO ARUS,F;-Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo Penitenciario. en "Estudios Penales y Penitenciarios".Madrid 1.981.

-La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento jurídico español. en "Estudios. . .".

-Estudio Preliminar en "La reforma penal y penitenciaria" de GARCIA VALDES.Madrid 1.981.

BUSTOS RAMIREZ,J;-Manual de Derecho Penal español. Parte General. Barcelona 1.984.

CALABRIA;-Motivazione dei mandati di cattura. Giustizia penale III. 1.956.

CALAMANDREI,P;-Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova 1.936.

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 nº 4, 1.983.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

-De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984 de 26 de diciembre. Rev. La Ley 22.marzo.1985.

CANO MATA,A;-El recurso de amparo (Doctrina del Tribunal Constitucional).Madrid 1.983.

CAPPELLETTI,M;-Proceso, ideologías, sociedad. Buenos Aires 1.971.

CARAMAZZA;-La riparazione dei danni da errore giudiziano e da ingiusta detenzione" (Una novità-di antica data!-nel progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale). en Vita Notariale. 1.979.

CARNELUTTI,F;-Derecho Procesal Civil y Penal.Buenos Aires 1.971.

CARRARA,F;-Carcerazione preventiva, scomputo. en "Opuscoli di diritto criminale" Firenze 1.902.

-Inmoralità del carcere preventivo. en "Opuscoli. . .".

CARRERAS LLANSANA,J;-Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. en "Estudio de Derecho Procesal" con FENECH. Barcelona 1.962.

CASTEDO ALVAREZ,F;-El recurso de amparo constitucional. en "El Tribunal Constitucional" obra colectiva. Vol. I. Madrid 1.981.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

CASTELLANO CERVERA,V;-Consideraciones sobre la prisión provisional. C.P.Crim. nº 13, 1.981.

CASTIÑEIRA,M.T.;-El delito continuado. Barcelona 1.977.

CEREZO MIR,J;-Curso de Derecho Penal.Madrid 1.976.
-Observaciones a la propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. en Documentación Jurídica nº1 Enero-diciembre 1.983.

COBO DEL ROSAL,M y VIVES ANTON,S.;- Derecho Penal. Parte General. Valencia 1.984.

CONSO, G;-La capacità dell`imputato nel rapporto processuale penale. Riv.it.dir.e proc.pen. 1.959.

CORSO,P;-Isolamento dell`imputato detenuto e divieto di colloqui.Riv.it.dir.e proc.pen.1.977.

CORDOBA RODA,J;-El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito. Barcelona 1.962.

CUELLO CALON,E;-La moderna penología. Barcelona 1.973.

CUESTA ARZAMENDI,J;-El trabajo penitenciario resocializador. San Sebastián 1.982.
-Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo peniten-

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

ciario. en "Lecciones de Derecho Penitenciario" (obra colectiva). Alcalá de Henares 1.985.

CHIAVARIO,M;-In tema di motivazione del mandato di cattura.Riv.it.dir.e proc.pen. 1.963.
-Convenzione europea dei diritti dell`uomo e riforma del processo penale.Riv.it.dir.e proc.pen. nº 3, 1970.
-Processo e garanzie della persona.Milano 1.982.
-La custodia preventiva nel faticoso e tortuoso cammino della riforme.Riv.it.dir.e proc.pen.1.984.

CHOFRE SIRVENT,J.F;-Las Leyes Orgánicas y el sistema de fuentes en la Constitución Española de 1.978. Murcia 1.983 (Inédita).

DE LA OLIVA,A y FERNANDEZ, M.A;-Lecciones de Derecho Procesal. Barcelona 1.984.

DE LUCA,G;-Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva. Milani 1.953.

DEL POZZO,C.U;-Introduzione allo studio della libertà personale nel processo.Milano 1.959.

DE SALVIA,M;-Privazione di libertà e garanzie del processo penale nella giurisprudenza della Comisione e della Corte Europea

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

dei diritti dell`uomo.Riv.it.dir.e proc.pen. 1.979.

DELOGU,T;-Problemi penitenziari e riforme negli U.S.A.Riv.it.dir.e proc.pen. nº3, 1.973.

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL.UNIVERSIDAD DE SEVILLA;-Legislación Procesal T.III.Leyes Procesales Penales. Sevilla 1.977.

DIAZ PALOS,F;-Constitución y Casación Penal. Rev. La Ley 17.mayo.1983.

DOMINGUEZ MARTIN,S;-Análisis crítico sobre la juricidad del Tribunal Constitucional español. en "El Tribunal Constitucional" (obra colectiva) Vol. I. Madrid 1.981.

DUNKEL,F;-La ejecución penal en la República Federal de Alemania y la evolución de su reforma desde 1.970. Rev. Justicia 85 núm. II.

FABREGA Y CORTES,M;-Lecciones de procedimientos judiciales. Barcelona 1.927.

FAIREN GUILLEN,V;-Doctrina general de los medios de impugnación y Parte General del Derecho Procesal. en "Estudios de Derecho Procesal". Madrid 1.955.

-Presente y futuro del proceso penal español. R.D.Jud. 1.968-33.

-La reforma del proceso cautelar español.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

en "Temas del Ordenamiento Procesal" T.II. Madrid 1.969.
-El "encausado" en el proceso penal español. en "Temas. . .".
-La disponibilidad del Derecho de Defensa en el sistema acusatorio español. en "Temas. . . .".
-Notas sobre jurisdicciones especiales.R.D. Proc. ib-filip. 1.971.
-La detención antes del juicio.R.D.Proc.ib-filip. núm. 4, 1.971.
-Problemas del proceso por peligrosidad sin delito. Madrid 1.972.
-El enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delincuentes. R.D.Proc.ib-filip. núms. 2-3, 1.972.
-La reforma procesal penal: Reintroducción del Recurso de Manifestación. RGLJ octubre 1.976.
-Algunos problemas procesales que plantea la L.O.T.C. en "El Tribunal Constitucional" (obra colectiva) Vol.II. Madrid 1.981.
-Habeas Corpus y Manifestación. en "Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional". Madrid 1.983.

FENECH,M;-El proceso penal. Madrid 1.982.

FERNANDEZ BOIXADER,N;-El abogado ante el sumario.Madrid 1.964.

FERNANDEZ ENTRALGO,J;-El sentido de la prisión provisional y la Ley Orgánica 10/1984,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

de 26 de diciembre. Rev. La Ley 18.octubre. 1.985.
-La prisión provisional. R.G.D.nº 496-497 enero-febrero 1.986.

FERRER MARTIN,D;-La reforma procesal de la Ley 3/1967 de 8 de abril.Rev.Pretor nº 41.1967.

FILIPPI,L;-La libertà provvisoria secondo la --lege sull`ordine pubblico.Riv.it.dir.e proc.pen. 1.977.

FONT SERRA,E;-Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva. en "El sistema de medidas cautelares"(obra colectiva).Pamplona 1.974.

FOSCHINI,G;-Sistema del diritto processuale penale. Milano 1.968.
-L`autodifesa dell`imputato. en L`imputato. Studi". Milano 1.956.

GARCIA DE ENTERRIA,E y TOMAS RAMON FERNANDEZ.Curso de Derecho Administrativo T.II. Madrid 1.981.

GARCIA GOMEZ,M;-Derechos Humanos y Constitución española. Madrid 1.980.

GARCIA VALDES,C;-La reforma penitenciaria española. Madrid 1.981.
-Comentarios a la Legislación Penitenciaria. Madrid 1.982.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

-Reflexiones sobre la prisión provisional. en "Estudios de Derecho Penitenciario".Madrid 1.982.
-Derecho Penitenciario español: Notas sistemáticas. en "Lecciones de Derecho Penitenciario" (obra colectiva)Alcalá de Henares 1.985.

GARRETA SOLE,M;-El arresto del quebrado.Barcelona 1.979.

GARRIDO GUZMAN,L;-Aspectos criminológicos de la delincuencia de sangre. Estudio de 200 delincuentes de sangre de la Región Canaria. Tenerife 1.974.
-Manual de Ciencia Penitenciaria.Madrid 1.983.
-Régimen Penitenciario. en "Lecciones de Derecho Penitenciario" (obra colectiva) Alcalá de Henares 1.985.

GOLDSCHMIDT,J;-Principios Generales del Proceso Vol.II.Buenos Aires 1.961.

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. 1.974.

GIARDA,A;-Lineamenti del regime carcerario dell imputato in custodia preventiva.Riv.it.dir.e proc.pen.1.979.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

GIMENO SENDRA,J.V;-La detención en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Anteproyecto de Reforma.RGD 1.977.

-La extinción de la Jurisdicción de Orden Público y la creación de la Audiencia Nacional. C.P.Crim.1.978.

-El auto de procesamiento.RGLJ septiembre 1.979.

-La naturaleza de la defensa penal y la intervención del defensor en la instrucción. R.D.Proc.ib-filip. nº 1, 1.977.

-Fundamentos del Derecho Procesal.Madrid 1.981.

-Los derechos de acción penal, al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales. en "Comentarios a la Legislación Penal" (obra colectiva) Vol.I. Madrid 1.982.

-El Derecho a la libertad y sus restricciones. Conferencia pronunciada en la U.I.M.P. julio 1.984.

-Valor probatorio de los métodos alcoholométricos. Rev.La Ley nº 4,1984.

-El proceso de Habeas Corpus.Madrid 1.985.

-El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Ponencia presentada al Curso "Derechos Fundamentales y Libertades Públicas". Santiago de Compostela 1.986.

-La Detención. Detenciones ilegales. La detención gubernativa y la detención judicial. con VIVES ANTON. Barcelona 1.977.

-Observaciones al proyecto de Ley de 22 de noviembre de 1.977 sobre la defensa

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

técnica en la instrucción penal. con VOLKMANN SCHLUCK. C.P.Crim.1.978.

GODED MIRANDA,M;-La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. en "El Poder Judicial" (obra colectiva) T.I. Madrid 1.983.

GOMEZ COLOMER,J.L;-El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Barcelona 1.985.

GOMEZ DE LA SERNA,P;-Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales.Madrid 1.853.

GOMEZ ORBANEJA,E y HERCE QUEMADA,V;-Derecho Procesal Penal. Madrid 1.979.

GONZALEZ-CUELLAR GARCIA,A;-La reincidencia. en "Comentarios a la Legislación Penal" (obra colectiva) Vol.II. Madrid 1.983.

-Reforma del proceso penal. en "Reforma Política y Derecho" (obra colectiva)Madrid 1.985.

GONZALEZ MONTES,J.L;-Las medidas cautelares en nuestro ordenamiento. en "El sistema de medidas cautelares" (obra colectiva) Pamplona 1.974.

GONZALEZ PEREZ,J;-Derecho Procesal Constitucional. Madrid 1.980.

-El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid 1.984.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

GRAMATICA,F;-Principios de defensa social. Madrid 1.974.

GRANATA,L;-La tutela della libertà personalle nel diritto processualle penale. Milano 1.957.

GREVI,V;-La corrispondenza fra imputato detenuto e difensore (riflessioni sistematiche e prospettive di riforma).Riv.it.dir.e proc.pen. nº 1-2, 1.972.

-Esecuzione penitenziaria e rieducazione del condannato nelle regole minime per il trattamento dei detenuti.Riv.it.dir.e proc.pen. 1.974.

GROSSO GALVAN,M;-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 Nº 1- Enero-diciembre 1.983.

GUADAGNO;-Il dubbio sulle cause di esclusione della antigiuridicità penale. en Foro penale 1.952.

GUAITA MARTORELL,A;-El recurso de ampero contra Tribunales. en "El Poder Judicial" (obra colectiva) Vol. II Madrid 1.983.

GUALTIERI,H;-Considerazioni in tema di esecuzione della misure di sicurezza detentiva. Riv.it. dir.e proc.pen. 1.960.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

GUASP,J;-Derecho Procesal Civil. Madrid 1.968.

GUERRA SAN MARTIN, BENLLOCH Y TORRES, LOPEZ DE LA CALLE. El derecho a la presunción de inocencia. Rev. La Ley 17.mayo.1983.

GUTIERREZ ALVIZ Y ARMARIO,F;-El embargo preventivo sin documento cualificado previo. en "El sistema de medidas cautelares" (obra colectiva).Pamplona 1.974.

GUTIERREZ ALVIZ Y CONRADI,F;-La Ley 53/1978, de 4 de diciembre, y la instrucción sumaria penal. Rev. Justicia 81.

GUTIERREZ DE CABIEDES,E;-El principio "pro reo" en el derecho y en el proceso penal. en "Estudios de Derecho Procesal". Pamplona 1.974.

-Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares en "Estudios de Derecho Procesal". Pamplona 1.974.

IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO,M;-Curso de Derecho Procesal Penal. Madrid 1.969.

ILLUMINATI,G;-Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell`art. 2 della L.15 dicembre 1.972). Riv.it.dir.e proc.pen. nº 3, 1.973.

JARDI ABELLA;-La libertad provisoria del detenido como derecho y como instituto de prevención

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

criminal. R.D.Proc.ib-filip. nº 4, 1967.

JESCHECK,H,H;-Tratado de Derecho Penal Vol.II Barcelona 1.981.

JIMENEZ DE ASENJO,E;-Concepción Técnico-Jurídica de la Instrucción Criminal. R.D.Proc.ib-filip. nº 4, 1.960.
-La defensa penal.R.D.Jud. nº 7, 1.961.

JIMENEZ DE ASUA,L;-La tipicidad y la función del Juez de Instrucción. en "La ley y el delito. Principios del Derecho Penal". Buenos Aires 1.967.

LANDROVE DIAZ,G;-Los fraudes colectivos. Barcelona 1.978.
-Prisión preventiva y penas privativas de libertad. en "Estudios penales y criminológicos" (obra colectiva) Santiago de Compostela 1.984.

LEONE,G;-Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires 1.963.

LIEBMAN,E,T;-Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires 1.980.

LINDE PANIAGUA,E;-Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en la Constitución Española de 1.978. RGLJ mayo 1.981.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

LOPEZ-MUÑIZ GOÑI,M;-El artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. R.D.Jud. Enero-marzo 1.963.

LOPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ,G;-Justicia tardía no es Justicia. RGLJ Enero 1.981.
-El Jurado (obra colectiva).Alcoy 1.983.

LOPEZ REY;-El valor procesal de la llamada tipicidad. Valor y contenido del auto de procesamiento. R.D.Público 1.934.

LORCA GARCIA,J;-Derecho Procesal Penal T.III. Madrid 1.973.

LOZANO-HIGUERO Y PINTO,M;-La protección procesal de los intereses difusos. Madrid 1.983.

LUZON DOMINGO,D;-Legislación Penal Juvenil. en "Delincuencia Juvenil. Estudio de su problemática en España" (obra colectiva) Madrid 1.972.

LLOBEL MUEDRA,L;-La modificación de los arts. 520 y 527 de la LECrim. por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre. Rev. La Ley 15.mayo.1984.

MANZANARES SAMANIEGO,J.L;-El Juez de Vigilancia. en "Lecciones de derecho Penitenciario" (obra colectiva) Alcalá de Henares 1.985.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

MAPELLI CAFFARENA,B;-Sistema progresivo y tratamiento. en "Lecciones de Derecho Penitenciario". (obra colectiva) Alcalá de Henares 1.985.

MARTIN GARCIA,A;-Los establecimientos penitenciarios suecos. C.P.Crim.nº 15, 1.981.

MARTIN REBOLLO,L;-Jueces y responsabilidad del Estado. Madrid 1.983.

-La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (El artículo 121 de la Constitución y las bases de su desarrollo). Jornadas sobre el Proyecto de LOPJ. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1.985.

MASSA,M;-Il dubbio sulle cause di giustificazione. Riv.it.dir.e proc.pen. 1.960

MATTES,H;-La prisión preventiva en España. Madrid 1.975.

MAZZANTI;-Esimenti e formula dubitativa. en Rivista Penale nº 1, 1.957.

MEDINA RUBIO,R;-La idea de amparo y el principio de subsidiariedad. en "El Tribunal Constitucional" (obra colectiva) Madrid 1.981.

MIR PUIG,S;-La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10,14; 10,15; 61,6; y 516,3. Barcelona 1.974.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

MONTERO AROCA,J;-La ausencia del imputado en el proceso penal. R.D.Proc.ib-filip. nº 2-3, 1.977.

-Introducción al Derecho Procesal. Madrid 1.979.

-Perfeccionamiento del sistema de ejecución singular. La indefensión del ejecutante. en "Estudios de Derecho Procesal". Barcelona 1.981.

-Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba (Comentario a la S.T.S., Sala I, de 30 de noviembre de 1.981). Rev. P.Jud. nº 7, junio de 1.983.

MONTES REYES,A;-Registro y proceso: anotaciones preventivas. Salamanca 1.978.

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. nº 4, 1.981.

-La defensa en el proceso penal. Madrid 1.982.

MUÑOZ CONDE,F;-Introducción al Derecho Penal. Barcelona 1.975.

-La prisión provisional en el derecho español. con MORENO CATENA en "La reforma penal y penitenciaria" (obra colectiva) Santiago de Compostela 1.980.

NEUMAN,E;-El problema sexual en las Cárceles. Buenos Aires 1.982.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

NIEVES,H;-La libertad provisional del detenido como derecho y como institución de prevención criminal.R.D.Proc.ib-filip. nº 4, 1.967.

NUVOLONE,P;-La riforma del processo penale in Italia e in Germania. Riv.it.dir.e proc.pen. 1.962.

ONECHA SANTAMARIA,C;-Adecuación de las medidas de seguridad al estado peligroso. RGLJ diciembre 1.976.

ORTELLS RAMOS,M;-Origen histórico del deber de motivar las sentencias. R.D.Proc.ib-filip. nº 4, 1.977.

-Para una sistematización de las medidas cautelares. RGLJ mayo 1.978.

PASTOR LOPEZ,M;-El proceso de persecución. Valencia 1.979.

PAVARINI,M;-La Corte costituzionale si fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario. Riv.it.dir.e proc.pen. nº 1, 1.976.

PEDRAZ PENALVA,E;- Las medidas cautelares en el proceso penal ordinario español. Madrid 1.985.

PERA VERDAGUER,F;-Violación de derechos y libertades por órganos judiciales. en "El Tribunal Constitucional" (obra colectiva) Vol.III Madrid 1.981.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

PEREZ GORDO,A;-Libertad provisional y prisión provisional en la Constitución, en la LECrim. y en los textos legales y jurisprudenciales. Rev. Justicia-84 núm.1

PERIS GOMEZ,M;-La Ley de Enjuiciamiento Criminal. Un ejemplo de ética legislativa. R.P.Jud. núm 4, septiembre de 1.982.

PISANI,M;-Libertà personale e processo. Padova 1.974.

PISAPIA,G.D;-Obbligo di motivazione dei mandati di cattura e sindicato di legittimità della Corte di Cassazione. Riv.it.dir.e proc.pen. 1.957.

-Le misure restrittiva della libertà personali nel progetto preliminare del codice di procedura penale. en "Studi in onore di Enrido Tullio Liebman" (obra colectiva). Vol. IV. Milano 1.979.

-Compendio di procedura penale. Padova 1.982.

PRIETO CASTRO,L-GUTIERREZ DE CABIEDES,E;-Derecho Procesal Penal. Madrid 1.982.

PRIETO CASTRO,L;-Temas de Derecho actual y su práctica. Salamanca 1.979.

-Tratado de Derecho Procesal Civil. Pamplona 1.985.

PUEBLA POVEDANO,A;-Procedimiento de la Ley Orgánica

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

10/80 para el enjuiciamiento oral de delitos menos graves y flagrantes.Madrid 1.981

RAMOS MENDEZ,F;-Derecho Procesal Civil. Barcelona 1.980.
-La eficacia del proceso.Rev. Justicia-82, nº 2.
-La situación del enjuciamiento criminal en España. Rev. Justicia 83, III.
-Derecho Procesal Civil. Barcelona 1.985.

REOL SUAREZ,A;-El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa. A.D.P. 1.958.

REUS,E;-Ley de Enjuiciamiento Cruminal. Madrid 1.883.

RIVERO,J;-Droit administratif. París 1.977.

RIVES Y ORTIZ ARCE,F;-Derecho Procesal. Madrid 1.932.

RODRIGUEZ DEVESA,J;-Derecho Penal español. Parte general. Madrid 1.979.

RODRIGUEZ RAMOS,L;-La prisión preventiva y los derechos humanos. en "Anuario de Derecho Humanos". marzo 1.983.
-Presunción de inocencia no minimizada. Rev. La Ley 29.noviembre.1.983.
-La prisión preventiva ¿pena anticipada,

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

medida cautelar y/o medida de seguridad?. Rev. La Ley 17.abril.1984.

RUIZ-JARABO COLOMER,D;-La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Europeo de Estrasburgo. R.D.Jud. núm.10.marzo 1.984.

SAEZ JIMENEZ-LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA;-Compendio de Derecho Procesal Civil y penal. T.IV. vols. 1 y 2. Madrid 1.966.

SAINZ CANTERO,J.A;-El delito masa. A.D.P.T.XXIV 1.971.

SALAS HERNANDEZ,J;-Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades Públicas. en "El Tribunal Constitucional" (obra colectiva) Vol.III. Madrid 1.981.

SANCHEZ AGESTA,L;-El artículo 24 de la Constitución y el Recurso de Amparo. en "El Tribunal Constitucional" (obra colectiva) Vol. III Madrid 1.981.

SAUER,G;-Derecho Penal (Parte General).Barcelona 1.956.

SCOTTI;- Inammissibilità dell`assoluzione per insufficienza di prove sulla legittima difesa. en Critica Penale nº III 1.946.

SERRA DOMINGUEZ,M;-El imputado. en "Estudios de

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Derecho Procesal". Barcelona 1.969.
-Incongruencia civil y penal. en "Estudios . . .".
-La instrucción de los procesos penal y civil: el Sumario. en "Estudios. . .".
-Función del indicio en el proceso penal. en "Estudios. . .".
-Las medidas cautelares en el proceso civil. Barcelona 1.974.
-El Jurado (obra colectiva) Alcoy 1.983.

SOLCHAGA LOITEGUI,J;-La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. en "El Poder Judicial" (obra colectiva) Vol. III.Madrid 1.983.
-Consideraciones sobre la tutela de la seguridad personal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. R.P.Jud. nº 4, septiembre de 1.982.

SOTO NIETO,F;-La prisión y la libertad provisionales vistas por un Juez. R.D.Proc. 1.955.
-Correlación entre acusación y sentencia. Madrid 1.979.

SPAGNOLO,G;-Scarcerazione per decorrenza dei termini e cauzione.Riv.it.dir.e proc.pen. 1.979.

STEFANI, LEVASSEUR, BOULOC. Procédure penale. París 1.984.

TAPIA,E;-Febrero Novísi,o. T.I. Tratado del Juicio Criminal. Valencia 1.837.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Volver al índice/Tornar a l'índex

TOHARIA,J.J;-El Juez español. Madrid 1.975.

TOMAS Y VALIENTE,F;-El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta. Madrid 1.969.

VAZQUEZ SOTELO,J.L;-Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal. Barcelona 1.984.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

ADP	Anuario de Derecho Penal.
BOC	Boletín Oficial de las Cortes.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil
C.Com.	Código de Comercio
CE	Constitución española de 1.978
CI	Constitución italiana
CJM	Código de Justicia Militar
C.P.	Código Penal
C.P.i.	Codice Penale italiano
C.P.P.i.	Codice di Procedura Penale italiano
C.P.Crim.	Cuadernos de Política Criminal.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOGP.	Ley Orgánica General Penitenciaria.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986

Volver al índice/Tornar a l'índex

LOHC.	Ley Orgánica reguladora del procedimiento de Habeas Corpus.
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTC.	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LRJAE.	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.
R.D.Jud.	Revista de Derecho Judicial.
Riv.it.dir.e prc.pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale.
R.P.Jud.	Revista del Poder Judicial.
R.D.Proc.ib-filip.	Revista de Derecho Procesal iberoamericana y filipina.
R.D.Proc.	Revista de Derecho Procesal.
RGD.	Revista General del Derecho.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
TC.	Tribunal Constitucional.
TEDH.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS.	Tribunal Supremo.

Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Tesi doctoral de la Universitat d'Alacant. 1986